

1.4. Sucesiones

Disposición *mortis causa* de los datos digitales. El llamado «testamento digital»

Disposition mortis causa of digital data. The so called digital testament

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM

RESUMEN: El presente estudio se va a centrar en el análisis del testamento digital tal como se regula en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de protección de los datos personales y garantía de los derechos digitales. Asimismo, haremos oportuna referencia a su tratamiento en la Ley 10/2017, de 27 de junio de voluntades digitales de Cataluña y en la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 17 de enero de 2019 en lo relativo a la constitucionalidad o no de la norma. En fin, aludiremos a aquellas normativas extranjeras cercanas a nuestro entorno que también desarrolla esta figura.

ABSTRACT. *The present study is going to centre on the analysis of the digital testament as regulated in the law 3/2018, of 5 decembre on the protection of personal data and guarantee of digital rights. We will also make timely reference to your treatment in the law 10/2017 of 27 of june of digital wills of Catalonia and in the judgment of the constitutional court of January 17, 2019 regarding the constitutionality or no of the norm. Finally, we will referer the those foreign regulations close to our environment that this figure also develops.*

PALABRAS CLAVES: Contenidos digitales. Testamento digital. Datos personales. Patrimonio digital. Bienes digitales. Prestadores de la sociedad de la información. Redes sociales. Plataformas *on line*.

KEY WORDS: *Digital contents. Digital will. Personal data. Digital patrimony. Digital assest. Internet services providers. Social networks and plataform on line.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN: PERSONAS LEGITIMADAS PARA EL ACCESO Y DISPOSICIÓN *POST MORTEM* DE DATOS PERSONALES DEL FALLECIDO.—III. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN: CONTENIDOS DIGITALES.—IV. FORMALIDADES DEL TESTAMENTO DIGITAL.—V. NORMATIVA AUTONÓMICA: LA LEY 10/2017 DE 27 DE JUNIO DE VOLUNTADES DIGITALES DE CATALUÑA.—VI. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLE-

NO) DE 17 DE ENERO DE 2019.—VII. OTRAS NORMATIVAS EXTRANJERAS CERCANAS A NUESTRO ENTORNO.—VIII. PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.—IX. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental protegido por el artículo 18.4 de la Constitución Española. De esta forma, nuestra Constitución ha sido adelantada en el reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales cuando dispone que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Por su parte, el Tribunal Constitucional señaló en su Sentencia de la Sala Segunda, 94/1998, de 4 de mayo¹ que, nos encontramos ante un derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos insertos en un programa informático (*habeas data*) —libertad informática—, cualesquiera datos personales y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados; de esta manera, el derecho a la protección de datos se configura como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos a aquel legítimo que justificó su obtención. Asimismo, la Sentencia de este mismo Tribunal, del Pleno, 292/2000, de 30 de noviembre² lo considera como un derecho autónomo e independiente que consiste en un poder de disposición y de control, sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de estos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuales puede este tercero recabar y también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

Ahora bien, la concreción y desarrollo del derecho fundamental de protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales tuvo lugar inicialmente mediante la aprobación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos personales, conocida como LORTAD. Esta Ley Orgánica 5/1992 fue sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de protección de datos personales, a fin de trasponer a nuestro derecho la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

En el entorno europeo, hay que señalar que, en los últimos años de la pasada década se han intensificado los trabajos normativos tendentes a lograr una regulación más uniforme del derecho fundamental a la protección de datos en el marco de una sociedad cada vez más globalizada. A tal fin se ha aprobado el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus 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), así como de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en

lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. Este Reglamento General de Protección de Datos pretende con su eficacia directa superar los obstáculos que impidieron la finalidad armonizadora de la Directiva 95/46/CE al existir un mosaico normativo y con un nivel de protección y de seguridad diverso fruto de diferentes normativas de protección de datos existentes en cada uno de los Estados miembros. Además, supone la revisión de las bases legales del modelo europeo de protección de datos más allá de una mera actualización de la vigente normativa y procede a reforzar la seguridad jurídica y transparencia a la vez que permite que sus normas sean especificadas o restringidas por el Derecho de los Estados miembros en la medida en que sea necesario por razones de coherencia y para que las disposiciones nacionales sean comprensibles para sus destinatarios. Así, en este Reglamento General de Protección de Datos se contienen un buen número de habilitaciones, cuando no imposiciones, a los Estados miembros, a fin de regular determinadas materias, permitiendo incluso en su considerando 8, y a diferencia de lo que constituye principio general del Derecho de la Unión Europea que, cuando sus normas deban ser especificadas, interpretadas o, excepcionalmente, restringidas por el Derecho de los Estados miembros, estos tengan la posibilidad de incorporar al derecho nacional previsiones contenidas específicamente en el Reglamento, en la medida en que sea necesario por razones de coherencia y comprensión. En todo caso, tiene como objeto establecer las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos, proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales; y la libre circulación de los datos personales en la Unión no podrá ser restringida ni prohibida por motivos relacionados con la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (art. 1). Respecto a su ámbito de aplicación material este Reglamento se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero y, al tratamiento de datos de carácter personal por parte de las instituciones, órganos y organismos de la Unión. Al respecto el Reglamento (CE) n. 45/2001 y otros actos jurídicos de la Unión aplicables a dicho tratamiento de datos de carácter personal se adaptarán a los principios y normas de este Reglamento de conformidad con su artículo 98. Por el contrario, no se aplica al tratamiento de datos personales: a) en el ejercicio de una actividad no comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión; b) por parte de los Estados miembros cuando lleven a cabo actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del capítulo 2 del título V del TUE; c) efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas; d) por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención (art. 2). En todo caso, en sus considerandos 27, 158 y 160 excluye, precisamente, de su ámbito subjetivo de aplicación a los datos de personas fallecidas, sin perjuicio que, otros derechos como el honor, la intimidad personal y familiar y, la propia imagen puedan ser protegidos, tras el fallecimiento de la persona. No obstante, posibilita que, los Estados miembros

puedan establecer normas relativas al tratamiento de datos de personas fallecidas³. Atendiendo a la habilitación del Reglamento a los Estados miembros con el fin de regular determinadas materias o la posibilidad de especificación o excepcionalmente de restricción de las normas del Reglamento por el Derecho de los Estados miembros incorporando previsiones del mismo, como hemos reseñado en líneas precedentes, se aprueba la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales cuyo objeto es adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento General de Protección de Datos, y completar sus disposiciones; y garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución (art. 1). Respecto a su ámbito de aplicación se dispone que, lo dispuesto en los títulos I a IX y en los artículos 89 a 94 de esta Ley Orgánica alcanza a cualquier tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero. Asimismo, el artículo 2 apartado 1 de esta Ley Orgánica no será de aplicación: a) A los tratamientos excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento General de Protección de Datos por su artículo 2.2, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de este artículo; b) A los tratamientos de datos de personas fallecidas, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3; y, c) A los tratamientos sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas.

Como hemos señalado, el apartado segundo letra b) de este artículo 2 excluye el tratamiento de datos de personas fallecidas en línea con lo dispuesto en el artículo 32 del Código civil que, establece que «la personalidad se extingue por la muerte de las personas»; de forma que, con su fallecimiento, se extinguen los derechos inherentes a la personalidad. De ahí que, se considere que, las personas fallecidas no sean titulares del derecho a la protección de datos de carácter personal, pues la titularidad del dato se vincula a una persona viva. No obstante, todo ello se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3 de esta Ley Orgánica relativo a los datos de personas fallecidas que, junto con el artículo 96 de la misma se orientan a procurar una protección de la personalidad pretérita. Fuera de este marco legal, el artículo 657 del Código civil dispone como regla general que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte»; mientras que, el artículo 659 del citado cuerpo legal determina el contenido hereditario que es susceptible de transmisión y que, estará constituido por aquellos «bienes, derechos, obligaciones de una persona que no se extingan con su muerte»; y, finalmente, el artículo 661 del mismo afirma que «los herederos suceden al difunto por el hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

Por otra parte, Internet se ha convertido en una realidad omnipresente tanto en nuestra vida personal como colectiva. Una gran parte de nuestra actividad profesional, económica y privada se desarrolla en la Red y adquiere una importancia fundamental tanto para la comunicación humana como para el desarrollo de nuestra vida en sociedad. Ciertamente, cada vez utilizamos con más frecuencia los entornos digitales para desarrollar actividades de nuestra vida personal y profesional. Así estas actividades que, suponen navegar e interactuar y el uso de una o varias aplicaciones en Internet (huella digital)⁴, determinan nuestra presencia *on line*, presencia virtual, a la vez que, nuestra «identidad o vida digital»⁵; y también generan una diversidad de archivos que, una vez fallecida la persona, forman parte de su legado. Descargamos noticias, vídeos, fotografías, participamos en blogs o creamos los nuestros propios, configuramos contenidos digitales, accedemos a portales de noticias, sitios webs, foros, chats, tenemos correo electrónico, un

perfil o perfiles en redes sociales, todo ello constituye nuestra presencia en el ciberespacio y forma parte de nuestro acervo o patrimonio digital, que puede tener un contenido económico. Como señala acertadamente GARCÍA HERRERA «todo aquello que enviamos, recibimos, almacenamos, compartimos, gestionamos o contratamos a través de Internet forma nuestro “patrimonio digital” que, está integrado, entre otras cosas, por la información que remitimos o recibimos *on line* vía correo electrónico, redes sociales, webs o dominios virtuales, sea esta información escrita, sonora o visual, por los archivos adquiridos (por ejemplo, ebooks, videos, videojuegos y/o música), por los ficheros alojados en la «nube», donde se guarden desde fotos hasta las claves de la firma electrónica de una cuenta bancaria o una fórmula química, por los derechos eMusic que se puede tener en Spotify, por los derechos que pueden tenerse sobre películas y series en Netflix, por los beneficios económicos que podamos obtener en webs de juegos y apuestas, por los gastos efectuados en compras *on line* de productos o servicios, por compras realizadas que se encuentran pendientes de entrega, por el saldo existente en cuentas o monederos electrónicos (como Pay-Pal, Money Bookers, Amazon o Google Wallet), por los bitcoins, etc»⁶. De forma que, una vez que fallece una persona, cabe preguntarse qué sucede con su acervo o patrimonio digital, pues, a menudo los contratos que se suscribieron con los prestadores de servicios digitales o las políticas que estos tienen en vigor no establecen qué sucede cuando la persona fallece y, por lo tanto, cuál debe ser el destino de sus archivos digitales, ni tampoco los propios usuarios de redes sociales o de otros suministros de contenidos o espacios *on line* manifiestan nada al respecto —precisamente, acerca de si se cancelan o borran sus datos, archivos, o si se mantienen o no sus perfiles, por lo que pueden seguir visibles y accesibles a terceros—. No cabe duda que, su acervo o patrimonio digital integra o forma parte de la herencia del causante (art. 659 CC), pues, como se indica en la doctrina, no es posible hablar de una «herencia digital» como algo diferente y separado de la «herencia analógica»⁷. Así los archivos digitales que, el causante ha creado o adquirido —videos, audios, fotografías u otros documentos— almacenados en soporte físico —disco duro interno o externo, pendrive— o digital —alojado en la nube—, el dinero virtual —bitcoins o cuentas que el causante tuviera abiertas a su favor en tiendas de aplicaciones o software—, monederos o carteras digitales o *wallets*, suministros de servicios en línea de música, videos, servicios de *streaming* o de suscripción que permiten al cliente tener copias de obras, obras creadas por la propia persona fallecida y alojadas en la nube (Google Drive, Dropbox), cuentas de e-mail, redes sociales, foros, blogs, chats, sistemas de pago virtuales forman parte del activo digital del causante y pueden tener un valor patrimonial, económico o no necesariamente y que, en algunos casos, no se conoce su existencia por los herederos ni las claves de acceso⁸.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis del mal llamado «testamento digital» cuya regulación se contiene en los citados artículos 3 y 96, este último dentro del novedoso título X. Garantía de los derechos digitales en el que se reconocen y garantizan un elenco de derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución. En particular, además del derecho al testamento digital, son objeto de regulación los derechos y libertades predicables al entorno de Internet como la neutralidad de la Red y el acceso universal o los derechos a la seguridad y educación digital así como los derechos a la supresión de datos (derecho al olvido), a la portabilidad, derecho de acceso, rectificación y, derecho a la limitación del tratamiento de los datos. Entre ellos, ocupa un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión

digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral y la protección de los menores en Internet⁹. Finalmente, resulta destacable la garantía de la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones en medios de comunicación digitales.

II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN: PERSONAS LEGITIMADAS PARA EL ACCESO Y DISPOSICIÓN *POST MORTEM* DE DATOS PERSONALES DEL FALLECIDO

El artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos regula el acceso y disposición de los datos personales del fallecido a ciertas personas. Así se refiere a la posibilidad que, las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho —cónyuge, pareja estable, descendientes, ascendientes— así como sus herederos, además de dirigirse al responsable o encargado del tratamiento para comunicar su fallecimiento, puedan solicitar a estos el acceso a los datos personales del difunto —cuentas, perfiles en redes sociales, a su vida o identidad digital— y, en su caso, a su rectificación o supresión¹⁰. Se trata de un elenco amplio de personas legitimadas quizá en la línea de otras normas protectoras de los derechos de la personalidad del fallecido frente a una posible intromisión ilegítima¹¹. De forma excepcional, se excluye el ejercicio de estas facultades por las personas citadas, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Si bien, esta facultad del titular de prohibir el acceso a los datos tiene a su vez una lógica excepción, pues, los herederos tienen derecho a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante, como cuentas corrientes o dinero electrónico¹². Se prevé también en su apartado segundo que, las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello, puedan también solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de este y, en su caso su rectificación o supresión. En todo caso, como precisa NAVAS NAVARRO «es posible que, el causante deje instrucciones sobre su contenido *online*, pero no determina qué personas deben cumplirlas, debería ser el heredero o, en su caso, el albacea los únicos legitimados para ordenar su cumplimiento»¹³. Si bien, se establece que en un futuro desarrollo reglamentario se establezcan los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones, así como la posible creación de un registro en el que se hagan constar, mediante la aprobación del correspondiente Real Decreto. En fin, se concreta en el apartado tercero del citado precepto que, 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; y, en caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse, además de por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, también 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.

Por otra parte, se regula el mal llamado derecho al testamento digital, en concreto, el acceso a los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información, tratándose de personas fallecidas en el artículo 96 de esta misma Ley Orgánica 3/2018 —complementando con ello la regulación contenida en el mencionado artículo 3— que, puede contener datos personales o

no. Supone, en esencia, una concreción de lo dispuesto en el citado artículo 3, si bien dirigido a los contenidos gestionados por tales prestadores de la sociedad de la información. Así, se faculta, igualmente, a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como a sus herederos para 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, si la persona fallecida no se ha opuesto, pues, excepcionalmente, tales personas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando aquella lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Si bien, de la misma forma, dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que, pudiesen formar parte del caudal relicto. No obstante, a diferencia del artículo 3 que no se mencionan¹⁴, en estos supuestos 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. Tratándose de personas fallecidas menores de edad, al igual que el artículo 3, 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; y, en el caso de fallecimiento de personas con discapacidad, igualmente, estas facultades podrán ejercerse además de por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, 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. De todas formas, respecto a los menores de edad, teniendo en cuenta que pueden testar a partir de los 14 años, salvo el testamento ológrafo —mayoría de edad— y que, pueden consentir el tratamiento de sus datos también a partir de dicha edad (art. 7.1 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos), parece que podrán otorgar instrucciones acerca de su patrimonio digital¹⁵. Al igual que, las personas discapacitadas (art. 665 CC).

