

#### 1.4. Sucesiones

## La herencia digital y analógica es una, como lo es el heredero de patrimonio digital: cuestiones sobre la inexistencia del testamento digital y la confusa oferta de contratos de servicio *on line* sobre voluntades digitales

*Identity of the digital and analogical will and the digital estate successor: the inexistence of the digital will and the on-line contract of service on the digital intentions*

por

M.<sup>a</sup> FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora de Derecho civil y Defensora Universitaria UNED

**RESUMEN:** A la luz de la jurisprudencia señera sobre el tipo de acciones o derechos y su transmisibilidad, el denominado «testamento digital» o, por mejor decir, «voluntades digitales», es parte del contenido no patrimonial —y cómo no, incluido el que es evaluable patrimonialmente—, susceptible de ser recogido en unas disposiciones testamentarias. En este punto, no se ajusta a derecho la expresión «testamento digital», pudiendo inducir a confusión a consumidores y usuarios en el intercambio de prestaciones con una empresa, donde el contrato de prestación de servicios *on line* consista en la gestión presente y futura de su huella digital en su conjunto. Y ello teniendo en cuenta que esta «herencia digital», hipotéticamente integra cierto tipo de contratos o relaciones previas, en las que el usuario ha suscrito acuerdos de carácter personalísimo y, que por tanto, no son ni transmisibles por razón de fallecimiento, ni gestionables por un operador de esta naturaleza.

**ABSTRACT:** According to the case law on the type of shares or rights and the qualities of their transferability, the so-called «digital will» or, to be exact, «digital intentions», is part of the non-proprietary content that can be included in a will. The expression «digital will» is neither in any case nor in conformity with the law, as it may confuse consumers and users as subjects in the interchange of services with a company where the online service supply contract consists of the present and the future management of their entire digital heritage. Moreover, this considering that there are certain types of contracts or previous relationships, in which the user has signed agreements of a strictly confidential and personal nature, therefore, are not transmissible by death, nor can be managed by an operators such as this one.

**PALABRAS CLAVE:** Testamento digital. Elementos sucesorios. Huella digital. Contrato de prestación de servicios.

**KEY WORDS:** *Digital will. Components of heredity. Digital fingerprint. Service provision contract.*

**SUMARIO:** I. PREÁMBULO SOBRE EL ÁMBITO DEL FENÓMENO SUCESORIO Y EL CONTENIDO DEL CAUDAL HEREDITARIO: 1. LOS ARTÍCULOS 657 Y 661 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA CONSTANTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE DERECHOS Y OBLIGACIONES TRANSMISIBLES E INTRANSMISIBLES. 2. DERECHOS Y TÍTULOS QUE NO FORMAN PARTE DEL CAUDAL RELICTO.—II. TITULARIDAD Y TENENCIA DE CONVERSACIONES PRIVADAS, SMS Y LA PUBLICIDAD DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: NO CABE DISTINGUIR ENTRE HERENCIA DIGITAL Y ANALÓGICA Y NO HABRÁ HEREDERO DE PATRIMONIO DIGITAL DISTINTO DEL HEREDERO DEL PATRIMONIO ANALÓGICO, PORQUE LA HERENCIA ES UNA SOLA.—III. LAS VOLUNTADES DIGITALES SEGÚN LAS PRESCRIPCIONES DE LA LEY ORGÁNICA 3/2018: 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 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES: A) *El texto y su futuro desarrollo.* B) *Notas sobre su contenido: el legislador de nuevo quiere aventurar más allá del Reglamento europeo y añadir elementos novedosos.* C) *Oferta on line: prestación de servicios.* D) *Potenciales contenidos de la «herencia digital».* 3. LA INEXISTENCIA DE UN TESTAMENTO DIGITAL Y LA CONFUSIÓN QUE AFECTA AL CONSENTIMIENTO DE AQUELLOS USUARIOS QUE SUSCRIBAN *ON LINE* ESTOS NEGOCIOS. 4. 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. UNA MENCIÓN A LA BIOMETRÍA.—V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

- I. PREÁMBULO SOBRE EL ÁMBITO DEL FENÓMENO SUCESORIO Y EL CONTENIDO DEL CAUDAL HEREDITARIO
1. LOS ARTÍCULOS 657 Y 661 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA CONSTANTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE DERECHOS Y OBLIGACIONES TRANSMISIBLES E INTRANSMISIBLES

Para sistematizar de forma convencional estas reflexiones preliminares, resulta preceptivo reiterar la mejor doctrina y la tradicional disección del fenómeno de la herencia y su contenido, donde cabe singularizar hasta tres elementos constitutivos<sup>1</sup>. Desde esta perspectiva, el denominado elemento personal apela al causante o al sucesor, frente a los formales que incumben al título sucesorio y, en su caso, a la aceptación de la herencia. Finalmente, la visión estática de la herencia, integra los elementos reales por cuanto está constituido por el conjunto de bienes y derechos susceptibles de ser heredados<sup>2</sup>.

En nuestro Derecho común, el denominado aspecto estático o contenido de la herencia y la propia transmisibilidad de derechos y obligaciones del causante, está previsto, en dos preceptos esenciales. Es el caso del artículo 657 que concreta que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte» y, a mayor abundamiento, el artículo 661, al declarar que «los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones»<sup>3</sup>.

Sea como fuere, esta tradicional perspectiva doctrinal sobre los elementos hereditarios y su interpretación por parte de la doctrina jurisprudencial en cuantas controversias reclaman su aplicación, se ratifica —cuando menos por el momento— ayuna de fisuras reseñables. La herencia es una, sin que la naturaleza de los bienes, derechos y obligaciones del causante, quebrante esta perspectiva. Cuestión distinta o condigna a esta afirmación es la de que, de aquellos bienes del causante, alguno de ellos estuviese dotado de la categoría de personalísimo, circunstancia esta última que, por su identidad jurídica, supondría la inmediata exclusión de la potencial transmisibilidad a sus legitimarios, mediado o no «albacea digital».

De modo que la intransmisibilidad, emana de aquella cualificación adjetiva y sus consecuencias imbricadas de forma inseparable. Así y como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1981, «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».*

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1983 advierte 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 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, ejercitárlas 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)»<sup>4</sup>.

## 2. DERECHOS Y TÍTULOS QUE NO FORMAN PARTE DEL CAUDAL RELICTO

En defecto de norma específica que resuelva la concreta transmisibilidad de un bien o un derecho, habremos de atender las reglas de interpretación testamentaria, siendo la universal, la que declara la intransmisibilidad de los que sean

personalísimos, así como la transmisibilidad de obligaciones y derechos nacidos de vínculos contractuales.

De lo dicho se sigue que no opere el fenómeno sucesorio en ciertas circunstancias de hecho, destacando ROCA SASTRE entre estos supuestos, las que afectan al propio cadáver del causante y la propiedad funeraria, como «los títulos nobiliarios, pues su sucesión se rige por normas especiales en las que impera el *ius sanguinis* y, a veces el *ius matrimonii*». En idéntica línea se pronuncia LA-CRUZ BERDEJO, Maestro de maestros, quien incluye a dichos títulos nobiliarios entre los que no pertenecen a la herencia, al tratarse de uno de los supuestos de «derechos del causante que siguen existiendo en el momento de fallecer este, pero que tiene vida propia y no forman parte del caudal relicto»<sup>5</sup>.

Consecuencia directa de lo anterior es que hayamos de apelar a la noción clásica de patrimonio y la masa patrimonial, compuesta por los bienes —de la naturaleza que sea— de titularidad de un sujeto e incluidas, a mi juicio, las deudas habidas y de las que resulte asimismo sujeto pasivo quien ostente la titularidad de dicha masa patrimonial<sup>6</sup>. No parece que haya contradicción alguna si afirmamos que en él se incluye, en sentido estricto, el que se denomina patrimonio digital de la persona física individual<sup>7</sup>. Como veremos en líneas posteriores, así lo ratifica la constante línea jurisprudencial.

En cuanto a la alegada noción de patrimonio digital, de conformidad a la UNESCO; «El patrimonio digital está formado por los materiales informáticos de valor perdurable dignos de ser conservados para las generaciones futuras, y que proceden de comunidades, industrias, sectores y regiones diferentes. No todos los materiales digitales poseen valor perdurable, pero los que lo tienen exigen metodologías de conservación activas para mantener la continuidad del patrimonio digital.

En los documentos de la UNESCO, el patrimonio se define como nuestra herencia del pasado, nuestros bienes actuales y lo que legamos a las generaciones futuras. El patrimonio es, o debería ser, algo que se transmite de generación en generación porque se valora.

La noción de patrimonio cultural es conocida: se trata de aquellos lugares y objetos tangibles e intangibles que poseen valor cultural, histórico, estético, arqueológico, científico, etnológico o antropológico para determinados grupos o individuos. También el concepto de patrimonio natural es muy familiar: características físicas, biológicas o geológicas, hábitats de especies de la flora o la fauna y zonas que poseen valor por razones científicas o estéticas, o desde el punto de vista de la conservación».

Ciertamente, esta noción sobrepasa al propio individuo, si bien deberíamos tenerla en cuenta, si el objeto controvertido del causante fuese, por ejemplo, una novela, el poemario, los ensayos u otras creaciones científicas, artísticas o literarias, que el disponente y creador hubiese podido gestionar a través de un representante de sus derechos patrimoniales en un depósito digital. Es más, transitando en el presente futuro creativo y superando la actual perspectiva estricta de las obras del espíritu humano —si el legislador, prudentemente, elabora una enumeración *ad exemplum* de lo que pueda considerarse creación<sup>8</sup>—, no será quien redacta estas líneas la que no se atreva a traspasar los límites de las actuales formas creativas. En estos supuestos que transciende al creador en sí, cuyo valor es representativo de capital cultural, cabrá aplicar sin duda alguna, la noción que nos proporciona la UNESCO. En otros supuestos, como los que podremos dilucidar a continuación, la relevancia con el fin de acreditar el contenido de algunos intercambios puramente coloquiales realizados a través de

medios de comunicación electrónica; intercambios de los que se pueden inferir conductas delictivas, contrarias, por tanto al orden público, u otras controversias «menores», no solo ante su capital entidad para sus actores, sino en el estricto sentido de carecer de perspectivas de profundidad para futuras generaciones<sup>9</sup>.

Empero y aunque no sea este el lugar y momento para reverdecer el debate sobre la Propiedad Intelectual como Derecho especial, en tanto en cuanto recae sobre bienes calificados de inmateriales y duración determinada, excepción hecha sobre el reconocimiento de la autoría de la obra o su integridad<sup>10</sup>, conviene reiterar su condición de Propiedad y como tal, dotada del derecho de uso y disfrute del bien inmaterial sobre el que recae<sup>11</sup>. Dadas las características de los derechos morales, lo cierto es que esta especialidad impide que formen parte de la masa patrimonial hereditaria ordinaria.

