

LA DENOMINADA “HERENCIA DIGITAL”: ¿NECESIDAD DE REGULACIÓN? ESTUDIO DE DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO

THE SO-CALLED “DIGITAL INHERITANCE”: NEED OF REGULATION? STUDY OF SPANISH AND COMPARATIVE LAW

MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN
Catedrática de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 10.02.2018 / Aceptado: 18.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4128>

Resumen: El uso de internet se ha expandido de tal modo que el mundo digital constituye un elemento cotidiano de nuestras vidas. En la actualidad se adquieren constantemente bienes y servicios de carácter digital a través de la red; se almacenan documentos en la nube; se publican fotos, contenidos íntimos, opiniones, en redes sociales y blogs y se llevan a cabo juegos y actividades de ocio por medio de internet. Pero ¿qué sucede con las comunicaciones electrónicas de un sujeto, la información almacenada por él en la red o la música o libros digitales adquiridos por éste cuando muere? Este artículo analiza los problemas que presenta la transmisión “mortis causa” de los bienes digitales y pone de manifiesto la insuficiencia de las reglas generales del Derecho sucesorio para solucionarlos así como la conveniencia de contar con una regulación específica. A continuación se examinan las soluciones legales propuestas o ya adoptadas en distintos ordenamientos, con el fin de extraer conclusiones acerca del mejor modo de regular esta cuestión. Estas conclusiones se contrastan, por último, con las reglas que pretende instaurar el Proyecto de ley de Protección de Datos que se encuentra en tramitación.

Palabras clave: Bienes digitales. Cuentas. Contenidos. Transmisibilidad “mortis causa”. Naturaleza patrimonial. Naturaleza personal. Derechos de la personalidad. Privacidad. Secreto de las comunicaciones. Protección de datos. Voluntad del difunto.

Abstract: The use of the internet has been expanded in such a way that the digital world represents a daily element in our life. Nowadays, products and services –analog or digital- are constantly purchased through the internet; digital documents are stored in the cloud; pictures, private information or opinions are uploaded on social networks or blogs and games and leisure activities are carried out through the internet. But ¿what’s the fate of a person’s electronic communications when he dies, of the information stored by him on the network or of the digital music or books acquired through the internet? This paper analyzes the problems involved in the transfer of digital assets upon death and highlights that the probate system is not sufficient to solve them and specific regulation should be enacted. It continues by examining the legal solutions proposed or enacted in different legal systems with the purpose to obtain conclusions about the best way to regulate this issue. These conclusions are compared, finally, with the rules contained in the Spanish Bill of Protection of personal data currently in process.

Keywords: Digital assets. Accounts. Contents. Transfer of property upon death. Patrimonial nature. Personal nature. Personality Rights. Privacy. Secrecy of communications. Data protection. Deceased’s will

Sumario: I. Introducción. II. Sobre la transmisibilidad “mortis causa” de los bienes digitales. 1. Concepto y tipos de “bienes digitales”. 2. La exclusión de la herencia de los bienes de naturaleza no patrimonial. 3. La intransmisibilidad derivada de acuerdos contractuales 4. Recapitulación: Insuficiencia de las reglas generales en materia hereditaria. III. La situación en Estados Unidos: Leyes federales que protegen la privacidad del usuario de comunicaciones electrónicas y propuesta de solución: La Revised Uniform Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (RUFADAA). IV. El derecho a la “muerte digital” consagrado en Francia. V. La ley catalana de voluntades digitales. VI. Algunas conclusiones. VII. La regulación contenida en el Proyecto de Ley Orgánica de protección de datos personales: Valoración crítica.

I. Introducción¹

1. Actualmente es posible encontrar en la red numerosos blogs y artículos advirtiendo sobre la necesidad de prestar atención a la situación en que quedan nuestros “bienes digitales” tras nuestra muerte. Y hay ya empresas en el mercado español que ofrecen servicios de “administración” de cuentas online, redes sociales y documentos de carácter digital tras el fallecimiento del usuario². Estas empresas suelen utilizar el término “testamento digital”³ o “legado digital” para aludir a dichos servicios, lo cual puede generar al usuario cierta confusión, pues puede creer que, mediante las herramientas ofrecidas por tales empresas, está celebrando un negocio de eficacia equivalente al testamento ordinario por medio del cual va a transmitir sus bienes digitales a sus herederos o a un legatario, del mismo modo que pueden transmitirle sus bienes físicos o analógicos. Ante esa situación son numerosos los notarios que advierten de lo inadecuado que resulta utilizar el término “testamento” para aludir a los servicios señalados⁴ y sostienen que para regular el destino de los “bienes digitales” a la muerte del individuo debe acudir al testamento ordinario⁵.

2. Ocurre, sin embargo, que los defensores del recurso al testamento notarial para regular el destino de esos bienes digitales, suelen afirmar que *no existe diferencia alguna entre la herencia digital*

¹ Este artículo se ha realizado en el marco del PI DER2017-82638-P. Constituye una versión ampliada y desarrollada de la ponencia presentada por la autora en las III Jornadas Hispano-alemanas de Derecho privado celebradas en la Uc3m en octubre de 2017.

² Véase, por ej. “*Mi legado digital*”, que ofrece un servicio que denomina como de “testamento digital” (<https://www.milegadodigital.com/testamento-digital/>), que incluye ciertas actuaciones como gestionar biografías familiares, enviar mensajes póstumos, comunicar la noticia del fallecimiento a los contactos, eliminar suscripciones a redes sociales, convertir la cuenta en conmemorativa, etc.

³ Otra empresa, “*Tellmybie*” (<https://tellmybye.com/es>) ofrece servicios de “legado digital”, que, según advierte, son compatibles con el testamento notarial y se autodefine como “la primera web legal que asegura todo tu legado digital de forma póstuma o enfermedad terminal”. Ciertas empresas funerarias, como “*Efuneraria*” (<https://efuneraria.com/temas/mundo-digital/redes-sociales-y-fallecimiento/>) se hacen eco de esta situación e informan sobre la posibilidad de contratar empresas especializadas “que nos ayudan a confeccionar un testamento digital o a borrar los perfiles de las redes sociales cuando ya no estemos”, y hay incluso, compañías de seguros que, han comenzado a ofertar, en las pólizas de seguro de deceso, servicios adicionales sobre “testamento on line” o “borrado digital”. Información disponible en:

(<http://www.rastreator.com/seguro-decesos/noticias/lanzan-seguro-nortehispana-familiar.aspx>).

⁴ Vid. el artículo “El testamento digital sí existe y ya ha llegado”, de J. GINER GANDIA, fundadora de la empresa, anteriormente mencionada, “*Mi legado digital*”, en el ebook *Testamento ¿Digital?*, coord. por OLIVA LEÓN Y VALERO BARCELÓ, Juristas con Futuro, 2016, págs. 56-60

⁵ C. LLUC CERDÁ, “El reto de una muerte digital...digna”, en *Testamento ¿Digital?*, cit., p. 22 observa, en este sentido, “cualquier otro formato distinto del recurso a un notario dudo que cuente (hoy) con legitimación para actuar ante terceros y, si a eso se le llama “testamento” con toda probabilidad estamos ante un simple supuesto de intrusismo”; F. ROSALES DE SALAMANCA, “Testamento digital”, en *Testamento ¿Digital?*, cit., p.32 (también disponible en <https://www.notariofranciscorosales.com/testamento-digital/>) afirma que el testamento realizado usando un “aplicativo informático” es radicalmente nulo y no surtirá efecto alguno, y advierte que las empresas que ofrecen testamentos digitales no autorizan testamento alguno sino que son simplemente “gestoras de archivos digitales”.

⁶ J.C. LLOPIS BENLLOCH, “Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe”, en *Testamento ¿Digital?*, cit., p. 46, señala en este sentido que si bien puede hablarse de “testamento digital” “para una previsión *mortis causa* que afecte exclusivamente a bienes o derechos digitales”, “si queremos que sea testamento, debe partir de la base de un testamento notarial inicial que organice la sucesión de la persona, siendo las previsiones digitales compatibles con el mismo”.

y la analógica⁶, que “es imposible distinguir entre un heredero del patrimonio digital y un heredero del patrimonio analógico porque la herencia es una sola”⁷, o que “los archivos digitales, tales como fotos, documentos... si no decimos nada corresponderán a nuestro heredero”⁸.

3. Tales afirmaciones desconocen las peculiaridades que afectan a ciertas cuentas, contenidos, archivos, ficheros, etc. que suelen incluirse dentro de la noción de “bienes digitales”, y que explican, como más adelante se verá, que, pese a lo que algunos comentaristas afirman, sea bastante dudoso que el heredero pueda recibir “los derechos relativos a las redes sociales *del mismo modo* que tendrá derecho a la caja donde se guardan los documentos más íntimos del fallecido”⁹.

4. Esas particularidades han dado lugar a litigios en otros países, cuando los herederos o familiares del difunto han intentado acceder a sus cuentas en servicios de mensajería o redes sociales y se han encontrado con la negativa de los proveedores de servicios de internet. La mayor parte de estos litigios se han suscitado en EEUU¹⁰ pero, también, recientemente, en Alemania¹¹, donde la doctrina ya había comenzado a prestar atención al tema.

5. El intenso debate doctrinal que ha tenido lugar desde hace unos años en Estado Unidos ha motivado diversas iniciativas de regulación del tema, que han culminado en una propuesta de ley uniforme por parte de la *Uniform Law Commission*, la “Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act 2015”, ya adoptada como ley propia en algunos Estados. En Francia la reciente *Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique* ha regulado el destino de los bienes digitales a la muerte del usuario. Por lo que respecta a España, el Parlamento Catalán aprobó hace unos meses la Ley 10/2017 de 27 de junio de voluntades digitales y modificación de los libros segundo y cuarto del C.c. de Cataluña (BOE 21-7-2017)¹², pero ha de advertirse que el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos actualmente en tramitación, contiene reglas relativas a la transmisibilidad “mortis causa” de ciertos bienes digitales.

6. A continuación voy a analizar los problemas jurídicos que plantea la posible transmisibilidad “mortis causa” de dichos bienes y que justifican que sea conveniente que existan normas específicas que regulen el destino de esos bienes a la muerte de la persona. Con posterioridad haré un repaso de las soluciones legales propuestas o ya adoptadas en los mencionados ordenamientos. A partir de ahí intentaré esbozar algunas conclusiones y, por último, contrastaré estas conclusiones con las reglas que, en el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, abordan esta cuestión. No trataré los posibles problemas de Derecho internacional privado que puede plantear la aplicación extraterritorial de

⁶ Así F. ROSALES DE SALAMANCA F., ob. cit., p. 29, que afirma que, dado que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, es irrelevante que esos bienes sean analógicos o digitales. J. GONZÁLEZ GRANADO, ob. cit., p. 43, indica que los bienes digitales “forman parte de la masa activa de la herencia sin ninguna especialidad respecto de los demás bienes del causante”. Por su parte L. MENÉNDEZ, “¿La herencia digital?”, *Escritura Pública, septiembre-octubre*, 2016, p.21, manifiesta que “al igual que los expertos señalan que el testamento digital no existe, no aprecian diferencia entre la herencia digital y la analógica”.

