

# REFLEXIONES EN TORNO A LA PROTECCIÓN POST MORTEM DE LOS DATOS PERSONALES Y LA GESTIÓN DE LA TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DEL PATRIMONIO DIGITAL TRAS LA APROBACIÓN DE LA LOPDGDD

Reflections on the *post mortem* protection of personal data and the management of digital heritage according to the LOPDGDD

NURIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ  
Universidad de Alicante  
n.martinez@ua.es

## Cómo citar/Citation

Martínez Martínez, N. (2019).

Reflexiones en torno a la protección *post mortem* de los datos personales y la gestión de la transmisión *mortis causa* del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDGDD.

*Derecho Privado y Constitución*, 35, 169-212.  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.35.05>

(Recepción: 11/09/2019; aceptación tras revisión: 21/10/2019; publicación: 29/11/2019)

## Resumen

Al hilo de la aprobación de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, el presente trabajo tiene por objeto el estudio de la regulación del tratamiento de datos personales y de contenidos digitales tras el fallecimiento de la persona (o «testamento digital»), según sus arts. 3 y 96, respectivamente. Para ello, será analizado cómo ha sido resuelta esta cuestión en otros países europeos, lo que permitirá comparar tales normas con los elementos configuradores de la gestión de los contenidos digitales y la protección de los datos de personas fallecidas en España.

## Palabras clave

Testamento digital; datos de personas fallecidas; patrimonio digital; sucesión *mortis causa*; LOPDGDD.

**Abstract**

This work aims to analyse the regulation of the processing of personal data and digital content after death of the person (or “digital will”), arising from arts. 3 and 96, respectively, of LO 3/2018, of 5<sup>th</sup> December, on the Protection of Personal Data and guarantee of digital rights. In order to do this, it will be considered how this issue has been solved in other European countries, which will allow to compare these laws with the elements that configure the management of the succession of digital assets and the protection of the data of deceased persons in Spain.

**Keywords**

Digital will; data of deceased persons; digital heritage; succession; LOPDGDD.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS DATOS PERSONALES DE PERSONAS FALLECIDAS EN EL ÁMBITO EUROPEO. III. LA GESTIÓN DE LOS DATOS PERSONALES Y EL ACCESO A CONTENIDOS DIGITALES TRAS EL FALLECIMIENTO EN ESPAÑA: 1. La relación entre los arts. 3 y 96 LOPDGDD: la gestión *post mortem* de los datos personales y no personales o «contenidos». 2. La forma de la disposición sucesoria sobre el patrimonio digital y la gestión *post mortem* de los datos personales: 2.1. *El documento de voluntades digitales*. 2.2. *El testamento*. 2.3. *Los formularios para la gestión post mortem de las cuentas virtuales ofrecidos por los prestadores de servicios de la sociedad de la información y otras cláusulas contractuales*. 2.4. *La relación entre los distintos instrumentos relativos a la manifestación de las voluntades digitales*. 3. *Sujetos legitimados para la gestión post mortem del patrimonio digital y los datos personales*: 3.1. *Los sujetos legitimados por el causante o el denominado «albacea digital»*. 3.2. *Los sujetos legitimados por la ley*. 3.3. *La actuación concurrente de los sujetos legitimados para la gestión post mortem de los datos personales y los contenidos*. 4. *Las facultades de los sujetos legitimados*. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que la era de Internet ha revolucionado todos los aspectos de nuestras vidas, desde el modo en que contratamos hasta la manera en que desarrollamos nuestras relaciones sociales. Así, nuestras interacciones en la Red han dado lugar a la aparición de un auténtico mundo virtual en el que, al igual que en el analógico, se crean «patrimonios digitales»<sup>1</sup>, compuestos por

---

<sup>1</sup> García Herrera (2018: 1) define el «patrimonio digital» como la «parte integrante del patrimonio que identifica el conjunto de relaciones jurídicas de tal carácter (digital) valorables desde un punto de vista patrimonial», es decir, se compone de «todo aquello que su titular envía, recibe, almacena, comparte, gestiona o contrata vía Internet y que puede valorarse desde un punto de vista económico». No obstante, y como señala Wong (2013: 710), es necesario distinguir los contenidos de una cuenta de la cuenta en sí misma. Así, es posible que a través de una cuenta con Amazon (cuenta integrante del patrimonio digital como relación contractual) se compre un libro en

derechos, obligaciones y bienes, y se desarrolla nuestra «identidad digital» mediante el ejercicio de los derechos de la personalidad, manifestando opiniones, publicando fotografías, proporcionando nuestros datos personales, etc. Pero ¿qué pasará con ese patrimonio y esa identidad digitales creados en vida tras la muerte?

No es infrecuente que los herederos desconozcan los bienes digitales que pertenecen al causante (perfiles en redes sociales, cuentas bancarias *online*, cuentas en plataformas de vídeo o música, documentos y archivos almacenados en la nube, etc.), así como las claves de acceso a sus cuentas para poder llegar a conocer la existencia de tales bienes o, siendo estos conocidos, para poder gestionarlos (Santos Morón, 2018: 426; Minero Alexandre, 2019: 121; Solé Resina, 2018: 422 y García Herrera, 2018: 1). Asimismo, la intangibilidad de los bienes digitales, el carácter personalísimo que pueden ostentar algunos de ellos (como es el caso del derecho a la protección de datos de carácter personal) y las cláusulas contractuales establecidas por los prestadores de servicios de la sociedad de la información (más conocidas en el entorno virtual como «términos y condiciones de uso») generan auténticos obstáculos para conseguir transmitir *mortis causa* el patrimonio digital<sup>2</sup>. De hecho, y hasta el momento, la gestión de los datos personales y de los bienes digitales de fallecidos venía llevándose a cabo sobre la base de los contratos celebrados con las plataformas digitales, que normalmente establecen una cláusula de

---

formato físico (que formará parte del patrimonio analógico, como derecho de propiedad) o en versión Kindle (esto es, digital). En este contexto, Santos Morón (2018: 416) conceptúa los «bienes digitales» como «cualquier información o archivo de carácter digital almacenado localmente u on line», lo que abarca tanto la cuenta creada como los contenidos digitales que la misma contenga, ya estén alojados en el propio ordenador, en la nube, en un dispositivo físico (como un disco duro), etc. Cuando los bienes digitales se almacenan en soportes físicos, como en un DVD o un disco duro, el destino de los mismos seguirá al de su soporte. En consecuencia, tras el fallecimiento del titular de estos, los datos serán accesibles por el heredero por la adquisición de la propiedad de los soportes, tal y como señalan, entre otros, Wong (2013: 761), Santos Morón (2018: 420) y Minero Alexandre (2018: 151). El problema surge, por tanto, en relación con los datos o contenidos que se almacenan en soporte virtual, es decir, en plataformas digitales, puesto que, sobre los mismos, cuando no son personales o no son susceptibles de protección por medio de derechos como el de propiedad intelectual, no existe reconocimiento de derecho alguno. Es el caso de los contenidos archivados en una nube, los mensajes de correo electrónico, las listas de reproducción de Spotify, etc.

<sup>2</sup> A ellos se refieren Mackenrodt (2018: 42) y Pérès (2016: 91).

intransmisibilidad del contrato, y la decisión de estas acerca de la autorización de acceso o no a los allegados del difunto a sus cuentas<sup>3</sup>.

En este contexto, la reciente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), ha pretendido dar respuesta a esta situación mediante la regulación del tratamiento de datos personales de personas fallecidas (art. 3) y el reconocimiento del derecho al «testamento digital» o acceso a contenidos de personas fallecidas gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información (art. 96)<sup>4</sup>. Esta es la primera norma que ha reglamentado la cuestión de la gestión del patrimonio digital y los datos personales tras la

---

<sup>3</sup> No es de extrañar que esta problemática se haya planteado especialmente y en primer lugar en el país en el que se han desarrollado las principales plataformas digitales y servicios de la sociedad de la información de Internet: EE. UU. El periódico británico *The Sunday Times* publicó el 2 de septiembre de 2012 una noticia en la que se señalaba que el afamado actor Bruce Willis pretendía demandar a Apple porque según los términos y condiciones de la tienda iTunes no podía transmitir a sus hijas tras su fallecimiento la colección de música que había descargado. Aunque ello fue posteriormente desmentido, el debate había conseguido alcanzar la atención no solo de los juristas (esta noticia sirvió de base para el desarrollo de estudios sobre la herencia digital como el llevado a cabo por Wong, 2013), sino también de la sociedad en general. De ahí que la *Uniform Law Commission* creara una comisión para la elaboración de la conocida *Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (UFADAA) en 2014, revisada y modificada en 2015 tras las críticas provenientes de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. No obstante, la presente investigación se ciñe al estudio de ciertas normativas europeas recientemente aprobadas sobre la materia, razón por la que para el análisis de la UFADAA nos remitimos a los estudios elaborados, entre otros, por Haworth (2014) y Martínez Espín (2015).

<sup>4</sup> El primer proyecto de ley que se presentó a este respecto fue el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, de 24 de noviembre de 2017, publicado en BOCG Serie A Núm. 13-1 (en adelante, PLOPD). En el mismo, el art. 3 regulaba los «datos de las personas fallecidas» y la DA 7, el «acceso a los contenidos de personas fallecidas». El 7 de abril de 2017, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó una proposición no de ley planteada por el Grupo Parlamentario Socialista sobre la protección de los derechos digitales de la ciudadanía, lo que dio lugar a que, en fase de informe de la ponencia, celebrada el 9 de octubre de 2018, se introdujera en el proyecto un novedoso título X relativo a la «Garantía de los derechos digitales». Como consecuencia de ello, el título del proyecto pasó a ser el de Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los derechos digitales (en adelante, PLOPDGDD), publicado en el BOCG Serie A Núm. 13-6. Ello dio lugar a que la regulación del acceso a los contenidos de las personas fallecidas que se contenía en la DA 7 PLOPD se recogiera en el art. 96 PLOPDGDD, con un nuevo título: «derecho

muerte en el ámbito estatal español<sup>5</sup>. De ahí la conveniencia de la presente investigación, en la que, en primer lugar, se llevará a cabo una panorámica de la regulación de esta cuestión en el ámbito europeo, para posteriormente analizar los arts. 3 y 96 LOPDGDD.

## II. LOS DATOS PERSONALES DE PERSONAS FALLECIDAS EN EL ÁMBITO EUROPEO

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, RGPD) tiene por objeto la protección de personas físicas respecto al tratamiento de sus datos personales (art. 1.1), y deja en manos de los legisladores nacionales la reglamentación de dicho tratamiento tras el fallecimiento de la persona<sup>6</sup>.

---

al testamento digital». Sobre los principales hitos de la tramitación parlamentaria de esta ley, véase Revuelta de Rojas (2019).

<sup>5</sup> La anterior LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), no hacía referencia alguna a la cuestión del tratamiento de datos personales de personas fallecidas. En cambio, el RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de desarrollo de la LOPD (en adelante, RLOPD), estableció en su art. 2.4: «Este reglamento no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas. No obstante, las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, podrán dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de éste con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo, y solicitar, cuando hubiere lugar a ello, la cancelación de los datos». Asimismo, cabe destacar que el legislador catalán se adelantó al nacional a este respecto con la aprobación de la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña (en adelante, LVD).

<sup>6</sup> En este sentido, el considerando 27 señala que el RGPD no se aplica a la protección de los datos personales de personas fallecidas (lo que se reitera en los considerandos 158 y 160), señalando que son los Estados miembros los competentes para regular su tratamiento. Se trata de una de las habilitaciones que el RGPD realiza en favor de los Estados miembros a fin de que estos puedan regular determinadas materias, tal y como indica el apartado III del preámbulo LOPDGDD. Esta habilitación parece derivar de la prudencia del legislador europeo a la hora de reglamentar materias especialmente sensibles para los Estados miembros y en las que la tradición jurídica de cada uno de ellos juega un papel esencial, como lo es, en este caso, el Derecho de sucesiones. Otra razón para que el legislador europeo admitiera una gran cantidad

En ejecución de esta habilitación, el art. 63 *Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique* incorporó un art. 40-1 a la *Loi 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* (en adelante, *Loi Informatique et Libertés*). En la actualidad, no obstante, se contempla en el art. 85 de esta última ley con el objeto de regular el tratamiento de datos personales relativos a personas fallecidas, lo que se ha dado a conocer como el derecho a la muerte digital o *droit à la mort numérique*<sup>7</sup>. En concreto, el mismo reconoce en su primer apartado el derecho de toda persona a definir *directives* o instrucciones relativas a la conservación, eliminación o comunicación de sus datos personales tras su fallecimiento, así como la posibilidad de nombrar a una persona para su ejecución. En ausencia de estas o salvo mención en contra de las mismas, el segundo apartado del precepto recoge las actuaciones que los herederos pueden llevar a cabo en relación con los datos personales del causante.

Asimismo, el legislador italiano aprobó el 10 de agosto de 2018 un decreto legislativo<sup>8</sup> para adaptar la normativa estatal sobre protección de datos al RGPD, incorporando al Código en materia de protección de datos personales (en adelante, CPD<sup>9</sup>) el art. 2 *terdecies* sobre los derechos relativos a las personas fallecidas. En este caso, el primer apartado legitima a quien tenga un interés propio, a quien actúe en interés del titular de los datos o a quien sea merecedor de protección por razones familiares para ejercitar los derechos previstos en los arts. 15-22 RGPD, salvo que ello hubiera sido expresamente

---

de habilitaciones en favor de los Estados miembros fue la compleja tramitación del RGPD, pues frente a su propuesta fueron presentadas numerosas enmiendas que, en muchos casos, fueron solventadas mediante el incremento del margen de decisión de los Estados miembros, según señala Amérigo Alonso (2019b: 90). Aunque ello permitiera desbloquear las negociaciones, Minero Alejandro (2019: 125, nota 13) apunta con acierto que la inclusión de estas habilitaciones traerá consigo que «en este punto la finalidad de consecución de una armonización total (que se pretendía mediante la elección del Reglamento como instrumento normativo), [...], no pueda entenderse cumplida en modo alguno».

<sup>7</sup> A este concepto se refería ya la *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL) en 2014, cuando elaboró un listado de consejos sobre el uso de datos personales tras el fallecimiento, disponible en: <https://bit.ly/2mYPnWS>. De acuerdo con Pérès (2016: 93), la CNIL se vio impulsada a crear esta página ante la ausencia de normas concretas sobre tal cuestión y la alerta recibida por aquellos que no habían podido acceder a cuentas de familiares fallecidos por la negativa obtenida por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

<sup>8</sup> Decreto Legislativo de 10 de agosto de 2018, n. 101.