En definitiva y a la vista de cuanto se acaba de decir, para fijar el ámbito objetivo de la sucesión, resulta presupuesto jurídico fundamental tener presente, de nuevo, el inmanente artículo 659 del Código Civil, toda vez que asevera que «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte». De este modo, el Prof. HERNÁNDEZ GIL, con su claridad prística afirmaba que, distinto de los derechos de la personalidad, las relaciones obligatorias «predominantemente» transmisibles, derechos reales o los derivados de las relaciones familiares, «los llamados derechos morales de autor no se transmiten. Son consustanciales a la persona del autor. Los derechos patrimoniales de autor sí son transmisibles conforme a la Ley de 10 de enero de 1879, aunque no ilimitadamente. El derecho de autor subsiste ochenta años después de la muerte del autor y durante este tiempo corresponde a los herederos. transcurridos los ochenta años, se extingue»<sup>12</sup>.

## II. TITULARIDAD Y TENENCIA DE CONVERSACIONES PRIVADAS, SMS Y LA PUBLICIDAD DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: NO CABE DISTINGUIR ENTRE HERENCIA DIGITAL Y ANALÓGICA Y NO HABRÁ HEREDERO DE PATRIMONIO DIGITAL DISTINTO DEL HEREDERO DEL PATRIMONIO ANALÓGICO, PORQUE LA HERENCIA ES UNA SOLA

Corresponde revisar algunos pronunciamientos judiciales, especialmente aclaratorios, con el añadido de que proceden tanto del orden civil como del penal, en los que como indica la intitulación del epígrafe, no cabe distinguir entre herencia digital y analógica y no habrá heredero de patrimonio digital<sup>13</sup> distinto del heredero del patrimonio analógico, porque la herencia es una sola<sup>14</sup>.

Así, la STS de la Sala de lo Penal, siendo Ponente CONDE-PUMPIDO TOURÓN, 26 de noviembre de 2014; seguida en su interpretación teleológica por muchas otras. Ventila esta resolución, la sentencia impugnada, dictada por la Sección Primera de la AP de Palma de Mallorca con fecha 18 de febrero de 2014, condenatoria a los recurrentes por delito contra la salud pública, inducción a la prostitución y corrupción de menores. Frente a ella se alzan los recursos interpuestos los dos primeros por las acusaciones particulares, y los seis restantes por las representaciones de los condenados.

Con carácter preliminar, hemos de tener en cuenta, tanto la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, como a la propia Circular de la Fiscalía General 3/2019. Dicha LO atempera y regula, como era esperado por doctrina y jurispru-

dencia la intervención de las comunicaciones telemáticas, si bien, por su importancia, hemos de remitirnos a las resoluciones que recogemos a continuación por la especial relevancia que adquieren en la comprensión de nuestra materia.

La antedicha resolución del Tribunal Supremo, desestima el recurso de los condenados y, por cuanto atañe a esta materia, en su Fundamento de Derecho octavo precisa, «la intervención de las comunicaciones telemáticas carece de regulación legal expresa en nuestro ordenamiento procesal penal, que es preciso subsanar con la máxima urgencia, dada la relevancia de los derechos fundamentales e intereses generales en conflicto. La doctrina jurisprudencial ha realizado un considerable esfuerzo para subsanar este déficit, que afecta a la calidad democrática de nuestro sistema de investigación penal, por la vía de la *asimilación de las comunicaciones telemáticas al régimen de las intervenciones telefónicas*, lo que implica, con carácter general, la exigencia de autorización judicial sujeta a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad necesidad y proporcionalidad de la medida. En el caso actual, sin embargo, no nos encontramos ante este supuesto. La prueba de cargo que fundamenta la condena del recurrente no procede de la intervención de sus comunicaciones telemáticas, sino de una intervención telefónica acordada judicialmente por auto de 17 de enero de 2012, y debidamente motivada por remisión a un oficio policial previo (...)»<sup>15</sup>.

En consecuencia, no cabe estimar que las pruebas derivadas de la intervención telefónica y del registro domiciliario posterior están antijurídicamente conectadas con la obtención de los SMS del terminal telefónico de Tamara, pues la base fáctica relevante para acordar judicialmente dicha intervención telefónica procede de una fuente de prueba independiente, irreprochable constitucionalmente, como lo es la declaración testifical de Santiago, y el número telefónico del traficante, una vez identificado, podría haber sido obtenido policialmente por otras vías, como es habitual.

NOVENO.— En cualquier caso, *tampoco cabe estimar que los SMS aportados por los padres de la joven y obtenidos de su terminal telefónico una vez fallecida la menor, constituyan una prueba ilícita. Las copias de los mensajes recibidos y transmitidos por la menor, que pueden ser borrados del terminal una vez leídos pero fueron guardados, equivalen a la correspondencia que pueda ser conservada por la menor entre sus papeles privados*. Están obviamente amparados por su derecho constitucional a la intimidad, pero una vez fallecida no son inmunes al acceso por parte de sus herederos legítimos, que conforme a lo dispuesto en el artículo 661 del Código Civil suceden al fallecido, por el solo hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones.

Incluso en aquellos derechos personalísimos, que no se transmiten a los herederos, estos sí suceden al fallecido en el ejercicio de las acciones para su defensa (derecho moral de autor, protección civil del honor, intimidad, imagen, etc.), lo que les faculta para acceder de forma proporcionada a la documentación de sus comunicaciones (correspondencia, correos electrónicos o telemáticos, conversaciones grabadas, etc.) en la medida en que sean necesarios para la defensa de sus intereses, incluido obviamente, para ejercitar las acciones procedentes para la reparación de los daños causados al fallecido, tanto en el ámbito civil como en el penal.

En consecuencia, no concurre vulneración alguna del derecho a la intimidad, tanto de la menor (ya fallecida) como del recurrente, por el hecho de que los sucesores legítimos de la joven accediesen a su documentación privada para conocer a los responsables de haberle proporcionado las drogas que acabaron ocasionando su muerte, y en su caso para promover el castigo de los responsables»<sup>16</sup>.

Por tanto y «desde la perspectiva del derecho a la intimidad, no constituye una injerencia inconstitucional el *acceso proporcional de los padres de la menor fallecida, en su condición de sucesores legítimos en todos sus bienes, derechos y obligaciones, a sus documentos privados*. Y desde la perspectiva del derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente, es sabido que el artículo 18 CE no garantiza el secreto de los pensamientos que una persona ha transmitido a otra, por lo que el receptor es libre de transmitir estas comunicaciones a terceros. Y en consecuencia, los sucesores legítimos del receptor, titulares de todos sus derechos y obligaciones, pueden asimismo acceder y hacer un uso legítimo y proporcionado de dichas comunicaciones, sin por ello vulnerar ningún precepto constitucional»<sup>17</sup>.

Por su parte, la SAP de Jaén, de 13 de abril de 2021, dictada contra el auto de sobreseimiento provisional del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 1 de Cazorla, de fecha 5 de enero de 2021, en las DP 92/2020, declara: «La presente causa se inicia en virtud de denuncia presentada por D.<sup>a</sup> Benita contra su hermano D. Alfredo, relatando que fallecida la madre de ambos, el denunciado accedió sin consentimiento de la denunciante a conversaciones privadas mantenidas entre su fallecida madre y la propia denunciante a través de la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp, que levantó acta de los mismos y los presentó en un procedimiento judicial civil».

«1. La madre de ambas partes, denunciante y denunciado, falleció el 25 de junio de 2019. 2. Que tanto denunciante como denunciado son herederos de la misma. 3. No resulta acreditado, puesto que se discute entre las partes, que entre los bienes que se integran dentro del caudal hereditario deba de incluirse el teléfono móvil que la causante utilizaba. Así tanto el investigado como el Ministerio Fiscal entienden que es propiedad del propio investigado por haber aportado este una factura (folio 10) en la que consta la adquisición del mismo. No obstante la denunciante considera que fue un regalo que recibió su madre y por tanto de exclusiva titularidad de esta. No obstante, esta cuestión resulta intrascendente, puesto que *cualquier heredero puede realizar actos de administración de los bienes de la herencia, sin que la mera aprehensión o tenencia del referido bien mueble, equivalga a una ilícita apropiación, y en cualquier caso tal tenencia el terminal por uno de los coherederos, una vez fallecida la usuaria, no es constitutiva de ilícito penal*. 4. En sus respectivas declaraciones ambas partes admiten que el investigado accedió a los mensajes de la aplicación «WhatsApp» que la causante conservaba en la memoria del teléfono móvil y en concreto, algunos mensajes de audio que le remitió la denunciante. Estos mensajes, al parecer se han aportado en un procedimiento judicial de índole civil».

En suma, «esta Sala comparte tal criterio debiendo abundar<sup>18</sup>, no solo en los parámetros establecidos por el Tribunal Supremo en dicha sentencia, sino atendiendo a que el tipo penal del artículo 197 alude a mensajes de correo electrónico, debiendo de entenderse incluida dentro de tal concepto cualquier tipo de correspondencia digital. De forma que se produce una equiparación en cuanto a la protección penal que se otorga entre las cartas y los mensajes electrónicos, como no podía ser de otro modo dado que ambos gozan de idéntica protección constitucional en el artículo 18 CE. En tal sentido esta Sala comparte el criterio del Tribunal Supremo en cuanto a que el heredero, en tanto que sucesor legítimo del caudal hereditario en el que se integran todos los bienes, derechos y obligaciones del causante, puede acceder a su correspondencia, postal o digital, y puede hacer uso de la misma, dado que el acceso a esta es lícito y no constituye infracción de derecho constitucional alguno. En otros términos, *no cabe distinguir*

*entre herencia digital y analógica y no habrá heredero de patrimonio digital distinto del heredero del patrimonio analógico, porque la herencia es una sola»<sup>19</sup>.*

*Obiter dicta*, en la controversia ventilada en sede de apelación AP de Barcelona, a 28 de noviembre de 2022, declara «2.7.— Pero es que, ante cualquier duda, en el derecho de sucesiones de Catalunya se establece una preferencia del modo testamentario a la condición testamentaria. En este sentido, el artículo 428-1 del CCC define aquel, en idéntica forma a lo que establecía la norma en vigor en el momento de otorgar el testamento del que traen causa las presentes actuaciones, el artículo 161 del Codi de Successions, al señalar que “1. El modo permite al causante imponer al heredero y al legatario, o a sus sustitutos, una carga, un destino o una limitación, que, por la finalidad a que responde, no atribuye otros derechos que el de pedir su cumplimiento, sin que redunde en provecho directo de quien puede pedirlo. El modo también puede consistir en imponer la ejecución de las voluntades digitales del causante”. De lo que se infiere el heredero adquiere la herencia, uniéndose a ello la obligación de cumplir con la carga, pero el incumplimiento de esa obligación no repercute en la institución, como sucede en nuestro caso»<sup>20</sup>.

En cuanto a la STS de 28 de febrero de 2018, estimatoria de la casación impetrada contra la sentencia dictada el 30 de diciembre de 2016 por la sección 20.<sup>a</sup> de la AP de Madrid en el recurso de apelación 456/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario 1329/2014 del Juzgado de Primera Instancia 73 de Madrid sobre tutela civil del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

Declara el Ponente MARÍN CASTÁN, sobre el *Conflicto entre libertad de información y derecho a la intimidad, «Eficacia legitimadora de la relevancia pública del hecho divulgado. Decisión de la Sala: estimación del motivo»*.