⁷ L. FERNÁNDEZ-BRAVO, “La herencia digital”, colaboración en el blog “¿La herencia digital”, *Escritura Pública, septiembre-octubre*, 2016, p. 23

⁸ C. GARCÍA LAMARCA “Albacea digital”, colaboración en el blog “Albaceas digitales: ¿Cómo gestionar nuestra herencia on line?”, *Escritura Pública*, mayo-junio 2015, p. 21

⁹ La afirmación entrecorriada la realiza L. FERNÁNDEZ-BRAVO, “Testamento, legado, herencia...¿digital?” en *Testamento ¿digital?*, cit., p. 54

¹⁰ Vid, infra, nota 54

¹¹ La sentencia del Tribunal de apelación de Berlín (*Kammergericht*) de 31 de mayo de 2017 ha revocado la sentencia emitida el 7-12-2015 por el *Landesgericht*, en el sentido de impedir a la madre de una chica muerta en un accidente el acceso a su cuenta de Facebook. Vid. infra nota 39

¹² Esta ley ha sido objeto de un Recurso de inconstitucionalidad (Recurso n° 4741-2017) presentado por el Gobierno al entender que algunos de sus preceptos (básicamente los referidos a la creación de un Registro electrónico de voluntades digitales) invaden competencias estatales (según el art. 149 CE la ordenación de los registros e instrumentos públicos es competencia del Estado). La admisión a trámite por parte del TC de este recurso determina la suspensión cautelar de la vigencia de la ley impugnada (BOE n° 258 de 26 octubre de 2017).

las normas nacionales, ni tampoco la coordinación entre la ley catalana de voluntades digitales (cuya vigencia se encuentra cautelarmente suspendida)¹³ y las reglas contenidas en la futura LOPD que pudieran entrar en colisión con ella, cuestiones ambas que exceden del objeto de este trabajo.

II. Sobre la transmisibilidad “mortis causa” de los bienes digitales

1. Concepto y tipos de “bienes digitales”

7. Antes de continuar conviene concretar a qué realidad nos estamos refiriendo cuando hablamos de “bienes digitales” (“digital assets”), término habitualmente empleado por la doctrina americana, que es la pionera en este ámbito. El concepto de “bien digital”, con independencia de los diversos intentos de definición, abarca cualquier información o archivo de carácter digital almacenado localmente u *online*¹⁴. En general, se suele incluir dentro de tal concepto tanto las *cuentas on line* como los *contenidos* de todo tipo alojados en un ordenador, en la nube o en un servidor perteneciente a un tercero con el que se mantiene una relación contractual, siempre que tales contenidos sean de carácter digital. Esto abarca una gran cantidad de supuestos, tales como cuentas de correo electrónico, cuentas bancarias *on line*¹⁵, saldos positivos en juegos *on line*, escritos y opiniones vertidas en blogs, documentos almacenados en la nube; fotos, comentarios, etc., publicados por el usuario en una red social; música o libros adquiridos en formato digital, etc.

8. Conviene advertir que las “cuentas” (“accounts”), son en realidad relaciones obligatorias de naturaleza contractual en cuya virtud un prestador de servicios de internet ofrece al usuario ciertos servicios de carácter digital (acceso a un sistema de comunicación, a un sistema de almacenamiento en nube, a una plataforma de juegos, a una red que le permite compartir contenidos, a un sistema de pago, etc.)¹⁶. Estas relaciones obligatorias se rigen por las condiciones generales establecidas por la empresa con la que se contrata. Aunque en algunos casos el servicio se presta de manera aparentemente gratuita, siempre existe una contraprestación por parte del usuario, que consiste en la cesión de ciertos datos al proveedor de servicios de internet¹⁷.

9. Por lo que se refiere a los “contenidos”, éstos pueden ser suministrados por el proveedor de servicios a través de la cuenta abierta por el usuario (v. gr. música o libros en formato digital), o pueden ser creados por el propio usuario, como sucede con los mensajes de correo electrónico, datos íntimos o

¹³ Vid. nota anterior

¹⁴ Sobre ello N.R. BAYER and G.W. CAHN, “When you pass on, Don’t Leave the Passwords Behind”, *Probate and Property*, 2012, vol. 26, nº 1, p. 41. J.J. LEE “Death and Live Feeds: Privacy Protection in Fiduciary Access to Digital Access”, *Columbia Business Law Review*, 654 (2015), indica que, definido en sentido amplio, es un bien digital cualquier cosa en archivo digital almacenada en un ordenador o en otro lugar por medio de un contrato con un tercero. M. SLAUGHTER, “The barriers of Facebook’s terms of service agreement: hardships placed on fiduciaries Access to digital assets”, *Information and Communications Technology Law*, 2015, 24:2, p. 186, enuncia, en nota 29, varias propuestas doctrinales de definición, pero adopta la elaborada por la Uniform Law Commission’s, consistente en “una grabación electrónica”, término que incluye “tanto el catálogo de las comunicaciones electrónicas como su contenido”(p. 187); E. SY., “The Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: Has the Law Caught up with Technology”, *Touro Law Review*, 2016, vol. 32, nº 3, Article 7, p. 650, define el bien digital como “cualquier información creada que existe en forma digital, ya sea *on line* o almacenada en un aparato electrónico, incluyendo la información necesaria para acceder a la misma”

¹⁵ Adviértase que el dinero perteneciente al titular de la cuenta no es un bien de carácter digital. La naturaleza digital se predica exclusivamente de la cuenta y el modo de acceso a la misma. Conviene distinguir por ello, entre los bienes “almacenados” o “depositados” en una cuenta de carácter digital (bienes que pueden ser “físicos”, como es el caso del dinero, o revestir también carácter digital –v. gr. mensajes de correo electrónico–) y el acceso a dicha cuenta (En este sentido C. WONG “Can Bruce Willis Leave His iTunes Collection to His Children? Inheritability of Digital Media in the Face of EULAs” en *Santa Clara High Technology Law Journal*, 2012, vol. 29, Article 5, p. 710, 711). La propiedad del dinero ingresado en una cuenta corriente, aunque la misma sea *on line*, así como su transmisibilidad “mortis causa”, sigue las reglas generales. Lo que podría, en todo caso, plantear algún problema, es el conocimiento y acceso de los herederos a la cuenta en cuestión.

¹⁶ En este sentido M. BOCK, “Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses”, *AcP*, 2017, nº 217, p. 376, 377

¹⁷ M. BOCK, ob. cit., p. 377

fotos publicados en una red social, opiniones vertidas en foros o en blogs, fotos, vídeos, escritos almacenados en la nube, etc. Los segundos suponen en realidad el ejercicio de derechos de la personalidad, como el derecho a la intimidad, imagen o el de libertad de expresión, opinión o pensamiento por parte del usuario de internet.

10. Esos “contenidos”, con independencia de que estén almacenados localmente, en la nube o en el servidor de un tercero como quien el usuario mantiene una relación contractual, pueden ser bienes de naturaleza claramente patrimonial (por ej. libros, películas o música suministradas por una empresa “vendedora”¹⁸; saldos positivos en juegos *on line*; puntos otorgados en programas de fidelización de compañías de transporte u hoteleras¹⁹) o pueden ser bienes de naturaleza no patrimonial (mensajes privados de correo electrónico, opiniones, fotografías, etc.) que pueden, no obstante, tener valor sentimental²⁰. Estos últimos son los que plantean más problemas en lo que respecta a su transmisibilidad “mortis causa” como ahora se verá.

2. La exclusión de la herencia de los bienes de naturaleza no patrimonial

11. Hay que tener en cuenta que, aunque la herencia, como establece el art. 659 C.c. “comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinguen por su muerte”, los bienes que se integran en ella son, por definición, bienes de carácter patrimonial. No forman parte de la herencia los bienes de naturaleza no patrimonial ni, en general, las manifestaciones puramente personales del individuo, como los actos de ejercicio de sus derechos de la personalidad (honor, intimidad, imagen, libertad de expresión, libertad religiosa, etc.) y los derechos morales que se refieren a creaciones intelectuales²¹.

12. Es dudoso, por consiguiente, que los contenidos creados por el usuario de un sistema de comunicación o una red social puedan considerarse integrados en su herencia y sean, por consiguiente, transmisibles a sus herederos, legales o testamentarios, por el mero hecho de serlo²².

¹⁸ Ha de advertirse que por lo general los contratos en virtud de los cuales se adquieren este tipo de bienes no son en realidad contratos de compraventa ni atribuyen al usuario la “propiedad” de los archivos digitales suministrados. A ello nos referimos con posterioridad.

¹⁹ Esos “puntos” son en realidad derechos de crédito que permiten al titular del programa de fidelización obtener ciertos servicios de transporte u hospedaje “gratuitamente”.

²⁰ K. SHERRY, “What Happens to Our Facebook Accounts when We Die?: Probate Versus Policy and the Fate of Social-Media Assets Postmortem”, *Pepperdine Law Review*, vol. 40:185, 2012, p. 210.

²¹ Lo que puede formar parte de la herencia son las consecuencias patrimoniales del ejercicio de esos derechos, como el derecho a recibir la remuneración pactada por la concesión de una entrevista exclusiva por parte de un actor; el derecho a que se abone la indemnización derivada de la vulneración del derecho al honor de un individuo o los derechos de explotación de una obra intelectual ya publicada por su autor. Por otra parte, el art. 4.2 LO 1/82 de Protección civil al honor, la intimidad y la imagen, legitima a ciertas personas (la designada por el testador, en su defecto a cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos y, en última instancia, el MF) para que ejerciten acciones civiles de protección de los derechos del fallecido. Pero eso no significa que el honor, la intimidad o la imagen del causante formen parte de su herencia, sino sólo que la ley confiere una legitimación especial a ciertos sujetos para que protejan esos derechos “post mortem”. Algo similar ocurre en relación con el derecho moral de autor cuya defensa tras el fallecimiento de éste se atribuye a la persona física o jurídica designada por el causante y, en su defecto, a los herederos (art. 15 TRLDPI). Sobre ello, F.J. SÁNCHEZ CALERO, “Comentario al art. 659 C.c.” en *Comentarios al C.c. y Compilaciones forales*, t. IV, vol. 1-A, Madrid, Edersa, 1990, p. 21; F.A. SANCHO REBULLIDA, “Comentario al art. 659 C.c.” en *Comentario del Código civil*, t. II (Ministerio de Justicia), Madrid, 1991, p. 1663; T. RUBIO GARRIDO, “Comentario al art. 659 C.c.” en *Comentarios al Código civil*, dir. por Bercovitz, t. IV, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 5051, 5053; J.A. MARTÍN PÉREZ, “Comentario al art. 659 C.c.”, en *Código civil Comentado*, vol. II, 2ª ed., Navarra, Civitas-Thomson, 2015, pp. 247, 248.

²² La doctrina alemana, distingue, en este sentido, entre posiciones jurídicas de naturaleza patrimonial (*Vermögensrechtliche Positionen*) y de naturaleza no patrimonial (*nichtvermögensrechtliche*), indicando que sólo las primeras forman parte de la herencia. Aunque las “cuentas” en servicios de internet son relaciones contractuales en principio transmisibles “mortis causa” a los herederos, los contenidos almacenados en dichas “cuentas” son en muchos casos bienes inmateriales de carácter no patrimonial sino personal, que, por consiguiente, no forman parte de la herencia. El problema en la práctica es cómo diferenciar entre unos y otros a fin de facilitar, en su caso, los contenidos patrimoniales a los herederos excluyendo los no patrimoniales. En este sentido, M. BRINKERT/M. STOLZE/ J. HEIDRICH, “Der Tod und das Netzwerk, Digitaler Nachlass in Theorie und Praxis”, *ZD*, 2013, pp. 154, 155; M. MARTINI “Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet”, *JZ*, 2012, p. 1152; T. HOEREN, *Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW-Accounts nach dem Tod des Inhabers*, *NJW*, 2005, p. 2114

13. Hay que tener presente que esos contenidos son en realidad “datos”, esto es *información de carácter gráfico, fotográfico, auditivo... de naturaleza inmaterial*, que, toda vez que permitan la identificación de una persona, han de ser considerados además “datos de naturaleza personal”²³. La persona física a la que se refieren esos datos no ostenta sobre los mismos un derecho de propiedad. Si los datos están incorporados a un objeto físico (fotografía o carta tradicional; archivos almacenados localmente en un ordenador) la propiedad del objeto físico puede confundirse con la propiedad de los datos y, en cualquier caso, permitirá acceder a ellos²⁴.