Respecto a los perfiles en redes sociales o equivalentes, las personas legitimadas citadas 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, y, el responsable del servicio al que se comunique la solicitud de eliminación del perfil, deberá proceder sin dilación a tal eliminación. De nuevo, se prevé que, mediante Real Decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos.

Ahora bien, lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio de lo previsto en aquellas comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio, respecto a las personas fallecidas, pues, se regirá por lo establecido en las mismas al respecto.

III. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN: CONTENIDOS DIGITALES

Tanto el artículo 3 como el artículo 96 concretan el ámbito subjetivo de aplicación de ambos preceptos, esto es, quienes están legitimados para acceder o en su caso, rectificar o suprimir los datos de la persona fallecida, pero no se

concreta lo que representa el presupuesto objetivo de aplicación de tales preceptos, es decir, los contenidos digitales —archivos digitales, creaciones originales, cuentas bancarias, perfiles en redes sociales, claves y contraseñas— que, en su caso, pueden resultar gestionados por los prestadores de servicios de la sociedad de la información¹⁶. No cabe duda que, el acceso al contenido de los correos electrónicos resulta vedado por afectar a la intimidad del causante, y aunque se tengan la clave y contraseña no se pueden enviar correos desde la cuenta del causante, por ser esta conducta constitutiva de un delito de suplantación de la personalidad y, asimismo, no se podrá acceder a los contenidos de tales cuentas o archivos digitales que formen parte de la misma, sin la correspondiente autorización judicial¹⁷. En el caso de redes sociales, los herederos o la persona designada por el titular, tendrá el acceso a las cuentas si tienen las claves del usuario y las contraseñas, si bien a los solos efectos de comunicar a la empresa que gestiona el servicio el fallecimiento del usuario o el eventual mantenimiento de la cuenta en estado conmemorativo¹⁸, además en el ámbito de las interacciones con otro u otros usuarios del servicio nos encontramos ante derechos de carácter personalísimos que, se extingue con la muerte de la persona. Precisamente, durante la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los derechos digitales en el Senado se propusieron por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos— En Comú Podem-En Marea (GPPD) dos enmiendas la número 29 y 30 con el objeto de concretar el concepto de contenidos digitales. Así en la enmienda número 29 se indicaba que el acceso se consideraría satisfecho mediante la entrega de copia de los datos en cuestión. La motivación de la enmienda se concretaba en que «resultaba importante clarificar que el acceso debe entenderse como suministro de copia de los datos y no como acceso a credenciales o contraseñas»¹⁹. Y en la número 30 en relación con el mismo apartado 1 del artículo 96 se proponía que, en el acceso a contenidos, habría de exceptuarse las comunicaciones electrónicas, gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas²⁰. Lo cierto es que, no hay duda que, el acceso a la información almacenada puede tener lugar, cuando hay instrucciones del causante al respecto, donde no solo se permiten, sino también se indican las claves de acceso a tales contenidos. Si se ha permitido el acceso a tal información, pero no se ha proporcionado las claves, no parece que sea posible dicho acceso²¹. En cuanto al acceso a las comunicaciones electrónicas, correo electrónico, como se ha indicado, no parece posible incluirlo en el haber hereditario por su carácter personalísimo, sin embargo, para ALIÑO SEHWERT «la Ley no lo ha excluido, lo que parece indicar que, sí es transmisible a los sucesores del causante»²².

En este contexto, NAVAS NAVARRO precisa en relación con el cierre de una cuenta o el acceso al contenido de una cuenta del usuario fallecido que «no aparecen incorporadas a las «condiciones de uso» o a los «términos o información legal», según la etiqueta que aparece en el sitio web de que se trate» y con respecto al contenido de las instrucciones indica que «si el causante decide la supresión o eliminación de parte del contenido digital provocando con ello que el heredero no pueda acceder a medios de prueba para defenderse ante reclamaciones de terceros. Una instrucción de este tenor que, ocasiona un daño al heredero, es una instrucción que debe reputarse ilícita por antijurídica»²³. Asimismo, MORALEJO IMBERNÓN señala que, respecto al acceso a los datos de personas fallecidas cabe hacer dos observaciones: «La primera es una crítica referida a la amplitud de la legitimación contemplada en el artículo 3 de la LOPD; y la segunda tiene que ver con las circunstancias que, a diferencia de otras regulaciones, nuestra

legislación no ha primado la voluntad de la persona fallecida, sino que se ha limitado a establecer que esta pueda negar el acceso a sus datos enervando la presunción de legitimación contemplada en este artículo 3»²⁴.

En todo caso, no serían ciertamente transmisibles, salvo que el causante lo permitiese en algunos supuestos, las cuentas de correo electrónico, así como el acceso a redes sociales cerradas; si, en cambio, el contenido patrimonial digital, entre otros, cuentas bancarias *on line*, criptomonedas, sistemas de pagos virtuales, documentos y archivos en la nube, a música seleccionada, plataformas de servicios —Netflix HBO—, libros, películas en formato digital, bajo licencia, si lo posibilitan sus condiciones de uso²⁵.

De todas formas, como hemos indicado, es posible que, algunos de los contenidos digitales pueden ser alojados en soporte físico como un disco duro, pen drive, ordenador y por ende, transmisibles. Por otra parte, tanto el artículo 3 como el artículo 96 concretan las facultades que, se conceden a las personas legitimadas —personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, los herederos, el albacea o las personas o instituciones que el fallecido hubiera designado expresamente— así el acceso, la rectificación o supresión de los datos personales o de los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información, o dar instrucciones a tales prestadores sobre su utilización o destino; o en fin, sobre el mantenimiento o eliminación de perfiles personales de la persona fallecida en redes sociales o servicios equivalentes²⁶.

IV. FORMALIDADES DEL TESTAMENTO DIGITAL

Aunque la Ley Orgánica habla de testamento digital —a través de medios electrónicos—, en rigor no es tal, pues, lo cierto es que, el testamento realizado exclusivamente *on line* es nulo (art. 687 CC), por lo que la disposición sucesoria del patrimonio digital tiene que realizarse en testamento notarial —en cualquiera de sus modalidades—, que es el único instrumento válido para disponer *mortis causa* de todo el patrimonio —ciertamente, las reglas sucesorias del Código civil también se han de aplicar a los bienes inmateriales digitales—²⁷. Además no estamos ante un tipo de testamento o de un testamento especial —por la utilización de una aplicación informática— y, en todo caso, el formato digital de determinados contenidos en archivos o el lugar donde se encuentran ubicados no se distinguen del resto de los bienes que, pueden integrar el caudal relicto. Al fallecimiento de una persona, su herencia comprende todos sus bienes, derechos y obligaciones que, no se hayan extinguido por su fallecimiento y su transmisión se producirá en cualquier caso, por la voluntad manifestada en testamento y, a falta del mismo, por disposición de la Ley. No obstante, atendiendo a las características digitales de estos archivos, convendría tener lo más actualizado posible el testamento, atendiendo a la continua modificación, precisamente, de nuestro patrimonio digital y, a la frecuencia con la que variamos nuestras claves y contraseñas. De todas formas, aunque el testador puede designar un albacea testamentario o una persona o institución para el acceso a los contenidos digitales, de acuerdo con las instrucciones fijadas expresamente por aquel, los herederos también pueden acceder a tales contenidos con arreglo a tales instrucciones recibidas, salvo que el testador lo hubiese prohibido expresamente o lo establezca una ley, atendiendo a la redacción literal de los artículos 3 y 96 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección²⁸. Ahora bien, si se quiere limitar el acceso a determinados herederos de algunos contenidos digitales —claves y contraseñas, repositorios de Dropbox

por ejemplo— nos encontramos que, si se contienen en el testamento, todos los herederos tienen derecho a una copia del testamento. GARCÍA HERRERA propone dos posibles vías para evitar esta situación: «1. Que el causante, en el propio testamento en el que dispone de su “patrimonio digital” incluya una cláusula en la que se deje constancia de las claves de acceso a los contenidos digitales, se designe a la persona o personas que quedan encargadas de la gestión de dichos datos y/o contenidos y se especifiquen las instrucciones de uso, prohibiendo que dicha cláusula se dé a conocer y se entregue copia de la misma a las personas que tienen derecho a copia del testamento según la legislación notarial; 2. Que el causante redacte un testamento complementario al general con el contenido anterior, es decir, con indicación de las claves de acceso, designación del albacea o persona o personas encargadas de la gestión de los datos y contenidos y detalle de las instrucciones de uso correspondientes»²⁹. Asimismo, para CÁMARA LA-PUENTE existen diversas soluciones «como la confección de documentos complementarios debidamente depositados (inventarios de contraseñas) que no precisan el valor jurídico de un testamento, codicilo o memorias testamentarias» y es por ello que se pregunta si «podría ANCERT plantearse un servicio de alojamiento en red seguro o quedará este encomendado a empresas especializadas»³⁰. En todo caso, no olvidemos que, a través de instrucciones documentales otorgadas por el causante que pueden prohibir el acceso a sus datos personales o impedir su rectificación o supresión; si bien, dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos patrimoniales del causante.

En este contexto, en los citados artículos 3.2 apartado 2 y 96.3 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos prevén que, mediante Real Decreto se establezcan los requisitos y las condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones dadas por el causante en el testamento y, en su caso, el registro de dichos mandatos e instrucciones. Asimismo, el artículo 74 g) de esta Ley Orgánica 3/2018 califica de infracción leve y prescribe al año «El incumplimiento de la obligación de suprimir los datos referidos a una persona fallecida cuando ello fuera exigible conforme al artículo 3 de esta Ley Orgánica».

V. NORMATIVA AUTONÓMICA: LA LEY 10/2017 DE 27 DE JUNIO DE VOLUNTADES DIGITALES DE CATALUÑA

El artículo 96 de la Ley Orgánica 3/2018 se dicta al amparo del artículo 149.1.8 de la Constitución española según establece la disposición final segunda número 6 de esta Ley. Asimismo, la Disposición Final primera de la misma referente a la naturaleza de esta Ley dispone que, tiene el carácter de Ley Orgánica; a esto añade la disposición final segunda número 1 que, el título competencial en base al cual se dicta esta Ley Orgánica es el artículo 149.1.1.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Por otra parte, el artículo 96, entre otras disposiciones, tiene el carácter de ley ordinaria (disposición final primera). Sus apartados primero y segundo párrafo primero tiene un contenido similar al artículo 3, y en su apartado 4 hace una remisión a aquellas normativas dictadas al efecto por comunidades autónomas con derecho civil propio; por lo que cabe plantearse cuál es el título competencial atribuido a las comunidades autónomas, pues nos encontramos con una materia que en la mayor parte de su contenido tiene el carácter de Ley Orgánica³¹.

Si bien, antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018 en Cataluña se aprobó 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 Cataluña³² que, en su preámbulo fija como objetivos de esta Ley por un lado, que las personas pueda manifestar sus voluntades digitales para que el heredero, el legatario, el albacea, el administrador, el tutor o la persona designada para su ejecución actúen ante los prestadores de servicios digitales después de su muerte o en caso de tener la capacidad judicialmente modificada; y, por otro, atendiendo a 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, la ley faculta a quienes tienen la potestad parental y a los tutores para que velen por la presencia de los menores y tutelados en los entornos digitales y no les genere riesgos. A tal efecto, deberán promover las medidas adecuadas ante los prestadores de servicios digitales, y solicitar también, con carácter excepcional, la asistencia de los poderes públicos.

Sobre tales bases, el artículo 6 que añade un artículo, el 411-10 «Voluntades digitales en caso de muerte», al capítulo I, del título I del libro cuarto del Código civil de Cataluña relativo a las sucesiones define en su apartado 1 las voluntades digitales en caso de muerte como «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 con quienes el causante tenga cuentas activas». Tienen como finalidad, tal y como se establece en el preámbulo de la Ley apartado primero que «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 corresponda en vida»³³.

Pues bien, estas voluntades digitales pueden ordenarse, tal como establece el apartado 3 del citado artículo 411-10, 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. Por lo que, en defecto de los instrumentos típicos propios del derecho sucesorio señalados, el legislador catalán establece también que, es posible otorgar las voluntades digitales mediante documento *ad hoc* que, se debe inscribir en el Registro que, se cree al efecto para que surta efecto. Un registro electrónico que, como precisa el preámbulo de la Ley en su apartado II es «un nuevo instrumento registral de carácter administrativo que se crea con el objeto de facilitar e incrementar las vías disponibles para dejar constancia de las voluntades digitales». En todo caso, con relación al testamento en el artículo 7 de esta Ley se modifica el artículo 421-2 y en su apartado segundo establece que «el testamento, además de ordenar la institución de uno o más herederos y establecer legados y demás disposiciones para después de su muerte, 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»³⁴. Lo cierto es que, con respecto a la designación de la persona encargada de ejecutar las voluntades digitales

del causante, el artículo 8 de esta Ley añade un artículo, el 421-24, al capítulo I, título II del libro cuarto del Código civil de Cataluña, disponiendo que, la designación de la persona física o jurídica encargada de ejecutar las voluntades digitales puede hacerse en testamento, en codicilo o en memoria testamentaria y, en defecto de estos instrumentos, en un documento de voluntades digitales, el cual necesariamente debe especificar el alcance concreto de su actuación³⁵. Este documento debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales. En todo caso, el otorgante de tales documentos puede hacer constar la persona o personas físicas o jurídicas a las que quiere que, se comunique, se informe antes de ejecutarlas, la existencia de las voluntades digitales. Por lo que, la persona encargada de ejecutar estas voluntades puede ser una persona física o jurídica; y a falta de designación, el heredero, el albacea o el administrador de la herencia que pueden, precisamente, ejecutarlas ellos mismos o encargar a otro la ejecución. No obstante, si el causante no ha establecido otra cosa en sus voluntades digitales, la persona a quien corresponda ejecutarlas, no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial (art. 411-10.6 CCCat.), en la línea con lo que expusimos en líneas precedentes.

Asimismo, relacionado con la ejecución de estas voluntades, el artículo 9 de la Ley modifica el apartado 1 del artículo 428-1 del Código civil catalán relativo al modo sucesorio, disponiendo al efecto que, si bien el modo permite al causante imponer al heredero y al legatario, o a sus sustitutos una carga, un destino o una limitación, también puede consistir tal modo en imponer la ejecución de las voluntades digitales del causante.