Este motivo primero debe ser estimado por las siguientes razones Cuestión jurídica planteada en el recurso que: Recurren en casación los demandados (el autor del reportaje periodístico cuestionado, la empresa editora del periódico en que se publicó y su entonces director), condenados en ambas instancias (aunque en apelación se redujo el importe de la indemnización por daño moral) por haber vulnerado la intimidad personal y familiar del demandante (primogénito del anterior Marqués de D., en cuyo nombre también actuaba) a resultas de una información publicada en la versión impresa y digital del diario «El País» el sábado 4 de octubre de 2014 sobre el conflicto familiar y las disputas judiciales motivadas por la herencia de su padre. La controversia en casación se centra en el juicio de ponderación entre la intimidad personal y familiar y la libertad de información, en particular por la relevancia pública de la información publicada como factor legitimador de la intromisión en la intimidad, aunque también se impugne, mediante el motivo segundo del recurso, la condena a publicar la sentencia condenatoria en la forma acordada por la sentencia recurrida».

De modo que habida cuenta de la colisión de derechos y el objeto casacional, donde ha de dilucidarse qué Derecho subjetivo tiene prioridad, lo cierto es que si bien, en supuestos de otra naturaleza no pudiera ceder la publicidad del contenido de las disposiciones testamentarias y de otra documentación privada, y no decaer la intimidad, lo cierto es que la ponderación de la colisión de derechos a la vista de la notoriedad personal y económica conduce a la indudable relevancia informativa de la contienda hereditaria. Así declara el Ponente, estimando la casación interpuesta por uno de los herederos que: «2.<sup>a</sup>) A este respecto, y por lo que se refiere al interés público de la información enjuiciada, la tesis del demandante es que su condición de aristócrata, de persona con título nobiliario, no es motivo suficiente para deducir que toda información

que afecte a su persona o familia tenga interés público, sobre todo cuando ni él ni su padre habían adoptado pautas de comportamiento en ese sentido; y en particular, que no estaba justificado que se hiciera público el contenido de las disposiciones testamentarias de su padre, ya que estas ponían de manifiesto la existencia de una agría disputa entre ambos que pertenecía al ámbito privado familiar, cuya revelación no consentida afectaba además a su reputación (aunque en su demanda no pedía la tutela del honor)».

Es más, «por esta razón, el argumento de la sentencia recurrida de que ni el demandante ni su padre podían ser considerados personas de notoriedad pública, por no haber aceptado exponerse públicamente, no se compadece con la jurisprudencia citada, cuya aplicación al caso permite concluir, por el contrario, que la información sí tenía un evidente interés público informativo, pues este resultaba no solo de la condición personal del demandante y de su padre, pertenecientes a una familia aristócrata en la que se aunaban los marquesados de D y D2, hecho determinante de una indudable proyección social que se explotaba, mencionándolos, en la propia web del grupo Mazacruz, sino, fundamentalmente, del hecho de que el conflicto familiar que se inició con la donación hecha al demandante por su padre (que no se discute que motivó disputas judiciales —algunas incluso llegadas a esta Sala— en torno a su validez, al control del grupo societario Mazacruz y al reparto de la herencia, no cuestionándose tampoco que fue voluntad del fallecido apartar a su hijo Jesús Luis del control empresarial y dejarle solo la legítima estricta, en metálico) había dejado de ser un tema estrictamente privado mucho antes de publicarse el artículo enjuiciado por afectar —lo que tampoco se discute— a un importante grupo empresarial, con un importante patrimonio —sobre todo inmobiliario en la provincia de Málaga—, y existir numerosos pleitos sobre esta contienda familiar y empresarial e informaciones paralelas que daban cuenta puntualmente de sus vicisitudes.

A este respecto fue precisamente el notorio interés informativo de una de las manifestaciones o ramas de este conflicto (la demanda del ahora recurrente contra la mujer de su padre y contra Dehesa de Los Llanos S.L. pidiendo que se declarase nulo el contrato de usufructo sobre la casa palacio y que la usufructuaria fuera condenada a entregar a la propietaria la posesión del inmueble) lo que llevó al Gabinete Técnico de esta Sala Primera y al CGPJ a difundir el viernes 15 de mayo de 2015, y por tanto antes de que se dictara la sentencia recurrida, una nota de prensa sobre la sentencia dictada con fecha 17 de marzo de ese mismo año (...»<sup>21</sup>.

### III. LAS VOLUNTADES DIGITALES SEGÚN LAS PRESCRIPCIONES DE LA LEY ORGÁNICA 3/2018

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)

Estos son los elementos básicos, al objeto de este estudio:

1. (27) El presente Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas. Los Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas<sup>22</sup>.

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 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 miembros, 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 miembros 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 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*<sup>23</sup>.

Es suficiente tener en cuenta, últimamente, dos presupuestos dictados en el seno de la UE, la Decisión de la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad de 1 de octubre de 2019 por la que se establecen normas de ejecución relativas a la protección de los datos personales por el Servicio Europeo de Acción Exterior y a la aplicación del Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo 2019/C 370/05<sup>24</sup>.

Y, por otra, el Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la revisión de los Reglamentos de la UE relativos a la notificación y al traslado de documentos y a la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, habida cuenta del Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo<sup>25</sup>.

## 2. LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES

### A) *El texto y su futuro desarrollo*

Y en este punto llamamos la atención sobre los siguientes extremos, aventureados en el Reglamento de la UE, si bien reclama, a nuestros efectos de un real decreto, ejecutivo y que desarrolle como es su obligación, el Reglamento interno correspondiente:

1. *Preámbulo V.* Destaca la importante mutación normativa de los datos referidos a las personas fallecidas. Es decir, 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 normativa<sup>26</sup>.

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 estos, que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de esta ley orgánica.

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

*B) Notas sobre su contenido: el legislador de nuevo quiere aventurar más allá del Reglamento europeo y añadir elementos novedosos*

En definitiva, contempla más allá de los términos y de la propia pretensión del Reglamento europeo, el Derecho al testamento digital, toda vez que el Reglamento 2016/679 no resulta de aplicación a las personas fallecidas, de conformidad a lo previsto en su Considerando 27, 158 y 160, si bien los Estados miembros «son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas», tal como precisa el citado Considerando 27. En suma, si nada lo impedía, el legislador español ha querido incorporar el ejercicio de su competencia estatal, el tratamiento de la huella digital de los causantes.

En apretada síntesis, nuestra renovada Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, 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.

Es necesario recapitular y contrastar esta novedad legislativa, entre los componentes clásicos de la herencia, personales, formales y los reales, para ratificar si estamos ante una auténtica innovación 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.

Por tanto, si bien las nuevas tecnologías son una realidad pujante, diariamente renovadas, lo cierto es que, bajo el paraguas de la interpretación sociológica, cabe integrar el ordenamiento jurídico civil; de modo tal que no constituyan las comunicaciones que empleen estas vías sino un elemento del ámbito personalísimo.

Así que su 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 disponer menores y personas «con la capacidad de obrar modificada».

*C) Oferta on line: prestación de servicios*

Sea como fuere, las empresas que ofertan sus servicios bajo la amplia y confusa denominación de Testamento digital, extremo que habría de ser objeto

de análisis no solo doctrinal, sino específicamente a la luz del propio Derecho de Consumo y de las Prestaciones de servicios *on line*. Si bien en algunos casos, podría llegar a celebrarse y perfeccionarse la prestación de servicios de forma presencial, a mi juicio y en principio, más se asemeja a una prestación *on line* que a un contrato de mandato<sup>27</sup>, toda vez que extralimita los muros de este intercambio de prestaciones y que, abstracción hecha de la compensación económica o no de la relación jurídica de mandato, lo cierto es que la onerosidad siempre va a estar presente en dichos prestadores de servicios.

*D) Potenciales contenidos de la «herencia digital»*

Categoría	Datos relevantes	Ejemplos
Cuentas electrónicas	Datos de acceso, saldos y depósitos, contratos, historiales de mensajes, listados de transacciones, detalles de los contratos, pagos domiciliados, condiciones de rescisión de los contratos	Banca online, servicios de pago (PayPal, Google Pay), tiendas online (Amazon), plataformas de criptomonedas (bitcoin), servicios de streaming (Netflix, Spotify), cuenta de Google o de Apple
Perfiles en redes sociales	Datos de acceso, información del perfil, mensajes, imágenes y videos compartidos	Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, WhatsApp, Google, SnapChat, Skype, YouTube, páginas de citas
Cuentas de correo electrónico	Datos de acceso, mensajes, contactos	Buzones de correo electrónico en IONOS, GMX, Google, etc.
Software as a Service (plataformas <i>on line</i> )	Datos de acceso, detalles de los contratos, condiciones de rescisión de los contratos, imágenes y videos compartidos, historiales de mensajes, listado de transacciones, datos comerciales	Servicios en la nube, plataformas de trabajo (Slack, Word-Press), herramientas para redes sociales (hootsuite), software de finanzas (NetSuite), plataformas de crowdfunding (Patreon, Kickstarter), canales de YouTube
Licencias y propiedades	Datos de acceso, detalles de los contratos, condiciones de rescisión de los contratos, normas de traspaso	Licencias de software (programas de edición de imagen), videojuegos (Steam, Origin), pertenencias y avatares en juegos online
Hardware	Medios, documentos, proyectos	PC, portátiles, smartphones, tablets, discos duros (externos), dispositivos USB, lectores de eBook, consolas de videojuegos

Fuente: <https://www.ionos.es/digitalguide/paginas-web/derecho-digital/la-herencia-digital/>  
La herencia digital: gestionar nuestro legado en la red<sup>28</sup>

Hasta contamos con app y actualizaciones inapreciables en nuestros terminales móviles: Cuando *iOS 15* se presentó en la *WWDC 2021*, pocos repararon en una de sus novedades más interesante: el Legado digital. «Esta función permite designar hasta cinco personas como representantes digitales para que puedan acceder fácilmente a los datos e información personal almacenada en iCloud en caso de defunción»<sup>29</sup>.