14. Pero lo cierto es que los datos o “contenidos” no están tutelados por el derecho de propiedad sino por otros derechos, como el derecho a la intimidad, honor, imagen, o el derecho a la protección de datos de carácter personal²⁵, derechos, que otorgan a su titular, básicamente, facultades de exclusión de terceros y les permiten decidir si consienten o no el conocimiento, la comunicación, divulgación y/o reproducción de esos datos por otros sujetos²⁶. Dado que estos derechos se extinguen por la muerte del

Entre los autores franceses, A. FAVREAU, “Mort numérique. Quel sort juridique pour nos informations personnelles”, en *Revue Lamy Droit Civil*, nº 125, 1-4-2015, p. 7, señala que la naturaleza personal de la información volcada por un sujeto en la red excluye su transmisibilidad “mortis causa” a los herederos conforme a las reglas de la sucesión *ab intestato* (admite, no obstante, la posibilidad de usar el testamento con el fin de decidir el destino de estos bienes de carácter personal).

²³ El concepto de “dato personal” es bastante amplio ya que abarca “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables” (art. 3 LOPD), pudiendo ser tal información de carácter “numérico, alfabético, gráfico, fotográfico, acústico o de cualquier otro tipo” (art. 5,1,f, RLOPD). Los datos no tienen que ser de carácter privado o íntimo, basta que se refieran a cualquier aspecto de la persona. Así, estaremos ante datos de carácter personal siempre que la información se refiera a una persona física y *permita identificar a la persona en cuestión*, directa o indirectamente, sin necesidad de un esfuerzo desproporcionado. Por todos, J. PLAZA PENADÉS, “Aspectos básicos de la protección de datos de carácter personal”, en *Veinticinco años de aplicación de la LO 1/82 de 4 de mayo de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 123; J.J. PIÑAR, “Comentario al art. 3 LOPD”, en *Comentario a la LO de Protección de datos de carácter personal*, Navarra, Civitas-Thomson, 2010, p. 193-195. El concepto de dato personal no ha variado sustancialmente en el nuevo Reglamento europeo de Protección de Datos. Vid. M. ARIAS PAU, “Definiciones a efectos del Reglamento General de Protección de Datos”, en *Reglamento General de Protección de Datos*, dir. por PIÑAR MARIAS, Madrid, Reus, 2016, pp. 117 y ss

²⁴ M. BOCK, ob. cit., p. 380 observa, en este sentido, que la titularidad de los datos no se rige por las reglas del derecho de propiedad. No obstante cuando los datos se almacenan en cosas físicas, la propiedad sobre la cosa permite acceder a esos datos, M. MARTINI, ob. cit., p. 147 indica igualmente que los datos incorporados a cosas físicas siguen el destino de la cosa a la que se incorporan y se transmiten en su caso a los herederos. Pero no ocurre así con los datos almacenados en la plataforma del prestador de servicios de internet.

²⁵ Entiendo que, como regla general, los contenidos gráficos, fotográficos, etc., vertidos por los usuarios en redes sociales o en servicios de internet no reúnen los requisitos para ser considerados como “obra” protegible por el derecho de propiedad intelectual. Así, M. BOCK, p. 381. S. NAVAS NAVARRO, “Creación y ocurrencia en el contenido digital *online* generado por los usuarios de internet”, *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, 2015-16, nº 36, p. 409, observa, en este sentido, que “el mundo digital es campo abonado para la ocurrencia creativo-vulgar, no para la creación”, y considera excepcional que se creen “obras” con originalidad suficiente para ser objeto de protección.

No obstante, en el caso en que eventualmente lo sean (por ej. manuscrito inédito de un escritor famoso almacenado en la nube), habrá que valorar la transmisibilidad “mortis causa” del derecho de propiedad intelectual. En principio lo que se transmite a los herederos del autor son sólo los derechos de explotación, los cuales requieren que la obra ya haya sido divulgada por el autor. En caso contrario es dudoso si los herederos podrán acceder a la obra con el fin de divulgarla y explotarla económicamente. Al respecto hay que tener en cuenta que el art. 15 TRLPI legitima a los herederos para ejercitar acciones de defensa de los derechos morales del autor. En concreto, el art. 15,2 les legitima para ejercitar el derecho, previsto en el art. 14,1, a “decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma”, durante el plazo de 60 años. Lo que no está claro es si la legitimación que se otorga a los herederos se limita a la defensa del derecho moral de autor (esto es, al ejercicio negativo del mismo: derecho a impedir la divulgación por parte de terceros) o abarca también el ejercicio positivo del mismo, siendo posible, por tanto, que los herederos decidan divulgar un manuscrito inédito y, en consecuencia, ejercitar los correspondientes derechos de explotación (art. 17 TLPI). Sobre ello existen opiniones diversas. Mientras que algún autor considera que la facultad de decidir sobre la divulgación sólo corresponde al autor (J. RAMS, “Comentario a los arts. 15 y 16 LPI”, en *Comentarios al C.c. y Compilaciones forales*, t. IV, vol. 4-A, Madrid, Edersa, 1994, p. 347) otros consideran que salvo prohibición expresa del autor los legitimados ex art. 15 pueden optar por divulgar o no hacerlo (M.C. GÓMEZ LAPLAZA, “Comentario al art. 40 LPI”, en la misma obra citada, p. 658; M.P. CÁMARA ÁGUILA, *El derecho moral de autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Granada, Comares, 1998, pp. 375, 391 y ss.)

²⁶ El derecho a la intimidad suele ser definido como el derecho del individuo a crear y mantener una esfera secreta o reservada, protegida contra las intromisiones ajenas, con el consiguiente derecho de impedir (o consentir) la divulgación de hechos pertenecientes a esa esfera y controlar los datos o informaciones relativas a la persona. El derecho a la propia imagen se define como el “poder de decidir, consentir o impedir la reproducción de la imagen de nuestra persona por cualquier medio, así como

individuo, hay que concluir que también se extinguen las facultades derivadas de tales derechos, que no se transmiten a los herederos. En otros términos, los herederos no adquieren la facultad de consentir la reproducción de la imagen del difunto, o la de desvelar ciertos datos de su intimidad²⁷, del mismo modo que tampoco adquieren las facultades de control de sus datos personales derivada lo que algunos autores denominan el “derecho a la autodeterminación informativa”²⁸.

15. Ahora bien, aunque el derecho a la intimidad o la imagen, al igual que el derecho a la protección de datos personales²⁹, se extinguen con la muerte, es preciso tener en cuenta que el art. 4.2 LO 1/82 de Protección civil al honor, la intimidad y la imagen, otorga protección *post mortem* al titular de estos derechos. Dicho precepto legitima a ciertas personas (la designada por el testador, en su defecto cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, y a falta de todos ellos el Ministerio Fiscal³⁰), para ejercitar acciones civiles en defensa de los derechos al honor, la intimidad y la imagen de una persona fallecida³¹. Esto pone de manifiesto que la imagen o la intimidad del usuario de internet no se convierten

su exposición o divulgación sin el consentimiento del interesado”. Así, L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, pp. 340, 341; J.L. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil I, Parte general*, vol. 2, 6ª ed., rev. Por Delgado, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 92, 93

^{En} cuanto al derecho a la protección de datos personales, el TC en la S. 290/2000 de 30 de noviembre, lo define como un derecho que atribuye a las personas físicas “el poder de disposición sobre sus propios datos, sean o no íntimos, siempre que vaya a estar sometidos a tratamiento, informatizado o no”. La doctrina lo configura como un derecho a “controlar” los datos, que se sustancia en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos, su posterior almacenamiento y tratamiento así como su uso o usos posibles. Por todos, J.L. PIÑAR “Comentario al art. 3 LOPD”, en *Comentario a la LO de Protección de datos de carácter personal*, Cívitas-Thomson, 2010, p. 57

²⁷ Desde este punto de vista, el hecho de que en algún caso ciertos contenidos digitales creados o almacenados por un usuario de internet puedan tener valor económico no altera su carácter de bien de naturaleza personal. Pensemos, por ejemplo, en la fotografía de un actor famoso publicada en una red social de acceso limitado. O en ciertos detalles desconocidos de su vida privada que ha comunicado a un tercero a quien ha enviado un e-mail. La fotografía del actor podría alcanzar valor económico si se autorizara (a cambio de contraprestación) a un tercero su reproducción, lo mismo que los detalles de su vida privada tendrían valor económico si se permitiera su conocimiento y divulgación por un tercero. Pero adviértase que ello sólo es posible si se entiende que las facultades derivadas del derecho a la imagen o el derecho a la intimidad del difunto se transmiten a sus herederos. Lo que otorga valor económico a la imagen o a la vida privada del difunto es la posibilidad de consentir la intromisión de un tercero. Pero si el derecho a la intimidad y a la imagen se extinguen con la muerte parece claro que las mencionadas facultades no son adquiridas por los posibles herederos (me refiero al supuesto en que no ha existido previa comercialización de sus atributos personales por parte del titular de los derechos de la personalidad). A ello podría objetarse que, dado que los derechos de la personalidad se extinguen con la muerte de la persona, cualquiera es libre de usar la imagen del difunto o desvelar datos de su intimidad. Pero ha de tenerse en cuenta que, como se indica en el texto, el art. 4.2 LO 1/82 otorga también protección “post mortem” a los derechos de la personalidad, y ello implica que la imagen o la intimidad de una persona fallecida no puede ser utilizada libremente por “terceros”, lo que incluye a sus herederos, que no adquieren los derechos de la personalidad del difunto.

²⁸ L. MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, 2007, p. 122, 129, 174, reconduce el derecho a la protección de datos al derecho a la “autodeterminación informativa”. Y lo define como aquél que pretende preservar la identidad de la persona *controlando la revelación y el uso de los datos* que le conciernen y protegiéndola frente a la ilimitada capacidad de archivarlos, relacionarlos y transmitirlos propia de la informática con los peligros que esto supone (el subrayado es mío).

²⁹ La LOPD no protege a las personas fallecidas por lo que el uso de datos de éstas deberá ser, en su caso, protegido por otras vías (por ej. la protección post mortem de su derecho a la intimidad, art. 4 LO 1/82). El art. 2,4 RLOPD dispone expresamente que el mismo no será aplicable a los datos de personas fallecidas, si bien permite que personas vinculadas al fallecido puedan dirigirse a los responsables de los ficheros y solicitar la cancelación de los datos. El Informe Jurídico 61/2008 de la AEPD considera que este precepto pretende conciliar el carácter personalísimo de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, con la posibilidad de que el responsable conozca el óbito y pueda cancelar los datos ya que lo contrario podría dar lugar a un supuesto de inexactitud. Sobre ello J.L. PIÑAR, ob. cit., p. 191; J. APARICIO SALOM, *Estudio sobre protección de datos*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 4ª ed., 2013, pp. 112, 113.

^{El} nuevo Reglamento europeo de protección de datos (Reglamento 2016/679), aclara en sus Considerandos 27 y 158 que dicho Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas, pero remite su posible protección a la legislación interna. Ello explica que el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, tras excluir su aplicación a los datos de personas fallecidas (art. 2,2,d) regule en su art. 3 las posibles facultades de los herederos respecto del causante (sobre ello vid infra epígrafe VII).

³⁰ Este último dentro del plazo de 80 años desde el fallecimiento del afectado.