En todo caso, si el causante no lo ha establecido de otro modo, los gastos originados por la ejecución de las voluntades digitales correrán a cargo del activo hereditario (art. 411-10.7 CCCat.).

En cuanto al contenido de las voluntades digitales, el artículo 411-10 en su apartado segundo del Código civil catalán señala que, el causante puede disponer el contenido y el alcance concreto del encargo que debe ejecutarse, incluyendo: 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, esto es, siempre que se hubiera permitido por el usuario causante en las políticas de uso que, estableciera con el responsable del tratamiento; pues, de haberlo establecido de otro modo, se deberá obtener la correspondiente autorización judicial (como establece el art. 411-10.6 CCCat.)³⁶. Lo que resulta más completa esta regulación en cuanto hace referencia al contenido del documento de voluntades digitales, a diferencia del artículo 96 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos que, carece de cualquier mención expresa del contenido del documento que, representa el testamento digital.

Por otra parte, el documento de voluntades digitales se puede modificar y revocar en cualquier momento y no produce efecto si existen disposiciones de última voluntad (art. 411-10.4 CCCat.).

Ahora bien, de no existir documento de voluntades digitales, el heredero o al albacea universal, en su caso, puede ejecutar las actuaciones relativas a comunicar a los prestadores de servicios digitales la defunción de su causante; la de solicitar a tales prestadores que se cancelen sus cuentas activas, o en fin, solicitar, igualmente a estos que, se 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, atendiendo a los contratos que el causante hubiera suscrito con los prestadores de servicios digitales o de acuerdo con la políticas que estos prestadores tengan en vigor (art. 411-10.5 CCCat.).

En este contexto, el artículo 10 de la citada Ley 10/2017, por su parte, añade una disposición adicional tercera al libro cuarto del Código civil de Cataluña relativa a la creación del Registro electrónico de voluntades digitales. Se trata de un Registro electrónico, adscrito al departamento competente en materia de derecho civil por medio del centro directivo que tenga atribuida la competencia. En este Registro se deben inscribir los documentos de voluntades digitales como requisito de eficacia tal como se prevé en el artículo 411-10.3 b) del Código civil catalán y en el preámbulo de la Ley apartado II. Una vez fallecido 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 este Registro electrónico. Así, salvo que el causante haya dispuesto otra cosa, a solicitud de la persona interesada, se extenderá un certificado en el que se identificarán las personas designada para la ejecución de las voluntades digitales. En todo caso, los certificados relativos al contenido de las voluntades inscritas en el Registro electrónico, una vez fallecido el titular, únicamente podrán solicitarlos las personas designadas para la ejecución de las voluntades digitales y solo a ellas puede entregarse. De todas formas, el acceso al Registro electrónico está reservado al titular otorgante y a su muerte, a las personas señaladas en líneas precedentes, siempre y cuando acredite que, mediante certificado de actos de última voluntad, el causante no ha otorgado disposiciones de última voluntad. En cualquier caso, si constase a este Registro electrónico de voluntades digitales la muerte del otorgante, puede comunicar de oficio la existencia de las voluntades digitales inscritas a las personas designadas para su ejecución, de acuerdo con lo que se establezca en el Reglamento que, se apruebe a tal fin. Precisamente, la organización, el funcionamiento y el acceso al Registro electrónico de voluntades digitales deben establecerse por Reglamento a través de la habilitación correspondiente mediante disposición final, la cual se ampara en el artículo 129 del Estatuto, así como en el artículo 150 b) del Estatuto, de acuerdo con el cual corresponde a la Generalitat, en materia de organización de su administración, la competencia exclusiva sobre las diversas modalidades organizativas e instrumentales para la actuación administrativa. Por el artículo 11 de la Ley 10/2017 se añade una disposición final quinta al libro cuarto del Código civil de Cataluña con el siguiente texto: «la organización el funcionamiento y el acceso al Registro electrónico de voluntades digitales deben establecerse por reglamento». En consecuencia, la disposición final primera de esta Ley 10/2017 se habilita al consejero del departamento competente en materia de derecho civil para llevar a cabo el desarrollo reglamentario de la presente Ley con relación a la organización, el funcionamiento y el acceso al Registro electrónico de voluntades digitales, mediante la correspondiente orden.

Finalmente, relacionado con el establecimiento de las voluntades digitales para el caso de pérdida sobrevenida de la capacidad de la persona, el artículo 1 de esta Ley 10/2017 modifica el artículo 222-2 del Código civil catalán relativo al poder de previsión de pérdida sobrevenida de capacidad —apoderamiento preventivo— y añade un apartado 4 en el que se establece al respecto que: «el poderdante puede establecer la gestión de sus voluntades digitales y su alcance para que, en caso de pérdida sobrevenida de la capacidad, el apoderado actúe

ante los prestadores de servicios digitales con quienes el poderdante tenga cuentas activas a fin de gestionarlas y, si procede, solicitar su cancelación. En la medida de lo posible, el poderdante también ha de poder conocer las decisiones sobre las cuentas activas que, deba adoptar el apoderado y participar en ellas».

Lo cierto es que, no es preciso incapacitar a una persona mayor de edad y someterla a tutela por causa de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que, no puede gobernarse por sí misma, si ha nombrado un apoderado en escritura (art. 222-2.1). Así el poderdante puede ordenar que, el poder produzca efectos desde el otorgamiento, o bien establecer las circunstancias que deben concurrir para que, comience a operar este poder preventivo. En el primer caso, la pérdida sobrevenida de la capacidad del poderdante no determina la extinción del poder. De todas formas, el poderdante también puede fijar las medidas de control y las causas por las que se extingue el poder. En caso de incapacitación de la persona y constituirse la tutela, la autoridad judicial podrá en la propia sentencia de incapacitación o con posterioridad, a instancia del tutor, acordar la extinción de tal poder preventivo. En esta Ley se tienen presentes los principios y disposiciones de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español el 21 de abril de 2008.

Sobre tales bases, atendiendo a otro de los objetivos de esta Ley 10/2017, precisamente, en relación con los datos digitales de los menores y la protección dispensada desde la potestad parental o la tutela, por un lado, el artículo 3 de la citada Ley modifica el artículo 236-17 relativo a las relaciones entre padres e hijos, añadiendo un nuevo apartado 5 y, lo que era el anterior apartado 5 pasa a ser el apartado 6, con relación a la presencia de los hijos en los entornos digitales. Ciertamente, los progenitores, en virtud de sus responsabilidades parentales, deben cuidar de los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir con ellos, educarlos y proporcionarles una formación integral. También tienen los progenitores el deber de administrar el patrimonio de los hijos y de representarlos. Partiendo de esta premisa el apartado 5 señala que: «los progenitores deben velar por que la presencia del hijo en potestad en entornos digitales sea apropiada a su edad y personalidad, a fin de protegerlo de los riesgos que puedan derivarse. Los progenitores también pueden promover las medidas adecuadas y oportunas ante los prestadores de servicios digitales y, entre otras, instarlos a suspender provisionalmente el acceso de los hijos a sus cuentas activas, siempre y cuando exista un riesgo claro, inmediato y grave para su salud física o mental, habiéndolos escuchado previamente. El escrito dirigido a los prestadores de servicios digitales debe ir acompañado del informe del facultativo en que se constate la existencia de ese riesgo. La suspensión del acceso queda sin efecto en el plazo de tres meses a contar del momento de su adopción, salvo que sea ratificada por la autoridad judicial». En todo caso, los progenitores pueden solicitar excepcionalmente la asistencia e intervención de los poderes públicos.

Respecto a los tutores, el artículo 2 de la Ley 10/2017 modifica el artículo 222-36 relativo a las relaciones entre tutores y tutelados y se le añaden dos apartados el 3 y 4 con relación a la presencia de los tutelados en entornos digitales con un contenido similar al establecido respecto de los progenitores. Así, el tutor debe velar porque la presencia del tutelado en los entornos digitales sea apropiada a su edad y personalidad, a fin de protegerlo de los riesgos que pueden derivarse. También deben los tutores promover las medidas adecuadas y oportunas ante los prestadores de servicios digitales y, entre otras, instarlos a suspender provisionalmente el acceso de los tutelados a sus cuentas activas,

siempre y cuando exista un riesgo claro, inmediato y grave para su salud física o mental, habiéndolos escuchado previamente. El escrito que el tutor dirija a los prestadores de servicios digitales debe ir acompañado del informe del facultativo en que se constata la existencia de ese riesgo. De todas formas, la suspensión del acceso queda sin efecto en el plazo de tres meses a contar desde el momento de su adopción, salvo que sea ratificada por autorización judicial. Al igual que, sucede en la patria potestad, los tutores pueden solicitar la asistencia de los poderes públicos.

Y, por otro, respecto de los actos que los padres o tutores requieren autorización, en primer lugar, el artículo 4 de la Ley 10/2017 adiciona la letra l) al apartado 1 del artículo 222-43 con relación a la cancelación de cuentas digitales a instancia del tutor y el administrador patrimonial dispone al efecto que, ambos necesitarán autorización judicial para pedir a los prestadores de servicios digitales la cancelación de las cuentas digitales, sin perjuicio de la facultad de instar a su suspensión provisional en los términos del artículo 222-36. Y, en segundo lugar, el artículo 5 de la citada Ley 10/2017 de nuevo adiciona una letra, la k) al apartado 1 del artículo 236-27 con relación a la cancelación de cuentas digitales a instancia de los progenitores señala que, los progenitores o, si procede, el administrador especial con relación a los bienes o derechos de los hijos, necesitarán autorización judicial para pedir a los prestadores de servicios digitales la cancelación de cuentas digitales, sin perjuicio de la facultad de instar a su suspensión provisional en los términos del artículo 236-17.

En fin, se ha de señalar, asimismo, que en esta Ley 10/2017 se fomenta la mediación en la resolución de las controversias que se pueden derivar de la aplicación de esta ley entre las personas físicas o jurídicas afectadas, para que lleguen a un acuerdo consensuado. Con la misma finalidad, podrá la autoridad judicial remitirlas a una sesión informativa sobre mediación (disposición adicional primera).

VI. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO) DE 17 DE ENERO DE 2019

Se interpuso por la Abogacía del Estado, en nombre del presidente del Gobierno, recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 10/2017, de 27 de junio: así, frente al artículo 6 —en cuanto introduce el artículo 411.10.3 b) del libro cuarto del Código civil de Cataluña; al artículo 8 —en cuanto introduce el artículo 421.24.1 del libro cuarto del mismo Código—; al artículo 10 —que añade la disposición adicional tercera al libro cuarto de dicho Código—; al artículo 11 —que añade la disposición final quinta del libro cuarto del mismo Código— y la disposición final primera —referida al desarrollo reglamentario de la Ley—. Este recurso de inconstitucionalidad tiene un fundamento exclusivamente competencial. Se sostiene por la Abogacía del Estado que, la normativa impugnada de la Ley 10/2017 permite que las voluntades digitales puedan plasmarse, cuando la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad —testamento, codicilo o memoria testamentaria—, en un documento que debe inscribirse en el registro electrónico de voluntades digitales, creado por el artículo 10 de esta Ley. No se trata de un registro administrativo, con efectos de mera publicidad, sino de un registro jurídico de derecho civil, que produce efectos jurídicos sustantivos sobre las relaciones privadas, por lo que la regulación impugnada invade la competencia estatal exclusiva en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8 de la CE). Conforme a la

jurisprudencia constitucional, las comunidades autónomas pueden crear registros administrativos instrumentales que, coadyuven al efectivo ejercicio de sus competencias, pero no registros jurídicos de carácter civil, pues la competencia de ordenación de los registros de derecho privado se halla reservada al Estado por el artículo 149.1.8 de la CE. En esta materia, la Generalitat de Cataluña solo tiene atribuida la competencia ejecutiva, que comprende la aplicación o plasmación de los criterios que, fije la legislación estatal. Por su parte, los representantes procesales del Parlamento y del Gobierno de la Generalitat se opusieron a tal recurso de inconstitucionalidad. Así, consideraban que, se habría de desestimar el recurso por entender que, los preceptos de la Ley 10/2017 que se impugnan no incurren en el exceso competencial que, se les imputa, de suerte que, esta regulación resulta plenamente conforme con la Constitución. El registro electrónico de voluntades digitales creado por la Ley 10/2017, en el que se inscribe el documento de voluntades digitales, otorgado en defecto de testamento, codicilo o memoria testamentaria, no es un registro de derecho privado, sino un registro administrativo, para cuya creación y ordenación es competente la comunidad autónoma de Cataluña, de conformidad con sus competencias estatutariamente asumidas en materia de derecho civil y de organización de la Administración de la Generalitat. Por lo que, el registro en cuestión se configura como una mero instrumento administrativo ligado a una competencia material de la comunidad autónoma, creado con el fin de facilitar el conocimiento de las voluntades digitales, dando así respuesta a una demanda creciente de la sociedad. No existe, pues, invasión ni menoscabo de la competencia del Estado para la ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8 de la CE).

En consecuencia, las partes de este recurso discrepan no tanto respecto de los títulos competenciales que, consideran de aplicación, como del alcance en relación con los preceptos legales impugnados. Ciertamente, no se discute que, el legislador autonómico, en el marco de sus competencias estatutariamente asumidas en materia de derecho civil, pueda regular la disposición de las voluntades digitales *mortis causa* mediante instrumentos propios de la sucesión testada en el derecho civil catalán —testamento, codicilo o memoria testamentaria—, como efectivamente lo hace la Ley 10/2017. La impugnación se refiere únicamente a las previsiones contenidas en esta Ley autonómica relativa a que, en defecto de tales instrumentos típicos del derecho sucesorio, pueden ordenarse las voluntades digitales mediante un documento que debe inscribirse para surtir efectos en el registro electrónico de voluntades digitales creado a tal fin. Por lo que, se parte del distinto entendimiento sobre la naturaleza jurídica del registro electrónico de voluntades digitales creado por el artículo 10 de la Ley 10/2017, en el que debe inscribirse el documento de voluntades digitales, en defecto de testamento, codicilo o memoria testamentaria. El abogado del Estado sostiene que se trata de un verdadero registro del derecho civil, que produce efectos jurídicos sustantivos sobre las relaciones privadas, por lo que la regulación impugnada invade la competencia estatal exclusiva en materia de ordenación de registros públicos (art. 149.1.8 de la CE). Mientras que, los representantes procesales del Parlamento y del Gobierno de la Generalitat de Cataluña entienden que, no existe tal invasión ni menoscabo de la competencia estatal, pues, no estamos ante un registro jurídico de derecho privado, sino ante un registro administrativo que la comunidad autónoma puede crear legítimamente al amparo de sus competencias en materia de derecho civil y de organización administrativa.