<sup>9</sup> Decreto Legislativo de 30 de junio 2003, n. 196.

prohibido por el causante mediante declaración específica, libre e informada presentada ante el propio responsable del tratamiento.

Ahora bien, no todos los Estados miembros han considerado necesario regular de forma concreta esta materia. Así, cabe destacar el caso de Alemania, que ha dejado que la cuestión se resuelva por las normas propias del Derecho de sucesiones y el Derecho de contratos, en conjunción con la consideración de los derechos fundamentales que pueden verse comprometidos (en especial, el del secreto de las comunicaciones y la intimidad). Así, el BGH ya ha tenido ocasión de pronunciarse en su sentencia de 12 de julio de 2018 sobre el posible acceso o no por parte de los progenitores a la cuenta de Facebook de su hija de 15 años fallecida presuntamente por un accidente con un tranvía<sup>10</sup>. Durante su minoría de edad, la menor confió a su madre las claves de acceso a su perfil en esa red social. Pero pocos días después del fallecimiento, Facebook bloqueó su cuenta y la dejó en modo «conmemorativo» porque una persona anónima comunicó su defunción. Una vez la cuenta se convierte en conmemorativa, solo las personas «amigas» en Facebook de la persona durante su vida pueden seguir accediendo a su perfil y escribiendo en el mismo. Pero sus padres no lo eran. Por ello, solicitaron a la red social que les permitiera acceder a la cuenta de su fallecida hija y a los mensajes, con el objeto de saber si realmente su hija falleció por un accidente o si fue un suicidio. No obstante, Facebook se negó por considerar que ello podría vulnerar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. En este contexto, el Tribunal ha considerado que el contrato de la menor con la red social forma parte de los bienes que han de transmitirse a los herederos, en este caso, a sus progenitores (párr. 29), y que la disposición que permite que la cuenta se convierta en conmemorativa resulta abusiva, pues va en contra del principio de la sucesión universal y restringe el derecho de los herederos de acceder a la cuenta del usuario y a sus contenidos derivado del contrato con la plataforma (párrs. 37 y 38). Finalmente, y en relación con el secreto de las comunicaciones, el Tribunal concluye que el derecho en cuestión protege a las partes involucradas en un proceso de telecomunicaciones de manera que el mensaje no sea accesible por terceros, debiéndose considerar al heredero como nueva parte involucrada en la comunicación tras la sucesión (párr. 65) y equiparando el acceso a los

---

<sup>10</sup> BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17. Disponible en: <https://openjur.de/u/2110135.html>. En primera instancia, este asunto fue resuelto por sentencia del Landgerichts, LG, 20 O 175/15, de 17 de diciembre de 2015, y en segunda, por el Kammergericht, KG, 21 U 9/16, de 31 de mayo de 2017, ambos de Berlín.

contenidos de los mensajes a través de la red social con el acceso del heredero a las cartas en papel (párr. 69)<sup>11</sup>.

### III. LA GESTIÓN DE LOS DATOS PERSONALES Y EL ACCESO A CONTENIDOS DIGITALES TRAS EL FALLECIMIENTO EN ESPAÑA

Aunque la herencia abarca todos los bienes, derechos y obligaciones, según el art. 659 CC, sin distinción de su naturaleza digital o analógica<sup>12</sup>, la aparición de los activos digitales ha generado la necesidad de crear normas que reglamenten las particulares características de su gestión *mortis causa*. De ahí que, con la modificación de la *Loi Libertés et Informatique* y del CPD y la aprobación de la LVD catalana como precedentes, la mayor parte de la doctrina española exigiera la creación de normas que reglamentaran esta cuestión, valorando positivamente su regulación en la reciente LOPDGD<sup>13</sup>. En

<sup>11</sup> Sobre ello, Mackenrodt (2018: 46-47) destaca, además, que la menor ya había confiado la contraseña de acceso a su madre, así como que los progenitores tienen la obligación de controlar y supervisar las actividades digitales de los hijos. En consecuencia, en opinión del autor, en el caso en el que una persona envíe un correo electrónico a un menor de edad, se puede presumir un consentimiento presunto sobre el hecho de que los mensajes pueden ser leídos por sus representantes legales. En contra, el KG de Berlín rechazó esta idea argumentando que no todos los menores ceden los datos de acceso a sus cuentas a sus padres.

<sup>12</sup> De acuerdo con el art. 659 CC, «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte». El precepto, por tanto, no realiza distinción en cuanto a la naturaleza analógica o digital de tales bienes, derechos y obligaciones, incluyéndose en la herencia «todos» ellos. Por ello, y aunque en ocasiones se haya hecho referencia a la expresión «herencia digital» para designar al patrimonio digital susceptible de transmisión *mortis causa*, no existen dos herencias, una analógica y una digital, sino una que comprende todo el patrimonio (analógico y digital) del causante. En palabras de González Granado (2016: 44), la herencia es «única, digital y analógica». En el mismo sentido se manifiestan García Herrera (2018: 1), Fernández-Bravo Francés (2016: 34) y Barrio Andrés (2019: 265), entre otros. Del mismo modo, el BGH señala que no hay razón para tratar el contenido digital de un modo distinto al analógico en relación con la transmisión hereditaria (párr. 57 de su sentencia de 12 de julio de 2018).

<sup>13</sup> Así, por todos, Barrio Andrés (2019: 267-268), Santos Morón (2018: 41, 424 y 426) y Ruda González (2017: 229). En relación con el PLOPD, Minero Alejandro (2018: 152) consideraba que el mismo llegaba «tarde» y que se trataba, «más que de una anticipación, de una reacción frente a un problema jurídico ya existente».

concreto, son dos los preceptos cuyo análisis nos ocupa: los arts. 3 y 96 de la citada ley.

### 1. LA RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 3 Y 96 LOPDGDD: LA GESTIÓN POST MORTEM DE LOS DATOS PERSONALES Y NO PERSONALES O «CONTENIDOS»

La protección de los datos personales es un derecho fundamental consagrado en el art. 18.4 CE. En consecuencia, su desarrollo legislativo debe tener lugar por medio de ley orgánica. De ahí que el art. 3 de la LOPDGDD tenga tal rango<sup>14</sup>. En cambio, el art. 96 de la misma ley carece de carácter orgánico, tal y como se desprende de la DF primera<sup>15</sup>. Ello es así porque el art. 96 recoge los diferentes actos que podrán llevar a cabo las personas en él mencionadas en cuanto a los «contenidos» que puedan gestionar los prestadores de servicios de la sociedad de la información en relación con personas fallecidas<sup>16</sup>. Por lo tanto, mientras el art. 96 se refiere a la gestión *post mortem* de cualquier dato no personal en formato digital referido a personas fallecidas, el art. 3 regula un tipo de datos concreto, los personales, que están protegidos como derecho fundamental. En fin, y como señala Troncoso Reigada (2019: 50), el art. 96 no es un derecho de protección de datos personales, sino una garantía de los derechos digitales. Esa es la razón que justifica la existencia de dos preceptos de contenido prácticamente

<sup>14</sup> Una de las consecuencias derivadas del carácter orgánico del art. 3 LOPDGDD será que los sujetos mencionados en tal precepto estarán legitimados activamente para interponer, en su caso, recurso de amparo ante el TC por vulneración del derecho personalísimo a la protección de datos personales de una persona fallecida, siguiendo la jurisprudencia del TC en relación con la protección *post mortem* de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen.

<sup>15</sup> En este caso, no se podrá acudir a la vía de amparo cuando se trate de la gestión de datos no personales, es decir, de contenidos. En el mismo sentido, Revuelta de Rojas (2019: 135). Además de la imposibilidad de ejercitar recurso de amparo, cabe destacar que el art. 2.1 LOPDGDD excluye el art. 96 del ámbito de aplicación material de la misma, lo que supone que este artículo no podrá ser interpretado ni hacerse valer ante la AEPD.

<sup>16</sup> A este respecto, y según la reciente Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, los contenidos digitales se definen legalmente por primera vez como «los datos producidos y suministrados en formato digital» (art. 2.1).

idéntico, pero con distinta ubicación y rango<sup>17</sup>, lo que constituye una de las principales diferencias entre la LOPDGDD y las regulaciones francesa e italiana de la materia, que limitan su ámbito de aplicación a los datos de carácter personal<sup>18</sup>.

En cuanto a su contenido, la diferencia fundamental que cabe destacar deriva, precisamente, del carácter ordinario del art. 96, que prevé un apartado cuarto, que no encuentra equivalente en el art. 3, que establece que la norma de aplicación en el supuesto de personas fallecidas en comunidades autónomas con derecho civil propio será la que se establezca en este último<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> De la misma opinión se muestran Revuelta de Rojas (2019: 135) y Américo Alonso (2019a: 113). Por su parte, Minero Alejandro (2019: 127) entiende que la regulación prevista en el art. 3 y la DA 7 PLOPD, que contemplaba el «acceso a contenidos de personas fallecidas», es equivalente y la razón que justifica la existencia de ambos preceptos deriva del «deseo del legislador de distinguir los supuestos de uso online y offline de datos personales». De forma similar, Cavero Mochales (2019: 58) considera que el art. 3 LOPDGDD contiene una regulación general sobre la protección de datos de la persona fallecida, mientras que el art. 96 es una norma específica referida a los mismos, pero en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información. No obstante, son dos los argumentos principales que pueden esgrimirse en contra de esta postura. En primer lugar, ya en el PLOPD, la DF 1 excluía también el carácter orgánico de la DA 7, refiriéndose esta última a los «contenidos» y eludiendo toda referencia a los datos personales. Y, en segundo lugar, el art. 3 del proyecto no distinguía entre responsables de tratamientos *online* u *offline*, ni tampoco el art. 3 finalmente aprobado excluye que el tratamiento de los datos personales de la persona fallecida se lleve a cabo digitalmente. En consecuencia, donde no distingue la ley, no debemos hacerlo nosotros, siendo aplicable la norma a todo tratamiento, independientemente del entorno en el que tenga lugar.

<sup>18</sup> Esta restricción del ámbito de aplicación del art. 85 *Loi Informatique et Libertés* hace dudar razonablemente a Santos Morón (2018: 430-431) sobre la posibilidad de que el precepto en cuestión sea aplicable a los mensajes de correo electrónico o las opiniones vertidas por el usuario de la red, porque estos no podrían considerarse «datos de carácter personal».

<sup>19</sup> Este apartado cuarto del art. 96 LOPDGDD fue incorporado con base en la enmienda n.º 33, BOCG, Congreso de los Diputados, n.º 13-2, de 18-4-2018, p. 27, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco. De forma similar, el diputado Carles Campuzano i Canadés propuso que para que se tuviera en cuenta la normativa ya existente sobre voluntades digitales en Cataluña se incorporara en el art. 3.2 PLOPD lo siguiente: «Los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones se determinará según la ley aplicable en cada caso de conformidad con el reparto competencial» (enmienda n.º 99, BOCG, Congreso de los Diputados, n.º 13-2, de 18-4-2018, pp. 71-72).

Es el caso de la primera norma reguladora de las voluntades digitales en el territorio español, la LVD. La misma contempla en su art. 6 la adición de un nuevo apartado 10 al art. 411 del libro cuarto del CCcat por el que se prevé la posibilidad de que el causante determine sus voluntades digitales en relación con sus cuentas activas, que deberán ser ejecutadas por el heredero, el albacea universal o la persona designada al efecto ante los prestadores de servicios digitales. Ahora bien, el legislador catalán rehúye cualquier referencia a los datos personales por razones de índole competencial, limitándose a regular la gestión *post mortem* de cuentas activas, tal y como señalan Ruda González (2017: 235) y García Herrera (2017: 8). Por tanto, mientras que la gestión *post mortem* de los datos personales queda reservada a su regulación por parte del legislador estatal por medio de ley orgánica (lo que se prevé en el art. 3 LOPDGDD), la reglamentación sobre la misma cuestión, pero en relación con el resto de datos que la persona haya generado en la red, provendrá del legislador español, en concreto, del art. 96 LOPDGDD, y se aplicará en todo el Estado salvo en el caso de las comunidades autónomas con derecho civil propio que dicten normas sobre esta materia.

En este contexto cabría cuestionarse si la ubicación de estos preceptos resulta adecuada, pues podría haberse planteado la posibilidad de que la LOPDGDD se remitiera a la LOPH en cuanto a la gestión de los datos personales tras el fallecimiento, modificando esta e incluyendo este derecho de la personalidad en su art. 4, y que la consideración de los datos no personales, cuentas activas o contenidos de los fallecidos se contemplara, simplemente, en el título III del Libro III CC, relativo a la sucesión, haciendo las precisiones que correspondiera<sup>20</sup>. Probablemente ello redundaría en una mayor coherencia del sistema sucesorio, diferenciando, por un lado, el ejercicio de acciones para la protección de derechos de la personalidad de una persona fallecida, y, por otro, la gestión de la sucesión de los bienes, derechos y obligaciones transmisibles de la persona. No obstante, en muchas ocasiones, tal y como se señaló previamente, el conocimiento de la propia existencia de bienes integrantes de la herencia, esto es, de contenidos, se hace depender del tratamiento de cier-

---

<sup>20</sup> De forma similar, Barrio Andrés (2019: 271) critica la sistemática seguida por el legislador en cuanto a la inclusión del Título X en la LOPDGDD y aboga por la aprobación de una ley de bases de derechos digitales, que debería venir acompañada de ciertas modificaciones de leyes ordinarias, de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, y la LOPH. En cuanto a una posible reforma del CC, Rallo Lombarte, exdirector de la AEPD, diputado del PSOE y ponente de la LOPDGDD, manifestó ante la prensa que la regulación del testamento digital no pretende completar dicho texto (Delle Femmine, 2018). No obstante, a nuestro parecer, aunque aquella no fuera la intención, parece haberse producido ese efecto, al menos en parte.

tos datos personales, como claves de acceso. Así, la relación existente entre la gestión *post mortem* de datos personales y de datos no personales o contenidos es tan estrecha que no resulta aconsejable su regulación en distintas normas<sup>21</sup>, así como tampoco que su régimen jurídico sea divergente<sup>22</sup>. De ahí que ambos preceptos contengan, en esencia, los mismos elementos y requisitos para su aplicación<sup>23</sup>. De ellos nos ocuparemos en las siguientes páginas.