³¹ Vid. M.E. COBAS COBIELLA “Protección post mortem de los derechos de la personalidad. Tratamiento jurisprudencial del tema”, en *Veinticinco años de aplicación de la LO 1/82 de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, coord. por De VERDA y BEAMONDE, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 309 y ss. La protección post mortem de los derechos de la personalidad del difunto debe diferenciarse de la protección que pueden merecer

en “bienes” de acceso libre por el hecho de su muerte³². Y el hecho de que la ley encomiende a ciertos sujetos (los parientes) la misión de defender la personalidad pretérita del difunto no significa, como es lógico, que esas personas (que pueden o no ser sus herederos) tengan vía libre para cometer intromisiones en los derechos de la personalidad del fallecido y, por ejemplo acceder y disponer de información privada o imágenes relativas al difunto.

16. Así las cosas ¿tienen derecho entonces los herederos del causante a acceder y disponer de los contenidos digitales creados por un usuario y referidos a su persona? Cuando esos datos están almacenados localmente en aparatos tangibles (ordenador, tableta, pen drive...) pertenecientes al difunto, parece claro que la transmisión de la propiedad del aparato en cuestión a los herederos puede permitirles acceder a los mismos, a menos que estén protegidos por una clave inaccesible³³, del mismo modo que el heredero puede leer una carta perteneciente al difunto. Pero ello es así porque el heredero ha adquirido la propiedad del objeto material que da acceso a los datos o al contenido en cuestión. No porque adquiera la propiedad de dicho contenido.

17. La solución es, sin embargo, dudosa cuando esos contenidos están alojados en una “cuenta” (en realidad en la nube o un servidor ajeno) proporcionada por un tercero con quien el causante mantenía una relación contractual³⁴.

18. En primer lugar, como ya se ha indicado, cabe pensar que esos bienes digitales, por su naturaleza extrapatrimonial, no forman parte de la herencia. El usuario no ostentaba sobre los datos o contenidos volcados en la red un derecho de propiedad, sino otros derechos de carácter puramente personal que se extinguen a su muerte. Y en segundo lugar, aunque aquellos datos referidos a una persona fallecida que pudieran calificarse como “datos personales” no están protegidos por la Ley de Protección de Datos³⁵, lo cierto es que un acceso indiscriminado de los herederos a los datos, informaciones o contenidos digitales de carácter privado³⁶ alojados en las cuentas del difunto en redes sociales, servicios de

(a título propio) los parientes de éste como consecuencia de la divulgación de hechos relativos al difunto que les afecten personalmente. Al respecto debe tenerse en cuenta que la CE protege el derecho a la intimidad personal y también “familiar”, con lo que viene a reconocer que aspectos de la vida de personas con las que un sujeto guarda especial vinculación pueden incidir en la propia esfera de la personalidad del individuo (STC 23/88 de 2 de diciembre).

³² Por supuesto, tampoco significa que el honor, la intimidad o la imagen del causante formen parte de su herencia, sino sólo que la ley confiere una legitimación especial a ciertos sujetos para que protejan lo que la doctrina denomina su “personalidad pretérita” o la “memoria defunti”. Sobre ello, J.L.SANCHO REBULLIDA ob. cit., p. 1663; T. RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 5051; J.A. MARTÍN PÉREZ, ob. cit., pp. 247, 248

³³ N.R. BAYER and G.W.CAHN, ob. cit., p. 41 ponen como ejemplo el caso de Leonar Berstein que, tras su muerte, dejó un manuscrito archivado electrónicamente pero tan bien protegido, que nadie ha podido dar con la password que permita acceder al mismo.

³⁴ La doctrina norteamericana distingue ambos supuestos porque los problemas relativos a la transmisibilidad “mortis causa” de los bienes digitales se plantean por lo general sólo en el supuesto en que éstos están almacenados en servidores de terceros con los que el difunto mantenía una relación contractual. Vid. K. SHERRY, p. 194; M. SLAUGHTER, ob. cit., p. 187. Por otra parte, hay que advertir que, cuestión distinta a la relativa a la transmisibilidad “mortis causa” de los contenidos de naturaleza personal, es la posible sucesión del heredero en la posición contractual del causante. Las “cuentas” son en realidad relaciones obligacionales en virtud de las cuales un proveedor de servicios de internet presta ciertos servicios al usuario. La posición contractual del difunto (en lo que respecta a la utilización de ese servicio) podría ser, en principio, transmitida a los herederos siempre que no se haya excluido contractualmente su transmisibilidad o no se trate de una relación jurídica de carácter “intuitu personae”. (Sobre esto último T.RUBIO GARRIDO, ob. cit., pp. 5054, 5054; J.A. MARTÍN PÉREZ, ob. cit., p. 246). El problema es que en la práctica se suele excluir en el contrato dicha transmisibilidad (vid. *infra* apartado 3)

³⁵ Ver nota 29. En el Derecho alemán la Ley de Protección de datos vigente (*Bundesdatenschutzgesetz* o BDSG) no se pronuncia expresamente sobre la subsistencia o no del derecho a la protección de datos personales con posterioridad a la muerte del individuo, pero la doctrina entiende que dicha ley sólo es aplicable a datos de personas vivas (M. BRINKERT/M. STOLZE/J. HEIDRICH, ob. cit., p. 155; P.E. UHRENBACHER, *Digitales Testament und Digitaler Nachlass*, Frankfurt, 2017, ob. cit. p. 192; M. BOCK, ob. cit., p. 399). En Francia, como luego se verá (vid. *infra* epígrafe IV), La Ley para una República Digital, presupone que el derecho a la protección de datos personales se extingue con la muerte de la persona.

³⁶ Adviértase que el hecho de que un usuario de una red social tenga un gran número de “amigos” o “seguidores” no elimina el carácter privado de la información que publica en la red siempre que siga manteniendo el control de las personas que tienen acceso a esa información.

mensajería, etc., puede vulnerar sus derechos de la personalidad, y en particular su derecho a la intimidad, que, como se ha dicho, goza de protección *post mortem*³⁷.

19. Cabría preguntarse asimismo si, además de la protección *post mortem* de la intimidad del usuario de servicios de internet, ha de tenerse en cuenta el derecho al secreto de las comunicaciones³⁸. ¿Están cubiertas las comunicaciones electrónicas de una persona fallecida por este derecho? Así lo ha entendido recientemente el Tribunal de apelación de Berlín en relación con el litigio planteado contra Facebook por la madre de una menor fallecida³⁹. Y así lo ha mantenido la doctrina a la vista de la regulación establecida en la *Telekommunikationsgesetz* (TKG) que impone a los prestadores de servicios de telecomunicaciones una obligación de secreto, que subsiste tras la finalización del proceso de comunicación, y en cuya virtud queda prohibida toda información sobre el contenido y las circunstancias de las comunicaciones del usuario⁴⁰. La mencionada sentencia del *Kammergericht* de Berlín de 31 de mayo de 2017 considera que el secreto de las comunicaciones (que previamente el TC –*Bundesverfassungsgerichts*–, en S. de 16-6-2009 había aplicado a los e-mails almacenados en el servidor de un prestador) es extensible a los contenidos alojados en Facebook. Y, aunque la demandante adujo que la usuaria fallecida, en la medida que le había suministrado la password de su cuenta, había renunciado a dicho derecho, para el Tribunal debe protegerse igualmente el derecho al secreto de las comunicaciones de todas las personas que se habían relacionado electrónicamente con la causante.

³⁷ Así lo ha planteado también la doctrina alemana en relación a la protección *post mortem* del derecho general de la personalidad (“postmortalen Persönlichkeitschutz), no regulada expresamente pero reconocida como una consecuencia del principio de dignidad de la persona consagrado en el art. 1,1 de la Constitución alemana. Se argumenta que el acceso indiscriminado de los herederos a los contenidos de las cuentas digitales del difunto conllevaría la vulneración de tal derecho porque la información existente en cuentas de correo y redes sociales del difunto es por lo general de carácter privado y revela la esfera íntima de éste. Además las relaciones del usuario con el prestador del servicio se basan en el presupuesto de que el contenido volcado por el primero se mantendrá oculto y no cabe entender que, como regla, el causante quiere compartir su “identidad digital” con otras personas, sino a la inversa (así M. BRINKERT/M. STOLZE/J. HEIDRICH, ob. cit., pp. 155; M. MARTINI, ob. cit., pp. 1150-1152). Frente a ello, también hay quien, pese a considerar tal posibilidad concluye, a mi juicio con argumentos poco convincentes, que no existe tal vulneración. M. BOCK, ob. cit., p. 390-395 viene a decir que la protección *post mortem* de la personalidad del difunto podría provocar una imposibilidad fáctica de transmitir incluso contenidos con valor económico, que el causante podría tener interés en trasladar a sus herederos. Por ello opina que, si el causante no ha dispuesto lo contrario, debe presumirse que su voluntad es la plena transmisibilidad. En otros términos, el hecho de que el difunto no haya prohibido el acceso a sus datos indica que renunció a la protección *post mortem* de su personalidad.

³⁸ En este sentido, en el Derecho francés, A. FAVREAU, ob. cit., pp. 5,6

³⁹ La hija murió en un accidente en el metro de Berlín en circunstancias que hacían dudar si se trataba de un suicidio. Con objeto de obtener información y comprobar si la hija había sufrido algún tipo de acoso la madre quiso acceder a su cuenta en Facebook, lo que esta empresa le impidió. En primera instancia el *Landesgericht* de Berlín (S. 7-12-2015) obligó a Facebook a proporcionar ese acceso. Sin embargo el Tribunal de apelación revocó tal decisión. En esta resolución el *Kammergericht* no se pronuncia sobre la cuestión de si las cuentas y los contenidos almacenados en cuentas virtuales forman parte de la herencia y son transmisibles a los herederos (la doctrina lo discute y suele distinguir, como antes se indicó, entre posiciones no patrimoniales y patrimoniales). El argumento fundamental es la necesidad de proteger el derecho al secreto de las comunicaciones. Comentan esta sentencia G. OERTEL, “Mutter darf Facebook-Cat ihrer toten Tochter nicht lesen”, en *Legal Tribune Online*, 31-5-2017; C. SOLMECKE, “KG Berlin zum digitalen Nachlass- Elternkeinen Zugriff auf Facebook-Account ihrer verstorbenen Tochter”, 31-5-2017, disponible en <https://www.wbs-law.de/internetrecht/kg-berlin-zum-digitalen-erbe-eltern-haben-keinen-zugriff-auf-facebook-account-ihrer-verstorbenen-tochter-65533/>

⁴⁰ El texto de la sentencia puede consultarse en: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=KG&Datum=31.05.2017&Aktenzeichen=21%20U%209%2F16>

⁴⁰ El derecho al secreto de las comunicaciones está protegido por el art. 10.1 de la Constitución alemana y desarrollado, en relación con la transmisión de información incorporal con ayuda de las telecomunicaciones, en la TKG. El secreto de las comunicaciones abarca tanto el contenido como las circunstancias de la transmisión, protegiendo tanto al emisor como al receptor (M. BOCK, ob. cit., p. 405). Por lo que respecta a la TKG, cuya versión actual data de 2004, dicha ley se aplica a la emisión, transmisión y recepción de señales a través de instalaciones de telecomunicaciones, las cuales son definidas como “equipos o sistemas técnicos que pueden enviar, transmitir, recibir, almacenar o controlar *señales identificables electromagnéticas u ópticas*” (§ 3.22 y 3.23). Esta ley obliga a los prestadores de servicios privados a proteger a los usuarios de lesiones de terceros en su derecho al secreto de las comunicaciones (§ 88). Se entiende que esta protección subsiste tras la muerte del cliente y que el prestador del servicio sólo puede utilizar la información relativa a éste para el propio suministro del servicio. Se dice que en virtud de esta ley, no cabe que el prestador del servicio transmita los datos de las comunicaciones del usuario a ningún tercero, lo que incluye a los herederos del cliente fallecido. Vid. P. UHRENBACHER, ob. cit., pp. 168, 172, 173, 176, 187, 193

20. En el Derecho español el derecho al secreto de las comunicaciones está reconocido en el art. 18,3 CE. Se entiende que tal derecho protege la comunicación en sí misma, con independencia de que su contenido revista o no carácter íntimo, y se protege tanto el contenido como las circunstancias o datos externos de la comunicación (v. gr. identidad de los interlocutores)⁴¹. Es necesario que la comunicación se lleve a cabo a través de un medio técnico de carácter cerrado, que ofrezca alguna garantía de secreto, es decir, que no coloque la comunicación al alcance de cualquiera⁴². La mencionada obligación de secreto se considera exigible a los proveedores de servicio de correo electrónico⁴³ y debe considerarse extensible a los proveedores de servicios de redes sociales, al menos siempre que la comunicación entre los usuarios esté abierta sólo a partícipes concretos y delimitados⁴⁴.