Por tanto, en este recurso de inconstitucionalidad se debe resolver sobre tal controversia competencial. A tal fin, la Sentencia del Tribunal Constitucional, del

Pleno, de 17 de enero de 2019³⁷ ha estimado este recurso de inconstitucionalidad y declarado la inconstitucionalidad y nulidad de los siguientes preceptos de la Ley 10/2017, de 27 de junio: 1. Del artículo 6, en cuanto a la redacción dada al artículo 411.10.3, letra b), del libro cuarto del Código civil de Cataluña («Si la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad, un documento debe inscribirse en el registro electrónico de voluntades digitales»); 2. Del artículo 8, en cuanto a la redacción dada al artículo 421.24.1 del libro cuarto del mismo Código, en el inciso «y, en defecto de estos instrumentos, en un documento de voluntades digitales, el cual necesariamente debe especificar el alcance concreto de su actuación. Este documento debe inscribirse en el registro electrónico de voluntades digitales»; 3. Del artículo 10, que incorpora a dicho Código la disposición adicional tercera del libro cuarto; 4. Del artículo 11, que añade al mismo Código la disposición final quinta del libro cuarto; 5. De la disposición adicional primera.

Tal recurso de inconstitucionalidad se fundamenta en los siguientes argumentos: 4. (...) De acuerdo con la Ley 10/2017, el documento de voluntades es el medio por el que las personas vecindadas en Cataluña puede disponer *mortis causa* de sus archivos digitales frente a los prestadores de servicios de sociedad de la información, en defecto de testamento, codicilo o memoria testamentaria. En ese documento de voluntades digitales pueden designar, si lo desean, a las personas físicas o jurídicas encargadas de ejecutar sus instrucciones al respecto, en cuyo caso deberán especificar el alcance concreto de la actuación de la persona designada. El documento de voluntades digitales previsto en la Ley 10/2017 ha de inscribirse, para su eficacia, en el registro creado por esa misma ley, de suerte que, la decisión sobre el destino que, tras la muerte desea dar la persona a su patrimonio digital, manifestada al margen de los instrumentos jurídicos ordenadores de las últimas voluntades conforme el derecho civil aplicable en Cataluña —testamento, codicilo o memoria testamentaria—, despliega, en virtud, justamente de esa inscripción registral, efectos jurídicos sustantivos en el ámbito sucesorio. Dicho de otro modo, es la inscripción del documento de voluntades digitales en el registro electrónico creado por la Ley 10/2017, la que otorga eficacia jurídica a las previsiones del causante en orden a disponer *mortis causa* de sus voluntades digitales, del mismo modo que, si las hubiera manifestado por medio de testamento, codicilo o memoria testamentaria, en defecto de estas. Precisamente por ello, para acceder a dicho registro los legitimados deben acreditar, mediante la aportación del certificado de actos de última voluntad, que expide el registro general del mismo nombre, incardinado en el Ministerio de Justicia, que el causante no ha otorgado disposiciones de última voluntad. (...) Esta inscripción registral produce efectos jurídicos sustantivos sobre las relaciones privadas, en el ámbito sucesorio, de manera que, en defecto de disposiciones de última voluntad —testamento, codicilo o memoria testamentaria— la inscripción del documento de voluntades digitales en el registro previsto por la Ley 10/2017 es oponible frente a los terceros que, operan en el tráfico jurídico. Esa eficacia jurídica que, brinda la inscripción registral del documento de voluntades digitales conforme al sistema de la Ley 10/2017 solo decae, de acuerdo con la misma ley, como señala este Tribunal, en el supuesto que el causante hubiese ordenado sus voluntades digitales por medio de testamento, codicilo o memoria testamentaria, al prevalecer la sucesión testada. En consecuencia, el registro electrónico de voluntades digitales creado por la Ley 10/2017 no aparece configurado como un mero instrumento registral de carácter administrativo ligado a la competencia sustantiva en materia de derecho civil que la comunidad autónoma tiene estatutariamente asumida, para facilitar el conocimiento de las vo-

luntades digitales. Se trata, por el contrario, de un registro público de derecho privado, en el que han de inscribirse para su validez los documentos de voluntades digitales, en defecto de disposiciones de última voluntad. Además, los preceptos impugnados de la Ley 10/2017 permiten a los ciudadanos de vecindad civil catalana ordenar el destino de su patrimonio digital en caso de muerte no solo mediante testamento, codicilo o memoria testamentaria, sino también en ausencia de esas disposiciones de última voluntad, por medio del documento de voluntades digitales, que despliega efectos jurídicos sustantivos sobre las relaciones privadas en virtud de su inscripción en el registro creado por la Ley 10/2017 que es objeto del presente recurso. De este modo, para el Tribunal, la normativa impugnada excede de la competencia meramente ejecutiva que, la comunidad autónoma ostenta en relación con los registros públicos de derecho privado a que se refiere el artículo 149.1.8 de la CE; siendo su ordenación competencia exclusiva del Estado. Se advierte, por otra parte, que el hecho que, con posterioridad a la normativa impugnada, el legislador estatal ha regulado en los artículos 3 y 96 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, las reglas de acceso de los legitimados a los archivos digitales de personas fallecidas, con la expresa mención que, en las comunidades autónomas con derecho civil propio se estará a lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación (art. 96.4), no permite sanar la carencia de competencia autonómica para aprobar los preceptos legales impugnados. Conforme al principio de indisponibilidad de las competencias, esta salvedad nunca podrá entenderse referida a la ordenación de los registros e instrumentos públicos a que se refiere el artículo 149.1.8 de la CE. En esta materia, es el Estado el que ostenta la competencia normativa plena, lo que significa que, ninguna disposición autonómica puede ordenar sin incurrir en inconstitucionalidad, por invadir la competencia exclusiva estatal, la creación y regulación de registros jurídicos de carácter civil. En consecuencia, en esta materia, la comunidad autónoma de Cataluña solo puede ejercer funciones ejecutivas. Dicho de otro modo, para el Tribunal, no está en cuestión la potestad del legislador autonómico para regular, al amparo de la competencia en materia de derecho civil privativo de Cataluña, la disposición *mortis causa* de las voluntades digitales, como el artículo 96.4 de la Ley Orgánica 3/2018 viene a reconocer, sino que, esa regulación no puede extenderse, so pena de incurrir en invalidez, precisamente, a la creación de un registro de naturaleza civil, como el creado por la Ley 10/2017. Se advierte, asimismo, por este Tribunal que, los artículos 3.2 y 96.3 y la disposición final decimoquinta de la citada Ley Orgánica 3/2018 habilitan al Gobierno para establecer mediante Real Decreto un registro en el que hayan de inscribirse los mandatos e instrucciones del causante a las personas que hubiese designado expresamente para poder acceder a sus datos personales y solicitar del responsable o encargado del tratamiento su rectificación o supresión, en su caso, así como para acceder a los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información e impartirles las órdenes oportunas sobre su utilización, destino o supresión y para cumplir la voluntad del causante respecto del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales en redes sociales. En definitiva, ha de concluirse que, el legislador autonómico ha procedido, mediante la creación del registro en el que han de inscribirse los documentos de voluntades digitales, a la ordenación de un registro jurídico de carácter civil, lo que excede de su ámbito competencial e invade la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8 de la CE). 5. Por lo que, atendiendo a lo expuesto, debe declararse la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 10 de la Ley 10/2017 que,

introduce la disposición adicional tercera del libro cuarto del Código civil de Cataluña. Se trata de un registro jurídico de derecho privado, que solo puede ser establecido por el Estado, al amparo de su competencia exclusiva en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos. Por conexión con el artículo 10 se impugna también en el presente recurso el artículo 11 y la disposición final primera de la Ley 10/2017 y ambos preceptos han de ser, igualmente, declarados inconstitucionales y nulos, conforme a lo razonado. Debe, asimismo, declararse por el mismo motivo la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 411-10.3 b) del libro cuarto del Código civil de Cataluña y también por idéntica razón el artículo 421-24.1 del libro cuarto del mismo Código en la redacción dada por el artículo 8 de la Ley 10/2017 en el inciso al que debe ceñirse la impugnación del presente recurso, por lo que, esta declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad no ha de afectar al resto del enunciado del precepto, respecto debe cual no cabe apreciar exceso competencial.

Se ha planteado a esta sentencia un voto particular discrepante que, formula la magistrada doña Encarna Roca Trías. Está de acuerdo con la sentencia respecto a que la naturaleza del litigio en este recurso es puramente competencial y también con la interpretación de la competencia que, en ella se hace relativa a la posibilidad de creación de registros por la comunidad autónoma de Cataluña, tal como ha venido siendo delimitado por este Tribunal. Sin embargo, no está de acuerdo con la calificación como civil del registro electrónico de voluntades digitales, pues, entiende que su naturaleza es administrativa y que la Generalitat de Cataluña ostenta competencia legislativa para crearlo y ordenarlo. Así indica al respecto que, si se examina lo dispuesto en el artículo 411-10.3 b) del Código civil de Cataluña, hay que concluir que, ya desde este momento la sola inscripción del documento de voluntades digitales en tal Registro no determina ni la naturaleza jurídico-civil de tales disposiciones, ni la del propio registro. Por otra parte, existen actos y negocios que, para su validez requieren de inscripción, y sin embargo, no son actos o negocios jurídico-civiles, o bien el registro donde se inscribe su constitución no tiene naturaleza civil, por ejemplo, el registro de asociaciones o el de fundaciones, cuya inscripción es determinante para que las recién constituidas adquieran personalidad jurídica. Por lo que, tal naturaleza constitutiva de la inscripción no determina que los registros correspondientes tengan naturaleza civil. En consecuencia puede decirse que, la naturaleza constitutiva o netamente declarativa de las inscripciones de los hechos, actos y negocios jurídicos no determina ni la naturaleza civil de los mismos ni la del registro donde se inscriben. Por otra parte, señala que, no todos los actos que, adquieren eficacia a la muerte de una persona entran en la categoría de derecho de sucesiones, como sucede con los nombramientos tutelares no testamentarios o los poderes otorgados en previsión de incapacidad, para los que concretamente en Cataluña están creados registros específicos. Igualmente, cita el registro de parejas estables, todos ellos afectantes a actos relativos al derecho civil de la persona, muchos de los cuales adquieren plena vigencia tras el fallecimiento de la persona, pero no competen a la sucesión de esta, y cuyos registros, además, tiene naturaleza administrativa como acontece, por ejemplo, con el registro de contratos de seguridad de cobertura de fallecimiento. A ello añade esta magistrada que, la sentencia parte de la idea que las voluntades digitales son actos de disposición respecto del patrimonio digital de una persona y que, por ello, el registro al que acceden tales disposiciones tienen naturaleza civil. Frente a ello señala que, cabe subrayar en primer lugar que, tan siquiera el propio registro de actos de última voluntad creado con carácter previo incluso del Código civil, tiene naturaleza civil a efectos del artícu-

lo 149.1.8 de la CE, sino que es un registro administrativo instaurado por Real Decreto de 14 de noviembre de 1885 y que se encuentra orgánicamente adscrito al Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Su funcionamiento carece de los requisitos connaturales a los registros civiles, pues, entre otras cosas solo publicita o da a conocer la existencia o inexistencia de tales voluntades, pero no declara o reconoce derechos subjetivos de algún tipo, ni existen función calificadora alguna del registrador en orden al control de legalidad del acto de inscripción en su condición de funcionario público del registro. En definitiva, para la citada magistrada, puede afirmarse que, son numerosos los actos y negocios jurídicos civiles susceptibles de inscripción en los registros y no por ello tales registros gozan de naturaleza civil, sino que puede tenerla administrativa. Por lo que, considera que, la sentencia se limita a señalar que su objetivo son las «relaciones privadas», sin tener en cuenta la naturaleza de otros registros creados por leyes civiles catalanas, que requieren de la inscripción de determinados documentos o acuerdos para su validez o inciden directamente sobre las relaciones privadas y que no han sido considerados como registros de naturaleza civil.

En cuanto al artículo 411-10 del Código civil catalán, señala que, si se observa pausadamente esta norma cuya constitucionalidad se cuestiona, se llega fácilmente a la conclusión que, al documento de voluntades digitales, aunque se le denomine «testamento digital» en rigor no es tal y que tan siquiera se trata de un tipo de testamento o de un testamento especial. Por ello cree que, puede afirmarse que el documento de voluntades digitales al que se refiere la norma impugnada no contiene una verdadera ordenación de la sucesión, tan siquiera de los materiales o archivos digitales del causante que, con independencia del soporte digital en el que se encuentran en todo caso forman parte del caudal hereditario y son objeto de la sucesión. Lo que, en realidad contiene el documento es la voluntad del fallecido respecto a la realización de actividades muy concretas que, estén directamente relacionadas con el ejercicio de derechos personalísimos de carácter no patrimonial, por tanto, no transmisibles *mortis causa*, como las de comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción; solicitar la cancelación de las cuentas activas o que ejerciten cláusulas contractuales o que activen las políticas establecidas para los casos de defunción y en su caso, libren una copia de los archivos digitales que, estén en sus servidores. Por lo que, en su opinión, el hecho que la eficacia de las voluntades digitales se produzca después de la muerte de la persona y que a tales disposiciones se les denomine de manera semejante a las testamentarias no significa que, tengan tal naturaleza testamentaria, ni que deban custodiarse en un registro civil. Por lo que concluye que, de este modo la utilidad del registro de voluntades digitales queda reducida a los supuestos en los que no existe inscripción alguna conforme al registro general de actos de última voluntad. Y se configura como la propia ley indica, como un instrumento que publicita la existencia de voluntades digitales y permite ordenar la gestión de la huella digital para después de su muerte a personas que han optado por no otorgar disposiciones testamentarias. En definitiva, de trata de un registro que, queda fuera de la competencia exclusiva del Estado sobre la ordenación de los registros públicos que recoge el artículo 149.1.8 de la CE³⁸.

De todas formas, la Ley 10/2017 que regula el régimen de las voluntades digitales en caso de muerte y designa la persona encargada de su ejecución, se pueden contener en testamento, en codicilo o memorias testamentaria, y también en un documento de voluntades digitales que se inscriben en un Registro electrónico de voluntades digitales que, según el preámbulo de la Ley es un registro

administrativo que, se crea con el objetivo de facilitar e incrementar las vías disponibles para dejar constancia de las voluntades digitales. Ahora bien, de lo que duda y en la línea con la sentencia del Tribunal Constitucional que, no estamos ante un simple registro administrativo, sino ante un registro de derecho privado de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8 de la CE) desde el momento que para la eficacia del documento *ad hoc* de voluntades anticipadas se exige su necesaria inscripción y la prueba de ello, se tiene en que, tanto en el propio preámbulo de la Ley como a lo largo de su articulado (arts. 411-10.3 b); y 421-24.1 CCCat.) se establece de forma expresa que, deben inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales los documentos de voluntades digitales.