## 2. LA FORMA DE LA DISPOSICIÓN SUCESORIA SOBRE EL PATRIMONIO DIGITAL Y LA GESTIÓN *POST MORTEM* DE LOS DATOS PERSONALES

Ni el art. 3 ni el art. 96 LOPDGDD establecen la forma en que el fallecido puede establecer instrucciones para la gestión de sus datos personales y contenidos y designar a las personas que podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento o a los prestadores de servicios de la sociedad de la información para ejecutarlas<sup>24</sup>. La única referencia al respecto en ambos preceptos es la de la posible existencia de «instrucciones» que pudiera haber dado el causante. Ahora bien, los arts. 3.2, segundo párrafo, y 96.3 LOPDGDD imponen la obligación al legislador de aprobar un real decreto en el que se establezcan «requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones», así como su posible inscripción en un registro<sup>25</sup>. Hasta el momento, todavía no ha sido aprobado dicho desarrollo reglamen-

---

<sup>21</sup> A esta estrecha relación entre la herencia digital y la protección de datos personales tras el fallecimiento y la cuestión de si es posible regular un aspecto sin atender al otro se refiere Ruda González (2017: 235). Asimismo, García Herrera (2018: 2) señala que la disposición sucesoria relativa al patrimonio digital puede comprometer los datos personales, en concreto, las claves de acceso a los contenidos digitales.

<sup>22</sup> Como señala Américo Alonso (2019b: 92, nota 8), aunque deban diferenciarse ambos preceptos, ello «no es óbice para la similitud de régimen jurídico».

<sup>23</sup> De hecho, es posible que incluso el registro que se desarrolle reglamentariamente para la inscripción de las instrucciones sobre la gestión de los datos personales al que se refiere el art. 3.2 LOPDGDD sea el mismo que para el supuesto de tales mandatos en relación con los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información, según el art. 96.3 de la misma.

<sup>24</sup> Tampoco el PLOPDGDD desvelaba la forma que debían adoptar las voluntades digitales. Esta falta de formalismo presenta como ventaja una mayor flexibilidad en cuanto a la exteriorización de la última voluntad, pero tiene el inconveniente de que se pierde la seguridad jurídica que proporciona la intervención notarial, tal y como señala Minero Alejandro (2019: 128).

<sup>25</sup> La DF 15 LOPDGDD habilita al Gobierno a desarrollar, entre otros aspectos, el registro al que se refieren los arts. 3.2 y 96.3.

tario, pero el hecho de que se vayan a exigir ciertos «requisitos y condiciones» y que sea posible establecer un «registro» nos lleva a pensar que el legislador tiene en mente la creación de un instrumento jurídico particular y distinto de los ya existentes para poder disponer sobre la gestión *post mortem* del patrimonio virtual<sup>26</sup>. A él nos referiremos como «documento de voluntades digitales», siguiendo la denominación dada al mismo por Solé Resina (2018: 427).

Veamos ahora en qué consistiría tal documento y qué otras formas pueden adoptar las instrucciones y la válida designación de personas encargadas de gestionar los datos personales y los contenidos digitales de una persona fallecida, conforme a los arts. 3 y 96 LOPDGDD, respectivamente.

### 2.1. El documento de voluntades digitales

Como se ha señalado previamente, los arts. 3 y 96 LOPDGDD facultan al titular de los datos personales, en el primer caso, y de los contenidos digitales, en el segundo, a establecer «instrucciones» para su gestión *post mortem* por parte de la persona designada al efecto, cuya validez se hará depender del cumplimiento de los requisitos que se establezcan reglamentariamente, siendo posible su inscripción en un registro creado al efecto.

A este respecto, cabe destacar que la LVD preveía en su art. 6 la adición al CCcat de un art. 411-10.3 b), en virtud del cual se establecía la posibilidad de que las voluntades digitales se ordenaran por medio de un documento que debería inscribirse en un registro electrónico de voluntades digitales, siempre y cuando la persona no hubiera otorgado disposiciones de última voluntad. Como regla general, por tanto, las voluntades digitales podrán recogerse en testamento, codicilo o memorias testamentarias, de acuerdo con la letra a) del mismo precepto, y, en su defecto, en el documento inscribible en el registro creado al efecto<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Lo mismo entiende la AEPD (2017: 7) cuando señala: «El precepto (el art. 3) además permite que, dentro del desarrollo reglamentario previsto en el mismo, las personas puedan determinar en vida cuál consideran que ha de ser el destino adecuado de sus datos de carácter personal, *siendo posible el establecimiento a través de dicha vía, en cuanto se hace referencia expresamente al registro de los mandatos e instrucciones emitidas a tal efecto a la posible regulación de Instrucciones* relacionadas con los servicios de la sociedad de la información para el caso de fallecimiento» (la cursiva es nuestra).

<sup>27</sup> Ello se reitera en el art. 8 LVD en relación con la adición al CCcat del art. 421-24.1 y en el art. 10, relativo a la adición de una DA 3 sobre el registro electrónico de voluntades digitales. A este respecto, Solé Resina (2018: 431-432) entiende que incluso aunque las disposiciones sucesorias sobre el patrimonio digital recogidas en el documento de voluntades digitales sean compatibles con las otorgadas en testamento, codicilo

Pues bien, el documento de voluntades digitales así configurado exigía para su validez la inscripción en un registro público y electrónico, cuya creación era valorada como válida y oportuna por Ruda González (2017: 234) por la mayor confianza que ello generaría en las personas que decidieran expresar de este modo su última voluntad en relación con su patrimonio digital. Además, Solé Resina (2018: 431) entendía que por medio de este nuevo instrumento se facilitaría el ejercicio del derecho a manifestar disposiciones de última voluntad sobre el patrimonio digital, especialmente entre los jóvenes, que no se plantean otorgar el clásico testamento<sup>28</sup>.

A pesar de estas positivas valoraciones sobre el registro electrónico de voluntades digitales, todas las disposiciones de la LVD relativas al mismo han sido declaradas inconstitucionales y nulas por el TC por considerar que el registro en cuestión no es meramente administrativo, sino de derecho privado, al proyectar sus efectos jurídicos sustantivos sobre las relaciones privadas, registro que solo podría ser establecido por el Estado por su competencia exclusiva para la ordenación de registros e instrumentos públicos establecida en el art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE<sup>29</sup>. Ciertamente, el art. 96.4 LOPDGDD admite que

---

o memorias testamentarias, el primero carecería de validez por la incompatibilidad establecida entre ellos.

<sup>28</sup> En el mismo sentido, la letrada del Parlamento de Cataluña formuló alegaciones frente al recurso de inconstitucionalidad promovido por el presidente del Gobierno contra ciertas disposiciones de la LVD, registradas en el TC el 21 de noviembre de 2018, en las que reflejaba las bondades que ya había manifestado la doctrina sobre este registro del siguiente modo: «Con la regulación establecida se daría respuesta a una necesidad que puede tener el colectivo más activo en las redes sociales, el de las personas jóvenes. Estas, que probablemente por sus circunstancias vitales, personales o económicas, no se plantean otorgar testamento, bien porque ven muy lejana la muerte, bien porque carecen de un patrimonio que les exija tomar decisiones sobre su gestión, en cambio, sí pueden estar interesadas en expresar sus voluntades digitales en un documento de sencillo formato y tramitación, inscribible en un registro administrativo, lo que permite dar mayor eficacia al proceso de formulación y también de acreditación del contenido preciso de dichas voluntades» (antecedentes STC 7/2019, apartado 6).

<sup>29</sup> STC 7/2019, de 17 de enero de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:7). Entre los argumentos que sirvieron de base al TC para dictaminar en este sentido destaca que la inscripción registral de las voluntades digitales es la que produce «efectos jurídicos sustantivos sobre las relaciones privadas, en el ámbito sucesorio, de manera que, en defecto de disposiciones de última voluntad (testamento, codicilo o memoria testamentaria), la inscripción [...] es oponible frente a los terceros que operan en el tráfico jurídico», de manera que el documento de voluntades digitales despliega sus efectos «en virtud de su inscripción en el registro» (FJ 4).

el acceso a contenidos digitales de personas fallecidas pueda ser regulado por las comunidades autónomas con derecho civil propio, de modo que no se cuestiona la competencia de la Generalitat de Cataluña para poder regular un instrumento jurídico específico para la manifestación de las voluntades digitales, pero ello no sana su falta de competencia para crear un registro jurídico de derecho privado (FJ 4). En definitiva, con la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos relativos al registro electrónico de voluntades digitales, se cierra la puerta a la manifestación de las instrucciones sobre la gestión *post mortem* del patrimonio digital por medio del documento de voluntades digitales que se había proyectado en la LVD, porque su validez se hacía depender de la inscripción en un registro que la Generalitat no tiene competencia para crear, según el TC<sup>30</sup>. En consecuencia y en aplicación de la LVD, solo podrán establecerse las voluntades digitales en testamento, codicilo o memorias testamentarias.

Por su parte, el art. 85 *Loi Informatique et Libertés* establece en su primer apartado el derecho de toda persona a definir *directives* o instrucciones relativas a la conservación, eliminación o comunicación de sus datos personales tras su fallecimiento. Las mismas pueden ser generales o particulares y su diferencia reside en dos aspectos fundamentales. Por un lado, las primeras se refieren al conjunto de todos los datos de carácter personal del difunto, mientras que las segundas se establecen en relación con el tratamiento de los datos personales concretos que se recojan en las propias instrucciones. Por el otro, las directivas generales deberán ser inscritas en un registro único<sup>31</sup>, cuyas modalidades

<sup>30</sup> Cabe destacar, no obstante, que la consideración del registro electrónico de voluntades digitales como civil no fue unánime. En concreto, Dña. Encarnación Roca Trías emitió voto particular discrepante a la STC 7/2019, de 17 de enero de 2019, por entender que la inscripción del documento de voluntades digitales no era constitutiva, así como que, incluso si así lo fuera, ello no determinaría necesariamente la naturaleza civil del registro (apartado 2). Asimismo, resulta pertinente el recordatorio de la magistrada sobre el hecho de que tampoco el Registro de actos de última voluntad tiene naturaleza civil, sino administrativa (apartado 4), registro que viene a cumplir, a nuestro parecer, funciones equivalentes a las que correspondería asumir al registro electrónico de voluntades digitales. También Solé Resina (2018: 438) critica los argumentos en favor de la inconstitucionalidad de los preceptos señalados de la LVD. En cualquier caso, todos los preceptos relativos al registro electrónico y al documento de voluntades digitales (arts. 6, sobre la adición del art. 411-10.3 b; 8, en cuanto al art. 421-24.1; 10, sobre la adición de una DA, y 11, en relación con una nueva DF) han sido declarados nulos.

<sup>31</sup> Además de en este registro, también es posible inscribir las instrucciones generales ante un «tercero de confianza digital», que deberá estar certificado por la CNIL. San-

y acceso se fijarán por decreto del Consejo de Estado, inscripción que en el caso de las instrucciones particulares se produce ante los propios responsables del tratamiento. Por tanto, entendemos que las directrices generales reguladas por el legislador francés vendrían a ser las equivalentes a las instrucciones a las que se refiere el art. 3 LOPDGDD.

En este contexto, resulta evidente que la creación de un instrumento jurídico concreto para la manifestación de las últimas voluntades sobre la identidad y el patrimonio digitales y la creación de un registro para su inscripción por parte de la LOPDGDD se ha visto inspirada por la LVD y la legislación francesa sobre protección de datos, y una de las razones que podría justificar su existencia es que permite salvar el problema relativo al conocimiento de las claves por parte de todas las personas que tienen derecho a copia del testamento si solo se admitiera que las voluntades digitales se contuvieran en dicho acto de última voluntad<sup>32</sup>. En estos casos, la inclusión de las claves de acceso a todas las cuentas del causante en el testamento podría dar lugar a su conocimiento por parte de un gran número de personas, lo que podría incluso afectar a su derecho a la intimidad. Por ello, Reche Tello (2019: 404)

---

tos Morón (2018: 432) parece entender que la inscripción ante este tercero de confianza es obligatoria al señalar que las directrices generales «deben ser depositadas» ante este. No obstante, si atendemos a la literalidad del precepto, observamos que mientras que, en relación con el registro único, el art. 85.I tercer apartado *Loi Informatique et Libertés* establece que estas instrucciones «sont inscrites» en dicho registro, el mismo precepto en su apartado segundo admite que las directrices generales «peuvent être enregistrées auprès d'un tiers de confiance». En consecuencia, la inscripción ante el tercero de confianza es facultativa, mientras que es imperativa en el supuesto del registro regulado por decreto del Consejo de Estado.

<sup>32</sup> Según García Herrera (2018: 3), incluso aunque el causante haya manifestado en testamento que no quiere que sus herederos tengan acceso a sus archivos digitales, de acuerdo con el art. 226 del Reglamento Notarial, hay todo un conjunto de personas que podrán igualmente pedir copia del testamento, en el que aparecerían las claves de las cuentas. En concreto, y en virtud de dicho precepto, podrían pedir copiar del testamento:

«a) Los herederos instituidos, los legatarios, albaceas, contadores partidores, administradores y demás personas a quienes en el testamento se reconozca algún derecho o facultad.

b) Las personas que, de no existir el testamento o ser nulo, serían llamados en todo o en parte en la herencia del causante en virtud de un testamento anterior o de las reglas de la sucesión intestada, incluidos, en su caso, el Estado o la Comunidad Autónoma con derecho a suceder;

c) Los legitimarios».

y Santos Morón (2018: 426) proponen como solución a esta problemática la confección de un documento distinto al del testamento en el que se recojan las claves de acceso a todas las cuentas y que únicamente se dé acceso al mismo por indicación testamentaria a la persona encargada de la gestión del patrimonio digital. Otra opción apuntada por González Granado (2016: 42) sería que la cláusula testamentaria que contuviera las claves de acceso a los archivos digitales se incluyera en el testamento general, pero con prohibición de que la misma sea conocida por las personas que tienen derecho a copia, excepto las designadas por la propia cláusula. Pues bien, consideramos que el documento de voluntades digitales podría ser un instrumento idóneo para resolver la cuestión sin tener que acudir a los mecanismos apuntados, pues mientras no sea modificado el art. 226 del Reglamento Notarial, las personas en él mencionadas tendrían derecho a copia del mismo<sup>33</sup>.

En definitiva, consideramos acertada la creación por parte del legislador de un mecanismo jurídico específico para la manifestación de las últimas voluntades digitales, si bien la LOPDGDD guarda silencio sobre los elementos esenciales del mismo, esto es, sobre la capacidad necesaria para poder disponer del patrimonio digital para después del fallecimiento<sup>34</sup>, las formalidades que

<sup>33</sup> Asimismo, y a este respecto, entendemos que debería seguirse la regulación que preveía el derogado apartado 5 de la DA 3 adicionada al CCcat por el art. 10 LVD, en virtud del cual, una vez fallecido el otorgante, el contenido de las voluntades digitales únicamente podría ser conocido por las personas designadas para su ejecución.

