



**Universidad
de Huelva**

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

LA HERENCIA DIGITAL

Autor: Virginia Peña Naranjo.

Tutor: D. Manuel Jesús Díaz Gómez.

Huelva, 1 de febrero de 2024



**Universidad
de Huelva**

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

LA HERENCIA DIGITAL

Tutor: D. Manuel Jesús Díaz Gómez.

Vº.Bº. _____

Huelva, 1 de febrero de 2024

ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
ART	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución española
IP	Protocolo de Internet
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
LO	Ley Orgánica
LOPD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
LPI	Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual
RGPD	Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE.

RESUMEN.....	6
PALABRAS CLAVE.....	6
ABSTRACT.....	6
KEYWORDS.....	6
1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. EL TESTAMENTO TRADICIONAL.....	11
2.1. El testamento común.....	11
2.2. Del contenido del testamento.....	12
2.3. Clasificación de las formas testamentarias.....	12
2.3.1. El testamento abierto notarial.....	12
2.3.2. El testamento abierto sin intervención notarial.....	13
a) El testamento en peligro de muerte.....	13
b) El testamento en caso de epidemia.....	13
2.3.3. El testamento ológrafo.....	14
2.3.4. El testamento cerrado.....	15
2.4. Los testamentos especiales.....	16
2.4.1. El testamento militar.....	17
2.4.2. El testamento marítimo.....	17
2.4.3. El testamento otorgado en país extranjero.....	18
3. EL TESTAMENTO DIGITAL EN LA REGULACIÓN DE LA LOPD 3/2018	18
3.1. El artículo 3 de la LOPD.....	18
3.2. El artículo 96 de la LOPD: El derecho al testamento digital.....	23
3.3. La Ley Catalana de Voluntades Digitales.....	28
4. LA CUESTIÓN FORMAL SOBRE EL TESTAMENTO DIGITAL COMO INSTRUMENTO PARA LA HERENCIA DIGITAL.....	30
4.1. Los derechos afectados por la herencia digital.....	32

4.2. Memoria defuncti y derecho al honor post-mortem online.....	35
5. EL PATRIMONIO DIGITAL: LOS BIENES DIGITALES.....	37
5.1. Las criptomonedas.....	37
5.2. ¿Qué es el “Blockchain”?.....	40
6. LA TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DE ARCHIVOS DIGITALES.....	41
6.1. Problemas derivados de transmitir los bienes digitales, con especial mención a las monedas virtuales.....	41
6.2. La sucesión <i>mortis causa</i> de los perfiles en redes sociales.....	44
6.3. La sucesión <i>mortis causa</i> en los derechos de propiedad intelectual.....	46
7. CONCLUSIONES.....	48
8. BIBLIOGRAFIA.....	49
8.1. Fuentes normativas.....	49
8.2. Fuentes jurisprudenciales.....	50
8.3. Fuentes doctrinales.....	50
8.4. Webgrafía.....	51

RESUMEN

El presente proyecto tiene como objetivo el estudio de la herencia digital; un tema de indiscutible actualidad que tiene como consecuencia una regulación escasa.

En la actualidad, el mundo digital se conforma como una parte elemental de nuestras vidas. Se realizan, constantemente, transacciones de bienes y servicios digitales a través de la red; se almacenan datos en la nube; se realizan publicaciones de fotos, opiniones, incluso de contenido íntimo en las redes sociales. Sin embargo, surge la pregunta sobre qué ocurre con todo el contenido adquirido y la información personal de un sujeto cuando muere.

Este Trabajo de Fin de Grado analizará los desafíos asociados a la transmisión “mortis causa” de los bienes digitales, y expondrá las carencias que presentan las reglas generales del Derecho sucesorio para otorgarles solución, así como la necesidad de contar con una regulación específica.

PALABRAS CLAVE

Herencia digital, testamento digital, patrimonio digital, voluntades digitales, transmisibilidad *mortis causa*, protección de datos.

ABSTRACT

The objective of this project is the study of digital heritage; an undeniably topical issue that results in scarce regulation. Nowadays, the digital world is an elemental part of our lives. Transactions of digital goods and services are constantly carried out through the network; data is stored in the cloud; Posts of photos, opinions, even intimate content are made on social networks. However, the question arises as to what happens to all of a subject's acquired content and personal information when they die.

This TFG will analyze the challenges associated with the “mortis causa” transmission of digital assets, and will expose the shortcomings presented by the general rules of Inheritance Law to provide a solution, as well as the need to have a specific regulation.

KEYWORDS

Digital inheritance, digital Will, transmissions mortis causa, data protection.

1. INTRODUCCIÓN

Para adentrarnos en el tema que ahora vamos a desarrollar, sería oportuno comenzar, con el fin de lograr una mayor comprensión, por explicar cuál es el contexto actual de La Herencia en nuestro Código Civil. Según el art. 659, la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan a su muerte. Este precepto, además de sentar las bases de lo que comprende la herencia en nuestra sociedad, nos deja en el aire la cuestión sobre las posiciones que pueden ser objeto de transmisión *mortis causa*.

A partir de aquí, determinar el ámbito del fenómeno sucesorio será una de las complejas cuestiones que rodean a este tema, lo cual conduce a señalar la Sentencia de 11 octubre 1943, ya que nos ayuda a esta tarea delimitando ciertos bienes y derechos que en principio y con ciertas salvedades son intransmisibles.

Pero lo que sí es deducible a tenor del precepto señalado, (que podemos decir que se configura como el punto de partida del Derecho de Sucesiones), es que cuando se hace referencia en el citado artículo a la palabra “todos”, ese todos comprende e incluye también el ámbito virtual de la herencia, del que este trabajo de fin de grado trae causa.

Y esta conclusión se extrae del artículo 741, que establece que: “*El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere.*”

Ya que de aquí sustraemos la idea, a estas alturas generalizada y con fuerza doctrinal, de que el testamento puede tener un contenido atípico que engloba todas las disposiciones del testador de carácter no patrimonial, como es el caso en este artículo, del reconocimiento de un hijo extramatrimonial.

Superada ya la cuestión de que el testamento puede tener contenido no patrimonial, podemos seguir adentrándonos en el asunto que nos atañe.

De sobra conocemos ya la repercusión que tiene en nuestra vida el fenómeno de Internet y las nuevas tecnologías, ya que vivimos en la era de la digitalización, que llegó apenas hace unas décadas, pero que, dado el progreso tan celérico que se está llevando a cabo, y dada su implantación en nuestra sociedad, hoy podemos decir sin temor a caer en una hipérbole, que parte de nuestras vidas está sumergida en la red de internet.

Y podemos afirmar también, que ha llegado para quedarse y transformar en cierta manera nuestra forma de vida. Pero como suele ocurrir con frecuencia, cuando un fenómeno social se presenta

en nuestras vidas, si bien aceptamos con relativa rapidez los cambios que ello conlleva, e incluso entendemos y nos adaptamos al nuevo paradigma, hay cosas, que por más prontitud que pretendamos, conllevan un tiempo. Y muy especialmente me refiero a las leyes, al derecho, a nuestros ordenamientos jurídicos y las instituciones que sujetan los mismos. Pero, al fin y al cabo, se trata de eso, tiempo.

Para ejemplificar lo mencionado en el párrafo anterior, debemos pensar que no resulta excepcional que una persona fallecida hoy día, tenga abierta una cuenta de correo electrónico; tenga creado uno o varios perfiles en redes sociales y afines.

Asimismo esa persona es muy probable que se hubiera comunicado con las Administraciones Públicas, con Hacienda por ejemplo, por vía telemática; que hiciese numerosas operaciones de comercio electrónico; que pagase una cuota a una empresa proveedora de contenidos para descargarse noticias, libros, películas o series online; que almacenara sus archivos personales o profesionales en la nube; que tuviese ganancias, o pérdidas en un bingo del ciberespacio o en apuestas online; que gestionase sus ahorros exclusivamente por internet.

Y, por supuesto, no hablemos ya de que esa persona también tuviera activos digitales como por ejemplo criptomonedas (Bitcoin, Ethereum, WhiteBIT Token, etc). Estamos hablando de dinero virtual.

Pues bien, todo este patrimonio digital que dejara el causante a su fallecimiento, es lógicamente objeto de la sucesión mortis causa, forma parte del concepto legal de herencia, pero no solo eso, ya que también, esa vertiente digital de la herencia conlleva una serie de derechos de protección como pueden ser: el derecho al honor del fallecido, a su propia imagen, el derecho al secreto de las comunicaciones. Cuestiones contempladas en el Artículo 18 de la CE.

Parece que lo expuesto es un tema de menor envergadura dentro del complejo conglomerado que supone La Herencia, atendiendo tan solo al Título III del Libro II de nuestro Código Civil. Es decir, nos puede ocurrir al reflexionar sobre este tema, que lleguemos a la conclusión de que generalmente tampoco es tan importante para el ciudadano medio, lo que suceda una vez fallecido con su participación o interacción en la red, ya que poco puede preocuparle a alguien esas cuestiones tras morir.

Pero ciertamente no lo es, y tan solo tenemos que tener en cuenta la repercusión que tiene ya en nuestras vidas internet, las redes sociales, los medios telemáticos, la nube, etc. Pues condicionan el modo en que van a quedar ordenados ciertos asuntos y también, claro está, parte del patrimonio.

Pensemos que el uso de estas tecnologías es cada vez mayor, miremos por ejemplo lo que ocurre con los menores, pues hace apenas unos años era impensable que tuvieran acceso a contenido digital, pero tal y como podemos comprobar, esto ya no es así. O tampoco es raro pensar, que muchas personas hoy en día se ganan la vida a través de plataformas digitales, gracias al contenido que suben, por ejemplo, profesores que imparten sus clases vía telemática, youtubers que documentan o suben cualquier tipo de contenido a sus canales, medios de comunicación online (revistas, periódicos digitales), ganancias patrimoniales propiamente dichas con el uso de monedas virtuales a que ya hemos hecho referencia, y una infinidad de maneras en las que las personas dejan una importante huella digital, ya se patrimonial o no.

Es por ello, que, ante esta relevante cuestión, resulta que cuanto menos, debemos asegurarnos de tener controladas nuestras claves, contraseñas y demás, de manera que las personas designadas al efecto tuvieran acceso y facilidad a la hora de gestionar todo este complejo patrimonio digital, llegado el caso.

Para esta tarea ya se han aventurado numerosas empresas, que pasan desde resolver los problemas generados por la herencia o el legado digital *per se*, hasta la tarea de almacenar contraseñas, así como encargarse de los arreglos funerarios y las últimas voluntades. Pero hay que dejar constancia, ante la posible confusión de los usuarios por la terminología que a menudo emplean dichas empresas (legado digital, testamento digital), que estos servicios no se equiparan al testamento ordinario, al que sigue siendo necesario acudir para regular el destino de los bienes digitales.

Esto que acabo de plantear con la mayor brevedad y simplicidad posible, nos lleva a buscar y a indagar en la legislación vigente en España, para de ese modo poder hallar respuestas o soluciones a los interrogantes que giran en torno a nuestro tema. Y para ello, resulta necesario mencionar la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y de garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD). Pues esta Ley aborda por primera vez en nuestro país, a nivel de legislación estatal, el llamado “testamento digital”. A él se dedica el artículo 96, incluido dentro del Título X, sobre la «Garantía de los derechos digitales», junto con otros como el conocido «derecho al olvido en búsquedas a Internet» (artículo 93).

A colación de esto, cabe recordar que el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, prevé que las personas vinculadas al fallecido pueden ejercer sus derechos de defensa, de modo que sus herederos o legatarios pueden reclamarlo como parte de sus bienes y derechos e incluso proteger

el derecho al honor del fallecido en lo que podríamos calificar como reputación postmortem, pero esto lo desarrollaremos en profundidad más adelante.

Desde luego, al margen de los ya citados, hay más artículos que ayudan a delimitar el perímetro objeto de la sucesión mortis causa, otro ejemplo de ello es el artículo 1321 CC: “*las ropas, mobiliarios y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos*” se entregan al que sobreviva sin computárselo en su haber.

También se aclara que las facultades de carácter personalísimo *sensu stricto*, tampoco pueden transmitirse a los sucesores. Lo cierto es que, con este tipo de facultades de índole personalísimo, la cuestión es algo más compleja y no es posible resolver mediante simples silogismos, el motivo es que estas facultades abarcan una gran variedad de contenidos de la esfera personal del causante, y por eso hay algunas pertenecientes a este grupo que indudablemente no pueden transmitirse a los sucesores, por ejemplo, la patria potestad; el derecho de sufragio; la libertad de expresión... No obstante, hay otras, que la doctrina señala que, a pesar de tener ese carácter, sí procede su transmisión, por ejemplo, algunas facultades del *derecho moral del autor* art. 15 LPI; el ejercicio de ciertas acciones de protección civil del honor; la intimidad o la propia imagen de una persona fallecida.

