

1.4. Sucesiones

Redes sociales y voluntades digitales. «Historia digital» y clausulado de las disposiciones testamentarias: privacidad, protección al honor y datos personales

Social net and digital wills. Digital fingerprints and legal heritage. Privacy, protection to the honour and data protection

por

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

*Profesora Titular de Derecho civil
Coordinadora del Programa de doctorado en Derecho
y ciencias sociales UNED*

RESUMEN: La Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales contempla expresamente el derecho al testamento digital. En apretada síntesis, pretende resolver los conflictos de hecho planteados ante la gestión *post-mortem* de los datos personales, su acceso, por parte de quien así designe el causante, sea en calidad de heredero, legatario, albacea o tercero. En este punto, de los componentes clásicos de la herencia, personales, formales y los reales, ventilaremos si estamos ante una auténtica novedad o si antes bien, el destino de los archivos digitales generados en vida del causante, no son sino una manifestación más de la «huella» de su personalidad, contractual y no contractual. En suma, un elemento de su ámbito personalísimo, cuyo destino —acceso, rectificación, eliminación— puede ser dispuesto en testamento notarial o, incluso, ológrafo, que en el ejercicio de la actual noción de capacidad jurídica, podrán designar menores y personas con la capacidad de obrar modificada.

ABSTRACT: *The Ley Orgánica 3/2018, Bill of Protection of Data of Personal Character contemplates the Right to the digital heritage. Solve the conflicts before the administration post-mortem of the personal data its access, on the part of who designates this way the causing one, be in heir's quality, legatee, executor or third. The classic components of the inheritance, personal, formal and the real ones, if we are in the face of an authentic novelty or if before well, the destination of the digital files generated in life of the deceased one, they are a manifestation more than the «digital fingerprints» of their personality, contractual and not contractual. An element of their environment non-transferable right whose dedicate access, rectification, elimination can be prepared in notary will or, holograph that in the exercise of the current notion of capacity, they will be able to designate minor children and people with modified ability to act.*

PALABRAS CLAVES: Contenido del testamento y caudal relicto. Voluntades digitales. Intimidación y honor personal. Protección de datos y derechos transmisibles.

KEY WORDS: *Legal heritage; state of the deceased. Privacy. Data Protection. Digital identity. Transferable rights.*

SUMARIO: I. EL CONTENIDO DEL CAUDAL HEREDITARIO: DERECHOS Y OBLIGACIONES TRANSMISIBLES SEGÚN LOS ARTÍCULOS 657 Y 661 DEL CÓDIGO CIVIL COMÚN: LA «HISTORIA DIGITAL» DE LA PERSONA Y EL CLAUSULADO DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.—II. LAS NUEVAS CODIFICACIONES FORALES Y LA INCLUSIÓN DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL TESTAMENTO OLÓGRAFO U HOLÓGRAFO: APUNTES SOBRE LOS CÓDIGOS ARAGONÉS Y CATALÁN: 1. EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN: LA CAPACIDAD PARA DISPONER *MORTIS CAUSA* EN TESTAMENTO OLÓGRAFO MANCOMUNADO EXIGE LA CONCURRENCIA DE LA MAYORÍA DE EDAD EN AMBOS TESTADORES. 2. EL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA, RELATIVO A LAS SUCESIONES Y LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL TESTAMENTO HOLÓGRAFO.—III. TRES SISTEMAS DE RENOVACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS: DEL REGLAMENTO EUROPEO A LA SUSPENDIDA LEY DE VOLUNTADES CATALANA: 1. REGLAMENTO EUROPEO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 27 DE ABRIL DE 2016 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN LO QUE RESPECTA AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE ESTOS DATOS Y POR EL QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA 95/46/CE (REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS). 2. LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. 3. TEXTO 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.—IV. ALEMANIA Y EL PRONUNCIAMIENTO DEL BHD DE 12 DE JULIO DE 2018: 1. TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA (BGH), DE 12 DE JULIO DE 2018 Y EL DERECHO DE LOS HEREDEROS A ACCEDER A LA CUENTA DE FACEBOOK: «DIGITALES ERBE». 2. POLÍTICA DE PRIVACIDAD DE APPLE: INACCESIBILIDAD A LA CLAVE DE IPHONE SEA EL HIJO FALLECIDO DEL PETICIONARIO O EL PRESUNTO CAUSANTE DE UNA MASACRE.—V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS. PERSONA Y PERSONALIDAD, HONOR, IMAGEN Y DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO SUCESORIO: REFORMULACIÓN DE LAS FÓRMULAS TESTAMENTARIAS CLÁSICAS... O UNA MERA ADAPTACIÓN A LA ERA DIGITAL.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. EL CONTENIDO DEL CAUDAL HEREDITARIO: DERECHOS Y OBLIGACIONES TRANSMISIBLES SEGÚN LOS ARTÍCULOS 657 Y 661 DEL CÓDIGO CIVIL COMÚN: LA «HISTORIA DIGITAL» DE LA PERSONA Y EL CLAUSULADO DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Como es bien sabido, el artículo 659, se limita a establecer el contenido hereditario susceptible de transmisión, que estará constituido por aquellos «bienes, derechos obligaciones de una persona, que no se extingan con su muerte». De ahí que la mejor doctrina recuerde que de tal aseveración se deduciría que estarían excluidos los derechos personalísimos e inherentes y los vitalicios.

Sin embargo, por simplista hemos de descartar dicha construcción hipotética, a mayor abundamiento, «ni siquiera es cierta, los bienes o derechos transmisibles *mortis causa* han de ser del causante, ya que nadie puede disponer de algo que no es suyo» (SSTS de 7 de diciembre de 1988; 18 de marzo de 1991; 22 de febrero de 1997).

De modo que pervive la enumeración de la tríada de elementos constitutivos del fenómeno hereditario: el elemento personal que afecta al causante o al sucesor; los elementos formales sobre el título sucesorio y, en su caso, a la aceptación de la herencia y, el denominado elemento real, o visión estática de la herencia, constituido por el conjunto de bienes y derechos susceptibles de ser heredados¹.

Si continuamos con la interpretación sistemática de la materia en el Código civil común, con anterioridad, el artículo 657 concreta que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte» y, por su parte, el 661, afirma que «los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

Corresponde, en buena lógica, dirimir a la luz de la jurisprudencia más clásica sobre el tipo de acciones o derechos y las cualidades de su transmisibilidad, y contrastarlo con este denominado «testamento digital» o, por mejor decir, «voluntades digitales», como contenido no patrimonial susceptible de ser recogido en un testamento. En este sentido, destaca la sonora sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1943, ya que aclara y despeja el panorama de derechos transmisibles e intransmisibles².

Declara en sus considerandos «que si bien es cierto que en nuestra legislación se nota la falta de un concepto genérico que sirva de guía en la diferenciación de derechos transmisibles e intransmisibles *mortis causa*, no lo es menos que en el Código civil abundan pasajes en que, con referencia a relaciones jurídicas individualizadas o concretas, se declara que el derecho fenece o no con la muerte del titular y que, en último término, la deficiencia o aparente laguna legislativa de que se trata puede ser remediada cumplidamente por las vías y procedimientos normales de la interpretación e integración del sistema jurídico, y así, atendiendo a la naturaleza y contenido de la relación jurídica y a las declaraciones legales y convencionales que le afectan, cabe llegar a una determinación enunciativa de los derechos exceptuados de la transmisión por causa de muerte, como suele formularla la doctrina científica, comprendiendo como intransmisibles, en principio y con ciertas salvedades, los derechos de carácter público; los personalísimos o de tal suerte ligados a determinada persona por sus cualidades, parentesco, confianza, etc., que tienen su razón de ser preponderante y a veces exclusiva en elementos o circunstancias que solo se dan en el titular —*ossibus inhaerent*—, y por último, algunos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente, a la vida de una persona; siendo significativo el hecho de que ni en el concepto ni en la enumeración de derechos intransmisibles esté comprendido el de impugnación de negocios jurídicos que lesionen la legítima, por lo que, a falta de razón suficiente en contrario habrá de ser catalogado dentro de la norma general indicada»³.