<sup>34</sup> A este respecto, podría traerse a colación el art. 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP), regulador del documento de «instrucciones previas», o más conocido como «testamento vital». En su virtud, las instrucciones previas «deberán constar siempre por escrito» (art. 11. 2 LAP) y ser manifestadas por «una persona mayor de edad, capaz y libre» (art. 11. 1 LAP). Ello excluye, por ejemplo, a los menores emancipados, lo que ha sido criticado, entre otros, por Alventosa del Río (2017: 1176), quien pone de relieve que algunas CC. AA. sí han admitido a estos entre los capaces para otorgar voluntades anticipadas, como en el caso del art. 17.1 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, y del art. 1 de la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas de las Islas Baleares, entre otros. Compartimos esta opinión, que podría ser trasladable a la de la declaración de las voluntades digitales. Incluso, entendemos que si, de acuerdo con los arts. 662 y 663 CC, el menor que cuente con 14 años de edad puede otorgar testamento notarial, siempre y cuando se halle en su cabal juicio en el momento del otorgamiento, no existe razón para impedirle que pueda disponer de su patrimonio digital por medio del documento de voluntades digitales. De hecho, es muy probable que el adolescente tenga un

deba revestir el acto de su otorgamiento y la naturaleza y efectos del registro en cuestión, razón por la que urge el desarrollo reglamentario a este respecto<sup>35</sup>.

## 2.2. *El testamento*

Ciertamente, el título del art. 96 LOPDGDD sí menciona una forma concreta de exteriorización de la última voluntad, el «testamento digital». No obstante, el contenido del precepto no la contempla como necesaria para la manifestación de las instrucciones y, de hecho, y pese a su extensión, no se repite tal expresión en ninguno de sus apartados. Ello nos lleva a pensar que con este título simplemente se quería facilitar la comprensión de lo que se pretendía regular en el art. 96 LOPDGDD empleando la denominación más conocida socialmente, pero no limitar la forma en la que podría manifestarse la última voluntad sobre los contenidos digitales a la testamentaria<sup>36</sup>. En cualquier caso, la indefinición de la LOPDGDD en cuanto a la forma en la que pueden establecerse instrucciones y designarse a las personas encargadas de la gestión del patrimonio digital y los datos personales tras la muerte no obsta a que, efectivamente, el testamento sea uno de los mecanismos que pueda emplearse para manifestar la última voluntad a este respecto<sup>37</sup> y, por ello, se haya utilizado esa rúbrica para el precepto. De este modo, las disposiciones testamentarias relativas a la gestión de los datos personales (art. 3 LOPDGDD) podrían ser consideradas como parte del contenido atípico del testamento, mientras que las referidas a los contenidos o patrimonio digitales (art. 96 LOPDGDD) serían las típicas del contenido testamentario<sup>38</sup>.

---

mayor interés en disponer de su patrimonio digital que del analógico, porque sea el primero más importante que el segundo en esa etapa de su vida.

<sup>35</sup> También reclama este desarrollo Reche Tello (2019: 404) con el fin de «evitar situaciones de inseguridad jurídica, así como de que las personas comencemos a tomar conciencia de la importancia de manifestar la voluntad sobre nuestro legado digital». Asimismo, Minero Alejandro (2019: 130) critica la falta de regulación del registro de voluntades digitales, pues ello complica el cumplimiento efectivo de la voluntad de la persona fallecida.

<sup>36</sup> En este sentido, Barrio Andrés (2019: 266) considera que el artículo en cuestión tiene una «errónea rúbrica». En opinión de Reche Tello (2019: 404), el art. 96 LOPDGDD no regula una nueva forma testamentaria, sino un contenido específico referido al patrimonio digital. Por su parte, Minero Alejandro (2019: 128) considera que tampoco el art. 3 LOPDGDD exige acudir a la forma testamentaria.

<sup>37</sup> Lo mismo considera Favreau (2015: 4) en el ámbito francés.

<sup>38</sup> Como señala Domínguez Luelmo (2016: 392), el contenido típico del testamento se identificaría con las disposiciones de contenido patrimonial, y el atípico, con cualquier otro tipo de disposiciones.

Conviene en este momento hacer ciertas precisiones terminológicas en relación con las expresiones «testamento digital» y «testamento *online*». En cuanto al «testamento digital», este puede entenderse en un doble sentido: uno vinculado al propio contenido de las disposiciones sucesorias y el otro, a la forma de redacción del documento testamentario. En el primer caso, el «testamento digital» se definiría como el conjunto de disposiciones sucesorias contenidas en el testamento ordinario o notarial que se refieran al patrimonio y la identidad digitales<sup>39</sup> o como aquel testamento otorgado ante notario que únicamente se componga de tales disposiciones<sup>40</sup>. En el segundo, con la expresión «testamento digital» se haría referencia a aquella declaración de última voluntad (ya fuera relativa al patrimonio analógico, al digital o a ambos) totalmente redactada por medios digitales. Esta última acepción se correspondería con el concepto de «testamento *online*»<sup>41</sup>.

En este contexto y con anterioridad a la aprobación de la vigente LOPDGDD, las propias empresas tecnológicas o *start-ups* ya habían identificado la problemática sobre el «testamento digital» como un nicho de mercado a explotar. Así surgieron, entre otras, las españolas Mi Legado Digital, Tellmebye y Testamenta<sup>42</sup>, que ofrecen servicios de aseguramiento de contraseñas, redes sociales, archivos y contenidos digitales, etc., que facilitan tras el fallecimiento a los administradores, más conocidos como «albaceas digitales», designados por el causante. De hecho, existe la posibilidad de redactar un «testamento digital», al que se refieren Mi Legado Digital y Tellmebye, o «testamento *online*», ofrecido por Testamenta. Salvo en el caso de esta última empresa, en la que el proceso de creación del testamento *online* finaliza con la firma del mismo ante notario<sup>43</sup>, las plataformas dedicadas a facilitar la creación del «testamento digital» suelen señalar la posibilidad de impresión del

<sup>39</sup> Así lo define Jiménez Lajara (2016: 95), fundador de Tellmebye.

<sup>40</sup> De acuerdo con García Herrera (2018: 2) y Llopis Benlloch (2016: 46), solo el testamento otorgado ante notario para disponer únicamente del patrimonio digital podría ser considerado como «testamento digital» válido.

<sup>41</sup> Aseguradoras de decesos como NorteHispana y Generali Seguros ya incluyen entre sus coberturas la de la redacción de «testamento *online*» entendido de este modo.

<sup>42</sup> La norteamericana Legacy Locker fue la primera empresa de este tipo, creada con el fin de administrar cuentas y contraseñas en un *locker* o «taquilla» digital tanto en vida como después de la muerte. En 2013, fue adquirida por PasswordBox.

<sup>43</sup> Cabe destacar que, en el caso de Testamenta, la propia plataforma prevé, entre los pasos a seguir para crear el testamento *online*, la reserva de cita y la firma del mismo ante notario. De este modo, el proceso comienza de forma *online* y finaliza *offline*, en presencia de un notario. En este caso, por tanto, se trata de un supuesto de testamento completamente válido, que combina las nuevas tecnologías con la seguridad jurídica

testamento desarrollado en la propia página web para integrarlo en el testamento notarial e incluso tienen un localizador del notario más cercano, como en el caso de Tellmebye, pero no requieren la intervención notarial.

Ciertamente, una interpretación conforme a la realidad social del momento (art. 3.1 CC) podría llevarnos a considerar que, cuando el art. 688 CC establece que el testamento ológrafo «deberá estar *escrito todo él y firmado* por el testador», ello podría llevarse a cabo por medio de un teclado de un ordenador, *tablet* o móvil, es decir, podría tratarse de un «testamento *online*». Este es el único supuesto en el que el testamento ordinario jurídicamente válido no requiere la intervención notarial con carácter previo al fallecimiento del testador. Aunque la exigencia de que el testamento ológrafo sea redactado enteramente de puño y letra del causante pudiera suponer un obstáculo para considerar el testamento *online* como ológrafo, lo cierto es que la finalidad pretendida con tal requisito, esto es, permitir la posterior comprobación de la identidad del disponente<sup>44</sup>, en la actualidad también se puede conseguir por medios informáticos, como a través de la tinta electrónica o los *softwares* de reconocimiento por medio de información biométrica<sup>45</sup>. No obstante, tales tecnologías todavía no están plenamente implantadas y, en la actualidad, las plataformas que ofrecen estos servicios no pueden conferir la autenticidad y eficacia jurídicas propias de la intervención de un fedatario público<sup>46</sup>.

En definitiva, el empleo por parte de este tipo de empresas del término «testamento» ha sido criticado, no sin razón, porque podría hacer creer al usuario que, «mediante las herramientas ofrecidas por tales empresas, está ce-

---

que aporta la intervención notarial, figura esta última que resulta esencial en esta empresa, tal y como señala su cofundador Remolà Navarro (2016: 99-100).

<sup>44</sup> Así lo señalan Cobas Cobiella (2017: 452) y Torres García (2016: 478) y se desprende de la remisión del art. 691 CC a la legislación notarial. En concreto, el art. 62. 5 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 establece que en el acto en el que el notario abra el testamento ológrafo será necesario que al menos tres testigos, que conozcan la letra y la firma del testador, declaren que «no abrigan duda racional de que fue manuscrito y firmado por él», e incluso, en caso de duda, el notario podrá solicitar que se practique prueba caligráfica.

<sup>45</sup> A ellos se refiere Oliva León (2016: 79). En contra, la doctrina mayoritaria exige la autografía total del testamento ológrafo, tal y como señala Cobas Cobiella (2017: 453).

<sup>46</sup> En cuanto a ello, Llopis Benlloch (2016: 49) señala que, aunque podría considerarse en el plano teórico la posibilidad de la validez del testamento *online* como testamento ológrafo digital, ello no ofrece ninguna ventaja, pues obliga a los herederos a seguir un proceso posterior mucho más difícil, largo y costoso que lo que supondría abrir un testamento otorgado ante notario.

lebrando un negocio de eficacia equivalente al testamento ordinario por medio del cual va a transmitir sus bienes digitales a sus herederos o a un legatario», en palabras de Santos Morón (2018: 414)<sup>47</sup>. Esta confusión vendría generada porque en España el otorgamiento de testamento requiere necesariamente la intervención bien de un fedatario público, como el notario en el caso de los denominados testamentos ordinarios (abierto, cerrado y ológrafo), o bien de una persona autorizante, en el supuesto de los testamentos especiales (militar, marítimo, hecho en país extranjero, otorgado en peligro de muerte o en caso de epidemia)<sup>48</sup>. Centrándonos en los testamentos ordinarios, la intervención notarial puede ser previa al fallecimiento del causante (como en el caso del testamento abierto, según el art. 694 CC) o posterior (tal y como acontece en el supuesto del testamento ológrafo, en virtud de los arts. 689, 690 y 703 CC). E incluso en el caso de los testamentos otorgados sin autorización del notario, el art. 704 CC establece su ineficacia si no se elevan a escritura pública y protocolizan conforme a la legislación notarial<sup>49</sup>. Asimismo, no podría argumentarse que lo ofrecido por tales empresas es una nueva forma testamentaria, pues el catálogo previsto en el CC al respecto constituye un *numerus clausus*<sup>50</sup>.

Por todo ello, entendemos más acertada la designación dada por parte del legislador catalán al acto de declaración de voluntad sobre el patrimonio digital, «voluntades digitales»<sup>51</sup>, que puede manifestarse por medio de testamento, codicilo o memorias testamentarias (arts. 6 y 8 LVD). De este modo se distingue el acto jurídico en cuestión de la forma en la que debe llevarse

<sup>47</sup> Lo mismo considera Llopis Benlloch (2016: 46), quien critica que «no es legítimo que existan empresas que intenten vender como fe pública algo que no lo es».

<sup>48</sup> En el caso de los testamentos especiales, la persona autorizante será la determinada por el propio CC para cada tipo de testamento, como el funcionario diplomático o consular de España en el extranjero en el supuesto del testamento hecho en el extranjero (art. 734 CC).

<sup>49</sup> Así lo pone de relieve Torres García (2016: 474).

<sup>50</sup> Sobre ello insiste Domínguez Luelmo (2016: 396 y 398), con base en el art. 687 CC, en virtud del cual es nulo el testamento otorgado sin observancia de las formalidades establecidas en el propio Código. A mayor abundamiento, el art. 738 CC establece que el testamento no puede ser revocado ni total ni parcialmente si no se lleva a cabo conforme a las solemnidades exigidas para testar. Por ello, Rosales de Salamanca Rodríguez (2016: 32) señala que el testamento que se ofrece a través de algunos aplicativos informáticos y que no requiere la intervención notarial «es radicalmente nulo, y que no surtirá efecto alguno», lo que también sostiene García Herrera (2017: 6). En efecto, ello será así a excepción, hasta el momento, del servicio ofrecido por Testamenta, que finaliza ante notario, tal y como se señaló previamente.

<sup>51</sup> También prefiere esta denominación Reche Tello (2019: 403).

a cabo. Así, el título que se contemplaba en la DA 7 PLOPD resultaba más adecuado («Acceso a contenidos de personas fallecidas») que el finalmente aprobado.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que nada asegura que las empresas digitales que ofrecen este tipo de servicios sigan existiendo tras el fallecimiento de las personas que hayan contratado los mismos. De ahí que se haya puesto de relieve la importancia de la participación del notario en el proceso testamentario, otorgando con su actuación el mayor grado de seguridad jurídica relativo a la autenticidad del contenido de las últimas voluntades del causante, así como en cuanto a la identidad del propio testador, sin límites temporales<sup>52</sup>. Ahora bien, también es cierto que el sector del notariado todavía no está preparado tecnológicamente para satisfacer las necesidades derivadas de la transmisión *mortis causa* del patrimonio digital<sup>53</sup>, y necesita de la colaboración de empresas de Internet para resolver cuestiones como el almacenamiento y actualización de claves y contraseñas, lo que resultaría muy complicado de forma *offline*<sup>54</sup>.

En este contexto, consideramos que notarios y empresas tecnológicas se necesitan unos a otros, aportando la seguridad jurídica requerida en el ámbito sucesorio los primeros, y las herramientas técnicas para facilitar la sucesión digital las segundas<sup>55</sup>. De este modo, se podría fomentar el otorgamiento de testamento y así facilitar el fenómeno sucesorio, en especial, entre las nuevas generaciones, mediante el almacenamiento encriptado y seguro de contraseñas y sus actualizaciones y la posible redacción digital del testamento, posteriormente revisada y firmada ante notario, de forma similar al servicio ofrecido por Testamenta.