Y ahora es el turno de uno de los más controvertidos puntos sobre el caudal relicto. Las deudas, ¿Se heredan o no? Para responder esta cuestión hemos de partir del artículo 659 CC nuevamente, que nos aclara que también quedan comprendidas las obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte. Por lo tanto, cabe concluir, y así queda reflejado expresamente por el legislador en el artículo 1003 CC, que las deudas han de heredarse, el motivo es fácil de comprender, una sociedad que se basa en el crédito, no podría subsistir si las deudas se extinguiesen por el fallecimiento del deudor, cosa que sólo ocurre, respecto de las obligaciones de hacer personalísimas, por evidentes razones estructurales (art. 1156 CC).

Lo cierto es que puede haber diversas maneras de entender el derecho de sucesiones, y prueba de ello son los cambios que han sucedido a lo largo de la historia del derecho, ya que según las convicciones del momento o del lugar se ha entendido el proceso de la sucesión mortis causa de una forma u otra. Pero dado que estamos en el continente europeo, nuestro eje central es el sistema romano, cuyo proceder consiste, como ya hemos señalado, en que los bienes hereditarios se entregan desde el primer momento a los beneficiarios correspondientes, consagrándose, así como sucesores universales que subentran en la posición que tenía el causante en relación con todos sus bienes y deudas, cambiando el sujeto, pero no la causa.

2. EL TESTAMENTO TRADICIONAL

2.1. El testamento común

La noción inicial del testamento nos la ofrece el artículo 667 CC: “*El acto por el que una persona dispone después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos, se llama testamento*”.

Es común que cuando una disposición legislativa se lanza a establecer o determinar el concepto de la institución que regulan, se generan todo tipo de críticas y debates, pero la definición que establece el citado artículo deja claro, al menos para la gran mayoría, que se trata de la expresión de última voluntad de la persona que fallece, por la cual dispone sobre el devenir de sus bienes y derechos, o de algunos de ellos.

A continuación, procederemos a analizar las notas que caracterizan el testamento. En primer lugar, debemos mencionar que se trata de un acto unilateral y unipersonal, pues por prohibición expresa del artículo 669, no pueden testar dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento.

Por otra parte, el testamento es un acto personalísimo; rasgo que menciona literalmente el artículo 670, aclarando también que no se puede dejar la formación del testamento ni en todo ni en parte al arbitrio de un tercero, ni por medio de comisario o mandatario.

Es también un acto solemne. Pues tal y como indica el artículo 687 será nulo el testamento que no presente las formalidades establecidas para cada uno de los tipos o de las formas testamentarias. Esta exigencia deriva del hecho de que es un acto que desplegará sus efectos mortis causa, por lo que conviene que el otorgamiento del testamento se adecue a las pautas formales que garanticen su pervivencia respecto del propio testador.

Es un acto esencialmente revocable. Mientras viva, el testador puede hacer y deshacer cuantas veces desee. Pues como ya se ha apuntado, el testamento despliega eficacia desde que fallece el testador, y, por tanto, puede revocar *ad nuntum* cualquier disposición testamentaria. Y así lo confirma de forma categórica el art. 737, al decir que incluso si el testador expresa su voluntad de no revocar, todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables¹.

Por último, respecto a la interpretación de los testamentos, tenemos que referirnos al artículo 675 del Código Civil, el cual nos indica que: “*Toda disposición testamentaria deberá entenderse en*

¹RIVAS MARTINEZ, J.J. *Derecho de sucesiones. Común y foral*. Tomo I. Dykinson, Madrid, 2009, pág. 91.

el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador; según el tenor del mismo testamento. El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley”.

2.2. Del contenido del testamento

Una vez sentadas las bases sobre lo que es el testamento, hay que abordar un matiz que se desprende del propio artículo 667, ya que, si bien en nuestro sistema normativo no es imperativa la existencia de institución de heredero, generalmente, la gran mayoría de los testamentos otorgados suelen referirse a las atribuciones patrimoniales realizadas por el causante para cuando fallezca, idea que se refuerza por el carácter solemne y formal del testamento. Pero, por otra parte, hemos de referirnos también al contenido del testamento, referido a las declaraciones privadas de sustrato patrimonial, como pueden ser por ejemplo la confesión religiosa; las exequias del testador, o el reconocimiento de un hijo extramatrimonial (art. 120.1 CC).

Ahora bien, tanto unas como otras manifestaciones del testador deben tener un sentido imperativo, de manera que el testador ordene su cumplimiento, pues los meros ruegos, recuerdos o rememoraciones, aunque pueden formar parte del testamento al estar integrados en el mismo, no pueden considerarse disposiciones testamentarias propiamente dichas de obligado acatamiento.

2.3. Clasificación de las formas testamentarias

En cuanto a las distintas formas del testamento, las dos grandes categorías son el testamento común y el especial. Dentro de estos dos grandes tipos se encuadran cada uno de los testamentos existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

2.3.1. El testamento abierto notarial

Este testamento es así llamado porque el testador manifiesta su voluntad en presencia de las personas que deben autorizarlo, es decir, ante Notario. Es el que se da en mayor medida en nuestro sistema. Y como puntualización, decir que antes había un requisito de tres testigos idóneos para su válido otorgamiento, que quedó suprimido por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre. Así pues, como regla general este testamento se otorga solo ante Notario, y solo en algunas variantes del mismo, se reclama la presencia de testigos.

En cuanto a la preparación y redacción del testamento abierto, señalar que su principal característica es que su redacción compete a los Notarios. Previamente el testador ha de comunicar y transmitir su voluntad testamentaria, ya sea oralmente o por escrito. Y hecho ello, el Notario por sí mismo, procede a extender por escrito el testamento, para en su momento, convocar al testador para proceder a su lectura y posterior otorgamiento. Naturalmente, la participación o el desarrollo de su actividad como Notario en la redacción del testamento, lo hace responsable en caso de nulidad por defectos formales, conforme a lo establecido en el art. 705.

En cuanto a la fase de otorgamiento, decir que consiste en la lectura del testamento por el otorgante ante el Notario, o en su caso por el Notario en presencia del otorgante. Por tanto, el Notario autoriza el testamento. Una vez firmado, se entiende otorgado. Hay que señalar también, que, tras la aprobación de la mencionada Ley, el requisito de unidad de acto del testamento, es sólo aplicable al otorgamiento propiamente dicho del testamento, al acto que comienza con la lectura y termina con la firma. Sin que esta pretendida unidad, alcance a la fase preparatoria o de redacción del testamento².

2.3.2. El testamento abierto sin intervención notarial

Pasamos ahora a las formas testamentarias que pueden otorgarse sin intervención notarial, cuya forma se asienta en la urgencia existente en ambos supuestos:

a) El testamento en peligro de muerte.

Tal y como se desprende del artículo 700 del Código Civil, la particularidad más destacable es, que ante la premisa dada de un peligro de muerte y, por consiguiente, la imposibilidad de contar con un Notario que autorice el testamento, puede ser otorgado, no obstante, con la presencia de cinco testigos idóneos, sin presencia, como hemos dicho, de un Notario.

b) El testamento en caso de epidemia.

Según establece el artículo 701 del Código Civil, se debe partir de una situación específica. Esto es, una epidemia. En este caso, se permite el otorgamiento del testamento sin intervención de Notario, ante tres testigos mayores de 16 años.

²IBERLEY INFORMACIÓN LEGAL, S.L. (s.f.). “Regulación del testamento abierto notarial”. *Iberley: contenido jurídico*. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/regulacion-testamento-abierto-notarial-59691>

Pese a la existencia de ambas posibilidades que acabamos de comentar, es importante saber, que estas formas testamentarias tienen un carácter excepcional tal, que están sometidas al plazo de caducidad de dos meses contados desde la fecha de su otorgamiento. Y que no están exentas del requisito de escritura mientras ello sea posible, aunque no siéndolo, el testamento valdrá si los testigos no saben escribir.

Ahora bien, en todo caso, los testamentos otorgados sin autorización del Notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil³.

2.3.3. El testamento ológrafo

El calificativo ológrafo equivale a autógrafo, lo que significa que estamos ante un documento que está íntegramente escrito por el testador, de su puño y letra, sin intervención alguna de otra persona. Esta forma garantiza absolutamente el secreto de las disposiciones testamentarias, y es sin duda alguna, una buena opción para aquellos que tengan bien reflexionado el destino que quiere dar a sus bienes. Pero hay que tener presente que no está exento de algunos inconvenientes dignos de señalar:

El primero es consecuencia de que nos encontramos ante un documento que se redacta sin observar los requisitos exigidos por el Código. Cuestión que no es muy difícil resolver por cualquier persona de mediana cultura, aunque no haya visto ni conozca las disposiciones del Código Civil.

Y el segundo inconveniente al que hemos de referirnos, es que, si no se combina esa redacción manuscrita con una posterior acta notarial, que refleje su otorgamiento y depósito ante un Notario para que quede anotada en el Registro de Actos de Última Voluntad, estaríamos ante el riesgo inminente de la pérdida o destrucción del documento por cualquiera de sus sucesores.

En relación a los requisitos que se exigen para realizar el testamento ológrafo son dos principalmente:

1. Tener mayoría de edad, sin que quepa entenderse en ningún caso que los menores emancipados tienen esta consideración.

³IBERLEY INFORMACIÓN LEGAL, S.L. (s.f.). “Regulación del testamento abierto sin intervención de notario”. *Iberley: Contenido jurídico*. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/regulacion-testamento-abierto-intervencion-notario-59692>

2. Estar escrito en su totalidad por el puño y letra del testador, con incorporación de su firma y fecha concreta en que se otorgue, siendo de máxima importancia el dejar claro mediante la fecha en que se finaliza que no es un mero borrador o un testamento inacabado.

Posteriormente a esto se da paso a la adveración, para ello ha de ser presentado en los cinco años siguientes al fallecimiento del testador, ante Notario, que es quien se encarga de dicha encomienda tras la aprobación de la LJV. Luego, la persona que tenga en su poder el testamento ológrafo, deberá presentarlo ante Notario competente en los diez días siguientes a aquel en que tuviera conocimiento del fallecimiento del testador, o de lo contrario será responsable por los daños y perjuicios.

Una vez hecho esto, se procede a la protocolización, por la cual el Notario acredita la autenticidad del testamento y autoriza el acta de protocolización. Si no se acreditara la autenticidad del testamento por no identificarse al otorgante, se archivaría el expediente sin protocolización. En ambos casos los interesados pueden ejercer sus derechos en el juicio que corresponda⁴.

2.3.4. El testamento cerrado

Regulado en los artículos 706 a 715 del Código, es de escasa aplicación práctica a pesar de que asegura el absoluto secreto de la voluntad testamentaria.

Esta forma testamentaria ha de ser escrita, al igual que el testamento ológrafo, pero en este caso, la preparación y redacción puede hacerse enteramente escrito de su puño y letra; puede escribirse por cualquier medio mecánico o por otra persona a ruego del testador; y firmado por otra persona a ruego del testador si éste no pudiera o supiera estampar su rúbrica en cada página.

Así pues, las formalidades que han de ser observadas en su otorgamiento son a grosso modo las siguientes:

Su presentación se basa en una cubierta cerrada y sellada con la garantía de que no se pueda extraer el contenido sin romper dicha cubierta. Tras fallecer el testador, el testamento tiene que ser presentado ante el Notario, para que lo protocolarice dentro de los 10 días siguientes al conocimiento de la muerte del testador, que lo hace extendiendo correspondiente acta de otorgamiento. Luego, una vez extendida y leída el acta, la firmará el testador, si puede hacerlo, o si no pudiera, las personas que

⁴El testamento ológrafo: Requisitos y caducidad. (s. f.). *Tirant lo Blanch*, 81, pp. 1-5.

deban concurrir, y la autorizará el Notario con su signo y firma. Si se diera esta circunstancia, deberá ser expresada, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

Por último, señalar que pueden concurrir al acto de otorgamiento dos testigos idóneos, si así lo solicitan el testador o el Notario. Es importante tener en consideración que, si fuese nulo por defecto de forma, sin perjuicio de la eventual responsabilidad del Notario, este testamento puede valer como ológrafo siempre y cuando el escrito que contiene la última voluntad reúna los requisitos materiales y formales.

2.4. Los testamentos especiales

Estos testamentos, como su propio nombre indica, son así llamados por la especial circunstancia en la que se halla el testador, ya sea fuera de su entorno familiar o social, o fuera de las fronteras nacionales.

2.4.1. El testamento militar

La noción inicial nos la marca el artículo 716.1 CC, que delimita el ámbito subjetivo de este tipo de testamento, que abarca desde los militares en campaña propiamente dichos, a voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército, o que sigan a éste. La condición de militar no es pues requerida.

El precepto también menciona que el ejército se ha de encontrar en campaña bélica, pero no ha de entenderse por ello que haya de existir una declaración de guerra oficial, extendiéndose por tanto la validez del testamento militar a circunstancias próximas a la campaña bélica, por ejemplo, cuando el ejército se bate en retirada o retorne a su habitual punto de destino.

En circunstancias ordinarias, tendencialmente, se requiere que el testamento militar se otorgue ante un Oficial del ejército, o por lo menos, ante un Capitán. No obstante, ante las peculiaridades de la situación dada, se prevén casos en los que el otorgamiento del testamento se haga ante el Capellán o el Facultativo que le asista.