21. Así las cosas, cabe pensar que también en el Derecho español la reclamación de un eventual heredero dirigida a conocer los contenidos almacenadas en servicios de mensajería o redes sociales pertenecientes al difunto puede encontrar un serio obstáculo legal en el derecho al secreto de las comunicaciones. Aunque pudiera pensarse que este derecho se extingue, como otros derechos de la personalidad, con la muerte de la persona, hay que tener en cuenta que la comunicación es bilateral por lo que seguiría sujeta a protección toda vez que los destinatarios de la misma no hayan fallecido. Ha de recordarse, por otra parte, que el mencionado derecho protege no sólo los contenidos sino también los datos externos de la comunicación misma lo que implica que, por virtud del mismo, quedaría vedado a los herederos no sólo el acceso a los contenidos de las comunicaciones del difunto sino, asimismo, el mero conocimiento de los sujetos con quienes éste se relacionó por vía electrónica.

3. La intransmisibilidad derivada de acuerdos contractuales

22. Otra cuestión a tener en cuenta es la posible intransmisibilidad establecida en el contrato celebrado por el usuario y el prestador de servicios de internet. Los bienes digitales que tienen naturaleza patrimonial y valor económico en sí mismos considerados forman parte, en principio, de la herencia (v. gr. bitcoins, nombres de dominio, puntos en programas de fidelización de empresas de transporte u hotelerías, etc). Pero puede ocurrir que el causante, aparente titular de ese bien, no ostente sobre el mismo un derecho de propiedad sino un derecho de carácter meramente obligacional (una licencia de uso). Así suele ocurrir en los casos, por ejemplo, de música, vídeos y libros de carácter digital. Lo que adquiere el usuario en realidad no es la propiedad del archivo o contenido digital, sino un derecho a usarlo de acuerdo con las condiciones estipuladas en el contrato (normalmente un contrato de adhesión) celebrado con el suministrador de ese contenido digital (v.gr. Amazon, Kindle, iTunes, etc.). Que el derecho del

⁴¹ A. ELVIRA PERALES, “¿Qué hay de nuevo en torno al derecho al secreto de las comunicaciones?”, en *La Constitución política de España, Estudios en Homenaje a M. Aragón Reyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, Madrid, pp. 602, 606; M.ROCA JUNYENT/ E. TORRALBA MENDIOLA. “Derecho a la intimidad: El secreto de las comunicaciones e internet”, en *Régimen jurídico de internet*, dir. por CREMADES, La Ley, Valladolid, 2002, p. 187

⁴² A. ELVIRA PERALES, ob. cit., p. 602; M.ROCA JUNYENT/ E. TORRALBA MENDIOLA, ob. cit., p. 185, 186

⁴³ M.ROCA JUNYENT/ E. TORRALBA MENDIOLA, ob. cit., p. 193

⁴⁴ A. ELVIRA PERALES, ob. cit., p. 606

Hay que advertir que el art. 39,1 de la Ley General de Telecomunicaciones de 2014, de modo similar a las anteriores, dispone que “los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución, debiendo adoptar las medidas técnicas necesarias”. Este precepto no es aplicable, sin embargo, de acuerdo con lo que se desprende del art. 1,2 de la LGTel, a los servicios que distribuyen, almacenan, difunden o emiten datos y contenidos mediante comunicaciones electrónicas, ya que este último artículo excluye del ámbito de aplicación de la ley a “los servicios de la Sociedad de la Información”, que están regulados, como se sabe, por la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información (sobre el ámbito de aplicación de la LGTel y la exclusión de los mencionados servicios vid. MALARET GARCÍA, “Los servicios excluidos del ámbito de aplicación de la legislación de telecomunicaciones: los servicios de la sociedad de la información y los servicios de comunicación audiovisual”, en *Derecho de las telecomunicaciones*, dir. por DE LA QUADRA SALCEDO, 2015, Cívitas-Thomson, Navarra, pp. 108-114; 118 y ss.). Esto implica que los prestadores de servicios de redes sociales no se ven afectados por el mencionado art. 39,1 LGTel. Pero esto no significa que no estén sujetos a la obligación, derivada del art. 18,1 de la Constitución, de preservar el secreto de las comunicaciones, lo cual, viene por otra parte establecido en la DA 19ª de la LSSI, que, al referirse a los incidentes de ciberseguridad, dispone que los prestadores de servicios de la sociedad de información han de respetar el secreto de las comunicaciones

causante sea de carácter obligatorio y consista en una licencia de uso no es obstáculo, en principio, para que sea transmisible “mortis causa”. Pero el problema viene dado porque frecuentemente los “términos de uso”, esto es, las condiciones generales establecidas por el suministrador del contenido digital (al que se accede a través de una cuenta que el consumidor debe abrir⁴⁵) determinan la intransmisibilidad del derecho adquirido por el usuario o su extinción con la muerte del mismo⁴⁶.

23. Entre los autores americanos hay quien sostiene que las condiciones generales que determinan la temporalidad y no transmisibilidad de los bienes digitales deberían ser consideradas nulas por razón de orden público al vulnerar los principios fundamentales del Derecho sucesorio⁴⁷. En mi opinión, sin embargo, desde la perspectiva del Derecho español⁴⁸ y presuponiendo que se cumplen los requisitos de incorporación de las condiciones generales, no hay obstáculo para considerar válida una cláusula que establezca el carácter temporal de un derecho de crédito a menos que pueda considerarse abusiva a la vista del conjunto de derechos y obligaciones de las partes⁴⁹.

24. Lo dicho implica que, aun tratándose de bienes digitales de carácter patrimonial, el heredero sólo podrá adquirir su titularidad cuando el causante tuviese sobre tales bienes la propiedad o un derecho de crédito de carácter indefinido, no limitado temporalmente de acuerdo con los términos del contrato celebrado con el proveedor del bien o servicio digital.

25. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, cuando se trata de datos volcados o almacenados por los usuarios en “cuentas” de mensajería o redes sociales (datos respecto de los cuales ya se ha indicado que el usuario no ostenta un derecho de propiedad y además deben considerarse protegidos por su derecho a la intimidad), la relación jurídica del usuario titular de una cuenta con el proveedor de ese servicio de internet está regulada también por las condiciones generales (los “términos de uso y/o servicio” –ToS, de acuerdo con sus siglas en inglés–) establecidas por dichas empresas. Y la mayoría de ellas prevén, bien la extinción de la cuenta y los derechos derivados de la misma a la muerte del usuario⁵⁰,

⁴⁵ Como indica C. WONG, ob. cit., p. 717, cuando un consumidor “compra” un libro digital o una canción, debe en primer lugar crear una cuenta con el vendedor *on line* y aceptar los términos o condiciones a los que se sujeta la “compra”.

⁴⁶ C. WONG, ob. cit., pp. 717 y ss., 732-733, analiza los “términos de uso” empleados por diversas empresas que venden música y libros digitales (Apple, Amazon, iTunes, Google, Barnes and Noble) y concluye que, salvo en el caso de Apple, que permite al usuario dar acceso a su cuenta a otras personas, el resto de las compañías otorgan licencias de uso de carácter intransferible. Esto implica, según WONG, ob. cit., p. 729, que los herederos podrán tener acceso a esos contenidos sólo cuando el causante grabó una copia en el iPod o Kindle de su pertenencia.

⁴⁷ Así N.M. BANTA, “Inherit the Cloud: The Role of Private Contrats in Distributing or Deleting Digital Assets at Death”, *Fordham Law Review*, 799 (2014), vol. 83, p. 802-803; 823, 828- 829.

⁴⁸ Ha de advertirse que las condiciones generales de los proveedores de servicios de internet contienen habitualmente una cláusula de elección de la ley aplicable, por lo general la de California, así como de selección de foro (M. SLAUGHTER, p. 190). No obstante, de acuerdo con el art. 6,2 del Reglamento UE 593/2009 –Roma I–, la elección de ley incluida en contratos con consumidores no impide la aplicación de las normas imperativas de protección que resultarían aplicables de no existir tal cláusula (esto es, las correspondientes al país de residencia del consumidor, según el art. 6,1). Esto implica que como regla será aplicable el control de contenido y el control de incorporación previsto en el TRLC.

⁴⁹ Téngase en cuenta que el art. 659 C.c. presupone que hay derechos que no son transmisibles “mortis causa” (y no lo son, por ej., el usufructo, la habitación o el derecho de alimentos convencional o legal). Y además los arts. 1112 y 1257 C.c. permiten excluir mediante pacto la transmisibilidad de los derechos de crédito. Así, por ejemplo, no veo problema en el caso que menciona N.M. BANTA, ob. cit., p. 828, relativo a los puntos (“miles”) obtenidos en programas de fidelización de compañías aéreas, que en muchos casos no son transmisibles por muerte del titular. En mi opinión los “puntos” no son sino la expresión de derechos de crédito que permiten al titular obtener de la compañía aérea un servicio –un viaje– de carácter gratuito. Tales derechos pueden ser de carácter vitalicio si así se pacta. La interrogante puede surgir, en todo caso, cuando se trata de contratos de adhesión celebrados con consumidores en cuyo caso, de acuerdo con lo indicado en la nota anterior, sería aplicable el control de contenido de las condiciones generales previsto en el TRLC. Aunque el análisis de esta cuestión excede del objeto de este trabajo no veo en principio razones para considerar abusiva una condición general que limite la transmisión “mortis causa” de los beneficios derivados de un programa de fidelización, del mismo modo que puede establecerse un periodo temporal para el ejercicio de esos derechos.

⁵⁰ Es el caso de Yahoo, cuyos términos de uso han venido estableciendo que el usuario consiente que cualquier derecho en la cuenta Yahoo o sus contenidos termina con la muerte (M. SLAUGHTER, ob. cit., p. 189, nota 65; SY, E., ob. cit., p. 655). Flickr sigue la misma política que Yahoo, de manera que los derechos del usuario se extinguen a su muerte (K. SHERRY, p. 229)

bien su intransmisibilidad⁵¹. Esto supone que, salvo que la cláusula de extinción o intransmisibilidad de la cuenta pueda considerarse no incorporada o abusiva conforme a la ley española⁵², tal cláusula podrá ser invocada por el prestador de servicios digitales para impedir la utilización de la cuenta por los posibles herederos, así como el acceso a la misma y a los contenidos en ella almacenados.

4. Recapitulación: Insuficiencia de las reglas generales en materia hereditaria

26. Lo expuesto creo que pone de manifiesto los numerosos problemas que suscita la transmisibilidad de los bienes digitales a los herederos del causante y, en particular, que las reglas generales del Derecho sucesorio, aisladamente consideradas, no permiten determinar el destino de aquellos contenidos digitales de carácter privado, alojados en cuentas de mensajería, redes sociales, etc. que un prestador de servicios digitales pone a disposición del usuario con el que mantiene una relación contractual. Ni garantizan el acceso generalizado a las comunicaciones digitales del causante. De hecho, el mencionado derecho al secreto de las comunicaciones puede también dificultar a los herederos el conocimiento de la existencia de bienes digitales de naturaleza patrimonial que, en principio, sí quedan comprendidos en la herencia⁵³.