Ahora bien, cabría plantearse la consideración de la manifestación de la voluntad que se lleve a cabo por medio de estas empresas de Internet como documento de voluntades digitales inscribible en el registro creado al efecto si se cumple con los requisitos propios de tal documento. Veremos qué nos depara a este respecto el desarrollo reglamentario al que se refieren los arts. 3.2 y 96.4 LOPDGDD.

---

<sup>52</sup> A ello se refieren Rosales de Salamanca Rodríguez (2016: 35) y Oliva León (2016: 77).

<sup>53</sup> Así lo reconoce el notario Llopis Benlloch (2016: 46).

<sup>54</sup> Sobre ello incide Giner Gandía (2016: 58), fundadora de Mi Legado Digital.

<sup>55</sup> A este respecto, Rosales de Salamanca (2016: 37) recomienda que, al disponer del patrimonio digital en testamento, se contrate con el notario un servicio de alojamiento de los nombres de usuarios y contraseñas y que dicha información estuviera depositada ante el propio notario, comunicándose ello al Registro general de actos de última voluntad.

### 2.3. *Los formularios para la gestión post mortem de las cuentas virtuales ofrecidos por los prestadores de servicios de la sociedad de la información y otras cláusulas contractuales*

Una de las formas en las que los internautas han venido a manifestar su voluntad respecto al uso de cada una de sus cuentas activas tras su muerte ha sido por medio de las posibilidades ofrecidas por los propios prestadores de cada uno de esos servicios. Plataformas como Facebook o Google (con sus diferentes aplicaciones filiales, esto es, Gmail, YouTube, Google Drive, etc.) han creado formularios a partir de los cuales sus usuarios pueden decidir acerca de cómo será gestionada la cuenta tras su fallecimiento<sup>56</sup>.

Así, Facebook permite que los usuarios decidan eliminar definitivamente la cuenta o que la misma «sobreviva» a su titular por medio de su cambio al estado de conmemorativa<sup>57</sup>. En este caso, los «amigos» podrán seguir compartiendo recuerdos en la biografía de la persona fallecida, cuyo nombre vendrá acompañado de la expresión «En memoria de», si bien este perfil no aparecerá en los apartados de «Personas que quizá conozcas», los recordatorios de cumpleaños o los anuncios, ni tampoco será posible iniciar sesión<sup>58</sup>. Además, en el supuesto de optar por una cuenta conmemorativa, el titular de la misma tiene la posibilidad de nombrar un «contacto de legado», es decir, una persona que se encargará del perfil, pudiendo aceptar solicitudes de amistad y cambiar las fotos de perfil y portada, pero no acceder a los mensajes privados o eliminar contactos o publicaciones de la biografía<sup>59</sup>. En el supuesto de que el titular

<sup>56</sup> Ello ha traído como efecto positivo, según Minero Alejandre (2019: 121, nota 3), una mayor sensibilización de los ciudadanos sobre esta cuestión, al inducirles a cuestionarse ciertos aspectos sobre el uso de sus datos tras la muerte.

<sup>57</sup> Toda la información relativa a la administración de cuentas de personas fallecidas en esta red social se encuentra disponible en: <https://bit.ly/33piKxT>.

<sup>58</sup> En consecuencia, una vez la cuenta sea conmemorativa, porque así lo manifestó el fallecido a través del formulario de la plataforma o porque, no habiendo señalado nada al respecto el titular de la cuenta, así lo soliciten los familiares o amigos del mismo, mediante acreditación a la plataforma de la defunción, no será posible abrir dicho perfil, ni tan siquiera por las personas a las que en vida el titular de la cuenta les hubiera confiado las claves y las contraseñas. Por esta circunstancia, los padres de la menor fallecida en el caso alemán obtuvieron la negativa por parte de Facebook para poder entrar en la cuenta de su hija, aun conociendo las claves de acceso.

<sup>59</sup> En cuanto a ello, critican Rodríguez Prieto y Martínez Cabezudo (2017: 99) que no se permita al contacto de legado eliminar amigos de la persona fallecida en el supuesto de que, por ejemplo, la misma haya sido asesinada por su pareja, la cual, podría ser su «amigo» en Facebook.

de la cuenta no hubiera manifestado su voluntad acerca de su gestión tras su fallecimiento, Facebook convertirá la cuenta en conmemorativa en cuanto sus allegados le comuniquen su muerte, pudiendo solicitar los familiares directos su eliminación. En el caso de Google, la plataforma permite nombrar un «administrador de cuentas inactivas», persona designada por el titular de las mismas para que, una vez se determine la inactividad en las cuentas por la ausencia de inicios de sesión durante un período prolongado, reciba un correo electrónico en el que se le comunique dicha inactividad, así como la posibilidad de que descargue todos los datos que haya elegido compartir con él el titular de la cuenta por medio de un enlace<sup>60</sup>.

Este tipo de formularios es el que vendría a admitir y exigir<sup>61</sup> el art. 85.I, apartado cuarto, de la *Loi Informatique et Libertés* como instrucciones particulares, que consisten en directrices relativas al tratamiento de los datos personales de los que es responsable la plataforma en cuestión y que son recogidas por el propio prestador de servicios de la sociedad de la información. En este caso, además, se cumpliría la exigencia prevista en el mismo precepto sobre la necesidad de que estas directrices sean objeto de un consentimiento específico, pues el usuario de la plataforma tiene que proceder a rellenar el formulario ofrecido y aceptar y guardar el mismo. Como corolario de esta exigencia, la norma en cuestión no admite que la directriz particular resulte de la firma de las condiciones generales de uso de la plataforma. Esta prohibición podría hacer ineficaz la previsión que se contiene en los términos y condiciones de uso de ciertas plataformas en virtud de la cual las cuentas son intransferibles, de modo que, con el fallecimiento de su titular, se extinguen todos los dere-

---

<sup>60</sup> La información acerca del administrador de cuentas inactivas de Google se recoge en: <https://bit.ly/2VC70W6>.

<sup>61</sup> En efecto, y de acuerdo con el art. 85.III *Loi Informatique et Libertés*, todos los proveedores de servicios de la sociedad de la información deben informar al usuario sobre el uso de sus datos tras su fallecimiento y darle la oportunidad de manifestar su deseo acerca de la comunicación de tales datos al tercero que él designe. Precisamente esta es la solución por la que aboga Solé Resina (2018: 439) en relación con la problemática de la gestión del patrimonio digital tras el fallecimiento: establecer la obligación legal de que todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información contengan disposiciones relativas al tratamiento de las cuentas tras la muerte de su titular en el contrato, las cuales deberían determinar cómo y cuándo se presumiría el fallecimiento y qué actuaciones podría llevar a cabo la persona designada por el titular de la cuenta en relación con sus datos. En contra, Rodríguez Prieto y Martínez Cabezudo (2017: 92) entienden que el problema de la herencia digital no puede considerarse solucionado por medio de la aplicación de los términos y condiciones, puesto que en muchas ocasiones son difíciles de comprender por su carácter técnico.

chos que se tuvieran sobre ellas<sup>62</sup>. Igualmente, carecería de validez la cláusula relativa al «borrado de la huella digital» que ya se contempla en numerosos contratos de seguros de decesos<sup>63</sup>, siempre y cuando dicha disposición se contuviera como una condición general de la contratación más y no como una cobertura específicamente solicitada y consentida por el tomador. De forma similar, el art. 2 *terdecies* 2 CPD permite que el titular de los datos personales prohíba su utilización tras su fallecimiento por parte de los legitimados en el apartado primero por medio de declaración presentada ante el prestador del servicio de la sociedad de la información y limitada a dicho servicio. La misma ha de ser escrita, específica, libre e informada.

A este respecto, aunque no tenemos una disposición equivalente en nuestro Derecho, consideramos que la regulación de las instrucciones particulares que se lleva a cabo en la *Loi Informatique et Libertés* resulta acorde con la realidad social, ya que los usuarios de Internet, especialmente los jóvenes, se ven más familiarizados y ven más sencillo rellenar un formulario a través de la Red para especificar cómo quieren que sean gestionados sus datos personales tras el fallecimiento que acudir ante un notario o un registro público para manifestar su voluntad al respecto<sup>64</sup>. Asimismo, el hecho de que tales directrices sean recogidas por cada plataforma permite al usuario designar a personas distintas para dicha gestión, así como autorizar diferentes usos en cada una de ellas. De modo que sería posible designar a un amigo para que gestione la

<sup>62</sup> Ello se prevé, por ejemplo, en el apartado 3.a de las condiciones de Oath, empresa de medios digitales y de comunicación que aglutina los servicios de Yahoo y AOL. Dichos términos se encuentran disponibles en: <https://bit.ly/2oBkO7n>. En cuanto a las cláusulas de intransmisibilidad, Pérès (2016: 95-96) entiende que tendrían que tenerse por no puestas. Por su parte, Santos Morón (2018: 423-424) sostiene que, aunque podría cuestionarse si las mismas son abusivas o no, dicha extinción de la relación jurídica es «hasta cierto punto, coherente con la finalidad perseguida por los servicios de mensajería y redes sociales, que están ligados, especialmente estos últimos al perfil personal de un individuo». En este sentido, en el ámbito francés, la Commission des clauses abusives (2014) recomendó eliminar ciertas cláusulas sobre tratamiento de datos personales previstas en los contratos de prestación de servicios de redes sociales, pero no incluyó entre las mismas las relativas a la intransmisibilidad del contrato.

<sup>63</sup> Entre otros, ofrecen esta cobertura en España las aseguradoras NorteHispana, Generali Seguros y la Mutua Madrileña.

<sup>64</sup> Además, también resulta más cómodo para el usuario de Internet llevar a cabo los cambios que desee en relación con las instrucciones particulares por medio de un formulario, pues la persona puede modificar o revocar las mismas en cualquier momento, en virtud del art. 85.I apartado séptimo *Loi Informatique et Libertés*. Lo mismo establece el art. 2 *terdecies* 4 CPD.

cuenta conmemorativa de Facebook y pueda descargar todos los contenidos de la misma, mientras que se podría indicar a un familiar que cierre las cuentas dependientes de Google, sin posibilidad de acceso a los archivos, por ejemplo. Esta es otra de las ventajas que presentan las instrucciones particulares: la posibilidad de establecer directrices y designar personas diferentes en función de la cuenta de que se trate<sup>65</sup>.

En cualquier caso, y pese a las posibilidades ofrecidas por estas empresas y su validez como instrucciones particulares según la legislación francesa, no sabemos si las mismas pueden considerarse como una forma válida a los efectos de los arts. 3 y 96 LOPDGDD, puesto que todavía no se ha desarrollado el denominado documento de voluntades digitales<sup>66</sup>. A nuestro parecer, sería conveniente que en el futuro desarrollo reglamentario de dichos preceptos se admitiera que las voluntades digitales fueran inscritas en un registro general, de forma equivalente a las instrucciones generales francesas, o bien ante el propio responsable del tratamiento o prestador de servicios de la sociedad de la información, a modo de instrucciones particulares.

#### **2.4. La relación entre los distintos instrumentos relativos a la manifestación de las voluntades digitales**

Como se ha podido comprobar, son varios los instrumentos a través de los cuales una persona podría manifestar sus voluntades digitales. Ciertamente, la amplia gama de mecanismos existentes al efecto facilita y promueve la manifestación de la última voluntad sobre la gestión de los datos personales y el patrimonio digital tras la muerte. No obstante, ello podría generar situaciones en las que la declaración de dicha voluntad se viera recogida en diferentes instrumentos, surgiendo la cuestión de la compatibilidad entre ellos<sup>67</sup>.

En este contexto, cabe destacar que tanto el art. 3 como el 96 LOPDGDD guardan silencio en cuanto a la compatibilidad y coexistencia de diferentes

---

<sup>65</sup> Aunque consideramos que, en principio, no existe argumento para impedir que se nombre a diferentes personas para la gestión de las distintas cuentas por medio de las instrucciones generales, lo cierto es que el apartado octavo del art. 85.I *Loi Informatique et Libertés* dispone que tales directrices «pueden designar *una persona* encargada de su ejecución» (la cursiva es nuestra).

<sup>66</sup> A este respecto, sí que sería posible afirmar que estos formularios no deberían considerarse válidos en relación con la LVD, que únicamente admite las voluntades digitales manifestadas por medio de testamento, codicilo o memorias testamentarias.

<sup>67</sup> Como señala Minero Alejandro (2019: 122), la combinación de preferencias de una persona sobre el tratamiento de sus datos personales tras el fallecimiento podría llegar a ser «infinita o, por lo menos, amplia». Al mismo riesgo se refiere Pérès (2016: 96).

instrumentos relativos a la manifestación de la voluntad digital. En cambio, y de acuerdo con la legislación francesa, la voluntad del causante debe prevalecer sobre cualquier disposición contractual en contra, pues el apartado noveno del art. 85 *Loi Informatique et Libertés* establece la ineficacia de aquellas condiciones generales que limiten las prerrogativas reconocidas por el propio precepto a la persona titular de los datos personales<sup>68</sup>.

A este respecto, los arts. 6 y 8 LVD optaban por la primacía del testamento, codicilo o memorias testamentarias sobre el documento de voluntades digitales, de modo que estas últimas solo tendrían virtualidad en ausencia de declaración de última voluntad por medio de aquellos<sup>69</sup>. En relación con los formularios ofrecidos por los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los términos y condiciones de uso de las plataformas, no existe una norma concreta que regule su relación con el testamento, codicilo o memorias testamentarias, si bien puede deducirse del art. 6.2 c) LVD. Según el mismo, el causante puede establecer, entre las funciones a ejecutar por la persona designada al efecto, que la misma solicite a los prestadores de servicios digitales la ejecución de «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». Santos Morón (2018: 435) considera que con este precepto se supedita la voluntad del causante a los términos y condiciones de uso de las plataformas, de modo que, solo si estos lo permiten («si procede»), la persona ejecutora de la voluntad digital podrá obtener copia de los archivos, lo que le hace cuestionarse la utilidad del sistema articulado por el legislador catalán. No obstante, consideramos que es posible llevar a cabo una interpretación del precepto que haga prevalecer la voluntad del causante y se alinee con la solución adoptada por la regulación francesa sobre la materia, teniendo en cuenta que antes de «si procede» se encuentra la conjunción «y». Así, la «y» vendría a unir dos oraciones relacionadas, pero independientes, de modo que la expresión en cuestión también podría entenderse como que la legitimidad para solicitar la entrega de la copia de archivos digitales puede proceder de los términos y condiciones a los que se refiere la proposición precedente, si procede aplicarlos ante la falta de la voluntad del causante manifestada a través de los instrumentos reconocidos al efecto<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Del mismo modo lo entienden Santos Morón (2018: 433) y Ruda González (2017: 236).