Con independencia de ante quién se otorgue, la exigencia de dos testigos idóneos, de conformidad con las reglas aplicables en la materia, es un requisito *sine qua non*.

Por lo que respecta a la caducidad de estos testamentos, establece el artículo 719 CC que caducarán cuatro meses después de que testador haya dejado de estar en campaña.

Por otro lado, se prevé que, ante la gravedad del momento, quepa el otorgamiento verbal del testamento militar ante cualquiera de sus compañeros u otros testigos. También queda establecido el testamento cerrado ante un Comisario de guerra, quien ejercerá las funciones de Notario.

“Para la tramitación de todos estos testamentos militares, tras la aprobación de la LJV, se exige que sean remitidos con la mayor celeridad posible al Cuartel General, y por este, al Ministerio de Defensa, quien, en caso de fallecimiento del testador, remitirá el testamento al Colegio Notarial correspondiente al último domicilio de difunto, y de no ser conocido, al Colegio Notarial de Madrid. El Colegio Notarial tendrá que remitir al Notario correspondiente al último domicilio del testador, y una vez recibido, deberá comunicar en los diez días siguientes, su exigencia a los herederos y demás interesados en la sucesión, para que comparezcan ante él al objeto de protocolizarlo de acuerdo con lo dispuesto legalmente”⁵.

2.4.2. El testamento marítimo

El Código regula los testamentos abiertos o cerrados de los que durante un viaje marítimo vayan a bordo. Hay que entender, por tanto, que este testamento se puede hacer de las dos formas, y por lo dispuesto en el artículo 722 CC, en ambos casos se exige la concurrencia de dos testigos idóneos.

A efectos del otorgamiento se distingue, según el buque sea de guerra o mercante, en ambos casos se requieren dos testigos idóneos que se elegirán de entre los pasajeros, si los hubiere, pero al menos uno de ellos ha de poder firmar, el cual lo hará por sí y por el testador, si éste no sabe o no puede. La diferencia estriba en la persona ante la cual ha de otorgarse, esto es, Contador o Capitán respectivamente. Si quien desea otorgar testamento es el responsable de la nave, tendrá que ser autorizado por quien deba sustituirlo en el cargo.

Para ambos casos (buque de guerra o mercante) se prevé que, ante un inminente peligro de naufragio, se pueda otorgar el testamento de forma verbal.

En cuanto a la custodia de los testamentos otorgados en la nave, ya sean abiertos, cerrados u ológrafos, corresponde al Comandante o al Capitán, quienes deberán hacer mención de ellos en el Diario de navegación.

⁵DOLADO ESTEBAN, J. “NOTARÍA MILITAR.: Curso de perfeccionamiento en notaría militar”.
Publicaciones Defensa, 2010. Disponible en:
<https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/P/D/PDF309.pdf>

En relación con la caducidad de los testamentos marítimos, ya sean abiertos o cerrados, se establece en el artículo 730 CC el plazo de cuatro meses, contados desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en forma ordinaria⁶.

2.4.3. El testamento otorgado en país extranjero

Nos encontramos ahora en el supuesto de que un ciudadano español otorgue testamento en el extranjero. A lo que el Código aporta dos posibles eventualidades: que las formas y solemnidades de los testamentos se rijan por las leyes del país en el que se otorgue (principio *locus legit actum*). O bien que cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las formas y solemnidades españolas.

Asimismo, se aclara que el español que teste en el extranjero, aun con la regla de *locus legit actum*, podrá hacerlo de forma ológrafa, abierta y cerrada, pero no podrá, salvo que ostente la vecindad aragonesa, gallega o navarra, hacerlo de forma mancomunada, así lo permite la ley extranjera.

Por último, nuestro Código también posibilita que los españoles puedan testar en país extranjero con sujeción a las leyes del país que se trate, y testar en alta mar, en cuyo caso se sujetaría a las leyes del país al que pertenezca el buque.

Se prevé también la posibilidad de que el testamento sea ológrafo, aunque el país donde se otorgue no admita esta forma. Pero no será válido en España el testamento si se otorgó de forma mancomunada, así lo permitieran las leyes del país en que se testó⁷.

3. EL TESTAMENTO DIGITAL EN LA REGULACIÓN DE LA LOPD 3/2018

3.1. El artículo 3 de la LOPD

La Ley de Protección de Datos⁸ hace mención en dos artículos a la defensa o destino *post mortem* de los datos de las personas fallecidas. La primera mención la hallamos en el artículo 3, cuyo contenido aparece bajo la rúbrica “datos de personas fallecidas” y dice así:

⁶VLEX. (s. f.), “Sección octava: del Testamento marítimo”. Disponible en: <https://vlex.es/vid/seccion-octava-testamento-maritimo-225559>

⁷ACEDO PENCO, A. *Derecho de sucesiones: el testamento y la herencia*. Dykinson, Madrid, 2014, pág. 136.

⁸ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE, núm. 294, de 6 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A->

“1. 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, rectificación o supresión de los datos de aquel. Estos derechos se regularán de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley Orgánica.

2. En caso de fallecimiento de menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona interesada.

3. En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades también podrán ejercerse, además de por quienes señala el apartado 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.”

Lo primero que podemos apreciar del citado precepto, es que constituye una excepción a la regla general que subyace de todo el cuerpo legal, ya que el artículo 2, que se encarga de delimitar el perímetro objeto de aplicación de la susodicha Ley, nos dice en su último apartado que: *“esta Ley Orgánica no se aplicará a los tratamientos de datos de personas fallecidas, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente”*.

Pero adentrándonos en el contenido mismo de la norma, lo primero que podemos observar, es el reconocimiento de una serie de derechos que quedan al arbitrio de las personas o instituciones que expresamente hubiera designado el fallecido.

Posteriormente se alude al supuesto de fallecimiento de menores o discapacitados, con la diferencia en estos casos de que la ley prevé un mayor número de legitimados para el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación o supresión.

Es oportuno precisar ahora, que la anterior ley que se ocupaba de esta materia, que era el Reglamento de 2007⁹, tan solo preveía la posibilidad de cancelación de los datos de la persona fallecida. Mientras que la nueva regulación de la materia, como vemos, abarca una mayor amplitud de los derechos que se pueden ejercer en este sentido, ya que básicamente se trata del mismo número de derechos que podía ejercer el propio titular de los datos.

[2018-16673-consolidado.pdf](#)

⁹ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. BOE, 19 de enero de 2008, núm. 17. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-979>

La motivación de este cambio puede sin duda alguna conllevar a una vulneración a la intimidad del fallecido. Pero huelga decir, que ese derecho a la intimidad al que aludimos no es estrictamente el mismo que tenía en vida su titular, pues al tratarse de una facultad ligada a la personalidad, se extingue con su muerte, pero sí el de la defensa o protección de la «intimidad pretérita» del difunto (art. 32 CC¹⁰).

Por otra parte, subyace también del artículo que estamos desgranando, la cuestión de cuáles serían los datos objeto de la protección otorgada, y, por consiguiente, cuáles de esos datos personales afectan a la esfera de la intimidad.

Pues bien, la propia LOPD no proporciona una definición de lo que debemos entender por “datos personales”, pero sí lo hace la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD¹¹), que de acuerdo con el artículo 4 RGPD, que se consideran datos personales “toda la información sobre una persona física identificada o identificable (el interesado)”, y que así mismo “se considerará persona física identificable, toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”, por ejemplarizar, podría ser el nombre, el número de teléfono (cuando se asocie al titular o a datos identificativos adicionales como puede ser la dirección y ésta se almacene con el número), el número del documento nacional de identidad (ya sea vinculado a otros datos personales o por sí solo), las fotos de una persona o incluso la dirección IP de su conexión a Internet.

En este sentido se pronunció también el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre. Mediante la que expresa que el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos, es aplicable no solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato, sea íntimo o no, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado, pero cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos. Porque como se aclara, el objeto

¹⁰ El art. 32 del Código Civil dispone que: “La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas. La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica”.

¹¹ La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) es el organismo público encargado de velar por el cumplimiento de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales en España. Tiene la forma jurídica de autoridad administrativa independiente, posee personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada que le permite actuar con independencia de la Administración pública en el ejercicio de sus funciones.

de protección de esta Ley no es solo la intimidad individual, sino cualquier dato de carácter personal. Por lo tanto, esta Sentencia, (que fue el resultado de un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra la arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal) viene a ensanchar las garantías de los ciudadanos en lo que al tratamiento de sus datos personales por parte de las Administraciones Públicas se refiere, y lo hace arguyendo que el derecho fundamental a la protección de datos debe entenderse con una mayor amplitud que el propio derecho a la intimidad, ya que el primero extiende su garantía a la esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada.

Difiere por tanto entre datos íntimos de la persona que vienen amparados y protegidos en el artículo 18.1 CE, y por otro lado habla de datos de carácter personal. Todo esto en el contexto de lo que el auge de las nuevas tecnologías ya estaba produciendo, cuanto más necesario ahora.

A juicio del Defensor del Pueblo, estas excepciones a los derechos de los titulares de los datos lesionan el contenido esencial del derecho fundamental a la intimidad frente al uso de la informática (arts. 18.1 y 4, y 53.1 CE), al imponerle restricciones injustificadas y desproporcionadas que lo hacen impracticable y lo despojan de su necesaria protección.

Pero además este derecho de protección de datos tiene una segunda significación en su contenido que lo distingue del derecho a la intimidad personal y familiar ya citado, ya que:

“A diferencia de este último, que confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales”¹².

En lo que respecta a la pretensión del legislador español, tras la lectura del articulado de referencia de la LOPD, y en comparación con lo que se recoge en otros países sobre esta materia, hay

¹²Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio de 1993, BOE. Núm. 197, de 18 de agosto de 1993. (F.J. 7). Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1993-21425

que resaltar que, en nuestro caso, se han reconocido más prerrogativas que en otros países. Pues para ejercer los derechos de protección de datos de una persona fallecida, no solo se legitima a la persona que el causante hubiera dejado designada al efecto, sino que se prevé la posibilidad de que abarque a cualquier persona interesada vinculada con el fallecido «por razones familiares o de hecho».

Sin ánimo de hacer un juicio de valor en torno a esta cuestión, resulta pertinente mencionar que el Reglamento español de protección de datos de 2007 fue bastante certero al respecto, pues si bien la legitimación para ejercer los derechos correspondía a las mismas personas que en la actual regulación, el acceso a los datos personales del fallecido, que deduzco que es la esencia de la intimidad que uno pretende preservar con mayor ahínco, no estaba permitido. Concretando la AEPD muy coherentemente, que la salvedad para ejercer este derecho de acceso fuera con motivo de conocer los datos patrimoniales necesarios para organizar la sucesión del fallecido.

Dentro del contexto del recién modificado artículo 3 de la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD), se ha producido un cambio significativo en el enfoque. Ahora, los individuos autorizados también tienen la posibilidad de "acceder" a los datos personales del fallecido.

En lo que respecta a las personas legitimadas, éstas no difieren en la antigua regulación y la actual, por lo tanto, podemos afirmar que en ambas se deja al arbitrio de interpretación casuística, ya que no se concreta el grado de parentesco que permite ejercer los derechos.

Además, tampoco señala el legislador cómo resolver los posibles conflictos en caso de concurrencia de varios legitimados, lo que puede dar lugar a un verdadero conflicto de intereses, y cuya resolución, por tanto, recae nuevamente en los Tribunales.

De igual modo, tampoco se arroja luz en cuanto a la excepción referida a la prohibición expresa por parte del fallecido de acceder al contenido de sus datos. Pues no se establece ningún tipo de requisito formal, lo que conlleva a plantearse si serían válidas las manifestaciones verbales, o qué sucedería en caso de manifestaciones expresas registradas en documentos que resulten contradictorios en su contenido. Es más, como la norma no prevé ningún requisito ni prueba, ni establece como debieran darse las excepciones a tal prohibición del causante, los herederos podrían perfectamente argumentar que detrás de un dato "x", existe un contenido patrimonial que debe ser objeto de la sucesión, dejando de ese modo, totalmente inoperativa la disposición del causante vetando el acceso a sus datos.

Por otra parte, también supone una gran duda, la parte de la norma en la que se permite sin más el acceso de los herederos a los datos de contenido patrimonial. Puesto que a veces, no es tan

sencillo dilucidar cuándo estamos ante un dato que contiene trascendencia patrimonial o no. Por no decir ya, que esos datos, por ejemplo, podrían haber desaparecido a consecuencia del ejercicio de otro legitimado que hubiera instado al prestador de los servicios y le hubiera sido concedido, el derecho de cancelación.

En definitiva, nos encontramos con una presunción de consentimiento del causante, que se traduce en una permisibilidad de acceso a los datos de la persona fallecida por parte de las personas legitimadas¹³.

3.2. El artículo 96 de la LOPD: El derecho al testamento digital

Una de las cuestiones principales a considerar en el análisis de este precepto¹⁴ es lo criticada que ha sido la denominación del mismo, pues al hablar de testamento se crea una inevitable confusión,

¹³OTERO, M. “La sucesión en los «bienes digitales. La respuesta plurilegislativa española”. *Revista de Derecho Civil*, VI (4), 2019, 114-125.