### 3. LA INEXISTENCIA DE UN TESTAMENTO DIGITAL Y LA CONFUSIÓN QUE AFECTA AL CONSENTIMIENTO DE AQUELLOS USUARIOS QUE SUSCRIBAN *ON LINE* ESTOS NEGOCIOS

Siquiera sea remitiéndonos a las periclitadas nociones de las superestructuras y la constatación de lo que hace ya décadas es una evidencia, cabe interrogarnos si consolidar este sistema de legado digital, nos permitiría construir el *Estado de Ciberderecho*: así, «Un punto de partida que todo el mundo pueda entender y compartir sus objetivos. No importaría la cultura, ni la posición social o ideológica (...) De esta manera, podemos entender que dentro del contexto de la UFADAA [*Uniform Fiduciary to Digital Assets Act*] podríamos entender que existen cuatro tipos de bienes: a) Los que se refieren al acceso a la información, tales como números de cuenta o la información de registro en las páginas, sin perjuicio de que la protección que pueda tener la información a la que se accede sea diferente (Haworth, 2014: 537) b) Bienes digitales tangibles, no se refiere a que exista una tangibilidad física, sino a los archivos informáticos (desde fotos a documentos de texto) que puedan ser nombrados y transferidos a un tercero. Estos más allá del valor de uso que tenía los anteriores implican un valor financiero, cultural o sentimental. c) Bienes digitales intangibles, esta categoría se distancia de las anteriores porque se refiere a la información posteada en los perfiles de usuario o comentarios a sus publicaciones, los retwits de Twiter o los «likes» de Facebook, es decir, esos datos que van marcando nuestra presencia *on line* (Haworth, 2014: 538). Serían los datos e informaciones que podrían ser requeridos para que se dieran de baja o fueran borrados. d) Metadatos, se refiere a los datos almacenados electrónicamente dentro de un documento o web que contienen información sobre el historial de acceso, localización, datos borrados, códigos, etc.»<sup>30</sup>.

Yendo a la solución presente de los conflictos actuales, no cabe sino hacer nuestras las afirmaciones de Enrique MONTOLIU ALCÓN, por evidentes, por incontestables y seguramente porque como fedatarios públicos, las respuestas que han de solventar han de ser inmediatas<sup>31</sup>.

De ahí que «Música, vídeos, redes sociales, e-mails, documentos, miles de fotografías... y lo que esté por venir. En los tiempos que corren acumulamos más y más patrimonio digital, cuyo valor puede llegar a ser considerable. Por ello, es normal que los notarios nos enfrentemos cada vez con más frecuencia a legítimas inquietudes sobre el destino de este «patrimonio digital» que vendría a conformar la llamada «herencia digital». Añado, por mi parte, de la doctrina especializada criptojuegos, otra fuente de activos...»<sup>32</sup>.

Sostiene que como ya hemos subrayado que de forma unívoca reitera la jurispruancia que «no existe una herencia digital distinta de la herencia normal. No es nada sorprendente. El Código Civil dice que «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte»<sup>33</sup>, es decir, abarca todos los bienes, sean estos digitales o analógicos.

Sentada la base de que la herencia es una, se componga de bienes digitales, analógicos o de ambos, la mejor manera de gestionarla es, como siempre, mediante testamento abierto notarial. Este tipo de testamento nos permitirá, por un coste que rara vez supera los 50 euros, asegurarnos de que nuestra herencia recibirá el destino que deseamos, gracias al asesoramiento previo y gratuito dado por el notario.

Mucha atención con no caer en la trampa de los mal llamados «testamentos online», «digitales», o similares que ofrecen algunas empresas por internet. El testamento online NO existe. Lo único que pretenden estas compañías es cobrar-

te por realizar el mero trámite de ponerte en contacto con un notario, a quien puedes acudir directamente a asesorarte, ahorrándote un dinero.

Dicho lo cual, aunque la herencia sea la misma para bienes digitales o analógicos, cierto es que no debemos perder de vista que los bienes digitales tienen unas características propias evidentes, por lo que recomiendo recoger en el testamento una serie de disposiciones especiales para ellos, como puede ser la designación de un albacea, persona que será la encargada de cumplir las funciones que le especifiquemos, que podrían ir desde la administración *post mortem* de redes sociales, hasta el acceso a nuestra nube para descargar los archivos... lo que necesitemos. Deberemos facilitarle todas las contraseñas que sean necesarias, lo que se puede hacer en el mismo testamento, pues su contenido permanece secreto hasta el fallecimiento»<sup>34</sup>.

Sea por tanto esta argumentación la que al día de hoy hayamos de mantener e instar la auténtica protección de los usuarios potenciales de dichos servicios *on line*<sup>35</sup>.

#### 4. 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 otros preámbulos, la transcripción de la siempre precursora legislación catalana. Declara el preámbulo de la ya mencionada en un epígrafe precedente, 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: «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»<sup>36</sup>.

A continuación prosigue: «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 judi-

cialmente 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 vean 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 es la integrada en 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, 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»<sup>37</sup>.

Por su parte, el artículo 7, altera la redacción del artículo 421-2, sobre las voluntades digitales en testamento. Declara: 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 ataña al reparto competencial en este Estado plurilegal, el artículo 10 disponía. *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»<sup>38</sup>.

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, baste con el examen del auto 25/2018, de 20 de marzo, suficientemente expresivo como para la intelección de los elementos controvertidos

Pleno. Auto 25/2018, de 20 de marzo de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 4751-2017. Mantiene la suspensión acordada en el recurso, 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<sup>39</sup>.

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 de 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, en la STC de 17 de enero de 2019.

Como bien advierte BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Por lo que se refiere a este segundo requisito la voluntad del legislativo catalán es clara e indubitable»: «un documento que debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales» dice el artículo 411-10.3.b); «Este documento debe inscribirse en el

Registro electrónico de voluntades digitales» reitera el artículo 421-24.1. Lo que quiere decir que *si el documento en cuestión no se ha inscrito en el Registro que la propia Ley 10/2017 constituye el mismo carece de eficacia para legitimar a la persona en él designada como interlocutor de los prestadores de servicios digitales en las relaciones contractuales que el causante mantenga con ellos en el momento de su fallecimiento*.

Dicha inscripción del negocio jurídico recogido en el documento de voluntades digitales tiene pues carácter constitutivo, es decir, es un requisito *sine qua non* para la eficacia del mencionado negocio jurídico *mortis causa*.

No parece que se pueda albergar la menor duda sobre la eficacia civil o sustantiva del Registro electrónico de últimas voluntades, puesto que el mismo es cauce para la eficacia de un negocio jurídico *mortis causa* especial, cuya especialidad radica en que se limita a designar a un sucesor contractual del causante. Así se describe con acierto en la exposición de motivos de la Ley 10/2017: «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». Obsérvese que lo que el legislador catalán denomina políticas en vigor de los prestadores de servicios digitales, con respecto a su actuación en caso de fallecimiento de sus clientes, no son sino condiciones generales de la contratación, sometidas lógicamente a los controles que nuestro ordenamiento establece para reconocer su valor contractual. Posteriormente se califica el Registro electrónico de voluntades digitales en esa misma *Exposición de Motivos, de forma manifestamente premeditada, a efectos de preparar la defensa de la competencia legislativa sobre la materia, como «un nuevo instrumento registral de carácter administrativo»*.

Se trata de una sucesión *mortis causa* Ley de Propiedad especial, similar a la que prevé, aunque de forma más sencilla, la en su artículo 15 para el ejercicio *post mortem* de los derechos morales de autor, y que, al igual que ocurre en este supuesto puede dar lugar a una relación compleja entre las personas designadas para la misma y los demás sucesores *mortis causa* del autor, en la medida en que el ejercicio de esos derechos morales pueden tener unas consecuencias patrimoniales importantes que no corresponden a aquellas sino a los titulares de la herencia. En efecto, si bien frecuentemente los archivos digitales del causante que estén en los servidores de los prestadores de servicios digitales carecerán de valor patrimonial, puede ocurrir que en ocasiones no sea así. Con lo que la realización de ese valor patrimonial, que corresponde a los titulares de la herencia, dependerá de la actuación que tenga la persona designada por el causante para ejecutar sus voluntades digitales. Obsérvese que, en coherencia con la distinción señalada, el artículo 411-10.7 prevé que «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». Esa relación entre persona legitimada para cumplimentar la voluntad digital del causante y sus herederos también puede resultar complicada cuando los archivos puedan tener un especial valor en relación con el honor, la imagen o la intimidad del propio causante o de terceras personas<sup>40</sup>.

Por su parte, ORDELIN FONT y ORO BOFF ratifican lo ya dicho acerca de que «el Derecho está llamado a intervenir en la búsqueda de la compatibilidad entre las implicaciones de un progreso tecnológico, cada vez más independiente del control humano, y mantener incólumes derechos tan básicos como la intimidad o la privacidad de las comunicaciones. El Derecho de Sucesiones en general y, la institución de la herencia, en particular, deben adaptarse a la com-

pleja naturaleza de los adelantos tecnológicos. Los bienes digitales no tienen un valor económico *per se* determinado o determinable, y en el complejo mundo de la tecnología constituyen la nueva moneda de cambio, susceptible de cesión y transmisión precisamente por la información personal que poseen, resultando no solo un activo digital en el estricto sentido de la palabra, sino también un bien digital personal, en el cual es imposible desligar una característica de otra, puesto que precisamente estos caracteres están recíprocamente condicionados y se determinan entre sí. Por ello es dable reconocer no solo un poder de conservación sino también de disposición sobre dichos activos luego de la muerte de su titular»<sup>41</sup>.

Por último, haremos una mención a la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, libro segundo, donde se adopta para todo lo no regulado en esta materia la fórmula de la remisión dinámica a *todos los testamentos regulados en el derecho común, salvo el ológrafo*, el cual se regula específicamente con observancia de la legislación notarial y salvando las especialidades concretas que sobre el mismo contiene el propio Fuero.

De momento, baste incluir el texto de la Ley 190. *Concepto de testamento ológrafo*. Se denomina ológrafo el testamento que el testador mayor de edad o menor emancipado escribe de su puño y letra en su totalidad y firma por sí mismo con expresión de la fecha en que lo otorga y la Ley 193 *Otros testamentos*. Sin perjuicio de las especialidades contenidas en la presente Compilación, se aplicarán en Navarra las disposiciones del Código Civil relativas a los siguientes testamentos: el testamento otorgado en tiempo de epidemia, los testamentos militares y marítimos y el testamento hecho en país extranjero.

En principio, por tanto, será de plena aplicación lo previsto en Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, sin entrar en colisión con la actualización del Derecho foral, que en nada menciona ni contempla, sin excluirlos por reenvío, los testamentos y voluntades digitales.

#### IV. UNA MENCIÓN A LA BIOMETRÍA

Es sabido que nuestro Código común se adscribe a la familia romano-francesa si bien, en el ámbito sucesorio, no podemos obviar que, al tiempo, concurren vestigios germánicos, como sostendría ROCA SASTRE<sup>42</sup>. Sea como fuere, las modificaciones habidas en el texto común sobre las fórmulas hereditarias en pro las personas con discapacidad visual, son especialmente interesantes para la materia en cuestión, toda vez que sus avances podrían estar a disposición de un amplio grupo social; incluso, en todo lo que sea más favorable a quienes así lo pudieran reclamar. Evidentemente es una reflexión personal y *lege ferenda*. Con todo, aventurarse en el intrincado mundo de lo electrónico y digital, es cuando menos apasionante; desde hace años muchos convenfamos en lo acertado de la aplicación de los medios electrónicos para la facilitación de la deposición hereditaria ante notario.