Refrenda dicha línea jurisprudencial la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1981, reiterando con la anterior que «los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos los derechos y obligaciones, y si bien es cierto que ante la falta de una normativa sobre los que en esta sucesión son transmisibles o intransmisibles, ha venido la doctrina de esta Sala estableciendo, a título enunciativo, como excepciones al principio general de la transmisibilidad, los que en atención a su naturaleza han de tenerse como intransmisibles, como lo

han de ser los de carácter público, o los *intuitu personae* o personales en razón a estar ligados a una determinada persona en atención a las cualidades que le son propias —los, en general, denominados o calificados de personalísimos— como parentesco, confianza y otras, que por Ley o convencionalmente, acompañan a la persona durante su vida; y como el que se está contemplando en autos no cabe asimilarle a ninguno, en los que se da dichas circunstancias, es más, desvirtúa dicho posible carácter el que la cosa sea transmitida a determinada persona, que lo ha de ser con todos los derechos que le sean inherentes, de los que no puede ser excepción el retracto, si la acción para ejercitarlo había nacido por haber sido enajenada a un extraño por un copropietario de la misma cuando se transmite al que sea el sucesor a título hereditario, teniendo este carácter, en aquel momento, el causante de la sucesión»⁴.

Más próxima en el tiempo es la sentencia del Tribunal Supremo del 7 de octubre de 1994 que aprecia que «si, en términos generales, se puede cuestionar o discutir si un derecho de arrendamiento sobre cosas, como es la locación de inmuebles, por propio carácter no es incluíble entre los derechos transmisibles *mortis causa* del arrendatario, en mor al artículo 659 del Código civil, pues por su naturaleza personal, se extingue con su muerte, pese al juego, en nuestro Derecho Positivo de los artículos 1112 y 1257 del Código civil (lo que pugna con la norma, de cierta analogía del artículo 518.1 sobre extinción del usufructo por la muerte del usufructuario), el asunto se torna en una verdad indiscutible, *en pos de la no transmisibilidad, cuando se trata de ese arriendo de privilegio como el de autos que, tanto en su complejo ordenador, como en su misma existencia, y, sobre todo, en la atribución de ese singular derecho de acceso a la propiedad del bien arrendado, está configurado, en su estricta dimensión intuitu personae*, es decir, que existe y opera y, como tal, en su caso, posibilita la conversión en su maximalismo patrimonial de propietario cuando persiste ese arrendatario, esto es, mientras vive el mismo, de tal suerte que con su muerte, desaparece el sustrato de subjetividad en contemplación del cual (y al socaire de una, en ocasiones, singular política proteccionista de los colonos, que desvirtúa el cabal sentido de toda locación al otorgar esa conversión en el derecho real pleno), está aquel derecho estructurado, salvo los efectos que de esa legislación especial se puedan derivar a favor de los continuadores del fallecido»⁵.

En buena lógica, procede afirmar que la vista de estas seleccionadas resoluciones y a falta de ley que lo impida, la —historia digital— de la persona, es susceptible de integrar el clausulado de las disposiciones testamentarias, con razón de más cuando estamos a las puertas de una más que velada ruptura del sistema sucesorio común, consolidando las formas de delación testamentaria ante fedatario público sea en forma oral, por escrito o por cualquier medio técnico⁶.

II. LAS NUEVAS CODIFICACIONES FORALES Y LA INCLUSIÓN DE DOCUMENTINA Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL TESTAMENTO OLÓGRAFO U HOLÓGRAFO: APUNTES SOBRE LOS CÓDIGOS ARAGONÉS Y CATALÁN

1. EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN: LA CAPACIDAD PARA DISPONER *MORTIS CAUSA* EN TESTAMENTO OLÓGRAFO MANCOMUNADO EXIGE LA CONCURRENCIA DE LA MAYORÍA DE EDAD EN AMBOS TESTADORES

Como advierte la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Texto Refundido

de las Leyes civiles aragonesas, en ciertos aspectos ha sido conveniente la actualización o la puntualización de algunos extremos sobre los que existía controversia. Así, en el Título III, *De la sucesión testamentaria*, se destaca la inclusión de «unas disposiciones generales condicionadas, en buena medida, por el reflejo que necesariamente proyecta sobre ellas la figura del testamento mancomunado. Sin atender a esta modalidad testamentaria, que es en la práctica con mucho la más común, no puede normarse convenientemente en nuestro Derecho ni la capacidad, ni las formas ni la interpretación de los testamentos. Merece señalarse el precepto que indica los requisitos de forma del testamento mancomunado ológrafo, exigiendo los que han parecido mínimos imprescindibles para posibilitar en la realidad el otorgamiento de estos testamentos, sin mengua de la seriedad y libertad de la voluntad de ambos testadores. Por lo demás, se han introducido previsiones sobre número y capacidad de los testigos testamentarios para cuando sea necesaria su intervención, manteniendo la regla de principio contraria a esta necesidad vigente desde 1985».

En particular, y de forma coincidente con el Código común, excepciona la capacidad de otorgamiento de esta modalidad testamentaria. Así, el artículo 408 en su punto primero sobre la capacidad para disponer *mortis causa* dispone que «pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar el testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural»⁷.

A renglón seguido, este precepto en su punto segundo, excepciona la capacidad de testamentación general, elevando el requisito de la edad de los 14 a los 18, reclamando para el válido otorgamiento de esta disposición la mayoría de edad legal⁸. En suma, parece que aún (la propia) no se adapta a la nueva corriente de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la adaptación materializada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁹.

Finalmente, el artículo 408 también concreta que «la falta de capacidad de testar, general o para una forma concreta de testamento, en uno de los testadores impide otorgar el testamento mancomunadamente».

En buena lógica con las disposiciones sobre la testamentación activa, exigible a ambos testadores en los supuestos de testamentos mancomunados ológrafos, el artículo 411 señala que «1. El testamento ológrafo mancomunado basta que esté escrito todo él por uno de los testadores, con expresión del año, mes y día, y que el otro declare también por escrito de su puño y letra, antes de las firmas de ambos, que valga igualmente como testamento suyo y firme en todas sus hojas y al pie del mismo. 2. A la muerte del primero de los testadores que fallezca, se adverará y protocolizará el testamento mancomunado ológrafo con la necesaria participación del otro otorgante que sobreviviese»¹⁰.

2. EL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA, RELATIVO A LAS SUCESIONES Y LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL TESTAMENTO HOLÓGRAFO

La Ley 10/2008, de 10 de julio, aprueba el libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, declara en su Preámbulo¹¹, respecto a las formas testamentarias, como novedad más relevante «aunque con una trascendencia práctica muy limitada, es la decisión de suprimir el testamento ordinario ante párroco. De esta forma, los tipos de testamentos que pueden otorgarse en aplicación del derecho catalán se reducen a dos: el notarial, en las modalidades de

testamento abierto y testamento cerrado, y el hológrafo. Se mantiene vigente, por tanto, la prohibición de los testamentos otorgados exclusivamente ante testigos, sin perjuicio de los casos en que se les pueda reconocer validez de acuerdo con las normas del derecho internacional privado».

En cuanto a las normas sobre ineficacia de testamentos y disposiciones testamentarias, previstas en el capítulo II del título II, han sido objeto de «una nueva sistematización y reformulación, más de acuerdo con los principios de la dogmática jurídica moderna. El capítulo comienza con un precepto en el que se expone el conjunto de las causas de nulidad de los testamentos. Este precepto atribuye rango legal a la doctrina jurisprudencial, particularmente relevante en los testamentos hológrafos, que evita su nulidad cuando falta la expresión de la fecha y del lugar, siempre y cuando estos datos puedan acreditarse de alguna otra forma. Se fija un plazo general de caducidad de cuatro años para las acciones de nulidad, que se unifica con los de otras acciones de impugnación también sujetas a caducidad, como la de preterición errónea. Se establece, en sustitución de los párrafos segundo y tercero del artículo 128 del Código de sucesiones, una regla que impide el ejercicio de la acción de nulidad a las personas que, conociendo la posible causa de nulidad, admiten la validez de la disposición testamentaria, la ejecutan voluntariamente o renuncian al ejercicio de la acción»¹².

En cuanto a la regulación específica, se encuentra en la sección tercera *El testamento hológrafo*, en su redacción dada por la disposición final 4.1 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, que modifica el apartado 2.b):

Artículo 421-17. Requisitos de validez.