¹⁴ 1. El acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas se regirá por las siguientes reglas:

a) Las personas vinculadas 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.

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

c) En caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.

d) En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

2. 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.

3. 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.

4. 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.

ya que la noción testamento, como ya hemos referido en apartados anteriores, se refiere a un acto de disposición de los bienes de una persona para después de su muerte (art. 667 CC) y asimismo se exigen en el Código Civil unas formalidades que han de ser observadas para otorgar testamento, entre las cuales no se recoge la posibilidad de realizar el testamento de forma digital u online, por lo tanto, no existe per se una forma testamentaria en soporte digital o distinta de las recogidas en nuestro Código Civil y ya analizadas.

De otro lado, la regulación del artículo 96 de la LOPD se aleja del ámbito de aplicación del Derecho de Sucesiones, el motivo es que los contenidos digitales a los que se hace referencia en la norma no siempre son bienes transmisibles y por tanto no pueden formar parte de la sucesión mortis causa. El ámbito del Derecho de Sucesiones se limita a aquellos bienes y derechos que son susceptibles de ser transmitidos por herencia.

Por este motivo, se hace necesaria una concreción del concepto “contenido digital”. De entrada, podemos afirmar que se refiere más bien a los contenidos que no estuvieran en cualquier tipo de soporte físico, pues respecto a éstos (por ejemplo, un pen drive o un disco duro de un ordenador) se aplicarían las reglas sucesorias ordinarias para determinar la titularidad de los mismos tras el fallecimiento del causante. Y sin dar una definición exacta sobre el concepto “contenido digital” susceptible de transmisión, sí que se entiende que alude a aquellos de los cuales están siendo gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Asimismo, y a raíz de la noción que hace la Ley francesa sobre lo que denomina “los bienes digitales” cabe entender también que se trata de algo distinto o que va más allá de los datos personales del fallecido, y es debido a la amplitud que entraña este concepto, que abarca cosas de lo más variadas, como pueden ser: perfiles en redes sociales (*Facebook, Instragram*); perfiles en redes profesionales (*LinkedIn, Infojob*); cuentas de correo electrónico (*gmail, outlook, yahoo*); archivos de audio o visual de servicios de alojamiento en la nube (*Dropbox, Drive*); relaciones con servicios en línea de archivos de música o de plataformas de *streaming* con los que el fallecido tuviera una relación contractual (*Spotify, Netflix, HBO*); operaciones de comercio electrónico cuando el objeto de esa transacción estuviera pendiente de entrega (un pedido en *Amazon*); cuentas corrientes en banca online; saldos de criptomonedas; servicios de pagos en línea (*Paypal*), servicios de sitios web de cashback o dinero de vuelta (*iGraal*).

Por último, el artículo 96 de la LOPD no solo aborda las instrucciones que el fallecido pudo haber dejado respecto al destino de sus contenidos digitales (que alude precisamente a lo que propiamente estamos denominando "testamento digital" o documento de últimas voluntades

digitales), sino que también designa el elenco de individuos legitimados que pueden actuar como "interlocutores" (no necesariamente herederos) en defecto de tales instrucciones, para comunicarse con los proveedores de servicios de la sociedad de la información y determinarles qué hacer con los contenidos digitales del fallecido.

A resultas de lo que acabo de mencionar, podemos concretar un poco más la definición del referido testamento digital, y decir que se trata de un documento que debe albergar todas las instrucciones necesarias sobre los bienes digitales, las personas que han de hacerse cargo de los mismos y el orden de prelación que pretende respecto a los mismos, y lo que es más importante para poder ejecutar lo dispuesto, dejar constancia de la relación de sus posiciones digitales, las claves para acceder a ellas, y la autorización a la persona de confianza que el designe a tal fin.

Pero lo verdaderamente importante de este precepto, es el presunto consentimiento que respalda a esos legitimados para acceder a los contenidos gestionados por los prestadores de servicios de la información, y que, salvo que medie una prohibición expresa por el fallecido, o en atención a una disposición legal, opera la regla general a través de la cual se da "carta blanca" a todos los legitimados. Añadiendo el precepto en último lugar, y como colofón sobre la manera de proceder de los legitimados, que incluso la mencionada prohibición del fallecido podría quedar desvalida y sin efectos, si los contenidos en cuestión pudieran formar parte del caudal relicto.

A raíz de lo que transmite este precepto, es obvio que surgen numerosos interrogantes. Uno de ellos, y que a mi juicio tiene suma importancia, es saber lo que podría suceder si uno de los legitimados, en virtud de su derecho, se dirige a uno de estos servicios de la información que albergara contenidos sobre la persona fallecida, y decide suprimir, cancelar o modificar algo, en base, reitero, al ejercicio de su derecho, y que este hecho, repercuta en el caudal relicto del resto de los herederos.

Pues bien, parece obvio que estos últimos podrían ir contra aquél, y en todo caso será responsable del daño causado. Pero el desastre (evitable) quedaría acometido en virtud de una legitimación, es decir, de una casuística que está prevista, pero que nada aclara sobre correcto proceder.

De otro lado, adentrándonos en el tema de las instrucciones dejadas por el causante, no plantean mayor problema cuando efectivamente las ha dejado el causante, pero sí cuando hay ausencia de ellas, ya que, en tal caso, son las personas legitimadas las que podrán acordar el mantenimiento o la eliminación de los perfiles del fallecido en los términos que señalan los preceptos del mismo artículo 96.

Esto genera la problemática de que en dichos perfiles puede haber contenidos digitales que deban integrarse en la herencia del fallecido, y no parece lógico que personas relacionadas con el fallecido por simples vínculos de parentesco puedan eliminarlos.

Por otro parte, en cuanto a los posibles límites a las actuaciones de los legitimados en relación con el perfil, el artículo 96.2 menciona el “mantenimiento” o la “supresión”, pero no el acceso, ya que para este último se necesita una autorización judicial o que el propio causante hubiera dado su consentimiento en vida. Y así está previsto en la mayoría de las plataformas en cuyas “políticas de uso” prohíben a terceros acceder al contenido del perfil del usuario. Si bien esta regla no podrá impedir a los herederos que soliciten y obtengan la información necesaria para organizar la sucesión del causante o el ejercicio de acciones en defensa de su honor, intimidad o propia imagen.

En cuanto al catálogo de las personas legitimadas para dar instrucciones sobre los contenidos gestionados por los prestadores de servicios de la sociedad de la información, respecto al artículo 3 LOPD, el 96 LOPD lo amplía, ya que añade la figura del albacea testamentario, pues también forma parte de los sujetos que pueden cumplir las instrucciones del causante sobre la utilización, destino o supresión de sus contenidos digitales.

Ahora bien, con la figura del albacea hemos de referirnos en todo caso, a una persona que ha sido designada por el testador para la ejecución de sus últimas voluntades. Pero lo peculiar de este precepto es que en ese mismo párrafo en el que se hace mención al albacea, se añade la hipótesis de que el fallecido hubiese designado expresamente a una persona o institución para ello, pues también en este caso, esta persona o institución podría acceder a los contenidos digitales con arreglo a las instrucciones recibidas.

Y cabe señalar también que, en este último caso de nombramiento de una persona ejecutora de sus últimas voluntades, podría ser designado de forma exclusiva o simultáneamente con un albacea¹⁵.

Según parece entender la Doctrina, basándose en la experiencia real, el recurso a una u otra figura, va a depender sobre todo de la edad de la persona que otorgue esas voluntades digitales.

Por otro lado, y al igual que ocurre en el artículo 3, se mencionan también aquí los supuestos especiales sobre las personas fallecidas menores de edad o discapacitados. Respecto a los menores de

¹⁵Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE, núm. 294, de 6 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-16673-consolidado.pdf>

edad, se señala que tanto sus representantes legales como el Ministerio Fiscal en el ámbito de sus competencias, de oficio, o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada podrán también ejercitar las facultades. Y respecto a personas con discapacidad, se dispone que las facultades también podrán ser ejercidas 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.

Pero quizá, lo más llamativo es que la legitimación referida a los representantes legales o a los designados para las funciones de apoyo, se añade a la que poseen las personas vinculadas al fallecido por relaciones familiares o de hecho, pero en ningún caso se establece una jerarquización entre ellos, y puede resultar muy complicado regular la situación.

Para cerrar este epígrafe destinado al artículo 96, y dado el conflicto activo que se mantiene vigente sobre si llamar testamento digital a la transmisión de todo un conglomerado de bienes digitales y no analógicos, es decir, si esto implica un nuevo modelo de testamento distinto (testamento digital) de los que están previstos en nuestra legislación.

Según las diversas opiniones que se han ido recogiendo a este respecto, en su mayoría de notarios, que conocen sobradamente los pormenores que se suscitan en los testamentos, me parece oportuno poner el énfasis en que la cuestión no se centra tanto en los bienes objetos de la transmisión, pues en nuestro derecho de sucesiones cuando se alude a “bienes” que integran el caudal relicto, no se distingue una tipología de los mismos, y ha de entenderse por tanto como un concepto genérico, ya que no diferencia categorías.

El conflicto o la confusión procede más bien de algo que deriva de la regulación sobre este tema en la LOPD, esto es, cuando expresa que el causante puede designar a personas para que se encarguen del manejo y control de las cuestiones online del fallecido, diferenciando así esta categoría de sujetos al decir la propia ley que pueden ser o no herederos y no ser albaceas.

Parece, a mi entender, que se deja la puerta abierta a una nueva categoría de personas que intervienen en el derecho de sucesiones a consecuencia de lo que la vida ha cambiado desde que estamos inmersos en la era de internet. Y que ha dado pie, como comenté al principio en la introducción del TFG, a que se abra todo un sector de actividad de nuevas empresas cuyo objeto o servicio se base precisamente en esta cuestión.

En definitiva, todo lo expuesto lleva a considerar que la denominación de testamento digital es errónea, partiendo de la base de que por el hecho de que se incorporen bienes digitales al caudal relicto, esto no implica una categoría distinta de testamento. Así como que los testamentos deben

estar revestidos de unas formalidades (a las que ya aludimos), en las que no se contempla la posibilidad de otorgarlo mediante vía digital o virtual. Si bien, este sería el próximo paso a dar en el contexto de la era digital y la inteligencia artificial (IA) en la que ahora vivimos.

3.3. La Ley Catalana de Voluntades Digitales

La Ley 10/2017 de 27 de junio de voluntades digitales, que modifica los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña. Fue cautelarmente suspendida por el TC debido a un recurso de inconstitucionalidad planteado a ciertos preceptos legales en los que se hacía referencia a la creación de un Registro electrónico de últimas voluntades, designando para ello a una persona encargada de ejecutarlas y mediando para resolver las discrepancias surgidas en aplicación de la ley. Finalmente, el Tribunal Constitucional avaló la teoría de la invasión competencial ya adoptada por el Dictamen del Consejo de Estado de 21 de septiembre de 2017.

La Sentencia finalmente se pronunció en este sentido sobre la base de la competencia exclusiva del Estado sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8 CE) y también sobre el documento de voluntades digitales que habría de ser incorporado a ese Registro creado ad hoc con la aprobación de la ley. Ya que la previsión que recogía inicialmente la ley era que, si la persona no hubiera otorgado disposiciones de última voluntad, debía recurrir al mencionado documento para poder inscribirlo en el Registro de últimas voluntades.

En esencia esta ley, que, por cierto, reguló anticipadamente lo que luego vino a recoger la LOPD, pretende regular el “entorno digital” de una persona tanto cuando ésta muere como cuando tiene la capacidad judicialmente modificada. Y a tal efecto se contempla la posibilidad de que el interesado pueda manifestar sus “voluntades digitales” designando a una persona que gestione su entorno digital tras su muerte o ante una posible situación de incapacidad. Precisamente a través de la expresión de estas voluntades digitales, el heredero, el albacea universal o la persona designada, actuará ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas.

El concepto de las mencionadas voluntades digitales viene recogido en el añadido artículo 411-10 del Capítulo I, del Título I del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, que dice que *“se entiende por voluntades digitales, en caso de muerte las disposiciones establecidas por una persona para que, después de su muerte, el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas.”*

En resumen, esta ley se centra en las instrucciones que pudieran proceder del causante hacia sus herederos sobre sus cuentas activas, y en referencia a tres puntos o cuestiones claves, como son, en primer lugar comunicar a los prestadores de los servicios digitales la defunción; en segundo lugar solicitar a esos prestadores que se cancelen las cuentas activas del causante; y en tercer lugar, solicitar a los mismos que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas, y si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores.

Además de ello, esta ley contiene medidas dirigidas a proteger a los menores de edad ante posibles riesgos derivados del entorno digital. De ese modo, faculta a padres y tutores, en caso de que exista un riesgo claro, inmediato y grave, para la salud física o mental del menor, acreditado mediante informe de un facultativo, a solicitar a los prestadores de servicios la suspensión provisional del acceso de los menores a sus cuentas.