En esta línea, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO ha señalado acertadamente que «la 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*», a lo que añade el autor que «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 causa para la eficacia de un negocio jurídico *mortis causa* especial, cuya especialidad radica en que se limitaba designar a un sucesor contractual del causante». Además precisa que «la ordenación que la Ley 10/2017 establece para el Registro electrónico de voluntades digitales no limita sus efectos a informar de la existencia de un documento de últimas voluntades digitales del causante, sino que —como ya he dicho— su eficacia va más allá, puesto que sin la inscripción de la que informa lo dispuesto en ese documento, la legitimación que en el mismo se concede a la persona designada para ser el único interlocutor de los operadores de servicios digitales existentes en el momento de su fallecimiento, no tendría lugar. En efecto, se prevé que los documentos de voluntades digitales sin inscribir en el Registro creado *ad hoc* carecen de esa eficacia legitimadora de las personas designadas en los mismos». Por lo que concluye que «en verdad lo que ocurre es que la eficacia informativa de este Registro no es sino una consecuencia necesaria de su eficacia civil o sustantiva, puesto que es la forma de garantizar que la voluntad digital recogida en el documento prevalezca frente a la legitimación que derivaría en su caso a favor de los sucesores *mortis causa* legales del causante»³⁹.

VII. OTRAS NORMATIVAS EXTRANJERAS CERCANAS A NUESTRO ENTORNO

En Francia, la Ley 2016-1321 de 7 de octubre de 2016 *pour une République numérique* (para una República digital) —que entró en vigor el 9 de octubre de 2016— ha regulado la materia y, al igual que, la normativa catalana, han dado prevalencia a la intimidad del causante, y, por ende, al no acceso a sus datos salvo que este haya manifestado lo contrario, otorgando voluntades digitales o directrices, frente a nuestra Ley Orgánica 3/2018 que, da prevalencia a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o a los herederos para poder dirigirse a los prestadores de la sociedad de la información con el objeto de acceder a los datos del fallecido o incluso ejercitar la rectificación o supresión de los mismos⁴⁰.

Centrándonos en la legislación francesa, en el artículo 63 de esta Ley 2016-1321 se modifica el artículo 40-1 de la Ley número 78-17 de 6 de enero de 1978 permitiendo a toda persona definir las directrices relativas a la conservación, eliminación y a la comunicación de sus datos personales tras su muerte. Estas

directrices pueden ser generales o particulares. Las directrices generales son las relativas al conjunto de los datos personales, que pueden estar en poder de un tercero de confianza certificado por la autoridad nacional francesa de protección de datos y, se inscriben en un registro único, donde las modalidades y el acceso son fijadas por decreto del Consejo de Estado tras dictamen motivado y público de la autoridad nacional francesa de protección de datos. Las directrices particulares conciernen a los datos concretos que son mencionadas en las propias directivas y son objeto de consentimiento de la persona afectada. En tales directrices generales y particulares se pueden designar la persona encargada de ejecutarlas. En defecto de designación, corresponde tal ejecución a los herederos. Al fallecimiento de la persona, tanto la persona designada por el causante como, en su caso, los herederos, deben comunicar tales directivas a los responsables del tratamiento. Se exige, asimismo a estos que, informen previamente a los usuarios del destino de sus datos personales en el momento del fallecimiento, así como la posibilidad de elegir comunicar o no tales datos a un tercero que designe. En todo caso estas directrices se pueden modificar o revisar en todo momento. En el caso que no se hubieran establecido directrices o dispuesto lo contrario en las mismas, los herederos de la persona afectada puede ejercer tras su fallecimiento los derechos mencionados en este artículo en la medida que sean necesarios: 1. Para la organización y regulación de la sucesión del difunto. A tal efecto, los herederos pueden acceder a los datos de carácter personal de su causante a fin de identificar y conocer las informaciones necesarias para la liquidación y partición de la herencia. Y, también pueden recibir comunicación de los bienes digitales o de datos que sean recuerdos de familia, transmisibles a los herederos; 2. Comunicar a los responsables del tratamiento el fallecimiento. A tal fin, pueden los herederos proceder a cerrar las cuentas utilizadas por el difunto, oponerse a que prosiga el tratamiento de los datos o proceder a su actualización. Cuando los herederos solicitan a los responsables del tratamiento cualquiera de las peticiones indicadas, estos deben justificar que, sin coste para aquellos, han procedido a cumplir con tales peticiones. Por último, cualquier proveedor de servicios de comunicación al público en línea debe informar al usuario del destino de sus datos después de su muerte y permitirle elegir comunicarlos o no a un tercero por él designado.

De todas formas conviene precisar que, la Ley 10/2017 prevé que se puedan convenir instrucciones sobre el destino de nuestro patrimonio digital en un documento *ad hoc* de voluntades digitales al que habrá de atenderse en caso de no haber otorgado disposiciones de última voluntad (art. 411-10.3 CCCat.) y que ha de inscribirse en un Registro electrónico de voluntades digitales y, el artículo 40 de la Ley número 78-17 de 6 de enero de 1978 también regula la posibilidad que directrices generales o particulares relativas a dicho patrimonio digital se contengan en un documento de voluntades digitales que, igualmente, deben inscribirse en un registro público creado a tal efecto. Sin embargo, la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos en sus artículos 3 y 96 no hace referencia expresa a un documento *ad hoc* de voluntades o directrices digitales, solo a la posibilidad de establecer en documento la prohibición de acceso a sus datos o de solicitar su rectificación o supresión a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o herederos (art. 3.1 apartado segundo), o en el supuesto de contenidos gestionados por prestadores de la sociedad de la información la prohibición también de acceso, o de solicitud de modificación o eliminación a las personas indicadas en líneas precedentes. Si bien dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudieran formar

parte del caudal relicto [art. 96.1 a) apartado segundo]. El juego de la autonomía de la voluntad se ve reducido en esta norma frente al amplio desarrollo de la legislación catalana y francesa en los términos analizados.

En Italia, el Código en materia de protección de datos personales ha sido modificado por el Decreto Legislativo de 10 de agosto de 2018 de adaptación de la normativa nacional al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 y en su artículo 2 terdecies se regula los derechos relacionados con la persona fallecida disponiendo en primer lugar que, los derechos de los artículos 15 a 22 del Reglamento referidos a los datos personales de la persona fallecida podrán ser ejercitados por quien tenga un interés propio o actúe en tutela del interesado, en calidad de mandatario o por razones familiares dignas de protección —legitimación amplia—. En segundo lugar, se precisa que, el ejercicio de tales derechos no procederá cuando no se admite en los casos previstos en la ley o, cuando está limitado por la propia oferta de los servicios de la sociedad de la información, o, en fin, el interesado lo ha expresamente prohibido con declaración escrita presentada al titular del tratamiento o a este último comunicada. En todo caso, la voluntad del interesado de prohibir el ejercicio de tales derechos debe resultar establecida de modo inequívoco y ser específica, libre e informada. Si bien, la citada prohibición se puede limitar al ejercicio de solo algunos de tales derechos. No obstante, el interesado tiene en todo momento el derecho a revocar o modificar dicha prohibición⁴¹. En fin, la prohibición no puede producir efectos perjudiciales para el ejercicio por parte del tercero de derechos patrimoniales que derivan de la muerte del interesado, además del derecho a defender en juicio sus propios intereses.

Y, en Portugal, la Ley número 58/2019, de 8 de agosto de ejecución del Reglamento (UE) del Parlamento y del Consejo de 27 de abril de 2016 en su artículo 17 se refiere a la protección de datos de personas fallecidas y establece que los datos de tales personas son protegidos en los términos del Reglamento General de Protección de Datos y de la presente Ley cuando se integren en categorías especiales de datos personales a los que se refiere el número 1 del artículo 9 del citado Reglamento, o cuando se refieren a la intimidad de la vida privada, a la imagen o a los datos relativos a las comunicaciones prevenidos en los casos previstos en el número 2 del mencionado artículo 9. Los derechos previstos en el Reglamento relativos a los datos de personas fallecidas son los derechos de acceso, rectificación y cancelación y son ejercidos por quien la persona fallecida haya designado para ello, y a su falta, por sus herederos. De todas formas, los titulares de datos personales pueden, igualmente, en los términos legales aplicables, dejar establecida la imposibilidad de ejercicio de los derechos referidos para después de su muerte.

Fuera del espacio europeo, CÁMARA LAPUENTE alude a que «la *Uniform Law Commission* de Estados Unidos publicó una Ley modelo en 2014 que, fue modificada en 2015 con el nombre de *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (Ley Uniforme Revisada de Acceso Fiduciario a Bienes/Activos digitales) que está en vigor en prácticamente todos los Estados norteamericanos (en 42, en concreto y en 2 más en curso de aprobación en 2019)». Estas normas indica el citado autor «permiten al así llamado “fiduciario” del causante gestionar bienes digitales como archivos informáticos, nombres de dominio, dinero virtual, etc., pero restringen su acceso a comunicaciones electrónicas como correos electrónicos, mensajes de texto y cuentas en redes sociales, salvo que el usuario original le hubiese autorizado en un testamento, *trust*, poder u otro archivo (en cuyo caso solo podrán acceder a la lista de mensajes enviados y recibidos, el llamado

«catálogo de las comunicaciones» que, incluye el correo del interlocutor, pero no el contenido de los correos)⁴². También alude como iniciativa en curso en el seno del *European Law Institute* la constitución de un grupo de trabajo «para redactar un borrador de Directiva para toda la Unión Europea sobre esta materia»⁴³.

Por su parte, en el ámbito jurisprudencial europeo MORETÓN SANZ hace referencia a la Sentencia del Tribunal Federal de Justicia (BGH) de 12 de julio de 2018 que resolvió a favor de una madre de una adolescente de 15 años que fue arrollada por un tren en Berlín en 2012. Como señala la autora «la pretensión de la progenitora se circunscribía al acceso de la cuenta de Facebook de su hija fallecida, cuenta que la compañía había bloqueado por razones de privacidad, por si de la lectura de su contenido, podían dilucidar si la joven tenía o no intenciones suicidas». Pues bien como precisa la autora «de la sentencia se deduce que el contrato con Facebook es parte del patrimonio de los padres, de modo que pueden tener acceso completo a la cuenta de su hija» Por lo que con este fallo «según las leyes alemanas, el contrato de un usuario con Facebook se hereda en caso de fallecimiento, fundándose en la asimilación de la heredabilidad de una cuenta en una red social como si se tratara de unas cartas o diarios íntimos de la adolescente». Ciertamente concluye la autora que «en buena lógica al tratarse de un cauce de comunicación y no de un fin en sí mismo, la resolución del alto tribunal, aplica el Derecho sucesorio vigente»⁴⁴.

VIII. PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Algunos prestadores de servicios de la sociedad de la información han implementado protocolos de actuación en caso de fallecimiento de sus usuarios y, a tal fin ponen a disposición de estos la posibilidad de decidir que hacer con sus cuentas y archivos digitales para después de su fallecimiento. Así la red social Facebook permite que sus usuarios designen un «contacto legado» que será la persona de su confianza que se encargue de administrar su perfil, su cuenta, en caso de su fallecimiento. En todo caso, Facebook no permite a ninguna otra persona (familiar o amigo) ni, en su caso, al «contacto legado» acceder a la cuenta, salvo autorización judicial, ni decidir sobre su mantenimiento o no, como si estuviera vivo, pues, corresponde solo al titular elegir entre eliminar la cuenta con carácter permanente tras su fallecimiento o, por el contrario, convertirla en una cuenta conmemorativa⁴⁵. En este último caso, la cuenta permanece tal como está, con los accesos permitidos por su titular atendiendo a cómo la hubiese configurado en su momento (con acceso al público o solo a amigos o familiares), informándose de esta nueva situación de la cuenta en su perfil, y dando la posibilidad de amigos y familiares que, escriban en el muro a modo de recuerdo. En todo caso, se permite la solicitud de eliminación de la cuenta por los familiares, o el albacea, si bien exigiendo al respecto, que se proporcionen documentos que, acrediten tanto el fallecimiento del titular de la cuenta, como que quien lo solicita tiene la condición de familiar cercano o albacea, no hace falta acreditar, en principio, la condición de heredero; y, también por el contacto legado. Si bien, este no puede publicar nuevo contenido o modificar el publicado, pero sí responder a nuevas solicitudes de amistad⁴⁶.

En el caso de Twitter se permite que, los familiares directos o representantes legales soliciten la eliminación de la cuenta del fallecido o de imágenes o videos relacionados con el mismo. Para la efectividad de esta solicitud se debe remitir

por los herederos o la persona designada para ello por el fallecido vía correo electrónico a dicho proveedor de red, además de la petición de eliminación de la cuenta, información sobre la misma y una serie de documentos acreditativos del fallecimiento del usuario —copia del certificado de defunción—, además del DNI del solicitante. En ningún caso, se va a proporcionar acceso a la cuenta del fallecido, cualquiera que sea la relación que tenga el solicitante con el fallecido, ni de poder seguir usando su perfil⁴⁷.

LinkedIn, red de contactos profesionales, actualmente propiedad de Microsoft, posibilita mediante un formulario que, se notifique el fallecimiento de una persona, con independencia de su relación con el fallecido —amigo, familiar, compañero de trabajo— y, asimismo, se solicite la eliminación de su perfil. No se dispone nada sobre el acceso a la cuenta y sobre la descarga de su contenido⁴⁸.

La plataforma *Instagram* contempla en su «política de uso» la doble posibilidad de eliminar la cuenta o convertirla en conmemorativa⁴⁹.

Por su parte, Google permite a través de un «Plan de cuenta inactiva» que sus usuarios designen a una o varias personas —«contactos de confianza»— para que puedan acceder a sus datos contenidos en las diferentes aplicaciones gestionadas por este motor de búsqueda —Gmail, Youtube, Chrome—; y, asimismo que, terceros notifiquen el fallecimiento de un usuario. En todo caso, las personas designadas por este pueden descargar contenidos de dichas aplicaciones, si así lo ha previsto el usuario, en un plazo no superior a tres meses anterior al momento a partir del cual la cuenta queda eliminada⁵⁰. Si no se opera así, Google cancela las cuentas que detecten inactivas.

Señala acertadamente MORALEJO IMBERNÓN que las condiciones generales de uso de estas plataformas deberán atenerse a la normativa de derecho sucesorio; por lo que «será nula cualquier condición general en la que la plataforma declare su intransmisibilidad *post mortem*»⁵¹.

En la actualidad se han desarrollado modelos de negocios, donde prestadores de servicios por un lado, ofrecen como un servicio la posibilidad de almacenar las instrucciones que, cualquier persona que opera en Internet, quiere otorgar para determinar, una vez que fallezca, qué hacer con sus «contenidos digitales», y por ende con su «patrimonio digital» y, en todo caso, a quien deben ser entregados o deben ejecutarlo —personas designadas por el propio fallecido—. Se trata, como señala ALIÑO SEHWERT de una «cápsula digital» que «se deposita en la empresa gestora hasta el momento de su fallecimiento, y a la que el titular tendrá acceso durante toda la vida, actualizando los datos consignados en la misma, tanto sobre los contenidos como sobre las instrucciones». Y añade que «quedan grabadas con tecnología *blockchain* para garantizar su veracidad y trazabilidad. Una vez fallece el usuario, se activa un *smart contract*, un programa autoejecutable y automática que, pone en marcha las disposiciones del causante, con certificación notarial»⁵²; por otro lado, quienes se ofrecen para confeccionar «un testamento digital»; o, en fin, «quienes custodian las contraseñas de acceso a cuentas y perfiles digitales y entregarlas al designado por el causante o gestionar su cancelación, o de aseguradoras que ofrecen servicios de borrado de todo rastro digital en el seguro de hogar o decesos»⁵³. SOLÉ RESINA cita a la empresa norteamericana Legacy Locker que «ofrece la posibilidad de custodiar las contraseñas de las redes sociales y plataformas *on line* y entregarlas, una vez conocido el fallecimiento de su titular a la persona que este designe», y a la española Tellmebye que «asegura redes, nubes, archivos o contenidos digitales que luego entregan a los administradores, una vez notificada la situación de enfermedad o defunción». Y, asimismo, la citada autora alude a webs como Eternime que «crea

bots y ofrece “vivir para siempre como un avatar digital” para conseguir no ser olvidado, posibilitando que las personas del futuro puedan interactuar con los recuerdos e historias de las fallecidas como si hablaran con ellas»⁵⁴.