1. Solo pueden otorgar testamento hológrafo las personas mayores de edad y los menores emancipados. 2. Para que el testamento hológrafo sea válido es preciso: a) Que esté escrito y firmado de manera autógrafa por el testador con la indicación del lugar y la fecha del otorgamiento. Si contiene palabras tachadas, enmendadas, añadidas o entre líneas, el otorgante debe salvarlos con su firma. b) Que se presente ante el notario competente a fin de que sea averado y protocolizado.

El artículo 421-18, también fue modificado por la disposición final 4.2 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, y declara: Adveración. 1. El notario competente para advenir el testamento ológrafo debe comprobar su autenticidad de acuerdo con la ley. 2. El notario, si resulta que el testamento ológrafo es auténtico, debe protocolizarlo. En caso contrario, debe denegarlo. 3. Tanto si se autoriza la protocolización del testamento ológrafo como si no se autoriza, los interesados pueden hacer valer sus derechos en el juicio correspondiente.

Artículo 421-19. *Caducidad del testamento*. 1. Los testamentos ológrafos caducan si no se presentan ante el notario competente en el plazo de cuatro años contados desde la muerte del testador para que sean averados y protocolizados. 2. Si durante el plazo fijado por el apartado 1 se presenta una demanda por razón de la estimación o desestimación de la adveración, el testamento debe protocolizarse en el plazo de seis meses contados desde el momento en que la resolución judicial deviene firme.

Por lo que se refiere a la conversión del testamento nulo o ineficaz, el artículo 422-6, en su punto segundo declara: «El testamento cerrado que es nulo por defecto de forma vale como testamento hológrafo si cumple los requisitos del mismo».

III. TRES SISTEMAS DE RENOVACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS: DEL REGLAMENTO EUROPEO A LA SUSPENDIDA LEY DE VOLUNTADES CATALANA

1. REGLAMENTO EUROPEO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 27 DE ABRIL DE 2016 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN LO QUE RESPECTA AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE ESTOS DATOS Y POR EL QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA 95/46/CE (REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS)

Baste transcribir los siguientes elementos esenciales para el debate:

1. (27) El presente Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas. Los Estados miembro son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas.

2. (158) El presente Reglamento también debe aplicarse al tratamiento de datos personales realizado con fines de archivo, teniendo presente que no debe ser de aplicación a personas fallecidas. Las autoridades públicas o los organismos públicos o privados que llevan registros de interés público deben ser servicios que están obligados, con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembro, a adquirir, mantener, evaluar, organizar, describir, comunicar, promover y difundir registros de valor perdurable para el interés público general y facilitar acceso a ellos. Los Estados miembro también deben estar autorizados a establecer el tratamiento ulterior de datos personales con fines de archivo, por ejemplo a fin de ofrecer información específica relacionada con el comportamiento político bajo antiguos regímenes de Estados totalitarios, el genocidio, los crímenes contra la humanidad, en particular el Holocausto, o los crímenes de guerra. 4.5.2016 L 119/29 Diario Oficial de la Unión Europea ES.

3. (160) *El presente Reglamento debe aplicarse asimismo al tratamiento de datos personales que se realiza con fines de investigación histórica. Esto incluye asimismo la investigación histórica y la investigación para fines genealógicos, teniendo en cuenta que el presente Reglamento no es de aplicación a personas fallecidas*¹³.

2. LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Y en este punto llamamos la atención sobre los siguientes extremos, novedosos en cuanto al propio Reglamento, si bien necesitados a su vez del Real Decreto que los desarrolle:

1. *Preámbulo V*

Destaca la novedosa regulación de los datos referidos a las personas fallecidas, pues, tras excluir del ámbito de aplicación de la ley su tratamiento, se permite que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o sus herederos puedan solicitar el acceso a los mismos, así como su rectificación o supresión, en su caso con sujeción a las instrucciones del fallecido. También excluye del ámbito de aplicación los tratamientos que se rijan por disposiciones específicas, en referencia, entre otras, a la normativa que transponga la citada Directiva (UE) 2016/680, previéndose en la disposición transitoria cuarta la

aplicación a estos tratamientos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, hasta que se apruebe la citada normativa¹⁴.

2. *Artículo 3. Datos de las personas fallecidas.*

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

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

2. Las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello podrán también solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de este y, en su caso su rectificación o supresión. Mediante Real Decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos.

3. En caso de fallecimiento de menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada. En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades también podrán ejercerse, además de por quienes señala el párrafo anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

3. *Artículo 96. Derecho al testamento digital.*

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

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

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

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

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

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

2. Las personas legitimadas en el apartado anterior podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones.

El responsable del servicio al que se le comunique, con arreglo al párrafo anterior, la solicitud de eliminación del perfil, deberá proceder sin dilación a la misma.

3. Mediante Real Decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos, que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de esta ley orgánica.

4. Lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se registrará por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación.

3. TEXTO 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

Procede sin más, la transcripción de la novedosa y siempre precursora legislación catalana. Así, afirma en su Preámbulo «Las personas utilizan cada vez con más frecuencia los entornos digitales para desarrollar las actividades de su vida personal y profesional. Estas actividades generan una diversidad de archivos que, una vez muerta la persona, también forman su legado. Del mismo modo, después de la muerte pueden quedar unos derechos y unas obligaciones de naturaleza jurídica diversa sobre los diferentes archivos que haya generado la actividad de los prestadores de servicios, respecto a los cuales debe decidirse qué hacer. A menudo, los contratos que se suscriben con los prestadores de servicios digitales o las políticas que estos tienen en vigor no establecen qué sucede cuando la persona muere o cuando tiene la capacidad judicialmente modificada y, por lo tanto, cuál debe ser el destino de los archivos digitales. La legislación vigente en materia de sucesiones no da respuesta a estas cuestiones. Además, en el ámbito de las interacciones que se producen en las redes sociales a menudo nos encontramos ante derechos de carácter personalísimo que se extinguen con la muerte de la persona. Estas cuestiones y otras relacionadas han comenzado a generar inquietud en la ciudadanía y todo hace prever que esta inquietud se incrementará a medida que se extienda el uso de las redes sociales y la presencia de las personas en estas redes y, en general, en los entornos digitales. Conviene, pues, establecer unas normas que permitan determinar cómo debe administrarse el legado relativo a la actividad de cada persona en los entornos digitales»¹⁵.

Sigue con inteligencia: «Para gestionar la huella en los entornos digitales cuando la persona muere o cuando tiene la capacidad judicialmente modificada y para evitar daños en otros derechos o intereses tanto de la propia persona como de terceros, la presente ley establece que las personas pueden manifestar sus voluntades digitales para que el heredero, el legatario, el albacea, el administrador, el tutor o la persona designada para su ejecución actúen ante los prestadores de servicios digitales después de su muerte o en caso de tener la capacidad judicialmente modificada. Mediante estas voluntades digitales, las personas pueden ordenar las acciones que consideren más adecuadas para facilitar, en caso de muerte, que la desaparición física y la pérdida de personalidad que supone se extiendan igualmente a los entornos digitales y que eso contribuya a reducir el dolor de las personas que les sobrevivan y de las personas con las que tengan vínculos familiares, de afecto o amistad, o bien que se perpetúe la memoria con la conservación de los elementos que estas determinen en los entornos digitales o con cualquier otra solución que consideren pertinente en ejercicio de la libertad civil que les corresponde en vida. Estas mismas acciones deben poder ordenarse, cuando se goza de plena capacidad de actuar, para el caso de que se produzca una pérdida sobrevenida de esta capacidad».

Y como extremo que también conviene destacar: «Está claro, también, que la actividad digital de los menores de edad puede afectar a su desarrollo y puede tener repercusiones negativas por la incapacidad de gestionar adecuadamente su presencia en los entornos digitales. Respecto a los datos digitales de los menores de edad, la Ley faculta a quienes tienen la potestad parental y a los tutores para que velen por que la presencia de los menores y tutelados en los entornos digitales sea adecuada y no les genere riesgos. A tal efecto, deben poder promover las medidas adecuadas ante los prestadores de servicios digitales y solicitar también, con carácter excepcional, la asistencia de los poderes públicos».

La regulación en cuestión se refiere a su artículo 6. Adición de un artículo al capítulo I del título I, con relación a las voluntades digitales en caso de muerte.