<sup>69</sup> No obstante, y como se ha dicho previamente, este último documento ya no existe, puesto que los preceptos reguladores del mismo han sido declarados inconstitucionales.

<sup>70</sup> Aunque no estudia esta cuestión, Ruda González (2017: 236) entendía que el éxito de la LVD dependía de si el prestador de servicios de Internet podía escudarse o no en las

En cuanto a la relación existente entre el testamento y los formularios ofrecidos por las plataformas para manifestar las últimas voluntades digitales, Fernández-Bravo Francés (2016: 55) considera que el primero debe prevalecer en todo caso sobre los segundos, incluso aunque el formulario hubiera sido cumplimentado en fecha posterior al otorgamiento del testamento. No obstante, debe tenerse en cuenta que es posible que el causante haya otorgado testamento y sea posteriormente consciente de que también sus cuentas digitales pueden ser gestionadas por ciertos sujetos tras su fallecimiento y que, precisamente, conozca tal posibilidad por los servicios ofrecidos por la plataforma digital de que se trate. En ese caso, es probable que al testador le parezca más cómodo y sencillo rellenar el formulario ofrecido por la plataforma que volver a acudir al notario para modificar su testamento. De modo que podría hacerse prevalecer la última voluntad a este respecto manifestada en la plataforma sobre el testamento, por el principio del Derecho de sucesiones por el que rige la última voluntad del causante<sup>71</sup>.

### 3. SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA GESTIÓN *POST MORTEM* DEL PATRIMONIO DIGITAL Y LOS DATOS PERSONALES

A la hora de analizar los sujetos encargados de gestionar los datos personales del fallecido y sus cuentas digitales, podemos distinguir entre aquellos legitimados por el propio causante y los legitimados por la ley, debiendo analizar con posterioridad si su actuación es concurrente o excluyente.

---

condiciones generales de la contratación para dejar sin efecto las voluntades digitales, para después opinar en la p. 238 que el proyecto de la LVD contenía una adecuada regulación de la gestión del patrimonio digital tras la muerte. En consecuencia, puede deducirse que también considera que la voluntad manifestada por el causante debe prevalecer sobre los términos y condiciones de uso de las plataformas digitales.

<sup>71</sup> A este respecto, cabe destacar que los formularios ofrecidos por los servicios de la sociedad de la información como Facebook requieren para su cumplimentación el acceso mediante usuario y contraseña, lo que podría garantizar que la voluntad digital expresada por ese medio procediera efectivamente del causante. No obstante, no es infrecuente que los *hackers* se hagan con las contraseñas de un usuario de Internet o que el titular de la cuenta en cuestión se las confíe a otra persona, que podría rellenar el formulario sin saberlo el causante, lo que supone un obstáculo para dar preferencia a la voluntad expresada en la plataforma. Por ello, consideramos que el desarrollo reglamentario del documento de voluntades digitales debería establecer requisitos no solo jurídicos, sino también técnicos, que aseguraran la identidad del declarante y, así, reconocer como válidos los formularios de las plataformas digitales.

### 3.1. Los sujetos legitimados por el causante o el denominado «albacea digital»

De acuerdo con los arts. 3.2 y 96.1 b) LOPDGDD, el causante puede designar a una persona física o jurídica para solicitar el acceso a sus datos personales y, en su caso, su rectificación o supresión<sup>72</sup>. El art. 96.1 b) LOPDGDD añade a estos sujetos el albacea testamentario<sup>73</sup>. De forma similar, el art. 6.1 LVD admite que el causante nombre a una persona determinada para ejecutar sus voluntades digitales y se refiere al albacea universal en el apartado quinto para el caso de que no hubiera expresado dichas voluntades. Igualmente, el apartado octavo del art. 85.I *Loi Informatique et Libertés* reconoce la posibilidad del titular de los datos de designar a una persona que se encargue de la ejecución de las instrucciones, lo que se puede llevar a cabo tanto por medio de las generales como de las particulares. Por su parte, el art. 2 *terdecies* 1 CPD señala que podrá ejercitar los derechos de protección de datos la persona que actúa en tutela del interesado en calidad de mandatario. En definitiva, lo que se pretende es que toda persona pueda encargar a una persona de su confianza el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación o supresión en relación con sus datos personales y sus contenidos una vez que fallezca y de acuerdo con sus instrucciones.

Teniendo en cuenta ello, no es de extrañar que en ocasiones se haya denominado por analogía a este «ejecutor» de las voluntades digitales como «albacea digital» (González Granada, 2016: 42). En efecto, son varias las similitudes que pueden encontrarse entre ambas figuras, como el carácter voluntario de su designación y el carácter gratuito, personalísimo y temporal del cargo<sup>74</sup>. A pesar de ello, deben ponerse de relieve dos aspectos que caracterizan al albacea y que no en todo caso se dan en el supuesto de la persona designada para ejecutar las voluntades digitales. En primer lugar, el albacea

<sup>72</sup> Se sigue así la regulación prevista en el art. 4.1 LOPH, que también admite la designación de una persona física o jurídica para la protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida.

<sup>73</sup> A este respecto, cabe destacar que el art. 3.2 PLOPD también hacía referencia al albacea testamentario. En cuanto a ello, consideramos que la supresión de esta institución del precepto puede venir derivada de la toma en consideración por parte del legislador del art. 4.2 LOPH, en virtud del cual, si el causante no ha designado a una persona determinada para el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen, estarán legitimados para hacerlo los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada, pero no el albacea. A pesar de ello, Cavero Mochales (2019: 58) pone como ejemplo de persona designada u otras instituciones al albacea testamentario.

<sup>74</sup> Sobre todos estos caracteres, véase Cobas Cobiella (2017: 504-507).

solo puede ser instituido por medio de testamento, según el art. 892 CC<sup>75</sup>, mientras que el ejecutor de las voluntades digitales también puede serlo a través del documento de voluntades digitales e, incluso, como hemos sostenido, por algunos formularios ofrecidos por ciertas plataformas de Internet. Y, en segundo lugar, las facultades que puede ostentar un albacea son todas aquellas que le haya conferido el testador (art. 901 CC), y a falta de determinación de las mismas por parte del causante, las previstas en el art. 902 CC, entre las que nos interesa la vigilancia de la ejecución de lo ordenado en testamento, función que no corresponde en ningún caso a la persona instituida para ejecutar las voluntades digitales<sup>76</sup>. De ahí que, con acierto, el art. 96.1 b) LOPDGDD mencione de forma separada al albacea testamentario y a la persona o institución designada por el fallecido para ejecutar sus instrucciones.

Ahora bien, en atención a las atribuciones conferidas al albacea, el mismo puede ser universal, si le han sido encomendadas todas las funciones relativas a la ejecución de la herencia por el propio testador o, subsidiariamente, por ley, o particular, si solo le corresponde un encargo especial o limitado<sup>77</sup>. En este contexto, consideramos que la única persona que, en nuestra opinión, podría ser considerada como albacea digital en sentido técnico-jurídico sería aquel sujeto encargado de la gestión de los datos personales y los contenidos digitales del causante y nombrado necesariamente en testamento. En este caso, el «albacea digital» vendría a constituir un albacea particular al que se le confiere un encargo especial, el de la ejecución de las voluntades digitales, figura compatible con el albacea universal que haya podido instituirse en testamento para el desarrollo del resto de funciones que le son propias<sup>78</sup>.

Por lo demás, los arts. 3.2 y 96.1 b) LOPDGDD no establecen requisitos de capacidad específicos en relación con la persona designada para la ejecución de las voluntades digitales, para lo cual consideramos que podrían ser

<sup>75</sup> En ello insisten Fernández-Bravo Francés (2016: 54) y Rosales de Salamanca Rodríguez (2016: 33).

<sup>76</sup> A este respecto, Minero Alejandro (2019: 129, nota 21) se cuestiona el motivo por el que el legislador otorga un tratamiento equivalente entre la persona designada para el tratamiento *post mortem* de los datos personales del difunto y el albacea testamentario, cuyas funciones son más extensas.

<sup>77</sup> Es cierto que el art. 894 CC señala que el albacea puede ser universal o particular, pero no determina en función de qué criterio. No obstante, la doctrina ha venido a entender que tal distinción deriva de la extensión de las facultades conferidas al albacea, tal y como señalan, entre otros, Cobas Cobiella (2017: 507) y Ferrer i Riba (2016: 733).

<sup>78</sup> En cuanto a la coexistencia y compatibilidad entre el albacea general y el particular, véase Ferrer i Riba (2016: 733-734).

de aplicación analógica las normas relativas al albaceazgo, por las similitudes existentes (e, incluso, coincidencia en el supuesto señalado anteriormente) entre ambas figuras.

### 3.2. Los sujetos legitimados por la ley

Según los arts. 3.1 y 96.1 a) LOPDGDD, están legitimadas para dirigirse frente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información para proteger los datos personales y gestionar los contenidos digitales de una persona fallecida «las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos». Además de ellos, también estarán legitimados los representantes legales o el Ministerio Fiscal cuando se trate del fallecimiento de menores de edad, además de las personas designadas para el ejercicio de funciones de apoyo<sup>79</sup>, en el supuesto de que el deceso lo sea de una persona con discapacidad (arts. 3.3 y 96.1c y d LOPDGDD).

Cabe destacar que el art. 3 y la DA 7 PLOPD solo legitimaban a los herederos para poder llevar a cabo tales funciones. No obstante, ello fue acertadamente criticado por Minero Alejandro (2019: 128, nota 20), con base fundamentalmente en dos argumentos. En primer lugar, porque, en la práctica, las plataformas digitales vienen admitiendo la comunicación del fallecimiento del titular de la cuenta y la decisión sobre su eliminación a los familiares del difunto (no solo a los herederos). Y, en segundo lugar, porque en el caso del art. 3 PLOPD no se seguía la legitimidad implantada ya en el art. 4.2 LOPH en relación con la defensa de los bienes de la personalidad, que contempla al cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona fallecida. A estos razonamientos, añadimos que es posible que el titular de las cuentas de que se trate pueda no querer que determinados datos o contenidos solo puedan ser gestionados tras su fallecimiento por sus herederos<sup>80</sup>. Por todo ello, nos parece acertada la inclusión de «las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho» por

<sup>79</sup> Tal y como señala Américo Alonso (2019a: 112), el legislador español se adelanta de este modo a la adaptación de la legislación civil a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, adaptación que se contempla en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, aprobado por el Consejo de Ministros el 21 de septiembre de 2018.

<sup>80</sup> Póngase por caso el supuesto de un menor de 16 años sin descendencia. En este ejemplo, los herederos del menor serían sus padres, no resultando descabellado en esta situación que prefiera que puedan acceder a su cuenta de Facebook o de Twitter su hermano o un amigo antes que sus progenitores.

parte del legislador español<sup>81</sup>, que parece seguir al italiano, que recoge a quien actúe en tutela del interesado por razones familiares merecedoras de protección. En cambio, la regulación francesa y la catalana siguen limitando los sujetos legitimados por la ley a los herederos del causante según los arts. 85.II *Loi Informatique et Libertés* y artículo 6, apartados 1 y 5 LVD.

Ahora bien, pese a la valoración positiva que nos merece esta ampliación de los sujetos autorizados para la gestión *post mortem* de los datos personales y los contenidos digitales, son muchos los interrogantes que ha generado la redacción del precepto a este respecto. Así, la vinculación con el fallecido por razones familiares o de hecho no se define. No se determina cuál es el grado máximo de parentesco al que se refieren «las razones familiares»<sup>82</sup>. Asimismo, nos preguntamos qué debe entenderse por «vinculación por razones de hecho»: ¿se podría incluir en este grupo de legitimados a amigos cercanos del fallecido o a compañeros del trabajo, por ejemplo? En este contexto, serán las resoluciones de la AEPD en relación con el art. 3 LOPDGDD y la jurisprudencia relativa a tal precepto y al art. 96, así como el desarrollo reglamentario de los mismos, las que determinarán las circunstancias que deban analizarse en cada caso<sup>83</sup>. Lo más probable es que tales órganos acudan al art. 4.2 LOPH para responder a estas cuestiones, admitiendo la legitimidad del cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos del fallecido, por la similitud existente entre tal precepto y los que son objeto de este estudio. Ahora bien, consideramos que el carácter de *numerus clausus* del elenco de sujetos previsto en el art. 4.2 LOPH no es predicable del de los arts. 3.1 y 96.1 a) LOPDGDD, pues, de así haberlo querido el legislador, habría empleado la misma fórmula que en la LOPH. En consecuencia, además de los sujetos señalados en dicha ley, consideramos que podría incluirse a primos o a amigos íntimos de la persona en cuestión, por ejemplo.

### 3.3. La actuación concurrente de los sujetos legitimados para la gestión post mortem de los datos personales y los contenidos

Los arts. 3 y 96 LOPDGDD prevén en primer lugar a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho y a los herederos, para

<sup>81</sup> De hecho, cabe destacar que en la redacción finalmente aprobada de los arts. 3.1 y 96.1 a) LOPDGDD se ha previsto a los allegados incluso antes que a los herederos.

<sup>82</sup> Al comentar el art. 3 LOPDGDD, Cavero Mochales (2019: 59) considera que sería necesario acreditar un grado próximo de parentesco por tratarse de un derecho personalísimo, citando como ejemplos al cónyuge, padres, hijos y hermanos del fallecido.

<sup>83</sup> Así lo señalan Cavero Mochales (2019: 59) y Muñoz Rodríguez (2019: 330), añadiendo este último la práctica de los responsables del tratamiento de los datos, a quienes corresponderá en primera instancia hacer este juicio de idoneidad.

después señalar que las personas o instituciones designadas por el causante «también» podrán solicitar el acceso a los datos personales del fallecido y, en su caso, su rectificación y supresión<sup>84</sup>. Ello supone que tanto los primeros como los segundos podrán actuar de forma concurrente, de manera que la gestión de los datos personales y de los contenidos digitales por unos no excluye la posible actuación de los otros. Ello es así, no obstante, salvo en el supuesto de que el causante hubiera prohibido expresamente a los sujetos vinculados al causante y a los herederos para realizar los actos de protección de los datos personales y la gestión del patrimonio digital tras la muerte o de que así lo establezca una ley<sup>85</sup>. Esto implica que la LOPDGDD faculta por defecto a las personas vinculadas al fallecido y a los herederos para acceder y, en su caso, rectificar y cancelar los datos personales y los contenidos del difunto, régimen que no será aplicable en el supuesto de que así manifieste su voluntad el causante, es decir, la facultad de los sujetos legitimados por la ley nace por la propia LOPDGDD, no por la voluntad manifestada por aquel<sup>86</sup>. De este modo, se sigue la fórmula prevista en el art. 1 *terdecies* CPD, en virtud del cual el derecho a proteger los datos personales del fallecido nace por el primer apartado del precepto, salvo que el titular de los datos hubiera prohibido de forma escrita, específica, libre e informada esta facultad expresada ante los responsables del tratamiento, según su segundo apartado<sup>87</sup>. Ello supone una

<sup>84</sup> Del mismo modo se contemplaba en el art. 3 y en la DA 7 PLOPD.