IX. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como hemos señalado, el derecho a la protección de datos se extingue con la muerte de su titular; lo que también sucede con otros derechos fundamentales y personalísimos como el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. No obstante, como se indica en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen apartado ocho «(...) Aunque la muerte del sujeto del derecho extingue los derechos de la personalidad la memoria de aquel constituye una prolongación de esta última que debe ser también tutelada por el Derecho, por ello, se atribuye la protección en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento de la persona a quien esta hubiera designado en su testamento, o defecto de ella a los parientes supervivientes y en último término, al Ministerio Fiscal con una limitación temporal que se ha estimado prudente». La defensa de la memoria *defuncti*. Al respecto el artículo 4 establece que: «1. El ejercicio de las acciones de protección civil al honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien esta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica. 2. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. 3. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal que, podrán actuar de oficio o a instancia de la persona interesada, siempre que no hubiesen transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento. 4. En los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito a que se refiere el apartado ocho del artículo séptimo, estará legitimado para ejercer las acciones de protección el ofendido o perjudicado por el delito cometido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el proceso penal precedente. También estará legitimado en todo caso el Ministerio Fiscal. En los supuestos de fallecimiento se estará a lo dispuesto en los apartados anteriores». El elenco de las personas legitimadas es amplio y, como señala MINERO ALEJANDRE en cascada⁵⁵, sin que se haga referencia expresa a los herederos, pues, en todo caso el interés que se protege es la dignidad y la memoria del fallecido —que no forma parte de la herencia— y no su patrimonio⁵⁶. No obstante, sí participan los herederos de las indemnizaciones por daño moral en la proporción en que la sentencia estime que, han sido afectados. El importe de la indemnización se entenderá comprendido en la herencia del perjudicado (art. 9.4 de la citada Ley Orgánica 1/1982). En todo caso, podrán ser varios los sujetos legitimados para ejercitar las acciones de defensa de los derechos de personalidad del difunto —bien de forma acumulativa o alternativa o bien sucesivamente— (art. 5 de la Ley Orgánica 1/1982)⁵⁷; y, junto al cónyuge estará también legitimada activamente también la pareja de hecho o unida de forma análoga a la conyugal. En cuanto a la

legitimación del Ministerio Fiscal, solamente actuará de oficio o a instancia de persona interesada cuando falten todas las personas mencionadas y no hubiera transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del agraviado. De todas formas, además de la protección del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen del finado frente a intromisiones ilegítimas, la Ley Orgánica 2/1984, de 27 de marzo reguladora del derecho de rectificación en su artículo 1.2 atribuye legitimación para ejercitar el derecho de rectificación, si el perjudicado hubiera fallecido, a sus herederos o los representantes de estos. En este supuesto se reconoce únicamente legitimación para el ejercicio de tal derecho a los herederos.

De todas formas, como señala acertadamente CÁMARA LAPUENTE la Ley Orgánica 1/1982 «no se preocupa propiamente de los aspectos patrimoniales relativos a la explotación económica de la identidad pretérita (tales como el nombre, la voz o la imagen, por lo demás, tan susceptible de uso no autorizado en el mercado digital)»⁵⁸.

Por otra parte, atendiendo al principio de especialidad existen regulaciones específicas que prevén lo que sucede con el acceso de determinada información de la persona fallecida, en concreto en relación con el acceso a la historia clínica y los datos relativos a la salud que, se contienen en ella, 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 dispone en su artículo 18.4 que «los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual solo facultan el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso, el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para la salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudiquen a terceros». De forma que, la regulación de protección de datos se debe completar con esta regulación especial y atender a que podrán acceder al historial clínico del paciente fallecido las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, salvo que aquel lo hubiese prohibido expresamente, pero con importantes limitaciones en cuanto al contenido pues, no se facilitarán los datos que afecten a su intimidad, ni las anotaciones realizadas por el personal sanitario en la propia historia clínica o los datos que pueda perjudicar a terceros. También se puede facilitar el acceso a un tercero, pero solo en caso que se acredite que existe un riesgo para la salud, si bien solo a aquellos que resulten necesarios para paliar o acabar, en su caso con ese riesgo para la salud.

X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, Sala Primera, de 20 de junio de 1993.
- STC, Sala Segunda, de 4 de mayo de 1998.
- STC, Pleno, de 30 de noviembre de 2000.
- STC, Pleno, de 17 de enero de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de noviembre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 2016.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2018.
- SAP A Coruña, sección 6.ª, de 27 de marzo de 2013.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ALIÑO SEHWERERT, J. (2018). El «testamento digital» en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, *Guía de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales: nueva Ley Orgánica 3/2018 y Reglamento (UE). Comentarios doctrinales, Normativa, Formularios y Esquemas*, Madrid: Sepin.
- APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *Algunos desafíos en la protección de datos personales*, coordinadores Alfredo Batuecas Calettrí y Juan Pablo Aparicio Vaquero, Granada.
- BARRIO ANDRÉS, M. (2019). Garantía de los derechos digitales en la LOPDGDD (Título X). En: J. López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Barcelona: Bosch.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (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, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* número 110, mayo-agosto (versión digital).
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión «*mortis causa*» en la patrimonio digital: una aproximación, *El Notario del Siglo XXI*, número 84, marzo-abril, 138-144.
- (2019). La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. LIX (Conferencia pronunciada el día 24 de enero de 2019), 377-432.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, J. (2019). Redes sociales y aplicaciones móviles. En: J. López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Barcelona: Bosch.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C. (2017). La Ley catalana sobre voluntades digitales en caso de fallecimiento o incapacidad, *Actualidad Civil*, número 7-8, julio-agosto, 74-78.
- GARCÍA HERRERA, V. (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital, *Actualidad Civil*, número 7-8, julio-agosto, 1-10.
- (2018). El tratamiento de datos de personas fallecidas, *Actualidad Civil*, número 5, 5 de mayo, 1-14.
- (2018). Disposición *mortis causa* del patrimonio digital», *Diario LA LEY*, número 9315, sección Tribuna, 11 de diciembre, 1-3.
- GINEBRA MOLINS, M.E. (2020). Voluntades digitales en caso de muerte, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, vol. 12, núm. 1, 908-929.
- IGLESIAS PAJARES, R. (2018). Comentarios a la Sentencia del Pleno del TC de 17 de enero de 2019, *La Notaría* 3, 37-39.
- MALDONADO RAMOS, I. (2017). Y ahora... ¿el testamento digital?, *El Notario del Siglo XXI*, noviembre-diciembre, 142-145.
- MINERO ALEJANDRE, G. (2018). *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento. Polémicas judiciales y legislativas en torno a los supuestos atendidos y desatendidos por las Leyes Orgánicas 1/1982 y 15/1999*, Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXXIII, Fasc. I, 241-281.

- MORETÓN SANZ, M.^a F. (2019). Redes sociales y voluntades digitales. «Historia digital» y clausulado de las disposiciones testamentarias: privacidad, protección al honor y datos personales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, marzo-abril, 955-977.
- NAVAS NAVARRO, S. (2020). Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital», *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero, 59-88.
- OTERO CRESPO, M. (2019). La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 4, octubre-diciembre, 89-133.
- SANTOS MORÓN, M.^a J. (2018). La denominada «herencia digital»: ¿Necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, vol. 10, núm. 1, 413-438.
- SOLE RESINA, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXI, Fasc. II, 417-440.

NOTAS

¹ RTC 1998/94. Vid., asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera 254/1993, de 20 de julio (RTC 1993/254).

² RTC 2000/292. Dispone, precisamente, en su *Fundamento de Derecho* 5.º que «el artículo 18.4 CE contiene, en los términos de la STC 254/1993, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo «un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama «la informática», lo que se ha dado en llamar «libertad informática» (F. 6, reiterado luego en las SSTC 143/1994, F. 7, 11/1998, F. 4, 94/1998, F. 6, 202/1999, F. 2). La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada «libertad informática» es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático («habeas data») y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (SSTC 11/1998, F. 5, 94/1998, F. 4). Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al artículo 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran». Y añade en su *Fundamento de Derecho* 6.º que: «...El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para la persona o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor; la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado. De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales,

porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que solo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo».

³ El considerando número 27 dispone que «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»; por su parte, el considerando 158 establece «El presente Reglamento también debe aplicarse al tratamiento de datos personales realizado con fines de archivo, teniendo presente que no debe ser de aplicación a personas fallecidas. Las autoridades públicas o los organismos públicos o privados que llevan registros de interés público deben ser servicios que están obligados, con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados 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»; y finalmente, el considerando número 160 señala que «El presente Reglamento debe aplicarse asimismo al tratamiento de datos personales que se realiza con fines de investigación histórica. Esto incluye asimismo la investigación histórica y la investigación para fines genealógicos, teniendo en cuenta que el presente Reglamento no es de aplicación a personas fallecidas».

⁴ Recordemos que la huella digital permanece en el tiempo.

⁵ En esta línea, ALIÑO SEHWERT, J. (2018). El «testamento digital» en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, *Guía de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales: nueva Ley Orgánica 3/2018 y Reglamento (UE). Comentarios doctrinales, Normativa, Formularios y Esquemas*, Madrid: Sepin, 588.

⁶ GARCÍA HERRERA, V. (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital, *Actualidad Civil*, número 7-8, julio-agosto, 3. En esta línea, *vid.*, asimismo, BARRIO ANDRÉS M. (2019). Garantía de los derechos digitales en la LOPDGDD (Título X). En: J. López Calvo (coord.). *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Barcelona: Bosch, 263.

⁷ *Id.*, GARCÍA HERRERA V. (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital, *op. cit.*, 4; SOLÉ RESINA, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXI, Fasc. II, 421; APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información. En: A. Batuecas Caletro y J.P. Aparicio Vaquero (coords). *Algunos desafíos en la protección de datos personales*, Granada, 173 y 175, define herencia digital como «un modo de referirse conjuntamente a toda una serie de bienes y derechos que, cuando no se extinguen con la muerte del titular (o son destruidos, en aplicación de las condiciones del servicio), hemos de entender que forman parte del caudal relicto, teniendo en común (a diferencia del resto) su forma de presentación —electrónica—, frente a las tradicionales formas físicas (materiales, corpóreas) o analógicas».

⁸ BARRIO ANDRÉS M. (2019). Garantía de los derechos digitales en la LOPDGDD (Título X), *op. cit.*, 265; GARCÍA HERRERA, V. (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital, *op. cit.*, 4; SOLÉ RESINA, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo, *op. cit.*, 421; APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *op. cit.*, 177-179; CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión «*mortis causa*» en la patrimonio digital: una aproximación, *El Notario del Siglo XXI*, número 84,

marzo-abril, 139; NAVAS NAVARRO, S. (2020). Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital», *Revista de Derecho Privado*, número 1, enero-febrero, 63-65, señala que respecto al uso de redes sociales estamos ante «una relación jurídica entre el usuario y el titular de la red, dimanante de un contrato atípico que presenta elementos del contrato de servicio, de obra, depósito e, incluso, de arrendamiento de cosa si se contemplan los diferentes servicios que la red social ofrece»; respecto de la cuentas e-mail «permite calificar el contrato con el proveedor de este servicio de la sociedad de la información como un contrato atípico con elementos de contrato de servicios y del arrendamiento»; en cuanto a las cuentas para juegos *online* «además de licenciarse el software correspondiente, se celebra un contrato de uso de la cuenta de juego con la plataforma tecnológica correspondiente (...). Se trata de un contrato atípico que participa, de nuevo, del contrato de servicios, obras y arrendamiento de bienes»; si estamos ante cuentas para usar contenido *online* «se habrá celebrado un contrato de compraventa o de suministro digital con la licencia de uso correspondiente»; en fin, en los diversos foros, blogs y chats, para la citada autora, «nos hallamos ante un contrato de uso que participa de los caracteres de un contrato de servicio y de obra».

Por su parte, el artículo 59 bis.1 i) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementaria define contenido digital como «los datos producidos y suministrados en formato digital».

De igual forma, el artículo 2.11) de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/777/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo conceptúa contenido digital como «los datos producidos y suministrados en formato digital» y en su considerando número 19 complementa el citado precepto señalando que por contenido digital deben entenderse «los datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios. Los contratos de suministro de contenidos digital deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Si un contenido digital se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD, debe considerarse un bien a efectos de la presente Directiva. De forma análoga, los contratos de suministro de agua, gas y electricidad, cuando no se presenten a la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, los contratos de calefacción mediante sistemas urbanos, o los contratos sobre contenido digital que, no se suministre en un soporte material, no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios. En relación con dichos contratos, el consumidor debe tener derecho de desistimiento a menos que haya dado su consentimiento para que comience la ejecución del contrato durante el plazo de desistimiento y haya tenido conocimiento de que, consecuentemente, perderá el derecho de desistimiento. Además de los requisitos generales de información, los comerciantes deben informar a los consumidores de la funcionalidad y la interoperatividad pertinente del contenido digital. El concepto de funcionalidad debe hacer referencia a las posibles maneras de utilizar el contenido digital, por ejemplo para el seguimiento del comportamiento de los consumidores y referirse, asimismo, a la ausencia o la presencia de cualquier limitación técnica, como la relativa a los apartados y los programas estándar con los que el contenido digital es compatible, por ejemplo, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de soportes físicos. Conviene que la Comisión estudie la necesidad de una mayor armonización de las disposiciones de aplicación respecto del contenido digital y, en caso necesario, presente una propuesta legislativa sobre este tema».

⁹ Recientemente se ha aprobado el Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre de trabajo a distancia (BOE, número 253, de 23 de septiembre de 2020, 79.929 a 79.971) en su artículo 2 letra a) define trabajo a distancia como «forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual este se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por este, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular»; y letra b) conceptúa teletrabajo «aquel trabajo a distancia que

se lleve a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación».

Asimismo, se refiere al derecho a la desconexión digital en el artículo 18 disponiendo al respecto que «1. Las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación de uso de los medios tecnológicos, de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables. 2. La empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades del ejercicio del derecho de desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. Los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso».