Se añade un artículo, el 411-10, al capítulo I del título I del libro cuarto del Código civil de Cataluña, con el siguiente texto:

«Artículo 411-10. Voluntades digitales en caso de muerte. 1. Se entiende por *voluntades digitales en caso de muerte* las disposiciones establecidas por una persona para que, después de su muerte, el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas. 2. El causante, en las voluntades digitales en caso de muerte, puede disponer el contenido y el alcance concreto del encargo que debe ejecutarse, incluyendo que la persona designada lleve a cabo alguna o algunas de las siguientes actuaciones: a) Comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción. b) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que se cancelen sus cuentas activas. c) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores. 3. Las voluntades digitales pueden ordenarse por medio de los siguientes instrumentos: a) Testamento, codicilo o memorias testamentarias. b) Si la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad, un documento que debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales. 4. El documento de voluntades digitales se puede modificar y revocar en cualquier momento y no produce efectos si existen disposiciones de última voluntad. 5. Si el causante no ha expresado sus voluntades digitales, el

heredero o el albacea universal, en su caso, puede ejecutar las actuaciones de las letras *a*, *b* y *c* del apartado 2 de acuerdo con los contratos que el causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales o de acuerdo con las políticas que estos prestadores tengan en vigor. 6. Si el causante no lo ha establecido de otro modo en sus voluntades digitales, la persona a quien corresponde ejecutarlas no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial. 7. Si el causante no lo ha establecido de otro modo, los gastos originados por la ejecución de las voluntades digitales corren a cargo del activo hereditario».

Se añade también en el artículo 7, la modificación del artículo 421-2, con relación a las voluntades digitales en testamento. Dice así:

Se modifica el artículo 421-2 del Código civil de Cataluña, que queda redactado del siguiente modo: «Artículo 421-2. *Contenido del testamento*. 1. En testamento, el causante ordena su sucesión mediante la institución de uno o más herederos y puede establecer legados y demás disposiciones para después de su muerte. 2. El testamento, además de lo establecido por el apartado 1, puede contener las voluntades digitales del causante y la designación de una persona encargada de su ejecución. En defecto de designación, el heredero, el albacea o el administrador de la herencia pueden ejecutar las voluntades digitales o encargar su ejecución a otra persona».

Y como extremo controvertido por cuanto atañe al reparto competencial en este Estado plurilegislativo, declara el artículo 10. *Adición de una disposición adicional relativa a la creación del Registro electrónico de voluntades digitales*.

«Tercera. *Registro electrónico de voluntades digitales*.

1. Se crea el Registro electrónico de voluntades digitales, adscrito al departamento competente en materia de derecho civil por medio del centro directivo que tenga atribuida la competencia.

2. En el Registro electrónico de voluntades digitales se inscriben los documentos de voluntades digitales.

3. El acceso al Registro electrónico de voluntades digitales está reservado al titular otorgante y, una vez muerto el titular, a las personas que se mencionan en los apartados siguientes, siempre y cuando acrediten, mediante el certificado de actos de última voluntad, que el causante no ha otorgado disposiciones de última voluntad.

4. Una vez muerto el titular, las personas que acrediten un interés legítimo pueden solicitar un certificado relativo a la existencia o no de un documento de voluntades digitales inscrito en el Registro electrónico de voluntades digitales. A solicitud de la persona interesada, si el causante no dispuso otra cosa, el certificado puede extenderse a la identificación de las personas designadas para la ejecución de las voluntades digitales.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto por el apartado 4, los certificados relativos al contenido de las voluntades digitales inscritas en el Registro electrónico de voluntades digitales, una vez muerto el titular, únicamente pueden solicitarlos las personas designadas para la ejecución de las voluntades digitales y solo pueden entregarse a estas personas.

6. El Registro electrónico de voluntades digitales, si le consta la muerte de un otorgante, puede comunicar de oficio la existencia de voluntades digitales inscritas a las personas designadas para su ejecución, de acuerdo con lo que se establezca por reglamento»¹⁶.

Procede ahora, recapitular el Recurso de inconstitucionalidad núm. 4751-2017, contra diversos preceptos de la Ley de Cataluña 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 particular, basta con el examen del auto 25/2018, de 20 de marzo, suficientemente expresivo como para que no quepa añadir más elementos aclaratorios.

Pleno. auto 25/2018, de 20 de marzo de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 4751-2017. Mantiene la suspensión acordada en el recurso de inconstitucionalidad 4751-2017, interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña¹⁷.

Declara su Fundamento de Derecho Primero: El objeto de la presente resolución consiste en determinar si procede levantar o mantener la suspensión que afecta a los artículos 6, 8, 10 y 11 y la disposición final primera 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. Dichos preceptos se encuentran suspendidos en su vigencia y aplicación como consecuencia de la invocación del artículo 161.2 CE en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno. El recurso se fundamenta en la infracción de la competencia estatal en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos de derecho privado (art. 149.1.8 CE). Al respecto se argumenta, en síntesis, que la Ley 10/2017 regula las voluntades digitales *mortis causa*, entendidas como decisiones mediante las cuales las personas pueden ordenar las acciones que consideren más adecuadas para facilitar, en caso de defunción, que la desaparición física y la pérdida de personalidad que la muerte supone no se extiendan a los entornos digitales. *La Ley prevé que esas voluntades digitales puedan plasmarse, cuando la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad, en un documento que deberá inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales creado por la propia Ley.* El recurrente sostiene que no se trata de un registro administrativo, sino de un registro jurídico de derecho privado, por lo que la regulación autonómica impugnada invade la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos.

Consecuentemente «afirma el Abogado del Estado que el documento de voluntades digitales previsto en la Ley 10/2017 ha de inscribirse en el Registro electrónico creado por la misma Ley, de suerte que la decisión sobre el destino que tras la muerte desea dar la persona a sus archivos digitales, manifestada al margen de los instrumentos típicos ordenadores de las últimas voluntades *mortis causa*, despliega, merced a esa inscripción registral, efectos sustantivos en un ámbito de las relaciones y esfera privada de las personas tan relevante como el sucesorio. Ello entra en conflicto insalvable con la normativa estatal (una ha de ser la ley que regule la sucesión), lo que hace necesario mantener la suspensión de los preceptos recurridos, pues los efectos que se derivarían de su aplicación solo podrían coordinarse convenientemente con una única norma de carácter y ámbito estatal que tuviera presente el Registro general de actos de última voluntad, evitando así cualquier incertidumbre jurídica y garantizando una aplicación coherente de las medidas de protección (de la voluntad del causante y de los terceros afectados por el fenómeno sucesorio) en todo el territorio nacional. El levantamiento de la suspensión afectaría a un valor constitucional tan relevante como la seguridad jurídica, referida a la de los titulares de derechos subjetivos y relaciones jurídicas civiles de carácter patrimonial y mercantiles, con palmarias repercusiones en terceros que pudieran haber confiado en las inscripciones del registro autonómico, pues el contenido de los derechos y obligaciones que se reflejaran en el mismo podrían ser distintos en función de la ley a la que estuvieran sometidos».

En buena lógica, el TC, ACUERDA mantener la suspensión de los artículos 6, 8, 10 y 11 y la disposición final primera 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.

Finalmente, el Pleno del TC ha declarado inconstitucional y nulo el mencionado artículo 10, por sentencia de 17 de enero de 2019.

IV. ALEMANIA Y EL PRONUNCIAMIENTO DEL BGD DE 12 DE JULIO DE 2018

1. TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA (BGH), DE 12 DE JULIO DE 2018 Y EL DERECHO DE LOS HEREDEROS A ACCEDER A LA CUENTA DE FACEBOOK: «DIGITALES ERBE»

El Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH), con fecha de 12 de julio de 2018, resolvió en favor de la recurrida, madre de una adolescente de 15 años que fue arrollada por un tren en Berlín en 2012¹⁸. La pretensión de la progenitora se circunscribía al acceso de la cuenta de Facebook de su hija fallecida, cuenta que la compañía bloqueó por razones de privacidad, por sí de la lectura de su contenido, podían dilucidar si la joven tenía o no intenciones suicidas. Téngase en cuenta, que a los 12 años la adolescente había proporcionado los datos de la cuenta a su madre, si bien los titulares de la red social, estimaban que caso de proporcionar el acceso a dicha cuenta, estarían vulnerando la intimidad de los partícipes en la red, habida cuenta de la invulnerabilidad del correo postal previsto en la Constitución alemana y la Ley de Telecomunicaciones¹⁹.