<sup>85</sup> En cuanto a la prohibición que puede establecer el causante, entendemos, con Minero Alejandro (2019: 129), que la misma puede consistir en la exclusión absoluta de los sujetos legitimados por la ley para ejercitar los derechos de acceso, rectificación y supresión, o bien en la prohibición relativa a uno de ellos o al ejercicio de una facultad concreta. Ahora bien, la misma no podrá afectar «al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante», de acuerdo con el art. 3.1, segundo párrafo, y 96.1 a), segundo párrafo, LOPDGDD. De este modo, se evita la posible obstaculización de la sucesión hereditaria que podría derivarse de la interdicción establecida por el causante, según apunta con acierto Amérigo Alonso (2019a: 111). Con esta finalidad prevé el art. 2 *terdecies* 5 CPD que la prohibición que hubiera podido manifestar el causante no podrá afectar al ejercicio por parte de terceros de los derechos patrimoniales que le correspondieran tras el fallecimiento del causante.

<sup>86</sup> Tal y como señala Minero Alejandro (2018: 164), «no es necesario que el fallecido hubiera previsto en vida la facultad de acceso, rectificación o supresión de sus datos para que ésta exista, sino que se establece la lógica contraria: sólo cuando el fallecido lo hubiera prohibido en vida esta facultad no nacerá».

<sup>87</sup> En cuanto a ello, el art. 2 *terdecies* 3 CPD establece de forma expresa que la prohibición puede referirse al ejercicio de todos o alguno de los derechos de protección de datos.

inversión de la regla propia del Derecho de sucesiones conforme a la que solo en ausencia de última voluntad del difunto expresada conforme a los medios previstos por el CC se aplicarán las normas de la sucesión intestada. Asimismo, el Ministerio Fiscal y las personas designadas para el ejercicio de funciones de apoyo «también» podrán actuar en el caso de fallecimiento de menores y de personas con discapacidad, respectivamente, independientemente de la voluntad del causante<sup>88</sup>.

En cambio, en el caso de la legislación francesa, los herederos del fallecido solo podrán ejercer los derechos de protección de datos personales cuando no se hayan manifestado instrucciones generales o particulares por parte del causante o cuando en las mismas no haya disposición en contra (art. 85.II *Loi Informatique et Libertés*)<sup>89</sup>. Lo mismo prevé el art. 6.5 LVD, en virtud del cual el heredero o el albacea universal solo podrán actuar cuando el causante no hubiera expresado sus voluntades digitales. Ello nos recuerda al sistema que ya contemplaba el art. 4.2 LOPH, según el cual las acciones de protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen solo podrán ser ejercitadas por las personas legitimadas por la ley cuando no exista designación o cuando hubiera fallecido la persona designada. Además, cabe destacar que en todas estas normas el orden de los preceptos es precisamente el contrario al de los arts. 3 y 96 LOPDGDD, de manera que en primer lugar se hace referencia a la ejecución de las voluntades digitales o el ejercicio de las acciones de protección de los derechos de la personalidad por parte de la persona designada por el propio causante, y, solo en su defecto, se legitima a ciertos sujetos por ley para actuar en este ámbito<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Ello es así porque la prohibición que puede establecer el titular de los datos y los contenidos digitales está prevista en el segundo párrafo de los arts. 3.1 y 96.1 a) LOPDGDD, respectivamente, párrafo que complementa el primero relativo a la autorización legal de acceso a los datos a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho y a los herederos. En cambio, la habilitación legal para la actuación del Ministerio Fiscal y las personas designadas para el ejercicio de funciones de apoyo tras la muerte del causante se contempla en el art. 3.4 y 96.1 c) y d) LOPDGDD.

<sup>89</sup> Como señala Pérès (2016: 93), la legitimación de los herederos tiene carácter supletorio y solo se aplica en defecto de designación por parte del causante.

<sup>90</sup> En este sentido, el Consejo de Estado (2017: 19) ya señaló en relación con el art. 3 previsto en el anteproyecto que «sería más lógico invertir el orden de los actuales apartados 1 y 2 de este artículo, pues es más lógico nombrar primero a la persona designada para ejecutar el encargo, criterio que es, además, el seguido en otras leyes cuando se trata de ejercitar derechos en nombre o en interés de una persona fallecida (artículos 4 de la Ley Orgánica 1/1982 y 15 de la Ley de Propiedad Intelectual)».

A este respecto, Rallo Lombarte (2019: 51) explica la inversión favorable al acceso a los contenidos del fallecido por parte de los legitimados por la ley salvo prohibición del causante con base en que la no toma en consideración de la ausencia de voluntad manifestada por este «supondría de facto impedir a terceros dicho acceso y residenciar en exclusiva en los responsables de estos servicios (los de la sociedad de la información) la capacidad de resolver sobre qué hacer con los contenidos digitales de un usuario de Internet fallecido»<sup>91</sup>. Es cierto que en la actualidad son pocas las personas que manifiestan sus voluntades digitales<sup>92</sup>, de modo que, si no se legitima por ley a determinadas personas para acceder a los datos personales y contenidos del fallecido en ausencia de aquellas, todo ese haber digital quedaría en poder de las plataformas virtuales. No obstante, los nativos digitales son cada vez más conscientes de que su huella en Internet permanecerá tras su fallecimiento y, por ello, pueden tener una idea acerca de qué quieren que suceda con ella. En consecuencia, no debe presuponerse su voluntad favorable a la realización de tales actos por las personas legitimadas por la ley, pues ello podría dar lugar a una injerencia excesiva en su derecho a la intimidad, especialmente si se admite el acceso a las cuentas de correo electrónico y a las redes sociales<sup>93</sup>.

En este contexto, consideramos que el legislador tendría que haber seguido la fórmula de la incompatibilidad de actuación entre sujetos legitimados por el propio causante y aquellos legitimados por la ley, de forma similar a la *Loi Informatique et Libertés*, LVD y LOPH, debiendo dar prevalencia a la voluntad del causante, principio general en materia de sucesiones. En este sentido, si se admite que la persona pueda designar a cualquier sujeto para acceder a sus datos personales y a sus contenidos, sea familiar o no, e incluso, sea persona física o jurídica, es porque el legislador es consciente de que el titular de las cuentas virtuales y de los datos personales puede querer

---

<sup>91</sup> Además, cabe destacar que esta no es la primera vez que se produce una inversión de este tipo en relación con ciertos bienes de una persona fallecida. Por ejemplo, el art. 5.2 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, autoriza la extracción de órganos y piezas anatómicas de fallecidos con fines terapéuticos o científicos, salvo que estos se hubieran opuesto expresamente en vida.

<sup>92</sup> En este sentido, Ángel Serrano, notario de Barcelona y vocal en la Comisión General de Codificación de la Generalitat, afirmó en una entrevista que «puede contar con los dedos de una mano las personas que han incluido disposiciones acerca de su legado digital en los testamentos que él ha firmado» (Delle Femmine, 2018).

<sup>93</sup> En este sentido, Santos Morón (2018: 425) menciona una encuesta llevada a cabo en EE. UU. en 2015 según la cual el 70 % de los estadounidenses no quiere que sus comunicaciones por medios digitales sean conocidas tras su muerte.

que los mismos no sean conocidos por personas vinculadas a él. Por tanto, el sistema que tendría que haberse establecido por defecto es el de la primacía de la autonomía de la voluntad y no el de la aplicación de un régimen legal salvo manifestación en contra de la persona titular de los datos personales y el contenido digital<sup>94</sup>.

Por último, cabe destacar que el legislador no ha establecido un orden de prelación entre los sujetos que pueden llegar a estar habilitados para gestionar los datos personales y los contenidos digitales del fallecido. Ello podrá dar lugar a que sobre tales datos y archivos pretendan y puedan actuar una multitud de sujetos: la persona designada por el causante, las vinculadas con el difunto por razones familiares o de hecho, el albacea testamentario, e incluso el Ministerio Fiscal y la persona designada para el ejercicio de funciones de apoyo. No es nada fácil imaginar un escenario en el que todos estos sujetos se pongan de acuerdo en cuanto al modo en que deban gestionarse los datos personales y los contenidos de la persona fallecida, a falta de instrucciones de esta<sup>95</sup>. Por ello, habría sido recomendable que se hubiera establecido un orden de prelación al respecto por parte del legislador<sup>96</sup>, de modo similar a lo que ya previeran los arts. 15 y 16 de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) en relación con la legitimación *mortis causa* para el ejercicio de ciertos derechos morales del autor sobre su obra<sup>97</sup>, orden que en todo caso debería comenzar

---

<sup>94</sup> Del mismo parecer se muestran Santos Morón (2018: 436-438) y Paloma Llana, abogada especializada en nuevas tecnologías entrevistada por Delle Femmine (2018), quien afirma: «En general, los herederos suelen ser los menos indicados para tener acceso a esta información. Y no es lo mismo encontrar cuatro cartas en un cajón que detalles de toda una vida al acceder a un perfil en una red social».

<sup>95</sup> Esta problemática ya se había planteado en relación con la LOPH y había sido criticada, entre otros, por Gutiérrez Santiago (2016: 218).

<sup>96</sup> En este sentido, Minero Alejandro (2018: 166) criticaba que la legitimación entre los distintos sujetos señalados por el art. 3 PLOPD no fuera «clara, en cascada y con carácter excluyente».

<sup>97</sup> De acuerdo con tales preceptos del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, los derechos al reconocimiento de la paternidad de la obra, a la integridad de la misma y a su divulgación podrán ejercerse tras el fallecimiento del autor por parte de la persona natural o jurídica que aquel hubiera designado expresamente; en su defecto, por sus herederos, y, en el caso de que no existan ninguno de ellos, por el Estado, las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural.

por la persona designada por el causante para el ejercicio de sus derechos, si este hubiera hecho tal nombramiento<sup>98</sup>.

#### 4. LAS FACULTADES DE LOS SUJETOS LEGITIMADOS

De acuerdo con el art. 3 LOPDGDD, los legitimados para actuar tras el fallecimiento del titular de los datos personales solo podrán solicitar el acceso a los mismos (arts. 13 LOPDGDD y 15 RGPD) y, en su caso, exigir su rectificación (arts. 14 LOPDGDD y 16 RGPD) o su supresión (arts. 15 LOPDGDD y 17 RGPD). De forma más amplia, el art. 85 *Loi Informatique et Libertés* admite que los herederos o la persona designada por el causante puedan accionar todos los derechos reconocidos al usuario en el capítulo II del título II de la *Loi Informatique et Libertés*, de igual modo que el art. 2 *terdecies* 1 CPD permite ejercitar los derechos previstos en los arts. 15-22 RGPD.

Así, el art. 3 LOPDGDD autoriza, en todo caso, el acceso a los datos personales del fallecido, siendo posible exigir la rectificación o la supresión de estos solo «en su caso». Con esta expresión, el legislador pone de relieve que la supresión o la rectificación de los datos personales no siempre son posibles, sino únicamente cuando así corresponda conforme a la propia ley. Así, sobre la base del principio de exactitud de los datos, si con el paso del tiempo devienen inexactos, podrán ser rectificadas o, si ya no son necesarios para la realización de los fines para los que fueron recogidos, corresponderá su supresión.

Por otro lado, resulta llamativo que mientras en el supuesto de las personas designadas por el causante estas deben accionar los derechos de acceso, rectificación o supresión con arreglo a las instrucciones del fallecido (art. 3.2 LOPDGDD), el legislador no exige este sometimiento a la voluntad del difunto en relación con las personas legitimadas por la ley. A este respecto, conviene precisar que el art. 3 LOPDGDD no exige en ningún momento que las voluntades digitales contengan la designación de una persona para su ejecución<sup>99</sup>. Ello supone que una persona puede manifestar cuál quiere que sea el destino de sus datos personales tras su fallecimiento, pero sin encargar su cumplimiento a ninguna persona concreta. En estos casos, consideramos que

<sup>98</sup> A este respecto, el apartado quinto del art. 85.II *Loi Informatique et Libertés* establece que los desacuerdos entre los herederos sobre los derechos que estos pueden ejercitar deberán ser resueltos por el *Tribunal de Grande Instance* competente.

<sup>99</sup> Más explícito es el legislador francés a este respecto cuando señala en el apartado octavo del art. 85.I *Loi Informatique et Libertés* que las instrucciones particulares y las generales «*peuvent désigner une personne chargée de leur exécution*» (la cursiva es nuestra).

los sujetos legitimados por la ley deberían estar sometidos a las instrucciones del causante<sup>100</sup>, como con acierto lo prevé el art. 85.II *Loi Informatique et Libertés* cuando establece que los herederos deberán, en primer lugar, proteger los derechos del fallecido sobre sus datos de acuerdo con lo señalado por el causante en sus instrucciones y, en su defecto o salvo que las mismas prevean otra cosa, solo podrán actuar en la medida necesaria para organizar la sucesión<sup>101</sup> y comunicar a los responsables del tratamiento el deceso, procediendo al cierre de las cuentas o a su actualización.

Por su parte, el art. 96 LOPDGDD no se refiere de forma explícita a ninguna de las facultades integrantes del derecho a la protección de datos, lo que nos parece adecuado teniendo en cuenta que el precepto en cuestión no regula la protección *post mortem* del mismo, sino la gestión de los contenidos digitales del causante. En su primer apartado, letra a), faculta a las personas vinculadas con el fallecido y a los herederos a «acceder» a los contenidos y a impartir «instrucciones sobre su utilización, destino o supresión», salvo que ello se hubiera prohibido por el fallecido o por la ley. La letra b) señala que el albacea testamentario y la persona física o jurídica designada por el causante deberán actuar conforme a las instrucciones señaladas por este, pudiendo solicitar el acceso a los contenidos «con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones». Por último, las letras c) y d), relativas al fallecimiento de menores de edad y de personas con discapacidad, respectivamente, reconocen la capacidad del Ministerio Fiscal y de la persona con funciones de apoyo para ejercer las facultades señaladas en los literales previos. Asimismo, el art. 96. 2 LOPDGDD establece que los sujetos previstos en el primer apartado «podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes». Ahora bien, ello es así salvo que el fallecido hubiera manifestado sus voluntades digitales, pues, en tal supuesto, «se estará a sus instrucciones».