¹⁰ Lo que ha de relacionarse necesariamente con el principio de exactitud, si una vez fallecido el titular de los datos, estos continúan en poder del responsable del tratamiento (art. 4 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos y artículo 5.1 d) del Reglamento). Señala acertadamente GARCIA HERRERA, V. (2018). El tratamiento de datos de personas fallecidas, *Actualidad Civil*, número 5, 5 de mayo, 5, cuando afirma que «se pretende conciliar el reiterado carácter personalísimo del ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición con la posibilidad que el responsable del tratamiento de los datos personales tenga conocimiento efectivo de la muerte de su titular y, pueda proceder, en consecuencia, en base al principio de exactitud que debe regir el tratamiento de datos». Asimismo, *vid.*, APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *op. cit.*, 189; NAVAS NAVARRO, S. (2020). Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital», *op. cit.*, 78, indica que «en todo caso las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho solo pueden actuar cuando no existan instrucciones o cuando el causante las ha designado de modo expreso como ejecutoras de las mismas» y añade «si el causante no ha dejado instrucciones, el legislador permita que cualquier familiar o persona vinculada de hecho con el causante pueda, al margen del heredero, tomar medidas acerca del destino del contenido online del causante inmiscuyéndose en la esfera hereditaria y, además, que pueda determinar el uso, destino o supresión de ese contenido».

¹¹ En el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal presentado para su tramitación en el Congreso de los Diputados el artículo 3.1 y 2 establecía un círculo de legitimados más reducido. Así, otorgaba legitimación por una parte, a los herederos de la persona fallecida que, acrediten tal condición mediante cualquier medio válido conforme a Derecho y, por otra, al albacea testamentario así como aquella persona o institución que el fallecido hubiera designado expresamente o así lo establezca la ley (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 13-1, 24 de noviembre de 2017, 11). Sin embargo, ya en el Proyecto aprobado por el Congreso y mantenido en el Senado que, coincide con la redacción actual se añade como personas legitimadas, además a los herederos a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho y se prescinde del albacea.

De todas formas, en el artículo 2.4 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 se consideraba como personas legitimadas para notificar el óbito como para solicitar, cuando hubiera lugar a ello, la cancelación de los datos del fallecido a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos del fallecido, precisamente, a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o análogas.

No obstante, para GINEBRA MOLINS, M.E. (2020). Voluntades digitales en caso de muerte, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, vol. 12, núm. 1, 928, «permitir la intervención concurrente de tantas personas legitimadas *ex lege*, identificadas, además, de manera tan imprecisa e indeterminada (bastando un vínculo con el fallecido por razones familiares o de hecho), por defecto —salvo prohibición expresa por parte del fallecido o establecida por una Ley—, y con facultades tan amplias (poder acceder y, además, decidir sobre la utilización, destino o supresión de los contenidos digitales o bien la rectificación o supresión de los datos personales), además de resultar excesivo, puede plantear problemas desde un punto de vista práctico». En esta línea, MORALES IMBERNÓN N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXXIII, Fasc. I, 263 entiende que no tiene sentido que los parientes o pareja de hecho a los que se refiere el apartado 1 del artículo 96 de la LOPD puedan en ausencia de instrucciones concretas del causante, adoptar todas estas disposiciones sobre sus contenidos digitales.

¹² Para CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital: una aproximación, *op. cit.*, 139, hubiera sido más conveniente que, la excepción hubiera sido la regla general, o al menos «matizar mucho quiénes son las personas legitimadas para ese acceso y gestión de los intereses digitales del finado». Por su parte, MORALES IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 245-246, señala que «esta prohibición no podrá impedir el acceso de los herederos a aquellos “datos de carácter patrimonial” del causante, que fueran necesarios para llevar a cabo las operaciones particionales de la herencia (v.gr., IBAN o claves de acceso a las cuentas bancarias)».

¹³ NAVAS NAVARRO, S. (2020). Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital», *op. cit.*, 77.

¹⁴ El artículo 3.2 del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal presentado para su tramitación en el Congreso de los Diputados consideraba como sujeto legitimado al albacea testamentario así como aquella persona o institución que el fallecido hubiera designado expresamente o así lo establezca la ley (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 13-1, 24 de noviembre de 2017, 11). Esta legitimación se suprime en el texto del Proyecto de Ley aprobado en el Congreso de los Diputados y remitido para su tramitación en el Senado (BOCG, Senado, número 289, 23 de octubre de 2018, 17), sin saber por qué; y, asimismo, se aprueba como tal en el Senado.

¹⁵ De todas formas, señala OTERO CRESPO, M. (2019). La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, número 4, octubre-diciembre, 117 que «teóricamente ese menor, atendiendo a su grado de madurez, podría haber manifestado su voluntad *post mortem*, pero parece que lo habitual será que las facultades ante los prestadores de servicios sean ejercitadas por sus representantes legales o por el Ministerio Fiscal, actuando de oficio o a instancia de cualquier interesado».

¹⁶ NAVAS NAVARRO, S. (2020). Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital», *op. cit.*, 61 y 66, se refiere como contenido digital de la herencia «al conjunto de bienes, derechos y obligaciones, esto es, de relaciones jurídicas del causante derivadas de su comportamiento *online* en vida»; y añade que «además debe tenerse presente que, en el seno de las relaciones jurídicas que comprende el contenido digital se pueden suministrar datos que pueden llegar a plasmarse en un soporte físico o tan solo existir digitalmente». Para MORALES IMBERNÓN N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 243 y 255, la noción de contenidos digitales «abarca cuestiones tan dispares como las cuentas de correo electrónico, los perfiles sociales en Internet, los datos personales alojados en servidores, los archivos digitales que el fallecido poseyera (*ebooks*, archivos musicales o audiovisuales, fotografías), sus criptomonedas (*bitcoins*), las cuentas que tuviera abiertas en servicios de prestación de música o películas en línea, entre otros»; asimismo, señala que en los contenidos digitales se pueden incluir: «perfiles en redes sociales o profesionales como Facebook, Twitter, LinkedIn o Instagram; cuentas de correo electrónico como Gmail o Yahoo;

archivos de audio video alojados en servicios de alojamiento en la nube (como Dropbox); relaciones con proveedores de servicios en línea de archivos de música o audio con los que el fallecido tuviera relación contractual como es el caso de *Spotify* o *Netflix*; operaciones de comercio electrónico cuando el objeto de esa transacción estuviera pendiente de entrega (v. gr., un pedido en *Amazon*); cuentas corrientes en banca online; saldos de criptomonedas; y servicios de pago en línea como *PayPal*». Por su parte, OTERO CRESPO, M. (2019). La sucesión de los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española, *op. cit.*, 92-93, señala que los bienes o recursos digitales abarcan «cuentas en redes sociales, documentos, videos o fotos almacenados en la nube, etc., lo que en esencia, acabamos de denominar contenidos digitales de carácter típicamente extrapatrimonial, cuyo valor normalmente es sentimental y carente de contenido económico claro para el causante y para quienes le sobreviven. También estarían incluidos en este catálogo no cerrado, otros elementos con claro valor económico, como música, películas, libros o, ya de un modo más patente, el saldo disponible en determinadas aplicaciones de pago o criptomonedas, así como puntos canjeables obtenidos en programas de fidelización».

¹⁷ Al respecto, GARCÍA HERRERA, V. (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital, *op. cit.*, 5, precisa que «puede suceder que, entre los correos intercambiados por el causante hubiera archivos que ostentan un valor patrimonial, y, por lo tanto, sean computables en la herencia, o datos cuyo conocimiento sea necesario para el ejercicio de ciertos derechos frente a terceros». En tales supuestos, considera, asimismo, la autora que «para acceder a dicho contenido, será necesaria una orden u autorización judicial».

¹⁸ GARCÍA HERRERA, V. (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital, *op. cit.*, 5; ALIÑO SEHWERT, J. (2018). El «testamento digital» en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, *op. cit.*, 595.

¹⁹ Vid., BOCG, Senado, número 298, 14 de noviembre de 2018, 26.

²⁰ Vid., BOCG, Senado, número 298, 14 de noviembre de 2018, 26. La motivación: «El derecho a la protección de datos personales, así como el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen son derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española que, a pesar de estar estrechamente ligados entre sí, se regulan como derechos independientes. Por lo anterior, es importante diferenciar entre comunicaciones electrónicas (correos electrónicos o mensajerías instantáneas) y contenidos digitales (archivos, películas, música, etc.). El respeto a la intimidad y secreto de las comunicaciones no solo es un derecho fundamental en sí mismo, sino que está en muchos casos relacionados con el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, derechos que no se extinguen con el fallecimiento de la persona. Por este motivo y puesto que toda comunicación exige para ser tal una, por lo menos, bilateralidad, se hace necesario proteger también la intimidad de terceros implicados en dichas comunicaciones y, con más motivo si los mismos se encontrasen vivos».

²¹ Si bien, para ALIÑO SEHWERT, J. (2018). El «testamento digital, en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, *op. cit.*, 594, «ante la ausencia de limitación legal, incluso rechazada por el legislador, entiende que, el derecho de acceso podría comprender las claves personales», no obstante se inclina a pensar que «no será así. Raro es que el prestador de servicios que envía al usuario las claves de acceso, de modo que, su aportación a un tercero tampoco tendría demasiado sentido. Pero es que, además, ello puede conllevar un peligro real: muchos usuarios utilizan las mismas claves para acceder a distintos servicios, con lo que no se les estaría facilitando el acceso únicamente a este servicio, sino, posiblemente, a varios».

²² ALIÑO SEHWERT, J. (2018). El «testamento digital» en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, *op. cit.*, 595.

²³ NAVAS NAVARRO, S. (2020). Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital», *op. cit.*, 73 y 79.

²⁴ MORALES IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 251.

²⁵ En esta línea, CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. LIX, 409; NAVAS NAVA-

RRO, S. (2020). Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital», *op. cit.*, 65.

²⁶ Esta regulación contrasta con la que se contenía en el artículo 2.4 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 que, a las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares y análogas solo podrían dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamiento que contuviesen datos personales del fallecido con la finalidad de notificar el óbito, aportando para ello acreditación suficiente del mismo y solicitar, cuando hubiera lugar a ellos, la cancelación de los datos.

En todo caso, atendiendo a la actual regulación para CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital: una aproximación, *op. cit.*, 144, «la admisión sin matices de un «acceso» a los datos y contenidos digitales del fallecido (con una vaga remisión a prohibiciones legales) es un manifiesto exceso que podrán afrontar incluso a la dignidad de la persona fallecida».

²⁷ GARCÍA HERRERA, V. (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital, *op. cit.*, 6; BARRIOS ANDRÉS, M. (2018). Garantía de los derechos digitales en la LOPDGD (Título X), *op. cit.*, 267; ALIÑO SEHWERERT J. (2018). El «testamento digital» en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, *op. cit.*, 592; MORALES IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 276, si bien, precisa que, los notarios consideran que las memorias testamentarias o documentos anexos al testamento podrían ser un instrumento válido; IGLESIAS PAJARES, I. (2018). Comentarios a la Sentencia del Pleno del TC de 17 de enero de 2019, *La Notaría* 3/2018, 39, manifiesta que «en los testamentos abiertos y codicilos, el notario puede ofrecer al testador la información y asesoramiento legal adecuado que incluya en ellos las disposiciones que desee relativas a sus voluntades digitales» y en cuanto a la cuestión del acceso a archivos digitales indica que «nos obliga a articular instrumentos que permitan a la persona designada conocer las claves de acceso a los mismos. Si el deseo del testador es que solo tenga conocimiento de aquellas la persona designada, y esta es distinta del heredero, albacea o administrador, podríamos ofrecer la posibilidad de autorizar actas en las que se recojan dichas claves y cuyas copias solo esté autorizado a solicitar la persona designada»; APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *op. cit.*, 185-186, entiende el testamento digital como «una forma de dictar testamento en línea»; CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital: una aproximación, *op. cit.*, 143, señala al respecto que «apelar al “testamento digital” en realidad hace referencia al contenido, a la materia de la que se dispone («herencia») y no a que el instrumento sucesorio sea electrónico». Si bien, para un futuro debate señala que «merece la atención la puerta que abrió la reforma del artículo 65.5 de la Ley Notarial por la Ley de Jurisdicción voluntaria respecto a los testamentos orales en peligro de muerte»; del mismo autor (2019), La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital, *op. cit.*, 411-412.

Por su parte, MALDONADO RAMOS, I. (2017). Y ahora... ¿el testamento digital?, *El Notario del Siglo XXI*, noviembre-diciembre, 144, señala al respecto que «no faltan quienes proponen una nueva reforma de la Ley y Reglamento Notariales que permita el alumbramiento de escrituras públicas electrónicas, del mismo modo que la que se efectuó en 2007 introduciendo la copia de igual carácter. Son muchas las dudas que plantea la iniciativa en dicho sentido, pero no parece que los medios técnicos actuales la hagan imposible».

²⁸ En esta línea, GARCÍA HERRERA, V. (2018). Disposición *mortis causa* del patrimonio digital, *Diario LA LEY*, número 9315, sección Tribuna, 11 de diciembre, 2.

²⁹ GARCÍA HERRERA, V. (2018). Disposición *mortis causa* del patrimonio digital, *op. cit.*, 2-3.

³⁰ CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital: una aproximación, *op. cit.*, 143.

³¹ En esta línea, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (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, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* número 110, mayo-agosto

(versión digital), 14, quien precisa al respecto que «encontrándonos con materia propia de Ley Orgánica, ocioso resulta decir que la misma está fuera de la competencia de los legisladores autonómicos (art. 81 CE), al tiempo que ello permite cuestionar el alcance de esa remisión del artículo 96.4 a la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas con derecho civil foral o especial, incluso al margen de la incompetencia legislativa para la creación del Registro público en cuestión».

³² BOE, número 173, 21 de julio de 2017, 63631 a 63638.

Un análisis sobre esta Ley 10/2017, de 27 de junio, *vid.*, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C. (2017). La Ley catalana sobre voluntades digitales en caso de fallecimiento o incapacidad, *Actualidad Civil*, número 7-8, julio-agosto, 1-5.

³³ GINEBRA MOLINS, M.E. (2020). Voluntades digitales en caso de muerte, *op. cit.*, 920, precisa que «aunque el causante haya manifestado sus «voluntades digitales», la ley catalana se muestra totalmente respetuosa con el contenido de contrato suscrito entre el usuario fallecido y el prestador de servicios (...); y añade «cuestión distinta es si, en su caso, tratándose de estipulaciones no negociadas individualmente, estas pueden ser atacadas por abusivas».

³⁴ Para SOLÉ RESINA, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo, *op. cit.*, 432, este contenido ya quedaba incluido dentro de las «otras disposiciones para después de la muerte», a las que se refiere el párrafo anterior, por lo que entiende que «poco o nada aporta la adición de este nuevo apartado número 2, pues, de igual manera correspondería al heredero o al albacea dar cumplimiento de estas voluntades del causante, como cualesquiera otras».