De ahí que la valoración de la ininterrumpida presencia de modalidades específicas para estas últimas voluntades, a lo largo de los diferentes sistemas jurídicos occidentales, ratifica en buena lógica tanto la realidad poblacional, como la condigna preocupación para solventar con mayor o menor atino sus necesidades especiales. Decíamos en este punto, que en resumidas cuentas, la

discapacidad visual, sea ceguera, ceguera legal o baja visión, según la última encuesta del INE<sup>43</sup> afecta a tantos miles de personas que, reclama ciertas matizaciones técnicas protagonizadas por el ejercicio de su capacidad jurídica.

En justa consecuencia, las innovaciones tecnológicas incorporadas al texto común, auguran no solamente que progresivamente lo harán los especiales —es más, el Derecho sucesorio catalán es el precursor—, enfatizando, quizás, una nueva categoría electrónica, como la huella biométrica por voz, conjugando distintos lenguajes capaces de garantizar la titularidad de sus derechos y tutelarlos<sup>44</sup>. En definitiva, el ordenamiento está dirigido a los sujetos de derecho, asistiendo sus intereses y expectativas, sin ninguna discriminación.

## V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

I. A la luz de la jurisprudencia señera sobre el tipo de acciones o derechos y las cualidades de su transmisibilidad, el denominado «testamento digital» o, por mejor decir, «voluntades digitales», o con más sencillez «instrucciones de carácter digital», es parte del contenido no patrimonial susceptible de ser recogido en un testamento. Y del patrimonio también, sea en forma de criptoactivos, bitcoins, o criptomoneda China eYuan, tokenización o NFT de activos artísticos, etc. Por tanto, digital y como el analógico, parte de las disposiciones testamentarias, materiales, inmateriales, patrimoniales o no, de las que el fедatario público dará cuenta según alguna de las modalidades previstas según el Derecho foral o común.

II. Ciento es que no se ajusta a derecho la expresión «testamento digital», si bien lo más perjudicial y daño puede ser la confusión que propicia entre consumidores y usuarios, en particular, en la oferta *on line* de estos servicios. De hecho, consumidores y usuarios, podrán ser sujetos en un intercambio de conductas comprometidas con una empresa, donde el contrato de prestación de servicios *on line* consista en la gestión, presente y futura, de su huella digital en su conjunto. A mayor abundamiento, hemos de tener en cuenta que, en principio, estos acuerdos incluyen, cuando menos nominalmente, cierto tipo de contratos o relaciones previas, en las que el usuario ha suscrito pactos (con terceros a estos efectos) de carácter personalísimo y, que, por tanto, no son ni transmisibles por razón de fallecimiento, ni gestionables por un operador de esta naturaleza. Esta equivocidad, nos retrotrae al denominado testamento vital, que ni era testamento ni vital, con la conspicua divergencia de no inducir a confusión patrimonial entre quienes pudieran suscribirlo. Diferencia nominal que, finalmente, fue enmendada por la de «instrucciones previas» y constituido su Registro Nacional, de conformidad a 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.

III. Por su parte, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica «confiere sustantividad propia a otras formas de comunicación telemática que han carecido de tratamiento normativo en la ley procesal. Las dificultades asociadas a ese vacío se han visto multiplicadas en la práctica por una interpretación jurisprudencial de la legislación llamada a reglar la obligación de las operadoras de conservar los datos generados por las comunicaciones electrónicas, que ha degradado los muy extendidos instrumentos de comunicación telemática —por ejemplo, los mensajes de SMS o el correo electrónico— a la condición de aspectos acceso-

rios, de obligado sacrificio siempre que se adopte una decisión jurisdiccional de intervención telefónica. Frente a esta concepción, el nuevo texto autoriza la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual. Pero somete la interceptación de todas ellas —en su propia y diferenciada instrumentalidad— a los principios generales que el texto proclama. Se pretende con ello que sea el propio juez, ponderando la gravedad del hecho que está siendo objeto de investigación, el que determine el alcance de la injerencia del Estado en las comunicaciones particulares. La resolución habilitante, por tanto, deberá precisar el ámbito objetivo y subjetivo de la medida. Es decir, tendrá que motivar, a la luz de aquellos principios, si el sacrificio de las comunicaciones telefónicas no es suficiente y si la investigación exige, además, la interceptación de los SMS, MMS o cualquier otra forma de comunicación telemática de carácter bidireccional». A esta LO, se añade la Circular 3/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

IV. Es posible que gracias al Reglamento europeo «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». En definitiva, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales contempla más allá de los términos y de la propia pretensión del Reglamento Europeo, el Derecho al testamento digital, toda vez que el Reglamento 2016/679 no resulta de aplicación a las personas fallecidas, de conformidad a lo previsto en su Considerando 27, 158 y 160, si bien los Estados miembros «son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas», tal como precisa el citado Considerando 27. En suma, si nada lo impedia, el legislador español quiso incorporar el ejercicio de su competencia estatal, el tratamiento de la huella digital de los causantes. Ya teníamos sus antecedentes.

V. En estos momentos hemos de reclamar tanto el desarrollo reglamentario, como el inexcusable Registro Nacional de «voluntades digitales»; es más, por atrevido que se antoje, es necesario el de las criptomonedas, bitcoins, yen coin chinos..., en suma, como en su momento sucedió con la creación del Registro de Contratos de Seguro, habrá de prestarse por parte de los operadores y con las preceptivas garantías, la declaración de qué y quiénes son titulares de estos intangibles que, ciertamente, configuran un mercado paralelo incluso a la fiscalidad, si bien, pronto será complejo permanecer ajenos a la tributación de dichos activos.

VI. Quizás fuesen los fedatarios públicos quienes, entre sus muchos quehaceres, incorporasen la consulta a sus deponentes, si son o no titulares de este tipo de bienes, haciéndoles sabedores que, de momento, la tenencia de la clave, parece que hace titular a quien la poseea. Así sus clientes podrán tomar las medidas que aconsejados debidamente, hagan de sus disposiciones testamentarias, un recorrido completo por sus tenencias y titulares activos.

VII. Téngase presente el régimen jurídico al que ya están sometidos alguno de los activos que hemos tenido ocasión de mencionar en este trabajo, así la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión, advierte «Esta ley también introduce las adaptaciones necesarias para la aplicación del Reglamento relativo a los mercados de criptoactivos. En concreto,

en lo referente a la designación de la CNMV como autoridad competente para la supervisión de la emisión, oferta y admisión a negociación de determinados criptoactivos que no sean instrumentos financieros. Con el objeto de que la CNMV pueda ejercer las facultades que le confiere dicho Reglamento, se introduce también el régimen de infracciones y sanciones aplicable de conformidad con el mismo. En definitiva, todas estas previsiones permitirán aplicar en España la normativa europea sobre criptoactivos, tan pronto como esta se apruebe, ya que la CNMV contará inmediatamente con las competencias de supervisión necesarias para garantizar la protección de los inversores y la estabilidad financiera en este ámbito».

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de la Sala de lo Penal, siendo Ponente CONDE-PUMPIDO TOURÓN, 26 de noviembre de 2014

### SALA PRIMERA

- STS de 28 de febrero de 2018
- STS de 19 de julio de 1983
- STS de 17 de febrero de 1981
- STS de 27 de abril de 1940
- SAP de Barcelona, de 28 de noviembre de 2022
- SAP de Jaén, de 13 de abril de 2021

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA (1990). Comentario del artículo 672, *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Vol. 1 A, Edersa, Madrid.
- ALBIEZ DOHRMANN (1998). *Negocios atributivos «post mortem»*, Madrid.
- ÁLVAREZ LATA, N. (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.
- ÁLVAREZ OLALLA (2017). Intromisión legítima en el derecho a la intimidad de víctima de delito, e ilegítima en el derecho a la propia imagen. Fotografía tomada de Facebook para su utilización en un medio de información. Comentario a la STS de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017, 302), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, 104, 445-460.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2019). Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital de las personas fallecidas, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 110/2019 parte Sentencias, Resoluciones, Pamplona. BIB 2019\5958.
- (2009). Comentarios a los artículos 428 y 429 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 3.ª ed., 599-601.
- (1991). Comentarios a los artículos 428 y 429 del Código Civil, Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.),

- Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1690 a 1692.
- CADENA SERRANO, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, DEL MORAL GARCÍA, ESCOBAR JIMÉNEZ, LANZAROTE MARTÍNEZ (2022). *Intervención de las comunicaciones*, Tratamiento jurisprudencial y legal de algunos supuestos de datos asociados a la comunicación 5.5.9 Acceso a los mensajes de SMS.
- CÁMARA LAPUENTE (2019). Conferencia dictada en el colegio notarial de Madrid, salón académico, el 24 de enero de 2019 ¿Derecho sucesorio, privacidad, datos o nuevos derechos digitales intransmisibles?
- COLLOSA, A. (2023). Los juegos criptográficos y su tributación, Centro Interamericano de Administraciones tributarias <https://www.ciat.org/ciatblog-los-juegos-criptograficos-y-su-tributacion/>
- CUCURULL POBLET (2022). La sucesión de los bienes digitales (patrimoniales y extrapatrimoniales), *RDC*, vol. IX, núm. 2 (abril-junio), 313-338.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2012). *Sistema de Derecho Civil, III (tomo 1) Derechos reales en general*, Madrid, 8.<sup>a</sup> ed.
- DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2021). Lección 3. Tipos de sucesión *mortis causa* y Contenido de la herencia, *Manual de Derecho Civil*, Vol. VI. Derecho de sucesiones, Llamas Pombo, (Dir.), La Ley, Madrid, 67 y sigs.
- 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 a 1692.
- FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS (2016). La herencia digital, LA @ | septiembre-octubre, *Escritura Pública*, 23 y sigs.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1999). *Propiedad industrial, Propiedad intelectual y Derecho administrativo*, Prólogo de PRIETO DE PEDRO, Madrid.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2020). La Herencia Digital Ante El Derecho Europeo.
- GARCÍA HERRERA (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital, *La Ley*, 9284.
- GINEBRA MOLINS (2018). Morir en la era digital «voluntades digitales», intimidad y protección de datos personales, *Derecho mercantil y tecnología*, Agustín Madrid Parra (Dir.) Blanco Sánchez, (Coord.), Navarra, Aranzadi, 107 y sigs.
- GOBIERNO DE ESPAÑA, *Carta de derechos digitales*.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M. (1865). *Elementos del Derecho civil y penal de España*, tomo segundo, Madrid, 7.<sup>a</sup> ed.
- GUTIÉRREZ GARCÍA (2022). Derechos personalísimos y de índole patrimonial en el *cloud computing*: el derecho a la intimidad y la propiedad intelectual con especial atención a la copia privada en la nube, *Actualidad civil*, 12, 2022.
- (2020). El concepto de obra audiovisual en el Derecho español, *Derecom*, 29.
- HERNÁNDEZ GIL (1989). Contenido de la sucesión, *Obras completas*, 4, Madrid, 483 a 487.
- INCIBE, *Tecnologías biométricas aplicadas a la ciberseguridad. Una guía de aproximación para el empresario*, [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiy\\_N61p4v7AhWRyYUKHTIBAsQFnoECAgQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.incibe.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fcontenidos%2Fguias%2Fdoc%2Fguia\\_tecnologias\\_biometricas\\_aplicadas\\_ciberseguridad\\_metad.pdf&usg=AOvVaw0tcOkWLr6bGfML4yiO033k](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiy_N61p4v7AhWRyYUKHTIBAsQFnoECAgQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.incibe.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fcontenidos%2Fguias%2Fdoc%2Fguia_tecnologias_biometricas_aplicadas_ciberseguridad_metad.pdf&usg=AOvVaw0tcOkWLr6bGfML4yiO033k) (visitado en marzo de 2023).

- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1988). *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, reimpresión de 1992.
- LASARTE ÁLVAREZ (2021). *Principios de Derecho Civil VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 15.<sup>a</sup> ed., con la colaboración de CERVILLA GARZÓN, GARCÍA PÉREZ y PLANA ARNALDOS.
- LÓPEZ VILAS (1974). *Régimen jurídico de los títulos nobiliarios. Sucesión y rehabilitación*, Madrid, 1974.
- MARTÍNEZ CALCERRADA (1966). El testamento y su pretendida patrimonialidad, *RDP*, 463.
- MARTÍNEZ ESPÍN (2009). Comentarios a la Sección 3.<sup>a</sup> *De la forma de los testamentos. Artículos 676 a 687* y Comentarios a la Sección 4.<sup>a</sup> *Del testamento olografo. Artículos 688 a 693*, *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 3.<sup>a</sup> ed., 838 a 856.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, MORENO VERDEJO, REY HIDORO, RIVES GARCÍA, RIVES SEBA (2022). Capítulo II Tratamiento procesal de la prueba ilícita: excepciones. La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: (Capítulos I a X)», Aranzadi/Civitas.
- MORALEJO IMBERNÓN (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *ADC*, tomo LXXIII, I, 241-281.
- MORETÓN SANZ (2019). Redes sociales y voluntades digitales. «Historia digital» y clausulado de las disposiciones testamentarias: privacidad, protección al honor y datos personales, *RCDI*, 95, 772, 2019, 955-977.
- (2020). El contenido personal de las redes sociales y voluntades digitales: «historia digital», Disposiciones testamentarias y tutela de la privacidad, *Nuevas tecnologías y responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 193 a 248.
- MUÑIZ PÉREZ, J.C. (2023). Criptoactivos, paraísos fiscales y financiación del terrorismo yihadista, *Repercusiones de la radicalización yihadista en la seguridad europea, mediterránea y latinoamericana*, 691-707.
- MUÑIZ PÉREZ, J.C., CORDEIRO CÁNDIDO, J. (2021). Criptomonedas y fiscalidad, *Desafíos fiscales en un mundo post-covid: valoración y retos pendientes a nivel interno e internacional*.
- MOHAMMAD OWAIS FAROOQU (2023). Herencia de Activos Digitales: Análisis Del Concepto De Herencia Digital En Plataformas De Redes Sociales, *Novum Jus Novum Jus*, 16 3 Bogotá oct./dic. 2022 Epub 22-Mar-2023.
- PABLO CONTRERAS (2007). Comentario al artículo 42, *Comentarios a la LPI*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (Coord.), Madrid, 3.<sup>a</sup> ed., pág. 745 y sigs.
- RIVERO SÁNCHEZ-COVISA (2017). *Revisión del concepto constitucional del secreto de las comunicaciones*, Dykinson, 2017, pág. 98.
- ROCA SASTRE (1995). *Derecho de sucesiones I*, Barcelona, 2.<sup>a</sup> ed.
- (1940). Crítica institucional del Código Civil, *RDCI*, XVI, 148, 497 a 515.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (2015). La aportación de SMS como prueba en el proceso penal una reflexión a propósito de la STS 850/2014, de 26 de noviembre, FODERTICS 4.0: (estudios sobre nuevas tecnologías y justicia): [«IV Fórum de expertos y jóvenes investigadores en derecho y nuevas tecnologías, celebrado en la Facultad de Derecho de Salamanca, en 2015»], 137-144.
- RODRÍGUEZ PRIETO, R., y MARTÍNEZ CABEZUDO, 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*, I Época, Vol. 12, 77-104.

- RODRÍGUEZ TAPIA (2007). Comentario al artículo 42, *Comentarios a la LPI*, Madrid, 353 y sigs.
- ROGEL VIDE (1990). Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, Vol. 4.º A (arts. 428 y 429 del Código Civil y Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual), Edersa, Madrid.
- (2003). *En torno a los derechos morales de los creadores*, Madrid.
- (1999). (Coord.), *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Madrid.
- SANTOS MORÓN (2018). La denominada «herencia digital»: ¿necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, 1, 413-438.
- SOLÉ RESINA (2018). Las voluntades digitales: marco normativo actual, *ADC*, núm. LXXI-II, abril, 417 a 440.
- TORRALBA MENDIOLA (2008). Procedimiento sucesorio internacional: Reflexiones sobre Ley aplicable y el paradigma concursal, *ADC*, LXI, fasc. III, 1261 a 1361.
- TORRES LANA (2004). Forma del negocio y nuevas tecnologías, *RDP*, 489 a 522.
- ZÁRATE CONDE (2019). La tutela penal de los datos de carácter personal. Una perspectiva jurisprudencial, *Diario La Ley*, 9422.

## NOTAS

<sup>1</sup> Este artículo es uno de los frutos de los Proyectos que llevan por título EJES DE LA JUSTICIA EN TIEMPOS DE CAMBIO (EJEJUSTICAM), en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020, de TRANSICIÓN DIGITAL DE LA JUSTICIA, Proyecto estratégico orientado a la transición ecológica y digital del Plan Estatal de investigación científica, técnica y de innovación 2021-2023 *Next Generation UE*, IP CALAZA LÓPEZ, Sonia y MUINELO COBOS, José Carlos, UNED y EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL ACTUAL ENTORNO TECNOLÓGICO Y SOCIAL, IP CERVILLA GARZÓN, M.ª Dolores, Departamento de Derecho Privado Facultad de Derecho Universidad de Cádiz. PROYECTOS DE GENERACIÓN DE CONOCIMIENTO, en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023. A todos ellos, rindo testimonio de su inagotable capacidad de trabajo y generosidad académica de la que soy beneficiaria.

<sup>2</sup> *Vid.*, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA en sus *Elementos de Derecho Civil* y los clásicos tomos del *Derecho de Sucesiones* de ROCA-SASTRE MUNCUNILL.

<sup>3</sup> El preciso contenido y exacto alcance jurídico de ambos preceptos ha sido largamente debatido por la mejor doctrina y la jurisprudencia, por lo que corresponde ahora ventilar aquellos casos controvertidos en que el Tribunal Supremo se ha tenido que pronunciar sobre el tipo de acciones o derechos y las cualidades que rodean a su transmisibilidad. En este sentido, destaca la señera sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1943, ya que aclara y despeja el panorama de derechos transmisibles e intransmisibles. 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. *Vid.*, también la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940, por cuanto la declaración del causante de morir intestado constituye, en sí, una afirmación que no puede considerarse otorgamiento estricto de testamento.

<sup>4</sup> 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».

<sup>5</sup> Sobre estos aspectos, *vid.*, MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid, 2008, pág. 46, nt. 26 y las sentencias de las Audiencias allí citadas.

<sup>6</sup> Sobre el patrimonio y la separación de los ámbitos de responsabilidad de las deudas, *vid.*, las obras clásicas DÍEZ-PICAZO y GULLÓN *vid.*, *Sistema de Derecho Civil I*, Madrid, 2002, 10.<sup>a</sup> ed. 383 a 384; ALBALADEJO, *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Barcelona, 2002, 15.<sup>a</sup> ed., 509 a 511; COSSÍO, La teoría del patrimonio, *Estudios en homenaje al Prof. Serrano*, Valladolid, 1965, 125 y sigs.; FAIRÉN MARTÍNEZ, Patrimonio y responsabilidad patrimonial, *RDN*, 1962, 241 y sigs.

<sup>7</sup> *Vid.*, entre otras obras, GUTIÉRREZ GARCÍA, Derechos personalísimos y de índole patrimonial en el *cloud computing*; el derecho a la intimidad y la propiedad intelectual con especial atención a la copia privada en la nube, *Actualidad civil*, 12, 2022; El concepto de obra audiovisual en el Derecho español, *Derecom*, 29, 2020.

<sup>8</sup> 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, *vid.*, Artículo 10. Obras y títulos originales. 1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza. b) Las composiciones musicales, con o sin letra. c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales. d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales. e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas. f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería. g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia. h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía. i) Los programas de ordenador. 2. El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella. *Vid.*, sus Comentarios, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.), Madrid, 3.<sup>a</sup> ed., 745 y sigs.

<sup>9</sup> Apréciese cuál es el alcance y su aplicabilidad: UE Patrimonio digital europeo Las tecnologías digitales ofrecen nuevas oportunidades para conservar el contenido cultural y hacer que el patrimonio cultural sea más accesible para todos los públicos. Los museos y las organizaciones culturales que abrazan la tecnología pueden ofrecer experiencias innovadoras a sus visitantes, así como permitir que el público acceda a exposiciones a distancia y vea material que no está expuesto. La Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías (DG CNECT) se ocupa de las acciones estratégicas, de coordinación y financiación para apoyar la digitalización de los Estados miembros, así como el acceso en línea a material cultural y su conservación digital. Más información sobre el patrimonio cultural digital. Europeana: la plataforma digital de Europa para potenciar el patrimonio

cultural La misión de Europeana es potenciar el sector del patrimonio cultural en su transformación digital. Brinda apoyo a miles de museos, archivos y bibliotecas europeos para ofrecer acceso libre a versiones digitalizadas de obras de arte, libros y música. Europeana se financia desde 2008 en el marco del programa del Mecanismo «Conectar Europa». Descubra la extensa colección en Europeana. Patrimonio cultural digital El patrimonio cultural está evolucionando rápidamente gracias a las tecnologías digitales. El impulso es ahora preservar nuestro patrimonio cultural y llevarlo a esta década digital. Las oportunidades sin precedentes traídas por tecnologías como Data, AI, 3D y XR vuelven a la vida los sitios del patrimonio cultural. Los museos virtuales ofrecen a los visitantes la posibilidad de ver obras de arte en contexto y experimentar objetos o sitios inaccesibles para el público. La transformación del sector está dando lugar a un acceso en línea más fácil al material cultural para todos. La Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnología de la Comisión Europea ha llevado a cabo una amplia coordinación de políticas y acciones de financiación para complementar la política cultural de los Estados miembros. Estas acciones abarcan los ámbitos de la digitalización, el acceso en línea al material cultural y la preservación digital.