En este punto, ha de recordarse, que Facebook convierte el perfil en una «página conmemorativa», donde no es posible acceder a los datos del usuario, si bien su contenido se mantiene en los servidores de Facebook.

De la sentencia se deduce que el contrato con Facebook es parte del patrimonio de los padres, de modo que puedan tener acceso completo a la cuenta de su hija. Con este fallo, según las leyes alemanas, el contrato de un usuario con Facebook se hereda a los deudos en caso de fallecimiento, fundándose en la asimilación de la heredabilidad de una cuenta en una red social como si se tratara de unas cartas o diarios íntimos de la adolescente. En buena lógica al tratarse de un cauce de comunicación y no de un fin en sí mismo, la resolución del Alto tribunal, aplica el Derecho sucesorio vigente.

Los tribunales inferiores en el caso habían resuelto de forma divergente ya que, en 2015, el tribunal de distrito de Berlín dictaminó inicialmente que Facebook debía otorgar pleno acceso a las cuentas de los hijos a los padres, por ser estos herederos. Por su parte, el Tribunal de Apelación, desestimó las pretensiones de la madre, para finalmente ver satisfecho el objeto de su recurso y que se desestimase la apelación instada por la compañía²⁰.

2. POLÍTICA DE PRIVACIDAD DE APPLE: INACCESIBILIDAD A LA CLAVE DE IPHONE SEA EL HIJO FALLECIDO DEL PETICIONARIO O EL PRESUNTO CAUSANTE DE UNA MASACRE

En abril de 2016, el padre adoptivo de un menor fallecido, instó a Apple, que desbloqueara el teléfono de su hijo adoptivo fallecido para poder acceder a sus fotos. Como decíamos son nuevos canales para las relaciones habituales y nuestros teléfonos se han convertido en el repositorio de fotos, cartas y notas. Y así

sucedió en este supuesto, donde a falta de regulación sobre protección de datos, este histórico digital, por mucho que las intenciones no pasen de recuperar estas fotos, no prosperarán²¹. Apréciase que en este caso estaríamos ante un adolescente ante una grave enfermedad que acabó con sus días, por lo que nos remitimos al Reglamento Europeo y al contenido transcrito, que sería de aplicación en virtud de la ley aplicable por razón de residencia y nacionalidad del padre²².

Por otra parte, la mencionada compañía, en un intento de refrendar públicamente las garantías de su política de privacidad y seguridad de sus productos, no atendió al requerimiento del FBI para acceder al iPhone 5C de Syed FAROOK, el responsable del ataque en San Bernardino (si bien parece que el FBI finalmente pudo acceder a ese teléfono de una partida anterior y más vulnerable que el iPhone 6 de DAMA). En este supuesto, su ámbito de aplicación se remite a las restrictivas normas antiterroristas americanas, si bien destaca por lo que hasta aquí llegamos sobre la refutación del requerimiento en cuestión²³.

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS. PERSONA Y PERSONALIDAD, HONOR, IMAGEN Y DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO SUCESORIO: REFORMULACIÓN DE LAS FÓRMULAS TESTAMENTARIAS CLÁSICAS... O UNA MERA ADAPTACIÓN A LA ERA DIGITAL

I. A la luz de la jurisprudencia más clásica sobre el tipo de acciones o derechos y las cualidades de su transmisibilidad, el denominado «testamento digital» o, por mejor decir, «voluntades digitales», es parte del contenido no patrimonial susceptible de ser recogido en un testamento.

II. Las controversias ventiladas a través de una mediación con grandes monopolios técnicos —sobre los sistemas de seguridad de algunos teléfonos móviles— o en vía jurisdiccional sobre la protección de datos en Facebook, evidencian que se trata de supuestos de hecho donde, sencillamente, se han adoptado los cauces y repositorios de datos, fotografías y pensamientos, de una sociedad digital. En resumidas cuentas, son los mismos problemas que requieren de cierta agilidad legal para resolverlos, o de más flexibilidad judicial en la interpretación sociológica de los instrumentos legales existentes. En puridad, reverdece el conflicto entre intimidad, persona y personalidad pretérita y su tuición.

III. No existe norma que impida dichas disposiciones testamentarias, es más a la vista de la tendencia legislativa en materia de capacidad jurídica y el ejercicio de esta por las personas con discapacidad, el testamento ante notario podrá ser deferido de forma oral, de forma escrita o por cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad.

IV. Caso de que con el sistema de apoyos prevenidos actualmente, o de lo que pueda resultar fruto de la reforma deducida del Reglamento Europeo de Protección de Datos, tanto el menor de edad, como la persona con discapacidad podrá por sí o, en su caso, gracias a dicho sistema de apoyos prevenidos en el ordenamiento, determinar quién o quiénes podrán acceder o no a sus datos personales y, muy especialmente, a los recogidos en los medios de comunicación digital. Por ende, nada impide que cualquier otro sujeto haga ejercicio de idéntico derecho y disponga de simétrica posibilidad, recurriendo a tercero, legatarios, heredero o incluso a una entidad privada —algunas ya constituidas en nuestro país con distintas formas societarias—.

V. El objetivo último, en esta sede, no es otro que la protección del contenido del testamento y la voluntad del disponente; de ahí que como ya habíamos

pronosticado, nada impide que el legislador autorice o equipare firma autográfica y firma electrónica u otro procedimiento de similares características, y que la etimología (gr. holos=todo, entero + grafo=escribir) acoja además de la acepción de autógrafo o de puño y letra, la de la «autografía» por algún medio electrónico que garantice la autoría del disponente.

VI. La Ley de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los Libros Segundo y Cuarto del Código civil de Cataluña, y el recurso de inconstitucionalidad núm. 4751-2017, contra diversos preceptos de al día de hoy sin resolver, fundado en cuestiones de competencia en materia de Registros, sin duda, podrá prosperar por invasión del artículo 149 de la CE.

VII. Con todo, conviene destacar que la iniciativa del legislador catalán, resulta especialmente atenta a la realidad digital de un mundo globalizado donde, por voluntad propia, o ajena, el individuo, su imagen y a su honor, quedan expuestos de forma exponencial ante la más plural y anónima de las «audiencias». O por el contrario, de forma voluntaria y en vida, sus planes quedan reservados y en manos de unas claves o huellas digitales de acceso a un teléfono móvil y al círculo de sus redes sociales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a nota a pie de página y de la webgrafía recogida:

- ALBALADEJO GARCÍA (1983). Comentarios a los artículos Sección Décima. *De la revocación e ineficacia de los testamentos*, Tomo IX, Vol 2.º: Artículos 706 a 743 del Código civil, Madrid.
- (1990). Comentario del artículo 672, *Comentarios al Código civil*, Tomo IX, Vol. 1A, Edersa, Madrid.
- ÁLVAREZ LATA (2009). Comentarios a la Sección 2.ª. *De los testamentos en general. Artículos 667 a 675*, *Comentarios al Código civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 3.ª ed., 830-837.
- CLARKE, Richard, A. (2004). *Against all Enemies: Inside America's War on Terror*.
- DÍAZ-FRAILE, Comentario a la RDGRN de 16 de marzo de 2000. Limitación de las facultades de los apoderados generales respecto de los actos dispositivos que hayan de calificarse de personalísimos por afectar a la eficacia de disposiciones testamentarias, *ADC*, 853-877.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2006). *Sistema de Derecho Civil, IV. Derecho de familia y Derecho de sucesiones*, Madrid, 9.ª ed.
- ESPÍN CÁNOVAS (1991). Comentario al artículo 672 del Código civil, en Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch (Dirs.), *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1690-1692.
- FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, L. (2016). La herencia digital, LA @ | septiembre-octubre, *ESCRITURA PÚBLICA*, 23 y sigs.
- GARCÍA HERRERA, V. (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital, *La Ley*, 9284.
- GARCÍA RUBIO (1990). Testamento ológrafo, *CCJC*, 23, 619-630.
- GÓMEZ DE LA SERNA y MANUEL MONTALVÁN (1865). *Elementos del Derecho civil y penal de España*, tomo segundo, Madrid, 7.ª ed.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1988). *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, Barcelona, (reimpresión 1992).