³⁵ SOLÉ RESINA, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo, *op. cit.*, 434, dispone, al respecto, que no tiene sentido esta norma del artículo 421-24 del Código civil de Cataluña porque no presente ninguna especialidad, ni tampoco tiene sentido por el mismo motivo el artículo 428-1 del mismo texto legal, ni en fin, para la autora, resulta difícil de justificar en esta reforma del libro IV, el artículo 421-2.2 que, contempla, expresamente, este contenido del testamento, codicilo o memorias testamentarias.

³⁶ Señala APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *op. cit.*, 214, que la norma recoge un contenido simplemente ejemplificativo.

³⁷ BOE, número 39, 14 de febrero de 2019, 14535 a 14552.

³⁸ En la línea con el voto particular, SOLÉ RESINA, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo, *op. cit.*, 438, defiende la naturaleza administrativa del registro argumentando que: «el hecho que la eficacia de las voluntades digitales se produzca después de la muerte de la persona y que estas puedan también ser contenido de una disposición de última voluntad no genera ningún problema de relación o coexistencia porque la ley catalana establece la incompatibilidad entre ambos instrumentos y limita la eficacia del documento de voluntades digitales a falta de testamento». Además, «la inscripción de las voluntades digitales no afecta de ningún modo a los derechos personales o patrimoniales de su autor ni a las relaciones de este con terceras personas, efectos estos que sí son propios de la inscripción en los registros privados (Registro Civil, Registro de la Propiedad, Registro Mercantil y Registro de Bienes Muebles)». Por lo que «de este modo la utilidad del Registro de voluntades digitales queda reducida a los supuestos en los que no existe inscripción alguna conforme al Registro General de Actos de Última Voluntad (que depende orgánicamente de la Dirección General de los Registros y del Notariado). Y se configura, como la propia Ley indica, como un instrumento que publicita la existencia de voluntades digitales y permite ordenar la gestión de la huella digital para después de su muerte a personas que han optado por no otorgar disposiciones testamentarias». En definitiva, concluye la autora «se trata de un Registro que queda fuera de la competencia exclusivo del Estado sobre ordenación de los Registros Públicos que recoge el artículo 149.1.8 CE».

³⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (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, *op. cit.*, 11-13.

⁴⁰ En esta línea, FERNÁNDEZ ACEVEDO, J. (2019). Redes sociales y aplicaciones móviles. En: J. López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGD*, Barcelona: Bosch, 916-917.

⁴¹ Al respecto, indica CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital, *op. cit.*, 393, que «el legislador italiano, con menos énfasis que el francés, trata de defender al usuario de los servicios digitales frente a renunciaciones que no se basen en el consentimiento informado reforzado que establece el RGPD (art. 6)».

⁴² CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital: una aproximación, *op. cit.*, 140.

Por su parte, MORETÓN SANZ, M.^a F. (2019). Redes sociales y voluntades digitales. «Historia digital» y clausulado de las disposiciones testamentarias: privacidad, protección al honor y datos personales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, marzo-abril, 967, hace referencia a la Sentencia del Tribunal Federal de Justicia (BGH) de 12 de julio de 2018 que resolvió a favor de una madre de una adolescente de 15 años que fue arrollada por un tren en Berlín en 2012. Como señala la autora «la pretensión de la progenitora se circunscribía al acceso de la cuenta de Facebook de su hija fallecida, cuenta que la compañía había bloqueado por razones de privacidad, por si de la lectura de su contenido, podían dilucidar si la joven tenía o no intenciones suicidas». Pues bien como precisa la autora «de la sentencia se deduce que el contrato con Facebook es parte del patrimonio de los padres, de modo que pueden tener acceso completo a la cuenta de su hija» Por lo que con este fallo «según las leyes alemanas, el contrato de un usuario con Facebook se hereda en caso de fallecimiento, fundándose en la asimilación de la heredabilidad de una cuenta en una red social como si se tratara de unas cartas o diarios íntimos de la adolescente». Ciertamente concluye la autora que «en buena lógica al tratarse de un cauce de comunicación y no de un fin en sí mismo, la resolución del alto tribunal, aplica el Derecho sucesorio vigente».

⁴³ CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital, *op. cit.*, 389.

⁴⁴ MORETÓN SANZ, M.^a F. (2019). Redes sociales y voluntades digitales. «Historia digital» y clausulado de las disposiciones testamentarias: privacidad, protección al honor y datos personales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, marzo-abril, 967. También alude a esta resolución NAVAS NAVARRO S. (2020). «Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital»», *op. cit.*, 62, que califica de «verdadero *leading case* en Europa, en esta materia, en relación con el derecho que tienen los herederos a acceder a una red social, en Facebook». Por su parte, MORALES IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 256, indica, al respecto, que «duda cabe que, en un caso en el que se estuvieran investigando las especiales circunstancias de la muerte de una persona, cabría acceder a su perfil en las redes sociales previa orden judicial. Esto ha sucedido recientemente cuando tras la desaparición de una estudiante española que disfrutaba de una Beca-Erasmus en París, sus amigas declararon a la gendarmería francesa que la chica llevaba varios meses colocando en su «muro» de Facebook mensajes en los que afirmaba que no estaba a gusto en la ciudad porque se sentía perseguida». En fin, CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital, *op. cit.*, 380-381, asimismo, cita esta sentencia y declara que «el BGH se esmera en argumentos para desdecir que haya una colisión con el secreto de las telecomunicaciones, la protección de datos o incluso la vinculación de los contratos, ya que considera que las condiciones generales que excluían de la herencia esa relación contractual eran abusivas al no superar el control de contenido».

⁴⁵ ALIÑO SEHWERT, J. (2018). El «testamento digital» en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, *op. cit.*, 595; FERNÁNDEZ ACEVEDO, J. (2019). Redes sociales y aplicaciones móviles, *op. cit.*, 918. Por su parte, GARCÍA HERRERA, V. (2018). El tratamiento de datos de personas fallecidas, *Actualidad Civil*, número 5, 5 de mayo, 10, precisa al respecto que «las cuentas conmemorativas son un sitio idóneo para que familiares y amigos del titular ya fallecido compartan recuerdos del mismo. Sus características son las siguientes: 1. Aparecerá la palabra «memoria» junto al nombre de la persona en su perfil; 2. En función de la configuración de la privacidad de la cuenta, los amigos pueden compartir recuerdos en la biografía conmemorativa; 3. El contenido que hubiera compartido el titular permanecerá en Facebook y estará visible para el público con el que compartió; 4. Los perfiles conmemorativos no aparecen en espacios públicos como las sugerencias de «Personas que

quizá conozcas», los recordatorios de cumpleaños o los anuncios; 5. Nadie podrá iniciar sesión en una cuenta conmemorativa; 6. Las cuentas que no tengan un contacto de legado no se pueden cambiar; 7. Las páginas con un único administrador cuya cuenta se haya convertido en conmemorativa se eliminarán de Facebook si se recibe una solicitud válida». Y añade que «una vez que la cuenta se ha convertido en conmemorativa, el contacto legado podrá elegir entre: «1. Establecer una publicación para el perfil (por ejemplo, compartir un último mensaje en nombre del usuario o información sobre su funeral); 2. Responder a nuevas solicitudes de amistad (por ejemplo, de viejos amigos o familiares que no estuvieran todavía en Facebook); 3. Actualizar la foto de perfil y de portada; 4. Solicitar la eliminación de la cuenta». Por su parte, MORALEJO IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 267 precisa que «las actividades que tiene permitidas el contacto de legado son: hacer una publicación fijada en el perfil del fallecido, actualizar la foto de perfil y la foto de portada, solicitar la eliminación de la cuenta, descargar una copia de lo que el fallecido tenía en la cuenta o aceptar nuevas solicitudes de amistad».

⁴⁶ APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *op. cit.*, 181-182, no obstante, precisa que, es posible que «el contacto legado tenga determinados privilegios de acceso, aun limitado y que pueda, incluso, descargar ciertos archivos y contenidos de la misma (publicaciones, fotos, vídeos subidos, lista de amigos, datos de contacto del titular, eventos...), pero no otros (leer mensajes privados, anuncios, información de privacidad y configuración, fotos sincronizadas pero no publicadas...)».

⁴⁷ GARCÍA HERRERA, V. (2018). El tratamiento de datos de personas fallecidas, *op. cit.*, 11; APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *op. cit.*, 182; MORALEJO IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 267.

⁴⁸ GARCÍA HERRERA, V. (2018). El tratamiento de datos de personas fallecidas, *op. cit.*, 11, precisa que esta red social exige «el nombre del fallecido y su relación con el solicitante, el nombre de la última empresa en la que trabajó, la URL a su perfil, su dirección de correo electrónico, la fecha de fallecimiento y el enlace al obituario o esquelera»; APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *op. cit.*, 183; MORALEJO IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 268 precisa que esta red profesional *LinkedIn* recoge en su página web el siguiente aviso «»Lamentablemente, puede suceder que te encuentres con el perfil de un colega, compañero de clase o ser querido que ha muerto. Si esto sucede, podemos cerrar la cuenta de esa persona y retirar su perfil por ti. Necesitaremos que nos proporciones lo siguiente: 1. El nombre del miembro; 2. La URL a su perfil *LinkedIn*; 3. Su relación con él; 4. La dirección de correo electrónico del miembro; 5. Fecha de fallecimiento; 6. Enlace al obituario o esquelera; y 7. Última empresa donde trabajó».

⁴⁹ MORALEJO IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 268.

⁵⁰ FERNÁNDEZ ACEVEDO, J., Redes sociales y aplicaciones móviles, *op. cit.*, 918, quien precisa que, Google se acerca un poco más a las exigencias del artículo 96; ALIÑO SEHWERT, J.J., El «testamento digital» en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, *op. cit.*, 595 que, asimismo, establece que, se trata de un sistema que se acerca más al espíritu de la Ley; SOLÉ RESINA, J., Las voluntades digitales: marco normativo, *op. cit.*, 423; APARICIO VAQUERO, J.P., El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *op. cit.*, 182.

⁵¹ MORALEJO IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 272.

⁵² ALIÑO SEHWERERT, J.J. (2019). El «testamento digital» en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, *op. cit.*, 595-596. Asimismo, *vid.*, APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *op. cit.*, 184, se refiere a la *startup* española llamada Tellmebye que «de forma integrada, posibilita que, los usuarios pueden designar personas autorizadas a recibir los archivos de sus cuentas digitales o servicios de almacenamiento en la nube». Además «ofrece la posibilidad añadida de almacenamiento en sus servicios de archivos que, producido el fallecimiento, serán liberados y entregados a la o las personas designadas (lo que denominan “transferencias”)».

⁵³ CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital: una aproximación, *op. cit.*, 140.

⁵⁴ SOLÉ RESINA, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo, *op. cit.*, 422.

Por su parte, OTERO CRESPO, M. (2019). La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española, *op. cit.*, 110 alude también a las denominadas *startups* (empresas tecnológicas) que «han detectado hábilmente un nicho de mercado para dar cauce a este tipo de disposiciones. Basta con introducir en un buscador de internet expresiones claves como “herencia digital” o “testamento digital” para detectar empresas en la red como *Mi Legado Digital*».

⁵⁵ MINERO ALEJANDRE, G. (2018). *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento. Polémicas judiciales y legislativas en torno a los supuestos atendidos y desatendidos por las Leyes Orgánica 1/1982 y 15/1999*, Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 50 y 92.

⁵⁶ En esta línea, CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital: una aproximación, *op. cit.*, 141.

Por otra parte, en cuanto a la transmisión *mortis causa* del componente patrimonial de los derechos de la personalidad construido jurisprudencialmente, recordemos la Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2537) en relación con el derecho de imagen del artista Salvador Dalí y su posible patrimonialización, destaca la falta de legitimación activa de la «Fundación Gala-Salvador Dalí» para demandar la protección «post mortem» del derecho de imagen del ilustre pintor, pues, no existe ninguna persona designada para el ejercicio de las acciones previstas en la Ley Orgánica 1/1982 en defensa de la memoria de Salvador Dalí, ya que la escritura de constitución de la Fundación no es el testamento que exige el artículo 4.1 de la citada Ley Orgánica, ni siquiera es un codicilo, como pretende la recurrente, puesto que no contiene disposiciones de última voluntad, sino el negocio jurídico constitutivo de una persona jurídica de tipo fundacional. Tampoco la designación testamentaria de un heredero universal equivale a la designación específica que exige el artículo 4.1, que ha querido desvincular la legitimación para el ejercicio de las acciones de protección de la memoria del difunto previstas en dicha Ley de la sucesión hereditaria. Además de lo expuesto, la Fundación no está pretendiendo la protección de la memoria de Salvador Dalí, sino la explotación del contenido estrictamente patrimonial de la imagen (nombre y figura) del artista. Los derechos invocados por la Fundación en su demanda son de contenido netamente patrimonial. La demanda no plantea que la reproducción de la imagen y del nombre del fallecido Salvador Dalí realizada con motivo de la exposición en la que se exponían obras escultóricas integrantes de la denominada «Colección Clot» haya afectado negativamente a la memoria del artista. Se trata simplemente de que, al igual que, ha ocurrido con los derechos de propiedad intelectual e industrial cuya protección se solicitaba en la demanda conjuntamente con el derecho de imagen, los demandados no habían acordado con la Fundación la autorización para el uso de tales signos e imágenes mediante el pago de la correspondiente retribución, razón por la cual se solicitaba, se declarara la vulneración de tales derechos y se condenara a los demandados a cesar en las conductas infractoras, se removieran sus efectos y, además, se les condenara al pago de una indemnización consistente en una regalía del 1% sobre a la cifra de negocios para las infracciones marcarias, también del 1% para algunas infracciones de los derechos de propiedad intelectual. La demanda ha sido interpuesta cuando el titular de la imagen y el nombre, el artista Salvador Dalí, ya había fallecido. Tal circunstancia supone que sus derechos de la personalidad y en concreto el derecho a la propia imagen se

extinguieron con su fallecimiento. Además, aunque existe una creciente patrimonialización de la imagen y de la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma, el derecho garantizado por el artículo 18.1 de la CE, por su carácter «personalísimo» (STC 23/1988, FJ3), limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propia reconocimiento como individuo. Por lo que, concluye la sentencia que, tanto por falta de designación de la Fundación recurrente del modo exigido en el artículo 4.1 como porque la protección que pretende no lo es de la memoria del difunto, sino de intereses de carácter estrictamente patrimonial, ajenos al ámbito de protección de la memoria del difunto en la citada Ley Orgánica, debe conformarse la solución adoptada por la Audiencia Provincial.

⁵⁷ En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5908) ejercitan la acción conjuntamente el cónyuge viudo y los hijos del fallecido; en la Sentencia de este mismo alto tribunal y Sala, de 1 de junio de 2016 (RJ 2016, 2323) ejercita la acción el padre del finado; y, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.ª, de 27 de marzo de 2013 (JUR 2013, 18176) los hermanos del fallecido.

En todo caso, como precisa MINERO ALEJANDRE, G. (2019). *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*, op. cit., 95, nada obsta a que varios sujetos legitimados «opten por actuar bajo la forma de litisconsorcio activo voluntario».

⁵⁸ CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital, op. cit., 396-397.