En cuanto a la forma de manifestar estas voluntades digitales, pueden ordenarse mediante disposición de última voluntad (testamento, codicilo o memorias testamentarias) apartando ya definitivamente, la idea de hacerlo mediante un documento ad hoc inscribible en un Registro de últimas voluntades, que como ya hemos visto no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico por la naturaleza del mismo, y el exceso que esto supondría de las competencias autonómicas respecto de las competencias exclusivas del Estado.

Parece evidente que lo dispuesto en la letra c) del art. 411-10.2 implica que la posible voluntad del causante queda en todo caso supeditada a lo que establezcan las condiciones generales del prestador de servicios digitales. Sólo cuando éstas lo permitan (“si procede”) podrá la persona designada por el causante solicitar la copia de los archivos en su poder. Si no lo permiten, las facultades de la persona designada se limitan a solicitar a la empresa en cuestión que apliquen las previsiones que, en su caso, tengan establecidas para el supuesto de muerte del usuario.

Esta interpretación viene corroborada por lo que se establece en el art. 411-10.4. Según este precepto cuando el causante no ha expresado sus voluntades digitales, el heredero o el albacea pueden, por defecto, ejecutar las mismas actuaciones anteriormente señaladas (las indicadas en las letras a, b y c, del párrafo 2 del art. 411-10), *“de acuerdo con los contratos que el causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales o de acuerdo con las políticas que estos prestadores tengan en vigor”*.

Aquí, si se observa por parte del legislador catalán quienes serán los potenciales legitimados que habrán de actuar frente a los prestadores de servicios. Y muestra mayor respeto con el principio

consensualista que rige en los términos de los contratos suscritos entre tales prestadores de servicios y el causante.

Otra importante cuestión que aborda el legislador autonómico (catalán) es el acceso a los contenidos de cuentas y archivos digitales. Manifestando que la regla general es la del no acceso, salvo que el causante lo haya establecido de otro modo en sus voluntades digitales. Pero en todo caso, prevé el recurso a los tribunales para que se conceda la correspondiente autorización judicial.

Por último, el precepto se cierra con un párrafo séptimo en el cual se especifica que, salvo que el causante lo haya dispuesto de otro modo, los gastos que se puedan originar por la ejecución de las voluntades digitales correrán a cargo del activo hereditario. En consecuencia y, de nuevo, a falta de declaración expresa en contrario, formarán parte del pasivo en cuanto cargas de la herencia, al surgir a causa de la muerte del causante y como reacción automática a la apertura de la sucesión.

Resulta, en definitiva, que la ley catalana deja en manos de las empresas de internet la decisión acerca del destino de los bienes digitales del usuario, cuestión que, en realidad, ya se viene realizando en la práctica. De acuerdo con lo indicado, resulta evidente que los proveedores de servicios de internet pueden negarse a suministrar al heredero o persona designada por el causante, información o acceso a las cuentas de éste, así como a los contenidos albergados en ellas, si así se establece en las condiciones generales o política de uso de la empresa. Por lo que cabe preguntarse por la utilidad real del sistema articulado en esta ley.

Para concluir, debemos indicar que el art- 411-10, en su párrafo sexto, dispone que: *“si el causante no lo ha establecido de otro modo en sus voluntades digitales, la persona a quien corresponde ejecutarlas no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial”*.

Pero conviene insistir en que, de acuerdo con el texto legal, aunque el causante haya ordenado la entrega de esos contenidos, es posible que el interesado tampoco pueda obtenerlos. Cabe preguntarse si podrá, al menos, en el caso en que el causante no ha manifestado su voluntad, obtenerlos con autorización judicial¹⁶.

4. LA CUESTIÓN FORMAL SOBRE EL TESTAMENTO DIGITAL COMO INSTRUMENTO PARA LA HERENCIA DIGITAL

¹⁶PLAZA PENADÉS, J., «La ley catalana de voluntades digitales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 45, 2017, pp. 19-21. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6241476>

Vamos a referirnos ahora a las cuestiones formales, es decir, a sobre cómo han de plasmarse las voluntades digitales. Para ello vamos a abordar cual es el contenido del testamento digital que hacen las diferentes leyes vigentes en esta materia.

Comenzando por la última que hemos abordado, la Ley Catalana de Voluntades Digitales, que, recordemos, se refería a las instrucciones que puede dar el causante sobre sus cuentas activas, y de este modo, disponer en sus voluntades digitales que la persona designada *“solicitase a los prestadores de servicios de la información que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores”*.

Pues bien, exceptuando la alusión referida a la entrega de una copia de los archivos digitales, no se pronuncia sobre la sucesión hereditaria de los bienes digitales. Y en vistas de lo ocurrido sobre la creación de un registro especial para recoger las voluntades digitales, hay que concluir que el documento mismo de últimas voluntades que ha de acceder a tal registro, no es un vehículo para la sucesión hereditaria. Pues, como hemos dicho, este registro vulnera de pleno lo previsto en el artículo 149.1. 8º CE *in fine*.

De otro lado, el artículo 96 LOPD tampoco esclarece la situación referida a los contenidos del mal llamado “testamento digital”. Pues desde el momento en el que se refiere a la posibilidad de que el causante haya dejado instrucciones o mandatos sobre sus contenidos digitales, hemos de entender que, si bien algunas no serán referidas a la transmisión *mortis causa*, otras constituirán disposiciones de Derecho sucesorio.

En cuanto a la forma de tales instrucciones o mandatos, es ahí donde se encuentra la mayor problemática, pues los contenidos digitales que deban incluirse en el caudal relicto han de ser objeto de una disposición testamentaria que cumpla con las exigencias formales requeridas en nuestro Derecho Civil (Derecho común). Lo que, en definitiva, hace que, al igual que ocurría anteriormente con el documento de últimas voluntades previsto en la ley catalana, este tipo de disposición testamentaria que habría de contener numerosa información referente a claves de acceso y contraseñas de los sitios o plataformas donde se alberguen los contenidos digitales, tampoco resulta un instrumento válido para la ordenación de la herencia digital, ya que en virtud del Reglamento Notarial, «todos» los herederos sin distinción tienen derecho a acceder (e incluso obtener una copia) del testamento (art. 226).

Pero es que, además, los notarios que han tenido la ocasión de abordar este problema consideran que, de un lado, las memorias testamentarias o documentos anexos al testamento sí que

podrían ser un instrumento válido para dar solución a ambos problemas, pero por otro lado, insisten en que no debería prescindirse de la intervención del notario para la identificación del otorgante y el juicio sobre su capacidad, el asesoramiento jurídico y la fe pública que deben rodear el otorgamiento de un acto de este tipo. Incluso denuncian el intrusismo profesional en que incurren algunas de esas nuevas empresas (no todas), que permiten la custodia de esas voluntades digitales de la persona y gestionan su patrimonio digital tras su muerte.

El Real Decreto que habrá de regular el artículo 96.3 LOPD establecerá los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones dictados por el causante en relación con sus bienes digitales y resolverá definitivamente esta cuestión¹⁷.

4.1 Los derechos afectados por la herencia digital

En este punto, vamos a ahondar en el concepto de la “personalidad pretérita”, así como en los derechos *post mortem* de las personas, más aún cuando existe un canal de contacto directo entre la persona fallecida y un entorno dado.

Es oportuno referir como punto de partida de la cuestión que vamos a desarrollar, el artículo 18.4 CE, que, con mucho atino, sobre todo teniendo en cuenta el año en que se aprobó, recogió una predicción referida a salvaguardar ciertos derechos de carácter personalísimo en lo que al uso de internet se refiere: “*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”.

Como ya hemos referido antes, la personalidad se extingue con la muerte de la persona (art. 32 CC). No obstante, el legislador ha previsto que ciertas facetas, o derechos extrapatrimoniales, deben continuar siendo tutelados tras la extinción de la personalidad que deriva del fallecimiento de su titular. Y así se previó en la Exposición de Motivos de la Constitución Española, afirmando que la memoria de la persona fallecida ha de entenderse como una prolongación de la personalidad de su titular que ha de estar sujeta a tutela.

Por tanto, quiere decirse que todo lo referido a la fama, al buen nombre, a la reputación, al honor y a la estimación personal y social, debe estar sujeto a esa tutela que es conocida como “protección de la personalidad pretérita”.

¹⁷MORALEJO IMBERNÓN, N. “El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”. *ADC*, tomo LXXIII, 2020, pp. 241-281. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2020-10024100281

En el plano civil, el cauce formal para perseguir esa tutela sobre los derechos de una persona fallecida, es la *LO 1/1982 de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Todo lo cual deriva, tras una importante evolución de la doctrina constitucional, en la consecución de una protección reforzada de la dignidad de las personas fallecidas.

Y habida cuenta de que los citados derechos se consagran en nuestra norma suprema como derechos fundamentales, (lo que los hace intransmisibles, indisponibles, irrenunciables e imprescriptibles) resulta lógico que se permita a los herederos del perjudicado aludido, ejercitar el oportuno derecho de rectificación que proceda. Así como la identidad digital del sujeto ha de estar tutelada por los mismos mecanismos que su personalidad pretérita. Es decir, cuando las injerencias o lesiones ocurren en el ámbito digital y, dado que pueden ser manipulaciones o inexactitudes de las cuentas o del contenido del fallecido o de terceras personas, lo esencial es que estén dañando la reputación de éste ilícitamente.

De otro lado, existen otras materias en las que, así como que, en el marco de la propiedad intelectual, se contempla la defensa *post mortem auctoris* de algunas de las facultades comprendidas en el derecho moral del autor. Y también la legislación reguladora de la autonomía del paciente posibilita que, con determinados requisitos y límites, terceras personas, que no están lo suficientemente concretadas en la norma, puedan acceder a la historia clínica de un fallecido.

Concretamente, tal y como se desprende de los artículos cuarto a sexto de la *LO 1/1982*, las personas legitimadas para ejercitar las acciones de responsabilidad civil correspondientes, si se produjera la lesión a los citados derechos, son en primer lugar la persona física o jurídica que el causante hubiera designado a tal efecto en el testamento, luego, el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, y en tercer lugar, el Ministerio Fiscal, tanto de oficio como a instancia de persona interesada, y siempre que no hubieran transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del titular de los derechos afectados.

Asimismo, la norma de referencia prevé que, si el titular del derecho lesionado falleciese ya una vez iniciadas las acciones para la defensa de sus derechos, podrán continuar la acción entablada las mismas personas previstas anteriormente.

Pero hay que dejar claro, que, en todo caso, el ejercicio de las acciones de protección de los citados derechos, se consagra particularmente desde la esfera civil de la persona, y también por medio de la vertiente constitucional y de la vertiente contencioso-administrativa, no desde el derecho de sucesiones, ya que no existe propiamente una transmisión *mortis causa* de los derechos o facultades

del finado debido a la propia naturaleza de los mismos. Aunque ello no obste a que, al margen de éstos, existen derechos de la personalidad que sí que son objeto de transmisión *mortis causa*.

Entre los derechos de la personalidad que sí son objeto de sucesión, hay que hacer una distinción, según se trate de derechos de carácter patrimonial o extrapatrimonial. Pero fundamentalmente, lo que persigue la protección de la personalidad pretérita es tutelar derechos extrapatrimoniales, para salvaguardar rasgos, atributos o cualidades de la persona fallecida¹⁸.

Para acercarnos más a la materia que nos ocupa, y a colación de lo que se acaba de exponer, vamos a referirnos ahora a la huella digital, entendida como el rastro que deja una persona que ha interactuado con internet. Esta huella proporciona numerosa información sobre la persona en cuestión. Y esto se debe a que la mayoría de los sitios webs a los que se accede, van recopilando sistemáticamente información acerca de la persona, para poder utilizarlas con fines comerciales y publicitarios.

El concepto que surge a raíz de la relación existente entre una persona y su interacción en internet, es la identidad digital, que no es otra cosa que el reflejo de la identidad humana en el medio digital, es decir, en el espacio virtual. Ambas se extinguen a la muerte de la persona titular de las mismas, debido a que ambas se impulsan o se ejecutan por medio de la capacidad de actuar¹⁹.

Pero existe otro concepto a mencionar que es la identidad virtual, la que tendría la persona en un aplicativo concreto, por tanto, en este sentido, una persona puede tener varias o muchas identidades virtuales, incluso ser una identidad de fantasía, mientras que la identidad digital sólo puede ser una que como ya hemos dicho se corresponde con la identidad humana y por tanto al igual que ésta, se extingue con la muerte de la persona titular.

La peculiaridad de todo esto, es que la identidad virtual sí subsiste a la muerte de la persona y, por tanto, puede ser objeto de transmisión. En la mayoría de los casos, esta identidad virtual tiene un carácter emotivo, pero puede ser que en algunos casos tiene un valor y un contenido determinado evaluable. Pongamos el ejemplo de un empresario que tiene una página web de empresa con

¹⁸GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. «La llamada “personalidad pretérita”: datos personales de las personas fallecidas y protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen». *Actualidad jurídica iberoamericana*, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 5, agosto 2016. Disponible en: <https://www.idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/339.pdf>

¹⁹SOLE RESINA, J. “Las voluntades digitales: marco normativo actual”, en: Proyecto de investigación: “actualización del derecho de persona y familia. Conflictos, modelos y relaciones”. *ADC*, tomo LXXI, fase. II. 2018, pág. 419.

identidades virtuales a través de las cuales ejecuta importantes negocios; o de una persona que crea contenido de valor en una determinada plataforma online y que le proporciona un rédito.