27. ¿Qué sucede, en la práctica, cuando los familiares o herederos del difunto quieren acceder al contenido de sus cuentas de correo personal o a las mantenidas en redes sociales? ¿Se les permite acceder y consultar su correo electrónico? ¿Tendrían derecho a que se le entregaran fotos, vídeos y en general copia de los contenidos almacenados en dichas cuentas? La respuesta de las empresas de internet suele ser negativa. En EEUU son diversos los casos en que los familiares se han visto obligados a acudir a los tribunales para obtener acceso a las cuentas y contenidos que solicitaban y no siempre lo han conseguido⁵⁴. Por otra parte, como ya se ha señalado, el Tribunal de apelación de Berlín ha fallado

⁵¹ Facebook sólo ha venido permitiendo la conversión de la cuenta en conmemorativa o su eliminación cuando se le comunica la muerte de un usuario. En sus ToS se establece la imposibilidad de ceder la password, permitir el acceso de otra persona a su cuenta, o hacer algo que pueda perjudicar la seguridad de la cuenta (M. SLAUGHTER, ob. cit., 191; E. SY, ob. cit., p. 656; J.J. LEE, “Death and live feeds: Privacy Protection in Fiduciary Access to Digital Assets”, *Columbia Business Law Review*, 654, 2015, p. 653) Twitter desactiva la cuenta si recibe cierta documentación justificando la muerte pero, de acuerdo con su política, no proporciona acceso a la cuenta a nadie con independencia de su relación con el difunto (J.J. LEE, ob. cit., p. 671). LinkedIn y YouTube, no contienen previsiones expresas para la muerte del usuario pero contienen cláusulas de no transmisibilidad de la cuenta (K. SHERRY, ob. cit., p. 229)

⁵² Aunque no es este lugar para profundizar en la cuestión, no parece que la mera intransmisibilidad de la cuenta suscrita por un usuario en un servicio de mensajería o una red social determine una situación de desequilibrio entre las partes que permita calificar la cláusula como abusiva. La ley española no es contraria a la intransmisibilidad de los derechos de crédito, y, aunque para el prestador del servicio no sea relevante la identidad del usuario (no se trata de una relación obligatoria “intuitu personae”), la extinción o intransmisibilidad de la relación jurídica es, hasta cierto punto, coherente con la finalidad perseguida por los servicios de mensajería y redes sociales, que están ligados, especialmente estos últimos al perfil personal de un individuo (corresponda o no totalmente ese perfil con la realidad). En cualquier caso, esta es una cuestión que habría que analizar atendiendo a las circunstancias concurrentes y que excede del objeto de este trabajo.

⁵³ ¿Cómo puede saber, por ejemplo, el heredero que el causante tenía un saldo positivo en paypal o en un juego *on line* sin tener acceso a su correo electrónico? ¿Cómo puede saber que era titular de una cuenta bancaria *on line* si no conserva el contrato en papel?

⁵⁴ En *Ajemian v. Yahoo*, los hermanos del difunto (que eran también los administradores de su herencia) intentaron tener acceso a su cuenta de e-mail para notificar a sus amigos y familia la defunción, pero Yahoo se negó. Tras ciertas negociaciones les entregó un listado con la información de cabecera de los correos. Los hermanos litigaron para obtener acceso al contenido de los e-mails pero por diversos problemas procesales (de determinación de foro básicamente) el tribunal no llegó a entrar en el fondo del asunto. En *In re Ellsworth*, el padre de un soldado que murió en Irak solicitó a Yahoo, en 2005, que les entregara el contenido de la cuenta de correo de su hijo. Yahoo, con base en la política de la compañía rehusó y los padres acudieron a los tribunales de Michigan que ordenaron entregar dicho contenido (en un CD) a los demandantes. En el caso de *Karen Williams vs. Facebook*, la demandante intentaba tener acceso a la cuenta de su hijo de 22 años muerto repentinamente para saber más sobre él. Aunque encontró la password del hijo y escribió a Facebook solicitando que mantuvieran dicha cuenta al cabo de dos horas le fue denegado el acceso. Sólo después de demandar a Facebook consiguió que se le permitiera acceder a la cuenta de su hijo durante 10 meses. En cambio en el caso *In re Facebook*, en que la familia de una mujer –muerta en 2008 tras caer de la duodécima planta de su edificio en Manchester– intentó obtener información de su cuenta en Facebook para conocer su estado mental, mantuvo el derecho de Facebook a negarse a suministrar tal información. Vid. E. SY, pp. 656, 658-660; N.M. BANTA, ob. cit., pp. 832, 833; V. BLACKLY, “Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: What UFADAA know”, en *Probate and Property Magazine*, Vol. 29, nº 4, (https://www.americanbar.org/publications/probate_property_magazine_2012/2015/july_august_2015/2015_aba_rpte_pp_v29_3_article_blackly_uniform

recientemente en contra de la madre de una menor usuaria de Facebook que quería acceder a los contenidos de su cuenta.

28. Las razones que esgrimen las empresas implicadas para negarse a las peticiones de familiares y herederos son básicamente dos. En primer lugar la ya mencionada intransmisibilidad de los derechos del usuario que suele establecerse en las condiciones generales impuestas por dichas empresas. En segundo lugar la necesidad de proteger la privacidad de los usuarios⁵⁵. Por irónico que pueda parecer este argumento si se tiene en cuenta que muchas de estas compañías se lucran comerciando con los datos de sus usuarios⁵⁶, lo cierto es que existen razones de peso para proteger la intimidad de los titulares de bienes digitales incluso tras su fallecimiento.

29. Además de que, como ya se ha mencionado, suele haber normas que garantizan el derecho al secreto de las comunicaciones –en EEUU hay leyes federales que impiden a los proveedores de servicio de internet desvelar los datos de usuarios de comunicaciones electrónicas (vid. *infra*, epígrafe III)–, no puede pensarse que a los usuarios de internet les es indiferente que sus herederos o familiares conozcan todo tipo de informaciones íntimas relativas a su persona⁵⁷. Adviértase que, aunque en ocasiones se pretende establecer un paralelismo entre la correspondencia tradicional y las comunicaciones digitales, la información personal que se puede conocer en el segundo caso excede con mucho el volumen y amplitud de la resultante de la correspondencia ordinaria y permite conocer información sobre aspectos de la vida diaria de un sujeto con una exhaustividad inviable en el mundo físico⁵⁸.

30. Tampoco cabe asumir que ningún usuario tiene nada que esconder⁵⁹. En principio el usuario confía en que sólo él y el proveedor de servicios de internet pueden tener acceso a sus datos digitales y, posiblemente, si los usuarios contaran con la posibilidad de que la información que vuelcan en la red va a ser transmitida a otras personas a su muerte no tendría lugar el mismo flujo de información⁶⁰. De hecho, una encuesta llevada a cabo en Estados Unidos en 2015 revela que más del 70 % de los americanos quieren mantener la privacidad de sus comunicaciones *on line* tras su muerte⁶¹.

31. Esto implica, en mi opinión, y centrándonos en el Derecho español que, con independencia de lo indicado sobre el derecho al secreto de las comunicaciones, también ha de tenerse en cuenta la necesidad de proteger el derecho a la intimidad del causante en lo que respecta al contenido de sus comunicaciones. Desde este punto de vista, creo que el prestador de servicios de internet podría invocar la protección post mortem de la privacidad del usuario fallecido para negar el acceso de los herederos a las cuentas de éste o negarse a desvelar el contenido almacenado en dichas cuentas⁶²

[fiduciary_access_to_digital_assets_act.htm](#)) p. 10 y ss. de la versión impresa. También es conocido el caso de los padres de *Eric Rash*, un chico de 15 años que se suicidó en 2011, y que, según se dice, impulsó la legislación al respecto adoptada en el Estado de Virginia. Los padres intentaron acceder a su cuenta de Facebook a fin de encontrar alguna explicación pero ante la negativa de la compañía comenzaron a luchar por un cambio normativo que finalmente tuvo lugar. Vid. T. SEARS, *Family, Lawmakers Push for Facebook Changes Following Son's Suicide* (<http://wtvr.com/2013/01/08/legislation-introduced-for-access-to-deceased-persons-digital-property/>); V. BLACKLY, ob. cit., p. 10; M. OBHENSRAIN/J LEFTWICH, “Protecting the Digital Afterlife: Virginia’s Privacy Expectations Afterlife and Choices Act”, *Richmond Journal of Law and the Public Interest*, 2015, vol. XIX:I, pp. 40, 41.

⁵⁵ Vid. N. M. BANTA, ob. cit., p. 837

⁵⁶ M. SLAUGHTER, ob. cit., p. 203; C. PÉRÈS, “Les donnés à caractère personnel et la mort. Observations relatives au projet de loi pour une République numérique”, *Recueil Dalloz*, 2016, enero, nº 2, p. 92, nota 20

⁵⁷ De hecho lo normal es que creen cuentas bajo el presupuesto de que permanecerán siendo privadas y confidenciales también tras su muerte. T.G. TARNEY, “A Call for Legislation to Permit the Transfer of Digital Assets at Death”, *Capital University Law Review*, 2012, p. 794

⁵⁸ En este sentido J.J. LEE, ob. cit., pp. 650, 681

⁵⁹ M. SHERRY, ob. cit., pp. 235, 236. Piénsese, por ejemplo, como observa E. SY, ob. cit., pp. 652, 653, en el supuesto en que un cónyuge tiene un amante con quien ha venido conversando y contactando a través de la red (correo electrónico, whatsapp, etc.). O el supuesto de una persona procedente de familia musulmana con profundas convicciones religiosas y que manifiesta ser atea en una cuenta privada en una red social

⁶⁰ M. MARTINI, ob. cit., p., 1150

⁶¹ E. SY, ob. cit., p. 653

⁶² Cabe pensar, no obstante, que en ciertos casos pueden existir razones que justifiquen la posible intromisión en el derecho

32. Lo dicho no impide, sin embargo, que el usuario de servicios de internet pueda manifestar su voluntad de transmitir sus datos y contenidos digitales a otra persona, pero, a falta de tal indicación, no creo que pueda presuponerse que esa es su voluntad⁶³.

33. En el Derecho español no habría problema, en principio, para utilizar el testamento con el fin de expresar la mencionada voluntad dado que este negocio jurídico no tiene que contener necesariamente disposiciones de carácter patrimonial. Se admite incluso la posibilidad de que se otorgue un testamento sin contenido patrimonial (cfr. Art. 741)⁶⁴, por lo que no hay obstáculo para que en tal negocio “mortis causa”, además de realizarse la distribución del patrimonio del causante, se regule el destino de bienes, en este caso “digitales”, que carecen de contenido patrimonial (y ello con independencia de que pueda considerarse necesario incluir en otro documento una lista actualizada de cuentas y claves de acceso).

34. Pero la posible utilización del testamento como medio para ordenar el destino de los bienes digitales que no se transmiten a los herederos por el mero hecho de serlo no resuelve todos los posibles problemas. Aunque no tendría sentido que en tal hipótesis los proveedores de servicios de internet se escudaran en la necesidad de preservar la intimidad del difunto para negarse a facilitar el acceso a esos bienes a la persona designada por el testador, sí podrían invocar el carácter intransmisible de la relación contractual mantenida con el causante y los derechos derivados de ella. Y, asimismo, el ya señalado derecho al secreto de las comunicaciones y la obligación de garantizarlo extensible a los prestadores de servicios digitales.