<sup>10</sup> *Vid.*, artículos 14, 15 y 16 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por Ley 22/1987, de 11 de noviembre, que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

<sup>11</sup> En este sentido, la SAP de Madrid, de 13 marzo de 1998 en un asunto siendo demandante Films, S.A., en su condición única y legítima titular de los derechos exclusivos de explotación en España de las películas «Agustina de Aragón», «Ama Rosa», «El Beso de Judas», «Condenados», «Currito de la Cruz», «De mujer a mujer», «Dña. Francisquita», «Duquesa de Benamejí», «Festival en Benidorm», «La hermana San Sulpicio», «Juanito», «La leona de Castilla», «Locura de amor», «Lola la Piconera», «Muchachas de Bagdag», «Pequeñeces», «La reina del Tabarín» «Las ruinas de Babilonia», «Una cubana en España», «Vampiresas 1.930», «Buen viaje Pablo», «Calabuch», «Caravana de esclavos», «Esa voz es una mina», «El genio alegre», «Operación Popoff», «El pescador de coplas», «El Piyayo», «El puente de la paz», «Que bella eres Roma», «El soltero», «Susana pura nata», «Suspiros de Triana», y el «Último cuplé», por haberlos adquiridos de su anterior titular D. Matías, quien consolidó plenamente los derechos de explotación subastados por medio de la prescripción adquisitiva o usucapión.

<sup>12</sup> Téngase en cuenta la normativa actualmente vigente y la duración temporal fijada en los setenta años desde la muerte del autor.

<sup>13</sup> Con todo y en tanto no consigamos unificar la terminología y evitar equívocos, lo cierto es que en la autodenominada, *Carta de derechos digitales*, cuyo objeto descansa en «perfilar los más relevantes en el entorno y los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros. Se trata de un proceso naturalmente dinámico dado que el entorno digital se encuentra en constante evolución con consecuencias y límites que no es fácil predecir», incluye entre los Derechos de Libertad, el de la Herencia digital, consistente en «1. Conforme a la ley que rija la sucesión, se reconoce el derecho a la herencia digital de todos los bienes y derechos de los que, en el entorno digital, fuera titular la persona fallecida. 2. Corresponde al legislador determinar los bienes y derechos de carácter digital de naturaleza patrimonial transmisibles por herencia y los bienes de la personalidad que pueden ser objeto de defensa, preservación y memoria, así como las personas llamadas, en su caso, a tal función, en defecto de señalamiento por el fallecido. 3. Se promoverá que la legislación contemple los supuestos en los que, atendidos los derechos de la persona fallecida o de terceros y en particular la protección de su intimidad y del secreto de sus comunicaciones, proceda la extinción del patrimonio digital o su no accesibilidad fuera de las personas a quienes se distribuyeron o se permitió acceder, en los casos en que aquella no haya dejado manifestación expresa sobre su destino». [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwie3rmejMH-AhUIUaQEHEfjYAWYQFnECAkQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.lamoncloa.gob.es%2Fpresidente%2Factividades%2FDocuments%2F2021%2F140721-Carta\\_Derechos\\_Digitales\\_RedEs.pdf&usg=AOvVaw01XAVkDWwmdzRxhthdINUY](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwie3rmejMH-AhUIUaQEHEfjYAWYQFnECAkQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.lamoncloa.gob.es%2Fpresidente%2Factividades%2FDocuments%2F2021%2F140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf&usg=AOvVaw01XAVkDWwmdzRxhthdINUY) (visitada abril de 2023)

<sup>14</sup> De modo que como ya he anticipado y he afirmado en mis publicaciones anteriores, coincido como ya he manifestado, las afirmaciones sobre que «los «contenidos» digitales a los que se refiere la norma del artículo 96 LOPD no siempre constituyen bienes «transmisibles» que puedan ser objeto de una sucesión *mortis causa*, lo que alejaría esta regulación del ámbito del Derecho hereditario [que solo abarca aquellos bienes y derechos que lo sean]», MORALEJO IMBERNÓN, (2020), El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *ADC*, tomo LXXXIII, I, 241-281.

<sup>15</sup> Sigue la STS «En este oficio se expone ampliamente que una testigo (Santiaga), amiga de la menor fallecida Tamara, en la declaración prestada el 29 de diciembre de 2012, manifestó que Tamara, una semana antes de morir, le dijo que había conocido a un chico llamado Justo, a través de Casilda, y que Justo le había proporcionado a Casilda cocaína por haberle conseguido a Tamara, y a su vez le proporcionaba cocaína a la propia Tamara por acostarse con él.— Estos hechos ponen de relieve la utilización de estupefacientes para la inducción a la prostitución de menores de edad, una actividad delictiva de acentuada gravedad, y constituyen una base fáctica suficiente para justificar por sí mismos la intervención telefónica del supuesto responsable, Justo. En consecuencia, la intervención telefónica de la que se derivan las pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena del recurrente, tiene su apoyo en una base fáctica suficiente, independiente de los SMS localizados por los progenitores de la menor.— Estos SMS sirvieron básicamente para localizar los números telefónicos de Justo, que en cualquier caso podrían haberse obtenido por otro medio, una vez que la testigo Santiaga había proporcionado los datos relevantes de la implicación de Justo en tráfico de cocaína, y en la inducción de la menor a la prostitución, utilizando los estupefacientes como incentivo. Debiendo señalar adicionalmente que la testigo proporcionó asimismo los datos fácticos necesarios para localizar e identificar policialmente a Justo entre las relaciones conocidas de Tamara (un joven latinoamericano, de entre 27 y 28 años, con un hijo pequeño y con el que frecuentaba el hotel del Pont d'Inca)».

<sup>16</sup> Vid., RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, «La aportación de SMS como prueba en el proceso penal una reflexión a propósito de la STS 850/2014, de 26 de noviembre», *FODERTICS 4.0: (estudios sobre nuevas tecnologías y justicia): [«IV Fórum de expertos y jóvenes investigadores en derecho y nuevas tecnologías, celebrado en la Facultad de Derecho de Salamanca, en 2015»]*, 2015, 137-144; CADENA SERRANO, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, DEL MORAL GARCÍA, ESCOBAR JIMÉNEZ, LANZAROTE MARTÍNEZ, «Intervención de las comunicaciones», «Tratamiento jurisprudencial y legal de algunos supuestos de datos asociados a la comunicación 5.5.9 Acceso a los mensajes de SMS», MARTÍNEZ JIMÉNEZ, MORENO VERDEJO, REY HUIDORO, RIVES GARCÍA, RIVES SEBA, Capítulo II Tratamiento procesal de la prueba ilícita: excepciones, *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: (Capítulos I a X)*, Aranzadi/Civitas, 2022; RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, *Revisión del concepto constitucional del secreto de las comunicaciones*, Dykinson, 2017, pág. 98.

<sup>17</sup> Roj: STS 5174/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5174.

<sup>18</sup> «Entiende la defensa del investigado que resulta de aplicación la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala II, de 26 de noviembre de 2014 que en su fundamento jurídico noveno trata la cuestión y acaba por concluir que el heredero tiene acceso a la correspondencia del causante, incluso a la de naturaleza digital, en aquel caso SMS, guardada en el terminal móvil y que debe de equipararse a la correspondencia ordinaria, papeles y cartas del fallecido».

<sup>19</sup> Roj: AAP J 391/2021 - ECLI:ES:APJ:2021:391.

<sup>20</sup> Roj: SAP B 14026/2022-ECLI:ES:APB:2022:14026, en grado de apelación los autos de Procedimiento Ordinario tramitados por el Juzgado de Primera Instancia 2 de Arenys de Mar, pendientes en esta segunda instancia al haber interpuesto recurso la parte demandante contra la sentencia que dictó dicho juzgado de primera instancia el día 23 de abril de 2020.

<sup>21</sup> Roj: STS 1306/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1306.

<sup>22</sup> Como bien señala 12 de octubre de 2020 FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., (2020), Notaria *La Herencia Digital Ante El Derecho Europeo*, además de esta Reglamentos habremos de tener en cuenta «la Directiva (UE) 2019/770 de 20 de mayo de 2019, relativa a deter-

minados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, que en su considerando 53 y artículos 2.13 y 10 delimita el carácter patrimonial del contenido digital en referencia al periodo de tiempo acorde con los fines de la información a través de soportes duraderos o en relación a derechos sobre propiedad intelectual de terceros» y, añado Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

<sup>23</sup> *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).

<sup>24</sup> Vista la Decisión 2010/427/UE del Consejo, de 26 de julio de 2010, por la que se establece la organización y el funcionamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior (2010/427/UE) (1) («Decisión SEAE del Consejo»), y en particular su artículo 11, apartado 3, Visto el Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) 45/2001 y la Decisión 1247/2002/CE (2) («Reglamento»), y en particular sus artículos 43, 44 y 45, Considerando lo siguiente: (1) El régimen de responsabilidad más completo que establece el Reglamento para los responsables del tratamiento de datos exige la adopción de una nueva decisión de ejecución que sustituya a la Decisión PROC HR(2011) 016 de la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, de 8 de diciembre de 2011, sobre las normas relativas a la protección de datos en el SEAE. (2) Las funciones del delegado de protección de datos y las responsabilidades del responsable del tratamiento en el Servicio Europeo de Acción Exterior deben estar claramente establecidas y adaptarse a los requisitos del Reglamento, DOUE-Z-2019-70040 (2019/C 370/05) <https://www.boe.es/doue/2019/370/Z00009-00017.pdf>

<sup>25</sup> Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la revisión de los Reglamentos de la UE relativos a la notificación y al traslado de documentos y a la obtención de pruebas en materia civil o mercantil ((2019/C 370/07), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC\\_2019\\_370\\_R\\_0007&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2019_370_R_0007&from=ES) La cuestión, como literalmente expresan las conclusiones es la transmisión de datos probatorios en asuntos civiles y mercantiles, como es el caso de la materia que tratamos, por tanto «El SEPD acoge con satisfacción los objetivos generales de las propuestas de mejorar la eficiencia de la cooperación judicial, en particular mediante la digitalización y el uso de las tecnologías de la información, en relación con la obtención de pruebas y la notificación de documentos en materia civil o mercantil». En particular, de entre las tres recomendaciones formuladas por el SEPD para garantizar el cumplimiento de la Carta y del Reglamento general de protección de datos, destacaremos la primera de ellas «proporcionar un fundamento jurídico claro para el sistema informático que se emplearía para la transmisión de documentos, solicitudes y comunicaciones a efectos del presente Reglamento. En particular, en caso de que el sistema informático implique la participación de una institución, órgano, agencia u oficina de la UE, este fundamento jurídico debe estar previsto, en principio, en un acto legislativo de la UE. Asimismo, *incluso en caso de que el tratamiento de los datos personales se lleve a cabo en el marco de un sistema informático existente, el SEPD recomienda prever la utilización de dicho sistema en el propio acto legislativo*. No obstante, el sistema existente que se prevé utilizar debe fundamentarse debidamente sobre la base de un acto jurídico adoptado a nivel de la UE, lo que no es actualmente el caso de e-CODEX. Si el legislador de la UE optara por la solución e-CODEX, habría que poner remedio sin demora a la falta de un instrumento jurídico a escala de la UE que establezca y regule el sistema».