- LASARTE ÁLVAREZ (2017). *Principios de Derecho Civil VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2017, 10.^a ed.
- MARTÍNEZ CALCERRADA (1966). El testamento y su pretendida patrimonialidad, *RDP*, 463.
- MARTÍNEZ ESPÍN (2009). Comentarios a la Sección 3.^a. *De la forma de los testamentos. Artículos 676 a 687* y Comentarios a la Sección 4.^a. *Del testamento ológrafo. Artículos 688 a 693, Comentarios al Código civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 3.^a ed., 838-856.
- MORETÓN SANZ (2018). Comentarios a los artículos 1263 y 1264, *Estudio Sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia*, Francisco Lledó Yagüe, M.^a Pilar Ferrer Vanrell, José Ángel Torres Lana, María José Achón Bruñén (Dirs.), Dykinson, Madrid, 739 y sigs.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1995). *Derecho de sucesiones I*, Barcelona, 2.^a ed.
- SOLÉ RESINA, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo actual, *ADC*, núm. LXXI-II, abril, 417-440.
- TORRES LANA (2004). Forma del negocio y nuevas tecnologías, *RDP*, 489-522.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH), con fecha de 12 de julio de 2018. STC, de 17 de enero de 2019.

TC. Recurso de inconstitucionalidad núm. 4751-2017, contra diversos preceptos de la Ley de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los Libros Segundo y Cuarto del Código civil de Cataluña.

ATC. Pleno. Auto 25/2018, de 20 de marzo de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 4751-2017. Mantiene la suspensión acordada en el recurso de inconstitucionalidad 4751-2017, interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña.

- STS de 9 de junio de 2011
- ATS de 7 de junio de 2011
- STS de 5 de mayo de 2011
- STS de 25 de marzo de 1957
- STS de 5 de junio de 1925
- STS de 30 de junio de 1914
- ATSup de Cataluña (Sala Civil y Penal), de 17 de marzo de 2011
- STSup de Cataluña (Sala Civil y Penal), de 10 de febrero de 2011
- STSup de Cataluña, de 7 de enero de 1993

NOTAS

¹ En la materia sigo especialmente la doctrina sentada por el Profesor LASARTE ÁLVAREZ, en sus *Principios de Derecho Civil*, y las precedentes de los Profesores LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA en sus *Elementos de Derecho Civil* y los clásicos tomos del *Derecho de Sucesiones* de ROCA-SASTRE MUNCUNILL.

² En especial apunta a las singularidades que ostentan ciertos derechos de carácter público que se sustraen del régimen jurídico ordinario por lo que, independientemente de

su condición de personalísimos o no, podrán ser objeto de sucesión. Adicionalmente reitera la inexistencia de lagunas del ordenamiento jurídico, toda vez que la ausencia de normas concretas será suplida por la aplicación de las reglas de la interpretación e integración testamentarias. En cuanto a las lagunas de la ley y del ordenamiento, *vid.*, MORETÓN SANZ, El régimen registral de la tutela preventiva, *RFDUNED*, 2, 2007 y la bibliografía allí citada.

³ *Vid.*, también la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940, destacada por LASARTE, por cuanto concreta que la declaración hecha por el causante de morir intestado constituye una declaración que no puede considerarse otorgamiento estricto de testamento (*op. cit.*, 53). Con ÁLVAREZ LATA, «y los derechos de la personalidad, aunque sí son transmisibles, evidentemente, las acciones, nacidas en vida del causante, que tengan por objeto la reparación del daño causado a tales derechos —en cambio, el resarcimiento por la muerte del causante corresponde a los perjudicados *iure proprio*; no formó parte del patrimonio del causante, por lo que no se transmite a los herederos (SSTS de 17 de febrero de 1956; 7 de diciembre de 1968; 1 de julio de 1981; 29 de mayo de 2001)», *ibídem*.

⁴ *Vid.*, también la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1983 por cuanto declara que «la norma contenida en el artículo 661 del Código civil, del que se deduce en consonancia con el testamento que los demandantes sucedieron a su padre y esposo por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, y al artículo 659 del mismo Cuerpo legal, que integra en la herencia ‘todos los bienes, derechos y obligaciones’ que no se extingan con la muerte de su titular, y aparece como lógica consecuencia, que, como se deduce de la sentencia de esta Sala de 12 de mayo de 1959, las obligaciones y los derechos nacidos de vínculos contractuales, salvo los supuestos de ser personalísimos o de prohibirlo el pacto o la Ley —no concurrentes en el caso ahora contemplado— se transmiten a los herederos de los contratantes, pudiendo, por lo tanto, ejercitarlas en juicio, no solo de forma conjunta por todos los herederos, como ocurrió en la litis de que dimana este recurso, sino también cualquier heredero en provecho de la herencia (STS de 26 de junio de 1948)». En cuanto a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1998, reitera la línea jurisprudencial al decir: «El principio general de que nadie puede transmitir o disponer de aquello que no es suyo (*nemo plus iuris transfert quam habet; nemo dat quod non habet*) tiene su plasmación concreta en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que a la sucesión hereditaria en general se refiere, en el artículo 659 del Código civil, que circunscribe la herencia de todo causante a los bienes, derechos y obligaciones que integren su patrimonio y que no se extingan por su muerte, y por lo que a la testamentaria en particular concierne, en los artículos 667 y 668 del mismo Cuerpo legal, que facultan a toda persona a disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos, a título de herencia o de legado. Asimismo, como aplicación más concreta de dicho principio general, la partición que, como una más de las clases o formas de partición hereditaria, puede hacer el propio testador, conforme al artículo 1056 del mismo Código civil, presupone necesariamente, como requisito condicionante de la validez y eficacia de la misma, que se refiera a bienes que formen parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto cuando habla de ‘la partición de sus bienes’, sin que, por tanto, pueda referirse o comprender bienes que no sean de su pertenencia».

⁵ Sucesivas resoluciones ratifican esta visión, concretándose cada supuesto discutido; así también la STS de 7 de mayo de 2007 sobre la intransmisibilidad *mortis causa* del derecho a la subrogación prevista en la LAU.

⁶ *Vid.*, el *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 21 de septiembre de 2018*, que como declara en su Exposición de Motivos: «La presente reforma del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro Civil pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica», El artículo 695 pasa a tener la redacción que se indica: «El testador expresará oralmente,

por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al notario. Redactado por este el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos. Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad».

⁷ Sobre el artículo 1263, del Código civil, *vid.*, por la autora de estas líneas, *Estudio Sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia*, Francisco Lledó Yagüe, M.^a Pilar Ferrer Vanrell, José Ángel Torres Lana, María José Achón Bruñén (Dirs.), Dykinson, Madrid, 2018, 739 y sigs.

⁸ «Pueden otorgar testamento ológrafo quienes sean mayores de edad».

⁹ Artículo 2. Interés superior del menor. 1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor. 2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. 3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) La edad y madurez del menor. b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante. c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo. d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.— Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente,

conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara. 4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.—En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.— Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados. 5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente. b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados. c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas. e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.

¹⁰ Podemos señalar dos preceptos más en la materia, referidos uno al idioma del testamento donde la norma de reenvío remite a la legislación en materia de lenguas en el territorio foral, y la otra sobre la inutilización del testamento ológrafo, donde la ausencia de firma que ratifique las enmiendas, provocará la ineficacia del testamento. Así el artículo «412.1. Los testamentos notariales podrán redactarse en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas de Aragón que los testadores elijan. Si el autorizante o, en su caso, los testigos o demás personas intervinientes en el otorgamiento no conocieran la lengua o modalidad lingüística elegida, el testamento se otorgará en presencia y con intervención de un intérprete, no necesariamente oficial, designado por los testadores y aceptado por el autorizante, quien deberá firmar el documento. 2. Igualmente, los testamentos cerrados y los ológrafos podrán otorgarse en cualquier lengua o modalidad lingüística de Aragón». Por su parte, el artículo 436 «inutilización del testamento ológrafo. El testamento ológrafo se presume revocado si aparece rasgado o inutilizado, o aparecen borradas, raspadas o enmendadas sin salvar las firmas».

¹¹ Según su publicación en el BOE 198, de 7 de agosto de 2008, que es la que usamos y también publicada en el Diario Oficial de Cataluña número 5175, de 17 de julio de 2008.