En cuanto al régimen establecido, son tres fundamentalmente las cuestiones que cabe destacar. En primer lugar, y a diferencia del art. 3 LOPDGDD, todos los sujetos legitimados por la norma para actuar están sometidos a las instrucciones que, en su caso, hubiera manifestado el causante en cuanto al mantenimiento o la eliminación de perfiles personales virtuales, de acuerdo con el art. 96. 2.

<sup>100</sup> Lo mismo sostiene Minero Alejandro (2018: 163-164).

<sup>101</sup> En cuanto a la organización de la sucesión, los herederos podrán acceder a los datos personales que sean necesarios para liquidar la herencia, así como para conocer los bienes digitales y los recuerdos de familia que sean transmisibles *mortis causa* (art. 85.II.1.º *Loi Informatique et Libertés*).

En segundo lugar, y en relación con ello, llama la atención que dicho apartado se refiera concretamente a «redes sociales o servicios equivalentes». ¿Ello implica que este precepto solo es aplicable a tales servicios? En nuestra opinión, el legislador ha establecido un régimen general en el apartado primero, en virtud del cual se puede actuar frente a todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información, mientras que en el segundo se recoge el régimen específico aplicable a la solicitud de mantenimiento o eliminación de perfiles personales en redes sociales o servicios equivalentes. Ahora bien, ¿qué debe entenderse por «servicio equivalente» a una red social? Parece evidente que no lo es una cuenta en plataformas de vídeo o música en *streaming*, como Netflix o Spotify, o la cuenta en una página web de compras, como Amazon. Pero ¿podrían considerarse un foro o un blog como un servicio equivalente a una red social? Nada dice el precepto al respecto y, a nuestro entender, sería conveniente que este concepto fuera ampliamente interpretado debido a que el art. 96. 2 LOPDGDD hace prevalecer la voluntad del causante frente a la de las personas que pudieran estar legitimadas para actuar frente a tales servicios. En cambio, frente a toda aquella plataforma que no se considere red social o servicio equivalente, se aplicará el régimen general previsto en el apartado primero, según el cual las personas vinculadas al fallecido y los herederos podrían impartir «las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión», sin sometimiento a la voluntad del causante.

En tercer y último lugar, las actuaciones que pueden llevar a cabo los sujetos previstos en el precepto no están limitadas, pues, además del acceso a los contenidos, se admite de forma genérica la impartición de instrucciones sobre su «utilización, destino o supresión» o el cumplimiento de las que hubiera establecido el fallecido. En consecuencia, sería admisible que los sujetos legitimados pudieran hacer valer cualquiera de los derechos que pudiera corresponder al titular de los datos, como solicitar una copia de los documentos de una nube<sup>102</sup>. En este aspecto, el legislador español parece haber seguido el sistema previsto en el art. 6.2 LVD, en virtud del cual el causante «puede disponer el contenido y el alcance concreto del encargo que debe ejecutarse», contenido que puede incluir tres actuaciones: la comunicación de la defunción, la solicitud de cancelación de la cuenta o la solicitud de ejecución de los términos y condiciones de la plataforma, y, si procede, entrega de una copia

---

<sup>102</sup> Ello nos recuerda al art. 85 *Loi Informatique et Libertés*, que autoriza a ejercitar todos los derechos de protección de datos del capítulo II del título II, y el art. 2 *terdecies* 1 CPI, si bien dichas normas se limitan a la reglamentación de los datos de carácter personal y no se extienden a los contenidos, siendo estos los que son objeto de regulación por parte del art. 96 LOPDGDD.

de los archivos digitales. Así, aunque pudiera parecer que estas tres actividades son las únicas que podrían llevar a cabo las personas legitimadas, son solo tres ejemplos que se pueden «incluir» en las voluntades digitales.

#### IV. CONCLUSIONES

Siguiendo la estela de algunos legisladores europeos, la LOPDGDD regula la protección *post mortem* de los datos personales en su art. 3, y, de forma novedosa respecto a la normativa de otros Estados miembros, el acceso a contenidos digitales de personas fallecidas en el art. 96. Con ello, se ha pretendido dar respuesta a la compleja situación en la que se encontraban los allegados de un difunto cuando pretendían gestionar sus cuentas virtuales de todo tipo (redes sociales, cuentas bancarias, cuentas en plataformas de vídeo o música...) y sus contenidos. Normalmente, obtenían una respuesta negativa por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre la base de la protección de la intimidad y la protección de datos del fallecido y de aquellos con los que este se hubiera relacionado y de la aplicación de los términos y condiciones de la propia plataforma, que con frecuencia contemplan disposiciones que hacen intransferible el contrato.

En este contexto, los arts. 3 y 96 LOPDGDD admiten que el causante designe a una persona para que acceda y, en su caso, rectifique o suprima sus datos personales tras el fallecimiento, así como que gestione sus cuentas y contenidos digitales, de acuerdo con las instrucciones que él mismo disponga. Las mismas podrán preverse en testamento o a través del documento de voluntades digitales, debiendo, este último, ser desarrollado por real decreto. Asimismo, los preceptos también legitiman a los herederos y a las personas vinculadas al fallecido para que lleven a cabo tales actuaciones, así como al Ministerio Fiscal y a las personas designadas para el ejercicio de funciones de apoyo, aunque no sometidos a las instrucciones del causante.

De este modo, se contribuye a la concienciación social sobre la importancia de la protección de la personalidad y la gestión de la sucesión de los bienes digitales, lo que debe valorarse positivamente. No obstante, son muchos los interrogantes que surgen a raíz de la lectura de tales preceptos, como cuál será la regulación del documento de voluntades digitales; requisitos de capacidad del otorgante y de la persona designada para su ejecución; compatibilidad con la existencia de un testamento; posible consideración como tales a los formularios ofrecidos por los prestadores de servicios de la sociedad de la información; cómo deberán resolverse los conflictos de intereses entre los diferentes sujetos legitimados para actuar en relación con los datos personales y los contenidos del fallecido... En definitiva, se ha iniciado el camino para facilitar la gestión de nuestra vida virtual tras la muerte, pero su recorrido no estará exento de obstáculos.

## Bibliografía

- Agencia Española de Protección de Datos (2017). *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos* (Informe 0194/2017).
- Alventosa del Río, J. (2017). Bioderecho y sucesión *mortis causa* (Epígrafes 8.1-8.4.1). En J. Alventosa del Río y M. E. Cobas Cobiella (dirs.). *Derecho de sucesiones* (pp. 1147-1191). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Amérigo Alonso, J. (2019a). Objeto y ámbito de aplicación. En A. Rallo Lombarte (dir.). *Tratado de Protección de Datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales* (pp. 79-113). Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2019b). La tramitación administrativa del anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal. En J. López Calvo (coord.). *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD* (pp. 85-116). Madrid: Wolters Kluwer.
- Barrio Andrés, M. (2019). Garantía de los derechos digitales en la LOPDGDD. En J. López Calvo (coord.). *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD* (pp. 218-271). Madrid: Wolters Kluwer.
- Cavero Mochales, N. (2019). Artículo 3. Datos de las personas fallecidas. En M. Arenas Ramiro y A. Ortega Giménez (dirs.). *Protección de Datos. Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)* (pp. 57-60). Madrid: Sepin.
- Cobas Cobiella, M. E. (2017). Sucesión testada. En J. Alventosa del Río y M. E. Cobas Cobiella (dirs.). *Derecho de sucesiones* (pp. 398-509). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Commission des clauses abusives (2014). *Recommandation N°14-02: Contrats de fourniture de services de réseaux sociaux*. Disponible en: <https://bit.ly/2kNVTek>.
- Consejo de Estado (2017). *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal* (Documento CE-D-2017-757). Disponible en: <https://bit.ly/2kGWbnZ>.
- Delle Femmine, L. (2018). La vida «online» de los fallecidos será accesible para sus herederos. *El País*, 5-10-2018. Disponible en: <https://bit.ly/2PdSBf1>.
- Domínguez Luelmo, A. (2016). El testamento. En M. C. Gete-Alonso y Calera (dir.) y J. Solé Resina (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones. Tomo I* (pp. 391-420). Cizur Menor (Navarra): Civitas.
- Favreau, A. (2015). Mort numérique: quel sort juridique pour nos informations personnelles? *Revue Le Lamy Droit Civil*, 125, 2-4.
- Fernández-Bravo Francés, L. (2016). Testamento, legado, herencia... ¿digital? En R. Oliva León y S. Valero Barceló (coords.). *Testamento ¿digital?* (pp. 53-55). Juristas con Futuro. Disponible en: <https://bit.ly/2kqlM4k>.
- Ferrer i Riba, J. (2016). La ejecución del testamento y el albaceazgo. En M. C. Gete-Alonso y Calera (dir.) y J. Solé Resina (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones. Tomo I* (pp. 725-788). Cizur Menor (Navarra): Civitas.

- García Herrera, V. (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital. *Actualidad Civil*, 7, 1-10.
- (2018). Disposición mortis causa del patrimonio digital. *La Ley*, 9315, 1-4.
- Giner Gandía, J. (2016). El testamento digital sí existe y ya ha llegado. En R. Oliva León y S. Valero Barceló (coords.). *Testamento ¿digital?* (pp. 56-60). Juristas con Futuro. Disponible en: <https://bit.ly/2kqlM4k>.
- González Granado, J. (2016). Sólo se muere una vez: ¿Herencia digital? En R. Oliva León y S. Valero Barceló (coords.). *Testamento ¿digital?* (pp. 39-44). Juristas con Futuro. Disponible en: <https://bit.ly/2kqlM4k>.
- Gutiérrez Santiago, P. (2016). 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*, 5, 201-238. Disponible en: <http://bit.ly/34U8n6d>.
- Haworth, S. (2014). Laying Your Online Self to Rest: Evaluating the Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act. *Miami Law Review*, 68, 535-5670.
- Jiménez Lajara, C. (2016). La herencia digital. En R. Oliva León y S. Valero Barceló (coords.) *Testamento ¿digital?* (pp. 93-98). Juristas con Futuro. Disponible en: <https://bit.ly/36TFsRv>.
- Llopis Benlloch, J. C. (2016). Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe. En R. Oliva León y S. Valero Barceló (coords.). *Testamento ¿digital?* (pp. 45-52). Juristas con Futuro. Disponible en: <https://bit.ly/2kqlM4k>.
- Mackenrodt, M.-O. (2018). Digital Inheritance in Germany. *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 41-47.
- Martínez Espín, P. (2015). El acceso de los fiduciarios mortis causa (y otros) a los activos digitales de sujetos fallecidos o incapacitados. Nota a la ley modelo americana sobre acceso de los fiduciarios a los activos digitales (UFADAA). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 15, 7-24. Disponible en: <https://bit.ly/2kFHXDT>.
- Minero Alejandro, G. (2018). *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- (2019). Reflexiones acerca de las consecuencias de la aprobación de la Ley francesa *Loi n° 2016-1321, pour un République numérique*, y de la Ley catalana 10/2017, de las voluntades digitales. Seguimiento de algunos de sus pasos por el legislador español. En F. Bueno de Mata (dir.). *Fodertics 7.0. Estudios sobre Derecho digital* (pp. 119-130). Granada: Comares.
- Muñoz Rodríguez, J. (2019). Disposiciones generales. Título I (Arts. 1-5 RGPD. Arts. 1-3 LOPDGDD). En J. López Calvo (coord.). *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD* (pp. 325-331). Madrid: Wolters Kluwer.
- Oliva León, R. (2016). Derecho e identidad digital post-mortem. En R. Oliva León y S. Valero Barceló (coords.). *Testamento ¿digital?* (pp. 67-82). Juristas con Futuro. Disponible en: <https://bit.ly/2kqlM4k>.

- Pérès, C. (2016). Les données à caractère personnel et la mort. Observations relatives au projet de loi pour une République numérique. *Recueil Dalloz*, 2, 90-96.
- Rallo Lombarte, A. (2019). Del derecho a la protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales. En A. Rallo Lombarte (dir.). *Tratado de Protección de Datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales* (pp. 23-52). Valencia: Tirant lo Blanch. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.116.02>.
- Reche Tello, N. (2019). Artículo 96. Derecho al testamento digital. En M. Arenas Ramiro y A. Ortega Giménez (dirs.). *Protección de Datos. Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)* (pp. 401-404). Madrid: Sepin.
- Remolà Navarro, M. (2016). Testamentos y su relación con las notarías. En R. Oliva León y S. Valero Barceló (coords.). *Testamento ¿digital?* (pp. 99-100). Juristas con Futuro. Disponible en: <https://bit.ly/2kqlM4k>.
- Revuelta de Rojas, I. (2019). Principales hitos en la tramitación parlamentaria de la LOPDGDD. En J. López Calvo (coord.). *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD* (pp. 117-140). Madrid: Wolters Kluwer.
- Rodríguez Prieto, R. y Martínez Cabezedo, F. (2017). Herencia digital, términos y condiciones de uso y problemas derivados de la praxis social. Un análisis desde la Filosofía del Derecho. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 12, 77-104. Disponible en: <https://bit.ly/2lWvk7s>.
- Rosales de Salamanca Rodríguez, F. (2016). Testamento digital. En R. Oliva León y S. Valero Barceló (coords.). *Testamento ¿digital?* (pp. 26-38). Juristas con Futuro. Disponible en: <https://bit.ly/2kqlM4k>.
- Ruda González, A. (2017). Vida más allá de la muerte (digital). La protección de las voluntades digitales en la reforma del Derecho civil catalán. En B. Anglès Juanpere et al. (coords.). *Managing Risk in the Digital Society* (pp. 226-238). Barcelona: Huygens. Disponible en: <https://bit.ly/2kScdLw>.
- Santos Morón, M. J. (2018). La denominada «herencia digital»: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10 (1), 413-438. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4128>.
- Solé Resina, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo actual. *ADC*, 71 (2), 417-440.
- Torres García, T. (2016). El testamento ológrafo en el Código Civil. En M. C. Gete-Alonso y Calera (dir.) y J. Solé Resina (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones. Tomo I* (pp. 473-495). Cizur Menor (Navarra): Civitas.
- Troncoso Reigada, A. (2019). Artículo 1. Objeto de la ley. En M. Arenas Ramiro y A. Ortega Giménez (dirs.). *Protección de Datos. Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)* (pp. 48-52). Madrid: Sepin.
- Wong, C. (2013). Can Bruce Willis Leave His iTunes Collection to His Children?: Inherability of Digital Media in the Face of EULAs. *Santa Clara High Technology Law Journal*, 29 (4), 703-761. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4128>.