El tratamiento que recibe la identidad digital es distinto, ya que está sujeto a unos límites que impiden que se haga un mal uso de la información generada por la identidad digital. Y debido a que la huella digital permanece tras la muerte de la persona, tiene cabida en nuestro derecho una regulación de la misma para que se le reconozca a su titular el derecho a poder decidir cómo quiere que se gestione su memoria digital. Es por este motivo, que la memoria digital, así como la huella digital (en lo que a la identidad digital *post mortem* se refiere) quedan sujetas a la LO 1/1982, de 5 de mayo de la protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen²⁰.

4.2. Memoria defuncti y derecho al honor post-mortem online

Como ya se ha abordado anteriormente, el concepto de *memoria defuncti* surge del derecho al honor y el derecho a la propia imagen amparado en el artículo 18 de la Constitución Española. Éstos, son personalísimos, lo que conlleva que, con la muerte de su titular, se extinguen. Y, por tanto, es en este punto en el que nace la necesidad de ampliar el propio concepto, con la finalidad de que la protección que existía de los mencionados derechos en vida de su titular, se prolongue más allá del fallecimiento de la persona, abarcando la protección de estos derechos a un momento posterior a la muerte del individuo. Lo que se traduce también a que haya una prolongación de la protección a nivel online.

Citando lo que se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante LO 1/1982) : *“Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho, por ello, se atribuye la protección en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento de una persona a quien ésta hubiera designado en su testamento, en defecto de ella a los parientes supervivientes, y en último término, al Ministerio Fiscal con una limitación temporal que se ha estimado prudente”*.

Pues resulta bastante lógico, que, así como los familiares más cercanos tienen en ocasiones derechos de otra índole sobre un familiar fallecido, por ejemplo, reclamar una indemnización materializada en el hecho de que una Administración Pública dañe o perjudique a una persona. Es

²⁰GIL TAMAYO, O. “Identidades digital y virtual del difunto”, 2019. Disponible en: <https://www.iuristech.es/2019/09/identidades-digital-y-virtual-del.html>

más que comprensible, que también se prevea una protección al daño, no ya que se pueda hacer una persona que al fin y al cabo ya ha fallecido y no lo va a sentir, sino que se proteja la imagen o la huella que esta persona ha dejado, así como el daño que pudiera hacerse a las personas que, por afecto o amor al fallecido, lo sufren como propio.

Así pues, nos remitimos a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que es la que se encarga de proteger estas cuestiones. Pues a pesar de que el origen de la protección de los derechos que pueden verse afectados surge de la CE, al extinguirse la personalidad con la muerte, tal y como hablamos en otro punto, también cesa a partir de ese momento esa protección de la esfera constitucional. Y es por tanto cuando entra en juego la mencionada Ley. Especialmente a través del artículo 9.2, que aborda las medidas de las que se puede hacer uso con la finalidad de salvaguardar la tutela judicial.

Cabe mencionar que las personas encargadas de ejercitar las acciones correspondientes, son, según plasma el artículo 4, las que hayan sido designadas a tal efecto en el testamento por la persona agraviada, pudiendo serlo también una persona jurídica. Y en caso de no haber designación, o habiendo fallecido la persona designada, estarían legitimados para recabar la protección, los familiares, y ya en última instancia el Ministerio Fiscal, siempre que no hubieran transcurrido más de 80 años desde el fallecimiento del afectado, mismo plazo cuando se trata de una persona jurídica²¹.

Por último, resulta digna de mención por su estrecha relación con este punto, la STC 231/1988, de 2 de diciembre de 1988²², que, grosso modo, se trata de una demanda de protección civil del derecho a la intimidad y a la propia imagen interpuesta por la cantante Isabel Pantoja Martín, de un mediático caso sobre el torero Paquirri, que ayuda a esclarecer, que efectivamente se habían vulnerado tales derechos, y que en ocasiones, al haber fallecido ya la persona titular de los derechos objeto de la vulneración, pueden los designados en el testamento por el afectado, emprender estas medidas a favor de proteger los derechos vulnerados.

Otra cuestión sobre la que se pronuncia la STC y que me parece digna de mención es que la esfera de la intimidad personal viene determinada por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto y las pautas de comportamiento que cada persona según sus actos mantenga²³.

²¹MOLINA PÉREZ-TOMÉ, S., Y SÁNCHEZ VALDEÓN, S. *La memoria defuncti y el derecho al honor post Mortem*, 2014, pp. 83-86. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5625101>

²²Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre. Extraída de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1172>.

²³COBAS COBIELLA, M.E., "Protección post-mortem de los derechos de la personalidad". *Iuris Tantum: Revista Boliviana de Derecho*, 2013, pp. 112-119.

5. EL PATRIMONIO DIGITAL: LOS BIENES DIGITALES

Como punto de partida hemos de saber que se entiende por patrimonio. Esto es, es el conjunto de relaciones jurídicas de contenido económico, tanto activas, como pasivas, de las que es titular el sujeto. Por lo tanto, el patrimonio digital es simplemente una parte integrante del mencionado patrimonio, pero en este caso, en lo referido a las relaciones jurídicas de categoría digital valorables desde el punto de vista patrimonial. En definitiva, esto puede resumirse de modo genérico, como todo aquello que su titular envía, recibe, almacena, comparte, gestiona o contrata a través de Internet y que puede valorarse desde un punto de vista económico.

De esta forma, los bienes digitales, engloban tanto aquellos que tienen un claro carácter patrimonial, así como los que no tienen carácter patrimonial.

En cuanto a los primeros, podemos mencionar por ejemplo los “bitcoins” o los saldos positivos en cuentas. Éstos pueden transmitirse “mortis causa” por las normas tradicionales del Derecho de Sucesiones.

En cuanto a los segundos, dado que no tienen carácter patrimonial y por ende no son susceptibles de valoración económica a priori, plantean una polémica distinta, ya que para su transmisión es necesario el previo acceso a los mismos a través de contraseñas. Por ejemplo, los mensajes privados o las fotos, que de entrada no comunicamos, tienen un carácter más sentimental que económico.

Por tanto, para distinguir los dos tipos de bienes que comprenden el patrimonio digital, debemos tener como referencia el concepto de rastro digital, y partiendo de aquí, hay que señalar que hay que distinguir entre cuestiones que son eminentemente personales, que son las relacionadas con la identidad digital a la que ya aludimos en un punto anterior, y cuestiones patrimoniales.

En este último concepto, nos referimos a conceptos muy heterogéneos y dispares, y es por esa razón por la cual nos vamos a detener a analizar de una forma más pormenorizada el contenido de los mismos.

5.1. Las criptomonedas

En primer lugar, resulta trascendental en este punto citar las famosas criptomonedas. El banco Santander nos define una criptomoneda como un *“activo digital que emplea un cifrado criptográfico*

para garantizar su titularidad y asegurar la integridad de las transacciones, y controlar la creación de unidades adicionales, es decir, evitar que alguien pueda hacer copias como haríamos, por ejemplo, con una foto. Estas monedas no existen de forma física: se almacenan en una cartera digital”²⁴.

Las criptomonedas no tienen, la consideración de medio de pago, y no están reguladas ni controladas por ninguna institución, consolidándose como el primer sistema centralizado de dinero electrónico. Las notas básicas primigenias que caracterizan estas nuevas monedas virtuales son:

- La criptografía: pues utilizan técnicas de cifrado para realizar cobros y pagos seguros.
- La descentralización: en tanto que no necesitan ser controladas por ninguna institución
- No tienen posibilidad de falsificación o duplicación: un sistema criptográfico protege a los usuarios.
- No hay, o no necesitan intermediarios en las transacciones: contacto directo persona a persona. Ya que utilizan bases de datos descentralizadas, blockchain o registros contables compartidos para el control de estas transacciones.
- Las transacciones son irreversibles: una vez se efectúe el pago, no hay posibilidad de cancelación.
- Son intercambiables por otras divisas.
- Privacidad en su uso: no es necesario revelar tu identidad al hacer negocios.

De otro lado, el monedero digital – encargado de almacenar, enviar y recibir criptomonedas– lo que realmente almacena son las claves que proporcionan la propiedad y el derecho sobre estas monedas virtuales. Por tanto, la pérdida de las mismas supone la pérdida de las monedas, sin posibilidad de recuperarlas. No obstante, lo más llamativo de este monedero digital es que como hemos comentado en las notas características, nunca asocia nombres, direcciones físicas, ni ningún tipo de información relevante a efectos de identificar al propietario de la moneda almacenada.

²⁴“Guía para saber qué son las criptomonedas”. Banco Santander S.A. Disponible en: <https://www.santander.com/es/stories/guia-para-saber-que-son-lascriptomonedas#:~:text=Una%20criptomonedas%20es%20un%20activo,por%20ejemplo%2C%20con%20una%20foto.,%20última%20consulta%2022/02/22>

Esta situación, según Pujalte Méndez²⁵, provoca transacciones anónimas imposibles de rastrear, lo que sin duda puede favorecer la realización de actividades ilícitas, tales como el tráfico de armas, la trata de mujeres, el contrabando, el narcotráfico o el terrorismo. Asimismo, supone un gran impacto en relación con la fiscalidad, prevención del fraude y el blanqueo de capitales.

Pero éstos, que sin duda son los más preocupantes, no son los únicos inconvenientes o riesgos a la hora de invertir en este tipo de productos financieros. Por mencionar los principales de forma laxa: alta volatilidad; poca regulación; falta de liquidez; falta de seguridad; y las ya citadas estafas, fraudes y comisión de otros delitos de mayor gravedad.

El valor de las criptomonedas varía en función de la oferta, la demanda y el compromiso de los usuarios que la poseen. Por tanto, es un valor formado en ausencia de mecanismos eficaces que impidan su manipulación. Y al igual que ocurre con otros activos, fluctúan en función de diferentes factores.

Por ejemplo, la acogida que tengan por parte de los Gobiernos o de las empresas; el desarrollo y avance de la tecnología pueden hacer que aumente su funcionalidad, escalabilidad, seguridad u operatividad, aumentando el valor de la misma; la facilidad de compra, es decir, que sean más accesibles para el público a través de las diversas plataformas; y como no, la competencia, pues como en todo mercado, la aparición de nuevas y mejores, influye en el precio de las demás. Si una criptomoneda ofrece características o tecnología superiores, es más posible que los inversores se sientan atraídos hacia ella, lo que podría reducir la demanda de otras criptomonedas y afectar a su valor.

Lo esencial de las criptomonedas es que utilizan la criptografía para asegurar las transacciones que se ejecutan dentro de una blockchain. Lo que nos lleva a la siguiente cuestión, que será analizada en el próximo epígrafe.

²⁵PUJALTE MÉNDEZ – LEITE, H. “La proliferación de las monedas virtuales en un entorno desregulado: su impacto en la fiscalidad”. Aranzadi, S.A.U., Cizur menor, *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, núm. 6/2017, 2017. Disponible en: [39](https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad82d9a0000017fbca1b4f83425f66a&mar_ginal=BIB\2017\13298&docguid=I8fc18010e5f911e7973d01000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infoty_pe=arz_biblos:&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTempla te=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=, última consulta el 24/02/2022).</p></div><div data-bbox=)

5.2. ¿Qué es el “Blockchain”?

Su traducción literal es “cadena de bloques”, y con este término se hace referencia a la contabilidad mediante complejos algorítmicos matemáticos que permiten privatizar los datos del usuario y autenticar las transacciones.

A su vez, esta contabilidad tiene como contenido cada transacción procesada, en la que se permite verificar la validez de cada una de las transacciones. Esta tecnología se basa en la descentralización, lo que significa que la información se almacena y verifica en múltiples nodos de la red, en lugar de depender de una autoridad central. Por tanto, las criptomonedas nos permiten realizar multitud de transacciones alrededor del mundo, sin limitación alguna y sin contar con un organismo central que lo regule.

Entonces, continuando la explicación sobre el funcionamiento sobre el blockchain, cuando se realiza una transacción con una criptomoneda, se crea un registro en la blockchain en el que se incluyen los datos que hemos mencionado antes, tales como la dirección del remitente, del destinatario y la cantidad transferida. Estas transacciones se agrupan en bloques y se añaden a la blockchain mediante un proceso llamado minería.

La minería consiste en añadir nuevos bloques a la blockchain, lo que quiere decir que cualquiera, poseyendo los medios adecuados, como un buen ordenador que posea un hardware especializado, y por supuesto, la capacidad para resolver problemas matemáticos al alcance de una mente humana, mediante los que se validen y verifiquen las transacciones, podrá obtener una recompensa en bitcoins por haber realizado ese servicio, y por consiguiente haber dotado de seguridad en la red la concreta transacción, permitiendo la sincronización entre los diferentes usuarios²⁶.

Dentro del funcionamiento de la cadena de bloques encontramos tres términos imprescindibles de manejar: las claves criptográficas, el “*hash*” y la prueba de trabajo.