35. Todo ello pone de manifiesto, desde mi punto de vista, la conveniencia de contar con normas específicas que regulen la cuestión y eviten la necesidad de acudir a un procedimiento judicial en caso de discrepancia entre los eventuales herederos y las grandes empresas de internet. Especialmente si se tiene en cuenta que, aunque los bienes digitales de naturaleza patrimonial se transmiten como regla a los herederos (por ej. bitcoins, saldo positivo en juego *on line*) también puede resultar difícil para éstos –y eventualmente el albacea– tener conocimiento de su existencia si no tienen acceso a las comunicaciones electrónicas del difunto⁶⁵.

36. Veamos a continuación cuáles son las soluciones propuestas en otros ordenamientos para regular la situación en que quedan los bienes digitales a la muerte del usuario.

III. La situación en Estados Unidos: Leyes federales que protegen la privacidad del usuario de comunicaciones electrónicas y propuesta de solución: La Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (RUFADAA)

37. En EEUU la doctrina ha venido poniendo de manifiesto los problemas que encuentran los familiares de un difunto cuando, por motivos sentimentales o personales, quieren tener acceso al contenido de sus cuentas en redes sociales o servicios de mensajería. Pero también ha puesto de relieve las dificultades

a la intimidad del difunto. Por ej. menor fallecido en circunstancias que permiten dudar si se trata de un suicidio, en cuyo caso es posible que el acceso a sus redes sociales pueda ofrecer acerca de la existencia de acosos escolar u otros posibles motivos. Pero se trata de una cuestión que sólo puede valorarse caso por caso.

⁶³ En este sentido J.J. LEE, ob. cit., p. 683

⁶⁴ Según este precepto “El reconocimiento de un hijo no pierde fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere”. Con base en el citado artículo se entiende que es válido el testamento que no contiene disposiciones de carácter patrimonial. Por todos vid. A. CAÑIZARES LASO, “Comentario al art. 667 C.c.” en *Código civil comentado*, vol. II, 2ª ed., Civitas-Thomson, Navarra, 2016, pp. 282-284; L. DIEZ-PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, t. 2, *Derecho de sucesiones*, Madrid, Tecnos, 11ª ed., 2012, p. 49; J.L. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, t. IV, *Sucesiones*, 4ª ed., rev. y puesta al día por Rams Albesa, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 168, 169

⁶⁵ Una adecuada regulación permitiría conciliar, como sugiere J.J. LEE, ob. cit., p. 654, cuatro objetivos: respetar la privacidad del difunto y las leyes dirigidas a garantizarla; respetar los deseos del difunto; facilitar la eficiente gestión de la herencia y minimizar litigios.

tades a que se enfrenta el administrador de la herencia —el denominado “executor”, que es quien tiene encomendada la misión de identificar los bienes del causante, pagar sus deudas y distribuir el remanente de acuerdo con su voluntad testamentaria o la ley⁶⁶— y, en general, cualquier “fiduciario”⁶⁷, cuando, para recopilar información financiera y bancaria, para evitar un posible robo de identidad o una utilización fraudulenta de las cuentas inactivas del difunto, precisa conocer y acceder a sus comunicaciones electrónicas⁶⁸.

38. Las empresas de internet, como se ha avanzado, argumentan que deben proteger la intimidad de sus usuarios y aducen que el permitir el acceso o revelar los contenidos de las comunicaciones electrónicas de éstos podría dar lugar a la contravención de leyes federales. Pero la doctrina observa que también el “fiduciario” que intenta acceder a las comunicaciones de un tercero puede incurrir en violación de dichas leyes.

39. En efecto, la *Computer Fraud Abuse Act* (CFFA), penaliza a cualquiera que acceda a un sistema informático (local o almacenado en la nube) “sin autorización o excediendo el acceso autorizado”⁶⁹. La ley no define la noción de “autorización” y, en cuanto al concepto de exceso en la autorización, éste consiste, según el art. 18 U.S.C., parágrafo 1030(e)(6), en un acceso autorizado pero empleado para “obtener o alterar información” que el sujeto que accede no está legitimado para obtener o alterar. El hecho de que la mayoría de las compañías de internet prohíban al titular transferir la cuenta o permitir a terceros su uso, ha llevado a interpretar ampliamente la noción de “acceso no autorizado” y “exceso en la autorización”. De un lado se entiende que la legitimación genérica que puede ostentar un “fiduciario” para gestionar los bienes de otra persona no es suficiente para considerar que existe un acceso autorizado. De otro, incluso en los casos en que el titular de la cuenta ha suministrado a un tercero (por ej. un familiar, que puede ser el administrador de la herencia) información (v. gr. password) para acceder a ella, se asume que se estaría vulnerando los ToS de la compañía, lo que conllevaría un acceso ilícito, y por tanto, punible, de acuerdo con la CFAA⁷⁰.

40. Otra ley relevante es la *Stored Communications Act* (SCA), que forma parte de la *Electronic Communications Privacy Act* de 1986. Esta ley fue dictada inicialmente para evitar el acceso del gobierno a las comunicaciones electrónicas de los ciudadanos pero otorga igualmente protección frente a sujetos privados⁷¹. La SCA prohíbe a los proveedores de servicios de internet desvelar contenidos de las comunicaciones de los usuarios —aunque pueden revelar información sobre las cuentas pertenecientes a éstos— y, si bien una entidad gubernamental puede obtenerlos a través de ciertos procedimientos, un sujeto privado no puede hacerlo. Existe únicamente una excepción en cuya virtud el prestador del servicio puede voluntariamente desvelar esos contenidos sin exponerse a una sanción. Y esta excep-

⁶⁶ E. SY, ob. cit., pp. 650, 651

⁶⁷ Este término abarca todos aquellos supuestos en que una persona actúa como representante legal o voluntario de otra y/o tiene la misión de gestionar sus bienes. Como a continuación se verá, en el ámbito que nos movemos este término viene utilizándose para aludir al administrador de la herencia (“executor” o “administrator”), al encargado de administrar un Trust (“Trustee”), al representante voluntario (personas que actúan bajo un “Power of Attorney”) o al legal (v. gr. “Guardian”). Sobre el estatus jurídico y facultades de cada uno de estos sujetos puede verse J. D. LAMM/C.L. KUNZ / D.A. RIEHL/ P.J. RADEMACHER, “The Digital DeahT Conundrum: How Federal and State Laws Prevent Fiduciaries from Managing Digital Property”, *University of Miami Law Review*, 385 (2014), pp. 389 y ss.

⁶⁸ Sobre las razones por las que el administrador de la herencia (y en general cualquier “fiduciario”) puede necesitar acceder a las cuentas *on line* del difunto y a la información existente en ellas, V. BLACKLY, ob.cit., p. 2 y ss.

⁶⁹ Literalmente la CFFA alude al acceso y a la información contenida en “any protected computer” pero se interpreta que los contenidos almacenados en la nube o en el servidor de un tercero lo están, en definitiva, en un “protected computer” (V. BLACKLY, ob. cit., p. 7)

⁷⁰ J. D. LAMM/C.L. KUNZ / D.A. RIEHL/ P.J. RADEMACHER, ob. cit., pp. 400, 401; M. SLAUGHTER, ob. cit., pp. 193, 194; E. SY, ob. cit., pp. 660, 661; V. BLACKLY, pp. 6, 7; S.A. KLEIN and M. R. PARTHEMER, “Who Will Delete the Digital You? Understanding Fiduciary Access to Digital Assets”, *Probate and Property Magazine*, 2016, vol. 30, n° 4, p. 2 de la versión impresa. La CFFA es una norma penal pero, conforme a una enmienda de 1994, también permite emprender acciones civiles.

⁷¹ Hay, no obstante excepciones, porque no protege los servicios de comunicación electrónica proporcionados por un empresario a sus empleados y, además, sólo tutela las comunicaciones que han sido “restringidas de algún modo”. Esto último, sin embargo, no impide a las empresas de internet invocar la norma porque, por ej. Facebook sostiene que la SCA proporciona protección a los contenidos que se han restringido sólo a “tus amigos” aunque éstos sean miles. M. SLAUGHTER, ob. cit., p. 197

ción se da cuando el emisor o el destinatario de la comunicación ha otorgado un consentimiento lícito (“lawful consent”). Dado que este consentimiento no existe en la práctica cuando se trata de acceder a las comunicaciones de personas fallecidas, las empresas de internet, con base en la SCA, aducen que revelar los contenidos de las cuentas de sus usuarios podría acarrearles una sanción⁷².

41. Las expresadas leyes –con independencia de que se consideren desfasadas por la doctrina⁷³– constituyen un serio obstáculo a la hora de gestionar los bienes digitales del difunto, tanto por lo que respecta al acceso a las cuentas *on line* en que dichos bienes estén almacenados como por lo que respecta a su contenido mismo⁷⁴. Por ello en el año 2012 la *Uniform Law Commission*⁷⁵ creó una comisión con objeto de elaborar una propuesta de ley uniforme dirigida a facultar a los “fiduciarios” a gestionar, acceder y distribuir los bienes digitales de una persona. En 2014 se publicó la *Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (UFADAA)⁷⁶, pero debido a las presiones ejercidas por las grandes empresas de internet, se modificó la versión inicial dando lugar a la denominada *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (RUFADAA)⁷⁷, publicada en 2015.

42. Ambas versiones abordan no sólo la situación de los administradores de bienes de una persona fallecida, sino, en general, la de los “fiduciarios”⁷⁸, pero la diferencia principal reside en que, si bien en la propuesta original los fiduciarios tenían como regla acceso a los bienes digitales (tanto a las cuentas como a su contenido) del usuario, salvo manifestación en contra de éste, en la versión revisada la regla, cuando se trata de acceder a contenidos, es la contraria.

43. Por lo que aquí interesa, la UFADAA original disponía en su sección 4 que el “representante personal” de una persona fallecida tenía acceso tanto al contenido como a las comunicaciones de éste salvo que se estableciera lo contrario en el testamento del causante o así lo dispusiera una orden judicial⁷⁹. Y, para evitar los problemas suscitados por las leyes federales anteriormente mencionadas, se establecía en la sección 8 que el fiduciario tenía “consentimiento lícito” (“lawful consent”) a efectos

⁷² J. D. LAMM/C.L. KUNZ / D.A. RIEHL/ P.J. RADEMACHER, ob. cit., pp. 403-405; M. SLAUGHTER, ob. cit., pp. 197, 198

⁷³ M. SLAUGHTER, ob. cit., p. 195; E. SY, ob. cit., pp. 657 y ss.; V. BLACKLY, ob. cit., pp. 9, 10; S.A. KLEIN and M. R. PARTHEMER, ob. cit., pp. 2, 3

⁷⁴ Incluso aunque se trate de bienes digitales de contenido económico –que formarían en principio, parte de la herencia del causante–, si están almacenados o depositados en cuentas digitales pertenecientes al difunto, puede ser difícil para el administrador de la herencia tener conocimiento de su existencia si no tiene acceso previo a esas cuentas, lo que, como regla, y de acuerdo con lo explicado, puede estarle vedado.