¹² La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1957, desestima el recurso y declara sobre su contenido que «desconoce el recurrente que por obra de una evolución interpretativa que en el momento actual ya está consumada, es aplicable en territorio catalán, sin restricción alguna, el artículo 668 del Código civil, y está consagrada la vigencia del testamento ológrafo por un lento y progresivo proceso de adaptación que recogió, sin fuerza general vinculante la jurisprudencia local y que después ha tenido expresión perfecta en las sentencias de este Tribunal de 31 de marzo de 1917, y de 26 de junio de 1929, y más recientemente en la de 22 de junio de 1948, que después de referirse a las fases de este interesante proceso evolutivo y a los motivos determinantes de la evolución, declara una vez más el testamento ológrafo forma válida de testar en los territorios de Derecho Foral sin restricción de lugar, ni de contenido, ni más requisitos formales que los recogidos por el Código civil para ese testamento». Y en cuanto a la cronología de la redacción de las memorias y el testamento sigue en los siguientes términos: «identificadas las memorias testamentarias con el testamento ológrafo por obra de lo dispuesto en el artículo 672 del

Código civil, cuanto se ha dicho en relación con aquel, es aplicable en Cataluña a esta clase de disposiciones, y en segundo que si por el contrario, se reputase que la llamada memoria testamentaria, tiene más semejanza con el codicillo romano, entonces su validez conforme a la legislación aplicable, ni exigiría ninguna solemnidad de forma, cuando está confirmada por el testamento, ni requeriría para su validez la obligada sucesión cronológica de que el recurrente parte para mantener su tesis adversa a la validez».

¹³ *Vid.*, Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). (Diario Oficial de la Unión Europea L 119 de 4 de mayo de 2016).

¹⁴ *Vid.*, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS XII LEGISLATURA Serie A: Proyectos de Ley, 9 de octubre de 2018, núm. 13-3, 1 (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Informe de la Ponencia).

¹⁵ FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, Luis, La herencia digital, LA @ | septiembre-octubre 2016, *Escritura Pública*, 23 y sigs.

¹⁶ Y en este caso, nada mejor que recurrir al periodismo digital, donde nos dan una visión de esta norma: La vida 'online' de los fallecidos será accesible para sus herederos. La ley de protección de datos que tramita el Congreso prevé el derecho de los deudos a gestionar o suprimir el contenido digital salvo que el difunto lo hubiera prohibido. Laura DELLE FEMMINE, Madrid 4 de octubre de 2018, 21:49 CEST (...) La nueva Ley (...) que está previsto que se publique a finales de año en el BOE, reconoce por primera vez el derecho al testamento digital. El informe de la ponencia consensuada por todos los grupos, al que ha tenido acceso EL PAÍS, establece que los herederos o las personas vinculadas al fallecido puedan dirigirse a la compañía que posea estos datos, sean plataformas de redes sociales o empresas que se dedican a otros servicios, para gestionar la información de sus deudos. Esta disposición, que supone un avance en el reconocimiento de lo digital como algo cotidiano y omnipresente levanta, sin embargo, ciertas dudas en el mundo jurídico. Paloma LLANEZA, abogada especializada en nuevas tecnologías, destaca que la posibilidad de que personas cercanas al fallecido puedan gestionar la huella personal que ha dejado en Internet puede suponer problemas relacionados con el derecho a la intimidad del difunto. —¿Quién decidirá por mí cuando yo no pueda hacerlo?— La última voluntad digital. «No creo que la muerte deba de dar derecho a los herederos a acceder a conversaciones privadas, gustos, fotos, relaciones, preocupaciones o pensamientos que no son de su incumbencia», opina la letrada: «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». La medida establece que herederos o familiares puedan decidir sobre el futuro de la información digital del fallecido, solicitarla, eliminarla o modificarla, siempre y cuando este no lo hubiese prohibido expresamente. Asimismo, el texto establece que se pueda nombrar a una persona encargada o albacea que gestione esta herencia digital, algo que ya se venía haciendo aunque no estuviese explícitamente regulado. «No hay un testamento digital en contraposición a un testamento analógico», aclara Luis FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, decano del Colegio Notarial de Castilla-La Mancha, quien subraya que podría haber un conflicto con la ley orgánica que protege el derecho al honor. Este fedatario asegura que ya ofrece a sus clientes la posibilidad de decidir sobre el futuro de sus perfiles y datos digitales cuando acuden a su oficina para testar, una posibilidad que no estaba reconocida ni prohibida. Cataluña es la única comunidad que ha aprobado una ley de voluntades digitales vigente desde el año pasado. La norma reconoce la figura del heredero digital y dispone la creación de un registro electrónico de voluntades digitales. «Pero el testamento siempre prevalece sobre este documento», explica Ángel SERRANO, notario de Barcelona y vocal en la Comisión General de Codificación de la Generalitat: «Era algo que ya se podía hacer en el testamento, pero ahora se ha dejado constancia». SERRANO explica, sin embargo, 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. «Suelen ser personas mayores las que hacen testamento», asegura, y añade que el registro electrónico de voluntades digitales es

una herramienta pensada sobre todo para los más jóvenes que tienen una intensa actividad en Internet pero que todavía no tienen pensado testar, algo que en España no es costumbre siquiera entre la población de más edad. Borrar el perfil. La medida relativa al testamento digital está incluida en un nuevo título, dedicado a la garantía de los derechos digitales, que recoge en su casi totalidad la enmienda del PSOE. Decreta que los requisitos y condiciones para que quede acreditada la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones serán establecidos a través de real decreto, pero que las comunidades con derecho civil, foral o especial propio, regirán sobre la materia dentro de su ámbito de aplicación. Las principales plataformas digitales ya cuentan en sus términos de uso con la posibilidad de que los familiares decidan sobre las cuentas de sus fallecidos. Facebook, por ejemplo, ofrece dos alternativas: borrar el perfil del difunto o mantener su recuerdo creando un perfil conmemorativo. También Twitter contempla la posibilidad de solicitar la eliminación del perfil del usuario por una persona autorizada. Pero pone como condición que en ningún caso proporcionará acceso a la cuenta de otra persona, independientemente de la relación que se tenga con el fallecido. La abogada LLANEZA explica que el derecho sucesorio vigente en España, que sigue siendo prácticamente el mismo desde el derecho romano y los fueros locales, se basa en la gestión del patrimonio y los derechos económicos del difunto, «pero no de la reputación o el derecho a mantener como privado o no conocido los entresijos del carácter o de las relaciones de una persona». Por ello, explica, ni antes la Ley Orgánica de Protección de Datos ni ahora el reglamento europeo que empezó a aplicarse en España el pasado mayo gestionan adecuadamente estas situaciones. «El fallecido pierde sus derechos con la muerte», concluye. Una obra entera e inédita almacenada en la nube «¿Qué pasa si un escritor se muere y una obra inédita que ha escrito se queda en la nube? ¿O un ingeniero que deja los planos industriales de un nuevo proyecto?», se pregunta el notario Luis FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS. «Es siempre el heredero quien tiene derecho a todo», zanja. El fedatario lamenta que la disposición que reconoce el derecho al testamento digital en el nuevo proyecto de ley orgánica de protección de datos que tramita el Congreso no distinga de manera clara entre legítimos sucesores y terceros que puedan acceder al contenido digital dejado por el difunto. «¿Solo se habla de redes sociales o también del resto?», insiste. Porque la muerte llega para todos. Para músicos como Charles AZNAVOUR, quien falleció hace pocos días, o para artistas como FORGES, que se fue en enero. El problema, insiste FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, es que la disposición del nuevo texto habla de personas vinculadas al fallecido por razones tanto familiares como de hecho, sin especificar en ningún momento el orden sucesorio que establece el derecho civil. «Si se presenta tanto el heredero como la pareja de facto para solicitar el acceso a los datos digitales, ¿a quién creo? Puede tener una trascendencia económica importante y tocar una larga lista de derechos y variables», insiste FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS. El notario reconoce que esta medida responde a una evidente necesidad y demanda social en un mundo cada vez más conectado, pero a la vez añade que hace falta una evolución: «Creo que las herramientas que tenemos ahora son suficientes, y que es un error distinguir el testamento analógico del digital». Artemi RALLO, exdirector de la Agencia Española de Protección de Datos y diputado del PSOE, ha sido uno de los impulsores de la enmienda que ha introducido el nuevo título dedicado a la garantía de los derechos digitales en la ley de protección de datos pendiente de aprobar. Aclara que, aunque el texto hable de testamento, no se refiere exactamente al documento que se conoce con este nombre. «Hay dos artículos clave, uno enfocado a los datos personales y otro que se proyecta a los servicios de Internet: el primero habilita a sucesores para dirigirse a cualquier base de datos, y el segundo proyecta este mismo concepto a las redes sociales», explica. El diputado socialista insiste en que el testamento digital que contempla el nuevo proyecto de ley no es una norma que tenga la ambición de completar el Código civil. «Lo que hace es regular como familiares de facto o de *iure* puedan activar la posibilidad de acceder a una base de datos y decidir el destino de ese contenido», añade. «Es cierto que hay una intersección, pero no hay ninguna implicación que atañe a otros ámbitos».