En relación al primer término, hay que saber que cada uno de los usuarios de la red tiene dos claves criptográficas distintas, únicas y que están conectadas entre sí, cuya finalidad es «autenticar» el contenido del mensaje que se encuentra encriptado y así determinar que proviene de una fuente auténtica.

²⁶RUIZ-GALLARDÓN y GARCÍA DE LA RASILLA, M. “Tokenización de activos y blockchain. Aspectos jurídicos”. *Notario del siglo XXI*. Disponible en: <https://www.elnotario.es/academia-matritense-del-notariado/10107-tokenizacion-de-activos-y-blockchain-aspectos-juridicos>

En segundo lugar, el término “*hash*” hace referencia a una secuencia alfanumérica hexadecimal única que es el resultado de aplicar un algoritmo a un archivo, siendo ese hash único y se corresponde solamente con aquel archivo sobre el que se haya aplicado el algoritmo, servirá para determinar si se ha manipulado o no.

Finalmente, el tercer concepto es la prueba de trabajo (*Proof of Work*). Los mensajes o la información que se incluye en la blockchain se elaboran utilizando las claves y el algoritmo señalado, por lo tanto, la prueba de trabajo une los dos conceptos anteriores, teniendo en cuenta que, una vez formado el bloque a cerrar con la información que en cada caso se trate, para proceder al cierre e incorporarlo a la cadena existente es preciso averiguar por medio de pruebas de computación de carácter no determinista el llamado *nonce* (*Number used only once*)²⁷.

6. LA TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DE ARCHIVOS DIGITALES

6.1. Problemas derivados de transmitir los bienes digitales, con especial mención a las monedas virtuales

Para dar comienzo a este punto debemos discernir los dos grandes tipos de bienes digitales a efectos de transmisión mediante la herencia. De un lado están los que sí tienen un contenido patrimonial, y de otro lado están los que no tienen contenido patrimonial.

Respecto a los primeros no se plantea en principio mayor problemática para que puedan formar parte de la masa activa de la herencia. Aunque hay matices especialmente con respecto a bienes digitales del tipo de las criptomonedas. Pero en principio, tal y como expresa el CC especialmente en sus artículos 659 y 3 tienen cabida en la herencia. Además, como ya hemos adelantado, no existe distinción entre “herencia analógica” vs “herencia digital” pues a efectos jurídicos de momento ambas categorías de bienes forman parte de la masa hereditaria²⁸.

La problemática de estos tipos de bienes, va a radicar especialmente en las peculiaridades acerca del conocimiento, así como el acceso y la determinación de los mismos para su posterior cálculo o valoración para su integración en el caudal relicto.

²⁷LEGERÉN-MOLINA, A. “Retos jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales del blockchain”. *Revista de Derecho Civil*. Vol. VI, núm. 1, 2019, pp. 177-237. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/356/337>

²⁸CÁMARA LAPUENTE, S. “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”. En *Colegio Notarial de Madrid*, 2019, pp. 20.

Respecto a los segundos, al ser éstos expresión de la personalidad y en ocasiones de los sentimientos o de la intimidad del difunto, necesitan reglas especiales de apreciación y por ello han devenido las normas sobre la transmisibilidad de los mismos que ya antes hemos citado.

Pero ahora pasemos a desgranar el asunto que nos atañe respecto de los nuevos bienes digitales de contenido patrimonial.

En una primera aproximación a este tipo de bienes, hay que establecer que las monedas virtuales tienen una consideración actual de ser un derecho susceptible de valoración económica. Esto se traduce en que van a formar parte del patrimonio objeto de la sucesión, pues como afirma el CC la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen con su muerte.

Por lo tanto, en un primer momento y a raíz de lo que acabamos de mencionar, partimos de la premisa de que la transmisibilidad de estos bienes va ser conforme a las reglas aplicables a la sucesión de carácter general. Pero teniendo en cuenta en todo momento el hecho de que estos tipos de bienes presentan unas peculiaridades en cuanto a su carácter, ya que están almacenados de forma electrónica, y en numerosas ocasiones existen claves privadas para acceder a los mismos²⁹.

Esto podría llegar a generar un inconveniente de mayor calado como podría ser la pérdida íntegra de la inversión realizada, ya que la titularidad de las claves de acceso o contraseñas son de carácter personal y privado, lo que hace que no puedan revelarse por cualquier documento que no sea notarial por la garantía de seguridad³⁰.

Además, puede derivar en un problema a la hora de determinar la existencia de los bienes y poder incorporarlos al caudal relicto. Sin dejar de lado el eventual problema a efectos fiscales, ya que se puede plantear una dificultad añadida a la hora de declarar y tributar por los mismos, especialmente cuando se estuviere ante cuantías significativas³¹.

Otra dificultad que puede surgir en torno a esta cuestión es acerca de la fluctuación del valor de las monedas virtuales. Para lo cual existe la posibilidad de llegar a conocer cuál es exactamente el valor de los bienes a fecha del fallecimiento del causante a través de registros o páginas webs accesibles al público. Especialmente necesario a la hora de hacer su conversión a moneda oficial para

²⁹GOMÁ GARCÉS, I. *¿Qué es realmente Bitcoin?*. Rasche, Madrid, 2018, pág. 92.

³⁰LLOPIS BENLLOCH, J.C. “Herencias con Bitcoin: un caso de ¿futuro?”. 2014. Disponible en: <http://www.notariallopis.es/blog/i/121/73/herencias-con-bitcoin-un-caso-de-futuro>

³¹ESPARRAGOZA, L. “¿Cómo incluir los fondos de criptomonedas en tu herencia?”. Disponible en: <https://www.criptonoticias.com/seguridad-bitcoin/como-incluir-fondos-criptomonedas-herencia/>

poder determinar a efectos fiscales y del cómputo de la masa hereditaria el valor nominal de las mismas³².

Todas estas cuestiones hacen que lo más recomendable sea realizar un testamento notarial mediante el que se haga constar la existencia de todos los posibles derechos patrimoniales, permitiendo el acceso a los mismos. Otras de las opciones que existen es a través de sistemas multifirmas o de “smart contracts”³³. Pues como he referido, ante todo y sea cual sea la opción por la que se decante el causante, es necesario que alguien conozca la existencia del patrimonio en Bitcoins, y de esta forma transmita al heredero la clave de acceso, ya que en principio y salvo que en el testamento no se recoja otra cosa, es éste quien debe encargarse de localizar, inventariar y administrar el patrimonio del causante. Porque el heredero sucede en la posición jurídica que tenía el titular de las monedas virtuales, y es por ello el encargado de proceder a su conversión en dinero legal si así quiere, teniendo en cuenta que, si fueran varios los herederos se habrá de proceder de común acuerdo, llegando a un consenso sobre la administración de dichas monedas virtuales³⁴.

En cuanto al testamento, tal y como ya aludimos, puede ser abierto o cerrado. En el primero se manifiesta públicamente la voluntad del testador, haciendo posible que sea conocida por terceros. En el segundo, no se revela la voluntad del testador, dado que se encuentra contenida en un documento plegado, cerrado y sellado. Con lo cual, la manera de hacerlo sería dejando constancia en dicho documento de donde se encuentran o quién lo tiene o incluyéndolo en el texto, lo que supondría que la información no esté actualizada o quedando la suma en criptomonedas expuesta a cualquier error o ataque a los servidores del custodio donde estén almacenados³⁵.

Es por ello que muchos expertos recomiendan esta opción junto con el nombramiento de un albacea digital. A fin de garantizar que los herederos obtengan acceso al patrimonio digital³⁶.

En cuanto a la parte del contenido testamentario, ya queda al arbitrio del testador, como puede ocurrir con otro tipo de contenido que poseyera el causante y que sean de especial valor. Por lo que,

³²LAPUENTE CÁMARA, S., *El testamento*, en PÉREZ ÁLVAREZ, M.A (Coord), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., de PABLO CONTRERAS, P., y CÁMARA LAPUENTE, S., Derecho de sucesiones, vol. V, 2022, pp. 38.60.

³³VANCI, M. “Nueva solución multifirma permite heredar bitcoins de generación en generación”. Disponible en: <https://www.criptonoticias.com/finanzas/nueva-solucion-multifirma-permite-heredar-bitcoins-generacion-generacion/>

³⁴LLOPIS BENLLOCH, J.C. “Herencias con Bitcoin: un caso de ¿futuro?”. 2014. Disponible en: <http://www.notariallopis.es/blog/i/121/73/herencias-con-bitcoin-un-caso-de-futuro>

³⁵GIL TAMAYO, O. “Sistema sucesorio y nuevas tecnologías”. Disponible en: <https://www.iuristech.es/2020/01/sistema-sucesorio-y-nuevas-tecnologias.html>

³⁶IONOS. *La herencia digital: gestionar nuestro legado en la red*. IONOS Digital Guide, 2022. Disponible en: <https://ionos.es/digitalguide/paginas-web/derecho-digital/la-herencia-digital/>

podrá hacer legados o establecer condiciones, como la posibilidad de determinar cuál de los herederos tienen derecho a canjear, utilizar o convertirlos en metálico³⁷.

6.2. La sucesión *mortis causa* de los perfiles en redes sociales

Para abordar esta cuestión hemos de retroceder al artículo 96 de la LOPD, ya que en el apartado 2 se hace una mención concreta a los perfiles en redes sociales. Comentábamos ya anteriormente que los perfiles del fallecido quedan custodiados por las personas designadas en el testamento, que son las que han de tomar las decisiones sobre su mantenimiento o supresión en el caso de que no hubiera sido explicitado por el causante. A lo cual los responsables del servicio en cuestión han de responder sin dilación alguna en el cumplimiento de lo solicitado.

No obstante, surge aquí una controversia. Ya que independientemente de que el causante haya dejado constancia de lo que hacer con sus perfiles tras su fallecimiento, o en el caso de que quede en manos de las personas legitimadas, en última instancia esta decisión va a depender de la opción contemplada por el proveedor en cuestión. Lo que quiere decir que habrá que estar a los términos y condiciones de uso de cada una de las plataformas para conocer el protocolo de actuación de las cuentas una vez haya fallecido en titular del perfil³⁸.

Por ello, vamos a adentrarnos a analizar lo que plantean las principales plataformas de redes sociales. Meta es una de las empresas más grandes en este sentido ya que alberga numerosas aplicaciones de redes sociales, comprende *Facebook, Messenger, Instagram, WhatsApp, Oculus, Workplace, Portal y Novi*. Pues bien, esta empresa prohíbe expresamente en sus condiciones de uso entre otras cosas la compraventa de cuentas³⁹.

Otro caso interesante a analizar es el de en *Instagram*, dado que las condiciones que aceptamos al crearnos un perfil que dice lo siguiente: “*No puedes vender, entregar bajo licencia ni comprar cuentas o datos que hayas recibido por medio de nosotros o nuestro Servicio. Esto incluye intentar comprar, vender o transferir cualquier aspecto de la cuenta (como el nombre de usuario); solicitar, recopilar o usar insignias o credenciales de inicio de sesión de otros usuarios; solicitar o recopilar contraseñas o nombres de usuario de Instagram; o adueñarse sin permiso de tokens de acceso*”⁴⁰.

³⁷LLOPIS BENLLOCH C. Op.cit pág 30.

³⁸SÁNCHEZ – ARCHIDONA HIDALGO, G. “La generación de contenido online: tributación y propuestas desde el punto de vista de los streamers”. Estudios. Nuevas tecnologías disruptivas y tributación. *Aranzadi*, 2021.

³⁹Página oficial online de la empresa Meta. Disponible en: <https://www.metacareers.com/>

⁴⁰Condiciones de uso de Instagram. Disponible en: <https://es-la.facebook.com/help/instagram/581066165581870>

Esta misma aplicación dedica un apartado a explicar cómo denunciar la cuenta de un difunto, en el que ofrece las opciones de convertir la cuenta en conmemorativa, como también hace *Facebook* (para lo que ofrece una legitimación mucho más amplia) o eliminar la cuenta de manera definitiva (opción sólo disponible para familiares directos del fallecido)⁴¹.

Por otra parte, debemos tener en consideración que, en la mayoría de las plataformas de *streamings* disponibles, (*Youtube* es un ejemplo perfecto) aceptamos los términos y condiciones para poder posteriormente disfrutar del contenido que nos ofrecen, para lo cual cedemos datos a cambio de poder disfrutar luego del contenido dado.

Al mismo tiempo, estas plataformas o aplicaciones nos posibilitan la opción de pagar una cuota para de ese modo convertirnos en consumidores fijos o *premium*, teniendo acceso a un mayor contenido o disfrutando de ciertas ventajas. Entre esas ventajas, se incluye a menudo la de suprimir un mayor volumen de contenido publicitario, es decir, la de soportar menos anuncios o no siendo interrumpidos durante la consumición del contenido que hayamos elegido.

YouTube, recoge en su política un apartado a regular cómo “enviar una solicitud relacionada con la cuenta de un usuario fallecido”.

De cualquier modo, de no haber dejado el causante persona designada como “administrador de cuentas inactivas”, ni instrucciones claras sobre el destino de sus cuentas, los familiares directos y los representantes (con las acreditaciones oportunas) podrán optar por cerrar la cuenta de un usuario fallecido; enviar una solicitud de fondos desde la cuenta de un usuario fallecido u obtener datos de la cuenta de un usuario fallecido⁴².