<sup>26</sup> *Vid.*, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS XII LEGISLATURA Serie A: Proyectos de Ley, 9 de octubre de 2018 Núm. 13-3 Pág. 1 (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Informe de la Ponencia).

<sup>27</sup> Una búsqueda en cualquier buscador bajo el título de Testamento digital o incluso Testamento inteligente <https://www.milegadodigital.com/testamento-digital/> oferta a mayores de 14 años, la posibilidad de crearlo *on line*, con un chatbot que sirve de apoyo para que, una vez registrado y sobre la oferta preliminar, puedas suscribir, lo que a todas luces es una prestación de servicios. En este punto, añade MORALEJO IMBERNÓN, que han «proliferado nuevas empresas que se encargan de gestionar la herencia o legado digital y que, a menudo, reciben el mandato del causante de hacer llegar los archivos a determinadas personas cuando se produzca su fallecimiento», MORALEJO IMBERNÓN, (2020), El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *ADC*, tomo LXXIII, I, 241-281. Lectura y estudio imprescindible, dada su recapitulación de los aspectos más relevantes de la materia.

<sup>28</sup> *Vid.*, en particular, por su paralelismo, Mohammad OWAIS FAROOQ Herencia De Activos Digitales: Análisis Del Concepto De Herencia Digital En Plataformas De Redes Sociales, *Novum Jus Novum Jus* vol. 16, 3 Bogotá oct./dic. 2022 Epub 22-Mar-2023 2022.16.3.15

<sup>29</sup> Nestor PARRONDO 15 de diciembre de 2021 «Apple Legado digital, la función de iOS 15 que te permite dejar en herencia los datos de tu iPhone». Apréciese que apunta al «legados» digital, no a la herencia.

<sup>30</sup> Y sigue «Para estos dos últimos tipos el acceso es realmente difícil de conseguir y más aún el borrado de los mismos. Esto podría ser importante en casos como la cesión de cuentas de juegos como War of Warcraft y juegos *on line* similares donde el valor monetario de estas puede suponer un interés legítimo para los herederos. Además, en otros casos como los comentarios a artículos publicados en la Red recordamos que en EEUU no existe ningún tipo de regulación sobre el derecho al olvido que sería una manera de poder lidiar con alguno de estos problemas»... RODRÍGUEZ PRIETO, R., y MARTÍNEZ CABEZUDO, 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*, I Época, Vol. 12, 77-104.

<sup>31</sup> ¿Qué sucede con mi herencia digital? 19/01/2023 notario en red; *vid.*, adicionalmente los contenidos <https://www.comunidad.madrid/servicios/consumo/testamento-digital-herencia-contenido-online> En consumo CAM, la voz El testamento digital. La herencia de nuestro contenido *on line* (documento recuperado en marzo de 2023). Para ello, la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales, permite el acceso a los contenidos digitales de la persona fallecida gestionados por los *prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información (SSI)*, tales como cuentas de correo o perfiles de redes sociales.

<sup>32</sup> En este punto, apréciese que los juegos criptográficos basados en la Web 3.0 y la tecnología blockchain atraen a un público diverso y cada vez más numeroso. Las transacciones de juegos alcanzaron los 7400 millones, un crecimiento del 37% con respecto al año anterior y un asombroso 3260 % desde 2020. En 2022, en promedio, 1,13 millones de billeteras activas únicas se conectaron diariamente a dapps [1] de juegos. Eso es un aumento del 60% con respecto a los números de 2021 [2]. Estos criptojuegos a menudo ofrecen elementos del juego en forma de tokens y NFT, que pueden intercambiarse fácilmente en los criptomercados por otras criptomonedas. Se trata de un fenómeno en constante evolución y con muchos aspectos por definir aún, entre los cuales se encuentra su tributación. Un token es «una unidad de valor que una organización crea para gobernar su modelo de negocio y dar más poder a sus usuarios para interactuar con sus productos, al tiempo que facilita la distribución y reparto de beneficios entre todos sus accionistas». COLLOSA, A., (2023), «Los juegos criptográficos y su tributación», *Centro Interamericano de Administraciones tributarias* <https://www.ciat.org/ciatblog-los-juegos-cryptograficos-y-su-tributacion/> Por su parte, los token «William Mougayar, autor del libro 'The business blockchain', el nuevo término de la economía digital. <https://www.bbva.com/es/innovacion/que-es-un-token-y-para-que-sirve/>» (consultado abril 2024). Y en cuanto a los NTF *Non-Fungible Token* y nada mejor que visitar esta web financiera <https://www.santander.com/es/stories/que-son-los-nft> (consultado abril 2024); unidad económica, que valdrá tanto como el mercado del arte decide atribuir a esta obra de arte, que funciona al estilo de la criptomonedas pero de forma inescindible.

<sup>33</sup> «En los «Términos y condiciones» de muchas empresas online de vídeos, música o videojuegos se especifica que ellas solo venden licencias de uso personal e intransferible. Esto

podría significar que buena parte del patrimonio «digital» se evapora con el fallecimiento. Es, sin duda, un tema controvertido que dará mucho que hablar en un futuro cercano».

<sup>34</sup> *Vid.*, también CÁMARA LAPUENTE, Conferencia dictada en el colegio notarial de Madrid, salón académico, el 24 de enero de 2019 *¿Derecho sucesorio, privacidad, datos o nuevos derechos digitales intransmisibles?*

<sup>35</sup> Baste referirnos, sobre los contenidos digitales y el ámbito de aplicación de la Ley 4/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales, al decir que «En concreto, se trata de servicios digitales en relación con los cuales existe una participación de los usuarios que constituye una contribución al proceso de creación de valor de la empresa que presta los servicios, y a través de los cuales la empresa monetiza esas contribuciones de los usuarios. Es decir, los servicios contemplados por este impuesto son aquellos que no podrían existir en su forma actual sin la implicación de los usuarios. El papel que desempeñan los usuarios de estos servicios digitales es único y más complejo que el que adoptaba tradicionalmente un cliente de un servicio *off line*. Al centrarse en los servicios prestados, sin tener en cuenta las características del prestador de los mismos, entre ellas su capacidad económica, el Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales no es un impuesto sobre la renta o el patrimonio». A mi modesto juicio, y haciendo un puro y memorístico seguimiento del Estado social y democrático de Derecho, la Agencia tributaria es la máquina que con más perfección ha funcionado, por lo que será a través de la tributación donde se consiga tratar los bienes y concretar la masa del causante y así, en sus voluntades testamentarias, hacer inventario de sus activos patrimoniales, incluidos los de naturaleza digital. Así, más recientemente, la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, La herencia digital, LA @ | septiembre-octubre 2016, *Escritura Pública*, 23 y sigs.

<sup>37</sup> *Vid.*, entre otros, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Carlos, Ley catalana sobre voluntades digitales en caso de fallecimiento o incapacidad, *Actualidad civil*, 7-8, 2017, 74-78.

<sup>38</sup> Y en este caso, nada mejor que recurrir al periodismo digital, donde nos dan una visión de esta norma: La vida «on line» 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 LLANEA, 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 debe 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, ex director 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».

<sup>39</sup> 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».

<sup>40</sup> Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital de las personas fallecidas, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 110/2019 parte Sentencias, Resoluciones, Pamplona, 2019. BIB 20195958; *vid.*, también PLAZA PENADÉS, Javier, El Proyecto de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* 46/2018. BIB 20187463 y, del mismo autor, La ley catalana de voluntades digitales, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 45/2017. BIB 201743077.

<sup>41</sup> ORDELIN FONT, ORO BOFF, ¿Herencia digital?: la protección «*post mortem*» de los bienes digitales, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* 50/2019. BIB 20197012.

<sup>42</sup> «Esta pretensión del Derecho institucional o estructural —entendido como un Derecho que fija las líneas fundamentales o los perfiles constitutivos de las instituciones jurídicas que construye los tipos o fórmulas básicas con los cuales el Derecho positivo se llena de contenido, eligiendo de entre los modelos institucionales el que más se adapta a las necesidades y convicciones jurídicas de cada momento y de cada pueblo—, ha sido reiteradamente reclamada por la mejor doctrina. Así y sobre esta cuestión ROCA SASTRE destacaba la deficiencia institucional de nuestro Código al haberse nutrido, en particular el derecho sucesorio, de principios tan antagónicos como contradictorios. En especial, la responsabilidad personal e ilimitada por las deudas hereditarias (de raíz romana), se dibuja únicamente como un principio positivo singular, contradicho por el común entendimiento jurisprudencial de la herencia como un remanente económico (de raíz germánica). Es por ello, que al responder a dos sistemas institucionales tan diferentes como el romano y el germánico, «al llenar las lagunas fatalmente existentes en los Códigos, los principios inspiradores de la institución constituirán una abundante cantera» «Crítica institucional del Código Civil», *RDCI*, XVI, 148, 1940, 497 a 515, *vid.*, de la autora de estas líneas, «Concurrencia de la sucesión testada e intestada: herencia de causante intestada por la premoriedad de heredero testamentario», *RCDI*, 777, 544 y sigs.

<sup>43</sup> Población con discapacidad o limitación según tipo de deficiencia de origen por edad y sexo, en unidades por miles de personas: Deficiencias visuales 799,1; Ceguera total 47,6; Mala visión 750,0 <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t15/p418/a2008/hogares/p01/modulo1/l0/&file=01010.px>

<sup>44</sup> De conformidad al 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), son «datos biométricos»: los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos. *Vid.*, INCIBE, *Tecnologías biométricas aplicadas a la ciberseguridad. Una guía de aproximación para el empresario*, teniendo en cuenta que «la biometría es

un método de reconocimiento de personas basado en sus características fisiológicas o de comportamiento. Se trata de un proceso similar al que habitualmente realiza el ser humano reconociendo e identificando a sus congéneres por su aspecto físico, su voz, su forma de andar, etc»., existen en primer lugar, las *Tecnologías biométricas fisiológicas*: Huella dactilar, reconocimiento facial, Reconocimiento de iris, Reconocimiento de la geometría de la mano, Reconocimiento de retina, Reconocimiento vascular, Otras formas de biometría fisiológica y, en segundo, las *Tecnologías biométricas de comportamiento*, como el Reconocimiento de firma, Reconocimiento de escritor, Reconocimiento de voz, Reconocimiento de escritura de teclado, Reconocimiento de la forma de andar [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiy\\_N61p4v7AhWRyYUKHTIBBAQFn0ECAgQAOQ&url=https%3A%2F%2Fwww.incibe.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fcontenidos%2Fguias%2Fdoc%2Fguia\\_tecnologias\\_biotometricas\\_aplicadas\\_ciberseguridad\\_metad.pdf&usg=AOvVaw0tcOkWLr6bGfML4yiO033k](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiy_N61p4v7AhWRyYUKHTIBBAQFn0ECAgQAOQ&url=https%3A%2F%2Fwww.incibe.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fcontenidos%2Fguias%2Fdoc%2Fguia_tecnologias_biotometricas_aplicadas_ciberseguridad_metad.pdf&usg=AOvVaw0tcOkWLr6bGfML4yiO033k) (visitado en marzo de 2023)