¹⁷ Recurso planteado en relación con: los artículos 6, 8, 10, 11 y la disposición final 1 de la Ley 10/2017, de 27 de junio; los artículos 411-10.3 b), 421-24.1 y las disposiciones adicional 3 y final 5 de la Ley 10/2008, de 10 de julio; Corrección de errores del Recurso

de inconstitucionalidad núm. 4751-2017, contra diversos preceptos de la Ley de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los Libros Segundo y Cuarto del Código civil de Cataluña: Donde dice: «disposición adicional primera de la Ley 10/2017, de 27 de junio», debe decir: «disposición final primera de la Ley 10/2017, de 27 de junio». Donde dice: «26 de mayo de 2017», debe decir: «26 de octubre de 2017».

¹⁸ Grundsatzurteil: Angehörige müssen Zugang zu Online-Konten erhalten, <https://www.phoenix.de/digitales-erbe-a-312017.html> en https://www.youtube.com/watch?time_continue=14&v=i_EyYqVYNz4 con la reproducción oral de la resolución por SS.^a Richter Ulrich Herrmann; otras notas <https://www.berliner-kurier.de/berlin/kiez---stadt/bgh-urteil-berliner-eltern-gewinnen-gegen-facebook-30947772>

¹⁹ SOLÉ RESINA, Judith, Las voluntades digitales: marco normativo actual, *ADC*, núm. LXXI-II, abril de 2018, 417-440.

²⁰ Berlín, Reuters, Información de Riham ALKOUSAA; Traducido por Alba CALEJERO en la redacción de Madrid; <https://es.reuters.com/article/entertainmentNews/idESKB-N1K21F6-OESEN> (fecha de consulta noviembre de 2018); *vid.*, también <https://www.dw.com/es/alemania-los-herederos-deben-tener-acceso-a-cuenta-de-facebook/a-44645462>; <https://www.playgroundmag.net/now/Facebook-deniega-cuenta-adolescente-padres-22595141.html>; <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/05/31/592eba09e5fdea18068b45b9.html>

²¹ <https://www.playgroundmag.net/now/Facebook-deniega-cuenta-adolescente-padres-22595141.html> (CONSULTADO 15/11/2018). <https://cnnespanol.cnn.com/2016/04/02/un-padre-le-suplica-a-apple-que-desbloquee-el-iphone-de-su-hijo-fallecido/> Un padre le suplica a Apple que desbloquee el iPhone de su hijo fallecido. Leonardo FABBRETTI y su hijo DAMA. Por David GOLDMAN, *CNNMoney* 11:52 ET (16:52 GMT) 2 de abril de 2016. El hijo de Leonardo FABBRETTI, DAMA, falleció en septiembre de 2015 a los 13 años. DAMA le había dado a FABBRETTI acceso a su iPhone 6 con su huella digital pero el teléfono se reinició. El hombre desconoce la clave de acceso de su hijo; Apple no ha podido ayudarlo. (*CNNMoney*). Leonardo FABBRETTI está suplicando a Tim COOK que le permita ver las fotos almacenadas en el iPhone de su hijo ya fallecido. El arquitecto italiano le envió una carta a Cook el 21 de marzo. El equipo de servicio al cliente de Apple ha expresado su simpatía, y ha tratado, sin éxito, de ayudar a FABBRETTI a desbloquear el iPhone. La noticia fue reportada inicialmente por AFP, y una fuente con conocimiento del caso le confirmó la historia a *CNNMoney*. El hijo de FABBRETTI, DAMA, quien fue adoptado en Etiopía en 2007, falleció en septiembre de 2015 a los 13 años. DAMA sufría cáncer de huesos. DAMA le había dado a FABBRETTI acceso a su iPhone 6 al registrar su huella digital en el software Touch ID del teléfono. Sin embargo, FABBRETTI dice que el teléfono se reinició, lo que le impidió que usara el sistema Touch ID para ingresar. Desconoce la clave de acceso de su hijo. FABBRETTI quiere ingresar al teléfono para poder ver las fotos, anotaciones y otros mensajes que le ayudarán a recordar a DAMA. «No me nieguen los recuerdos de mi hijo», escribió FABBRETTI en su carta a COOK. «Pelearé para tener los dos últimos meses de fotos, pensamientos y palabras almacenadas en su teléfono». Ccelebrite, una empresa forense israelí que podría haber ayudado al FBI a desbloquear el teléfono de FAROOK ha ofrecido ayudar a FABBRETTI a ingresar al teléfono de manera gratuita, de acuerdo con AFP. Si no tienen éxito, los recuerdos de DAMA, almacenados en su iPhone, podrían perderse para siempre. FABBRETTI dice que Apple debe pensar en todo el daño colateral que su nueva política ha causado. «Creo que lo que ha pasado debe hacerte pensar en la política de privacidad adoptada por tu compañía», escribió FABBRETTI. «Aunque comparto en general tu filosofía, creo que Apple debe ofrecer soluciones para casos excepcionales, como el mío». Un portavoz de Apple no quiso hacer comentarios. La pelea de FABBRETTI ha durado meses. Contactó a Apple por primera vez el mes en el que su hijo falleció. A través de varias conversaciones el personal de soporte de Apple hizo lo que pudo, incluso intentó obtener los datos de iCloud, pero DAMA no hizo una copia de seguridad en iCloud. Finalmente, Apple le dijo que era imposible desbloquear el teléfono sin la contraseña. Apple ha hecho que sea prácticamente imposible que sus más recientes iPhones y software sean objeto de ataques cibernéticos. Han sido diseñados de tal manera que solo el dueño pueda ingresar a ellos. Otras compañías tecnológicas han tenido incidencias similares y han desarrollado soluciones innovadoras para abordar el problema de las cuentas bloqueadas de los seres queridos que

han fallecido. Google permite a sus clientes asignar a un beneficiario para que reciba acceso a sus cuentas después de que fallezcan. Después de un tiempo determinado de inactividad en la cuenta, Google tratará de contactar al cliente. Si él o ella no responden dentro de determinado plazo, Google le permitirá acceso al beneficiario. Facebook, de manera similar, permite que los seres queridos tomen el control de las cuentas de los clientes fallecidos. Las personas pueden asignar contactos herederos para administrar sus cuentas después de la muerte. Apple no tiene una política similar para los iPhones, su software o iCloud.

²² Apple niega al FBI acceso al iPhone del tirador de San Bernardino. Tim Cook rechaza la orden de una juez al considerar que es un «paso sin precedentes» que «amenaza la seguridad» de sus clientes. Rosa JIMÉNEZ CANO San Francisco, 17 de febrero de 2016, 23:13 CET. Una jueza federal de Estados Unidos ha ordenado a Apple que ayude al FBI a desbloquear y acceder al teléfono iPhone usado por uno de los dos autores del tiroteo de diciembre en San Bernardino (California), en el que murieron 14 personas. Los investigadores creen que el iPhone contiene información que puede resultar crucial para las pesquisas. La compañía se opone a la orden, que define «un paso sin precedentes» y que considera «una amenaza para la seguridad» de sus clientes. De acuerdo con la orden emitida por la magistrada Sheri PYM, Apple deberá proveer al FBI de «asistencia técnica razonable» para acceder al dispositivo móvil. Lo que fundamentalmente se traduce en «piratearlo» para desactivar el sistema de seguridad que elimina los datos del teléfono si no se introduce el código correcto tras varios intentos.

²³ CLARKE, Richard A., *Against all Enemies: Inside America's War on Terror*, 2004.