Por su parte, el distribuidor de contenido de Twitch es Amazon. A diferencia de YouTube, esta plataforma no ofrece ningún tipo de instrucciones ni regula los supuestos de muerte de los usuarios, por lo que los interesados tendrán que ponerse en contacto con las plataformas y estar a lo que estos dispongan en cada caso.

⁴² Página oficial de Instagram. “¿Cómo denuncio la cuenta de un difunto en Instagram?”. Disponible en: <https://help.instagram.com/264154560391256>

6.3. La sucesión mortis causa en los derechos de propiedad intelectual

Una vez más, debemos partir del punto primigenio que ordena todo el fenómeno sucesorio. El artículo 659 CC, que afirma que: *“la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinguen con su muerte”*. Pues sin duda, los derechos de la propiedad intelectual se incluyen en la citada definición.

Empecemos por definirla: *“La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley”*.

Así es como introduce el concepto de propiedad intelectual el artículo 2 de la Ley de Propiedad Intelectual 1/1996, de 12 de abril (en adelante LPI). En consecuencia, podría decirse que la propiedad intelectual está compuesta por todas aquellas facultades atribuidas por el ordenamiento jurídico al autor de una obra intelectual. Concretamente cuando estamos ante creaciones que, reuniendo las características de originalidad y creatividad suficientes, tienen un carácter científico, artístico o literario.

Bien es cierto que la noción más amplia de la propiedad intelectual nos la ofrece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Por propiedad intelectual se entiende, desde una perspectiva generalista, toda creación ligada al intelecto humano; luego, la propiedad intelectual se relaciona con las creaciones de la mente.

La propiedad intelectual se caracteriza por la doble naturaleza de los derechos que otorga a su titular: los de carácter moral, y los de carácter patrimonial.

En primer lugar, los derechos morales se originan a partir de la conexión entre una obra y su creador, lo cual los hace extremadamente personales y, por lo tanto, no pueden ser renunciados, embargados ni transferidos. Su transmisión solo es posible tras el fallecimiento del titular y se aplica solo a algunos de estos derechos. Según el artículo 15 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), los derechos de divulgación, integridad de la obra y reconocimiento de la autoría son heredados por causa de muerte, ya que los demás derechos se extinguen con la muerte del autor.

La normativa específica de la LPI establece que esta transmisión dependerá principalmente de la última voluntad del fallecido y, en ausencia de esta, pasarán a sus herederos. En caso de que no existan herederos, la titularidad de los derechos recae en el Estado, las Comunidades Autónomas, las

Corporaciones Locales y las instituciones públicas de carácter cultural que estén legitimadas para ejercer dichos derechos, según lo establecido en los artículos 15 y 16 de la LPI⁴³.

Además, es importante resaltar que, si se vulneran estos derechos morales, el titular tiene el derecho de reclamar una compensación por el daño sufrido.

Por otro lado, los derechos patrimoniales son aquellos que brindan al autor la capacidad de tomar decisiones sobre la explotación de su obra de la manera que prefiera. Estos derechos incluyen la reproducción, distribución, comunicación pública, transformación y colección, entre otros. Los derechos de explotación pueden transferirse tanto por herencia como durante la vida del autor. En términos generales, estos derechos tienen una duración que abarca toda la vida del autor, más setenta años a partir de su fallecimiento o declaración de defunción, según lo establece el artículo 26 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI).

La propiedad inmaterial de los derechos de propiedad intelectual es la característica que posibilita que la obra sea disfrutada por un número ilimitado de personas simultáneamente y en diferentes lugares, especialmente destacada gracias a los avances en el ámbito de las comunicaciones. Las tecnologías emergentes han aumentado la velocidad y capacidad de reproducción de las obras, ampliando así el alcance de los derechos de autor. Por tanto, resulta pertinente analizar qué derechos de propiedad intelectual pueden asociarse al patrimonio digital y cómo impactan en este último, es decir, en las cuentas y sus contenidos.

Por lo tanto, habrá que estar a lo que estipule el contrato entre el usuario y el proveedor del servicio para acceder a los bienes digitales, que puede establecer diferentes situaciones en relación con los derechos de propiedad intelectual.

Además, en muchas ocasiones las condiciones y términos establecidos por las plataformas, como sucede en el caso de YouTube, suelen implicar que el usuario concede automáticamente al proveedor de servicios una licencia de uso no exclusiva y transferible. Esta licencia finaliza cuando se elimina o cancela la cuenta del usuario.

Por lo tanto, habrá que estar a lo que estipule el contrato entre el usuario y el proveedor del servicio para acceder a los bienes digitales, que puede establecer diferentes situaciones en relación con los derechos de propiedad intelectual.

⁴³ PEINADO GRACIA, J.I. “La propiedad intelectual: los derechos de autor y derechos afines” en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, Thomson Reuters, 2017, pág. 218.

Del mismo modo, diversos proveedores de servicios digitales de redes sociales presentan estipulaciones similares. En el caso de Facebook, por ejemplo, los términos y condiciones de la empresa son explícitos al afirmar que el usuario es el propietario de los derechos de propiedad intelectual o industrial (como derechos de autor o marcas) del contenido que crea y comparte. Estas disposiciones se aplican tanto a Facebook como a otras empresas del mismo grupo, como Instagram y WhatsApp. No obstante, en muchas ocasiones, no se aclara de manera definitiva si la publicación de contenidos por parte de los usuarios implica la cesión de posibles derechos de explotación.

Por todo esto, queda en evidencia que las dificultades a la hora de llevar a cabo la sucesión de los bienes digitales cuando están afectados por los derechos de propiedad intelectual, teniendo en cuenta que estos derechos han de ser siempre respetados por imperativo legal. Cuestión que no siempre se cumple debido a la ambigüedad del contrato entre el usuario y el proveedor del servicio digital de turno⁴⁴.

7. CONCLUSIONES

Tras el análisis que hemos realizado sobre la herencia digital, podemos afirmar que la falta de regulación específica que azota toda esta cuestión, por el momento genera más dudas que certezas.

Podemos concluir que no existe un testamento específico que sea digital, distinto del que se recoge en el Código Civil. Es más bien una denominación utilizada en el caso de que la mayor parte de los bienes que comprenda una herencia sean digitales. Esto, genera una importante desprotección e inseguridad jurídica.

A su vez, los bienes digitales que pudieran formar parte de una herencia pueden dividirse en dos tipos, los bienes digitales que tienen carácter patrimonial y los que no tienen carácter patrimonial. Si bien todos los bienes, incluidos los digitales son susceptibles de la sucesión mortis causa, este tipo presenta ciertas peculiaridades que pueden hacer que en ocasiones sean algo problemáticos, por ejemplo, por la necesidad del uso de claves o contraseñas para acceder a los mismos. Y por las consecuencias que devienen de la normativa genérica de la contratación

Por otro lado, hay que mencionar algo sobre lo que no hemos profundizado, porque no forma parte de eje central del tema, pero que no deja de ser una cuestión colateral importante, y es sobre las

⁴⁴ PEINADO GRACIA, op. Cit., pág. 225.

consecuencias penales que pueden derivar del incumplimiento de las normativas que ordenan la problemática que rodea a la herencia digital.

Pues del incumplimiento derivado de la normativa aplicable a este nuestro tema, podrían darse los elementos de un tipo penal previsto en el Capítulo Primero, del Título X, Libro II, que reza: “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. Precepto que se encarga de señalar la pena al que cometa el apoderamiento, la utilización o la modificación, sin estar autorizado y en perjuicio de tercero, de datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de fichero o registro público o privado. En un segundo inciso se extiende idéntica penalidad «a quien, sin estar autorizado, accede por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero».

En el contexto social actual y dadas las bases que hemos sentado, se ha hecho una especie de ampliación de los derechos que hemos citado, del propio concepto de intimidad, que incluso ha derivado en la salvaguarda de un nuevo concepto: la libertad informática. Todo de una forma muy implícita, que no soluciona la cantidad de problemas que surgen en el día a día de las personas, y que en tanto en cuanto no sea regulado de forma expresa, las lagunas y las disparidades seguirán acechando a la casuística existente en torno a esta cuestión.

8. BIBLIOGRAFIA

8.1. Fuentes normativas

- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la imagen. BOE, 14 de mayo de 1982, núm. 115. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11196>
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. BOE, 14 de diciembre de 1999, núm. 298. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-23750>
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos digitales. BOE, núm. 294, de 6 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-16673-consolidado.pdf>
- 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. BOE, núm. 173, de 21 de julio de 2017. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-8525>

- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. BOE, 19 de enero de 2008, núm. 17. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-979>

8.2. Fuentes jurisprudenciales

- Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio. BOE. Núm. 197, de 18 de agosto de 1993. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1993-21425

- Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre. BOE. Núm. 307, de 23 de diciembre de 1988. Extraída de: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1988-29203

- Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre. BOE. Núm. 4, de 4 de enero de 2001. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2001-332>

8.3. Fuentes doctrinales

- ACEDO PENCO, Á. (2014). *Derecho de sucesiones: el testamento y la herencia*. Dykinson, Madrid.

- COBAS COBIELLA, M.E., “Protección post-mortem de los derechos de la personalidad”. *Iuris Tantum: Revista Boliviana de Derecho*, 2013.

- DOLADO ESTEBAN, J. (2010). “NOTARÍA MILITAR.: Curso de perfeccionamiento en notaría militar”. *Publicaciones Defensa*. Disponible en: <https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/P/D/PDF309.pdf>

- El testamento ológrafo: Requisitos y caducidad. (s. f.). *Tirant lo Blanch*, 81.

- GIL TAMAYO, O. “Identidades digital y virtual del difunto”, 2019. Disponible en: <https://www.iuristech.es/2019/09/identidades-digital-y-virtual-del.html>

- GIL TAMAYO, O. “Sistema sucesorio y nuevas tecnologías”. Disponible en: <https://www.iuristech.es/2020/01/sistema-sucesorio-y-nuevas-tecnologias.html>

- GOMÁ GARCÉS, I. *¿Qué es realmente Bitcoin?*. Rasche, Madrid, 2018.

- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. «La llamada “personalidad pretérita”: datos personales de las personas fallecidas y protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen». *Actualidad jurídica iberoamericana*, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 5, agosto 2016. Disponible en: <https://www.idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/339.pdf>

- LAPUENTE CÁMARA, S., “El testamento” en PÉREZ ÁLVAREZ, M.A (Coord), MARTÍNEZ - - DE AGUIRRE ALDAZ, C., de PABLO CONTRERAS, P., y CÁMARA LAPUENTE, S., *Derecho de sucesiones*, vol. V, 2022.

- LEGERÉN-MOLINA, A. “Retos jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales del blockchain”. *Revista de Derecho Civil*. Vol. VI, núm. 1, 2019. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/356/337>

- MOLINA PÉREZ-TOMÉ, S., Y SÁNCHEZ VALDEÓN, S. (2016). *La memoria defuncti y el derecho al honor post Mortem*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5625101>

- MORALEJO IMBERNÓN, N. “El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”. *ADC*, tomo LXXIII, 2020. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2020-10024100281

- OTERO, M. “La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española”. *Revista de Derecho Civil*, VI (4), 2019.

- PLAZA PENADÉS, J., «La ley catalana de voluntades digitales», *Revista Aranzadi*.

- PUJALTE MÉNDEZ – LEITE, H. “La proliferación de las monedas virtuales en un entorno desregulado: su impacto en la fiscalidad”. *Aranzadi*, S.A.U., Cizur menor, *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, núm. 6/2017, 2017. Disponible en: [https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad82d9a0000017fbca1b4f83425f66a&marginal=BIB\2017\13298&docguid=I8fc18010e5f911e7973d010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieve&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=, última consulta el 24/02/2022\).](https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad82d9a0000017fbca1b4f83425f66a&marginal=BIB\2017\13298&docguid=I8fc18010e5f911e7973d010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieve&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=, última consulta el 24/02/2022).)

- RUIZ-GALLARDÓN y GARCÍA DE LA RASILLA, M. “Tokenización de activos y blockchain. Aspectos jurídicos”. *Notario del siglo XXI*. Disponible en: <https://www.elnotario.es/academia-matritense-del-notariado/10107-tokenizacion-de-activos-y-blockchain-aspectos-juridicos>

- SOLÉ RESINA, J. “Las voluntades digitales: marco normativo actual”, en: Proyecto de investigación: “actualización del derecho de persona y familia. Conflictos, modelos y relaciones”. *ADC*, tomo LXXI, fase. II. 2018.

de Derecho y Nuevas Tecnologías, núm. 45, 2017.

PEINADO GRACIA, J.I. “La propiedad intelectual: los derechos de autor y derechos afines” en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, Thomson Reuters, 2017

8.4. Webgrafía

- LLOPIS BENLLOCH, J.C. “Herencias con Bitcoin: un caso de ¿futuro?”. 2014. Disponible en: <http://www.notariallopis.es/blog/i/121/73/herencias-con-bitcoin-un-caso-de-futuro>