⁷⁵ La *Uniform Law Commission* es una entidad sin ánimo de lucro, que tiene más de 100 años de antigüedad, cuya finalidad es proporcionar a los Estados americanos propuestas de legislación con el fin de ofrecer claridad y estabilidad en materias controvertidas. (puede consultarse su página web <http://www.uniformlaws.org/Narrative.aspx?title=About%20the%20ULC>)

⁷⁶ Ha de advertirse que previamente a la aprobación de la UFADAA algunos Estados americanos habían dictado leyes, de carácter más limitado, dirigidas a resolver el problema del acceso de los fiduciarios a los bienes digitales (S.A. KLEIN and M. R. PARTHEMER, ob. cit., p. 2)

⁷⁷ La versión de 2014 está disponible en: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets/2014_UFADAA_Final.pdf

⁷⁸ La versión de 2015 en: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets/2015_RUFADAA_Final%20Act_2016mar8.pdf

⁷⁹ Que, según V. BLACKLY, ob. cit., p. 3, son aquéllos “que tienen la autoridad legal de gestionar los bienes de otra persona y el deber de actuar en interés de ésta”. La Sección 2 párrafo (14) de la RUFADAA 2015 define el fiduciario como “an original, additional, or successor personal representative [conservator], agent or trustee”. Y el “personal representative” como “an executor, administrator, special administrator, or person that performs substantially the same function under law of this state other than this act” –Sección 2 (18)– También aclara el concepto de “conservator” (párrafo 5) “power of attorney” (párrafo 19) y el de “Trustee” (párrafo 25). Las definiciones de estos términos son iguales a las contenidas en la versión de 2014. Puede decirse que las dos versiones de esta propuesta incluyen dentro de la noción de fiduciario a los “ejecutores o administradores” de los bienes del causante; los “guardians” o “conservators” de una persona (menor o incapaz) designados judicialmente; los “agentes” que actúan bajo un “power of attorney” y los “trustees” (V. BLACKLY, ob. cit., p. 13; J.J. LEE, ob. cit., pp. 656, 657).

⁷⁹ Sección 4: “Subjet to section 8(b) and unless otherwise ordered by the court or provided in the will of a decedent, the personal representative of the decedent has the right to access (1) the content of an electronic communication [...] (2) any catalogue of electronic communications [...] (3) any other digital asset...”

de la SCA y debía ser considerado como un “usuario autorizado” (“authorized user”) de acuerdo con la CFAA⁸⁰.

44. La UFADAA fue introducida en numerosos Estados americanos a lo largo de 2015 pero sólo llegó a aprobarse como ley estatal en el estado de Delaware⁸¹. Representantes de las grandes empresas de internet –pese a haber participado en el proceso de elaboración de la UFADAA– comenzaron a oponerse duramente a ella en los Estados que intentaron adoptarla como ley propia⁸², con base, nuevamente, en la necesidad de proteger la intimidad de los usuarios. Sostenían que un modelo que, como regla, proporciona a los fiduciarios acceso a los contenidos privados de los usuarios, vulnera las expectativas de éstos, que no es probable que esperen que su información vaya a ser compartida con otros tras su muerte⁸³. El lobby creado para oponerse a la UFADAA (Netchoice) elaboró una propuesta alternativa, la denominada *Privacy Expectation Afterlife and Choices Act* (PEACA), que se refiere exclusivamente al acceso *post mortem*, por parte del administrador de la herencia, a los bienes digitales del difunto. Esta propuesta sólo permite al fiduciario acceder al catálogo de comunicaciones del difunto y a los contenidos de dichas comunicaciones con una orden judicial que debe constatar además, en el segundo caso, entre otras circunstancias, que la revelación de contenidos fue consentida por el difunto en su testamento y dicha revelación no viola ninguna ley federal (sección 1)⁸⁴

45. Todo ello motivó que la *Uniform Law Commission* diseñara una nueva versión de la UFADAA, que fue aprobada en julio de 2015, y que ha sido ya adoptada como ley estatal en algunos Estados⁸⁵. Esta versión revisada pretende armonizar la posibilidad de que los fiduciarios accedan a los bienes digitales de su titular con el respeto a las expectativas de intimidad de los usuarios de internet⁸⁶. Así, en la nueva versión (RUFADAA) los fiduciarios tienen acceso al catálogo de comunicaciones electrónicas del usuario (lista de mensajes enviados y recibidos y direcciones de e-mail)⁸⁷, salvo que éste haya establecido lo contrario (Section 8). Ahora bien, para acceder a los contenidos *es necesario el consentimiento expreso del difunto* (Section 7). En relación a la forma de manifestación de dicho consentimiento, esta propuesta tiene en cuenta las herramientas que algunos proveedores de servicios de internet han comenzado a ofrecer a sus usuarios para que expresen su voluntad en torno al destino de sus bienes digitales a su muerte⁸⁸.

⁸⁰ La Sección 8 (b) establecía además que cualquier cláusula incluida en los “términos de servicio” que limitara el acceso de los fiduciarios a los bienes digitales era nula a menos que se tratara de una cláusula aceptada afirmativamente y separadamente al mero consentimiento al contrato de adhesión, y la sección 8 (c) declaraba ineficaz (“unenforceable”) cualquier cláusula de determinación de ley aplicable que conllevara una limitación de los derechos reconocidos al fiduciario. Sobre ello vid. V. BLACKLY, ob. cit., p. 14; LEE, ob. cit., p. 658.

⁸¹ E. SY, ob. cit., p. 664; S.A. KLEIN and M. R. PARTHEMER, ob. cit., pp. 3, 4

⁸² A.W. COVENTRY and K. PRANGLEY, “Status of The Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act. Not enacted anywhere yet”, p. 2, Disponible en https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/rpte_ereport/2015/3-May/practice_alert_authcheckdam.pdf

⁸³ E. SY, p. 664; S.A. KLEIN and M. R. PARTHEMER, ob. cit., p. 4; A.W. COVENTRY and K. PRANGLEY, ob. cit., p. 2.

⁸⁴ Vid. E. SY, p. 665. El texto de la PEAC puede encontrarse en <https://netchoice.org/library/privacy-expectation-afterlife-choices-act-peac/>.

Una versión modificada de la PEAC, que modera la necesidad de obtener una orden judicial fue aprobada en el Estado de Virginia. Dicha ley no requiere orden judicial para obtener información sobre las comunicaciones electrónicas de los 18 meses anteriores a la muerte siempre que el causante no hubiese dispuesto lo contrario. Para obtener contenidos basta con demostrar que el difunto expresamente lo consintió. M. OBENSHAIM, and J. LEFTWICH, “Protecting the Digital Afterlife: Virginia’s Privacy Expectation Afterlife and Choices Act”, *Richmond Journal of Law and the Public Interest*, 2015, vol. XIX:i, pp.45 y ss.

⁸⁵ Según A. KLEIN and M.R. PARTHEMER, ob. cit., p. 5, en Julio de 2016 la propuesta había sido ya adoptada como ley en Arizona, Colorado, Florida, Idaho, Indiana, Maryland, Nebraska, Oregon, Tennessee, Washington, Wisconsin y Wyoming, y se esperaba que se convirtiera en norma legal en otros 50 Estados.

⁸⁶ Vid. “Prefatory Note” de la RUFADAA

⁸⁷ La RUFADAA –Section 2.4– define el concepto de “catalogue of electronic communication” como la “information that identifies each person with which a user had an electronic communication, the time and date of the communication, and the electronic address of the person”. El “content” hace referencia a la información relativa a “la substance or meaning of the communication” (Section 2.6)

⁸⁸ Concretamente, Facebook’s Legacy Contact y Google’s Inactive Account Manager, que son herramientas on line que las mencionadas empresas ponen a disposición de sus usuarios para que designen, en su caso, a una persona a quien trasladar el contenido de sus cuentas en caso de muerte o larga inactividad. Vid. HARBINJA “Postmortem privacy 2.0: theory, law, and technology”, *International Review of Law, Computers and Technology*, 31:1 (2017), pp. 35-37

46. Así, se estará en primer lugar a la voluntad manifestada por el titular de la cuenta a través de los instrumentos ofrecidos con tal fin por el proveedor del servicio, voluntad ésta que prevalecerá sobre lo establecido en el testamento siempre que se haya permitido al usuario modificar tal voluntad o eliminarla en cualquier momento –Section 4 (a–. A falta de indicación a través de ese instrumento (que sólo ofrecen algunas empresas) entra en juego lo establecido en el testamento que *prevalece sobre lo dispuesto en las condiciones generales (ToS) del proveedor de servicios de internet*. En última instancia, si el usuario no previó nada, se aplica lo establecido en los “términos de servicio” –Section 4 (b) y (c)–⁸⁹.

47. La RUFADAA por último, aborda la forma en que el proveedor del servicio puede suministrar los bienes digitales solicitados (Section 6): cabe que le permita un acceso total a la cuenta del usuario, que le permita un acceso parcial si es suficiente para que cumpla sus obligaciones o que le proporcione una copia de los bienes digitales (un volcado de datos) a los que podría haber tenido acceso el usuario⁹⁰.

IV. El derecho a la “muerte digital” consagrado en Francia

48. En octubre de 2016 se publicó en Francia la “Loi pour une République numérique” (Loi n° 2016-1321 du 7 octobre, JORF n° 235 du 8 octobre 2016), que tiene como objetivo “favorecer la circulación de datos y del saber” “proteger a los individuos en la sociedad digital” y “garantizar el acceso de todos a la red digital”⁹¹. El contenido de esta ley es muy amplio y, entre otras cuestiones, regula la circulación de datos dentro de la Administración y establece la obligación de publicar en abierto documentos administrativos así como decisiones judiciales; impulsa la difusión en abierto de los conocimientos científicos; consagra el principio de neutralidad de la red; impone deberes de lealtad e información a los operadores de plataformas *on line*, etc⁹².

49. Por lo que aquí interesa, regula el denominado “derecho a la muerte digital” (“mort numérique”)⁹³, consagrando la posibilidad de cualquier persona de establecer instrucciones “relativas a la conservación, la eliminación o la comunicación de sus datos personales después de su muerte” (art. 63,2)⁹⁴.

50. Lo primero que llama la atención respecto de la norma francesa, que, como fácilmente cabe colegir, está directamente relacionada con la cuestión del destino de los “bienes digitales” de una persona a su muerte, es la terminología. Es llamativo que el precepto se refiera exclusivamente a los “données à caractère personnel”, concepto éste que hace referencia a la información concerniente a una persona física identificada o identificable por el responsable del tratamiento⁹⁵. Y, por muy ampliamente que se interprete esta noción (incluyendo fotografías o mensajes de voz) es dudoso que los contenidos, por ej.,

⁸⁹ E. SY, ob. cit., p. 670 672 y ss.; S.A. KLEIN and M. R. PARTHEMER, ob. cit., p. 5

⁹⁰ E. SY, ob. cit., p. 675; S.A. KLEIN and M. R. PARTHEMER, ob. cit., p. 5, 6

⁹¹ L. GRYNBAUM, “Loi pour une République numérique. Ouverture des données et nouvelles contraintes”, *La Semaine Juridique*, n° 43-44, octubre 2016, p. 1956

⁹² Puede verse un resumen de los contenidos de esta ley en L. GRYNBAUM, ob. cit., pp. 1956 y ss., y C. FERNÁNDEZ., “La ley digital francesa. Entre el Open Data y la protección de datos”, *Diario La Ley*, 28-8-2017, pp.1-4

⁹³ Esta ley parece presuponer que es necesario evitar la pervivencia de datos de personas fallecidas en internet. La doctrina ya venía advirtiendo sobre el hecho de que los individuos somos cada vez en mayor medida productores de datos digitales que nos sobreviven debido a las insuficiencias de la legislación para permitir a los herederos de una persona fallecida tomar decisiones relativas a la información personal del difunto. En este sentido A. FAVREAU, ob. cit., pp. 4 y 5.

⁹⁴ El art. 63 modifica, en su apartado primero, el art. 40 de la Ley n° 78-17 de 6 de enero relativa “a la Informática, los ficheros y las libertades” y, en su apartado segundo, añade un nuevo art. 40-1 a la mencionada ley, que es el que regula el denominado derecho a la “muerte digital”.

⁹⁵ Esto incluye, por ej. según C. PÉRÈS, “Les données à caractère personnel et la mort. Observations relatives au projet de loi pour une République numérique”, *Recueil Dalloz*, 2016, enero, n° 2, p. 90, nota 3, el nombre, domicilio, número de carnet de identidad, fotografía, dirección electrónica, dirección IP, datos biométricos o genéticos.

de mensajes de correo electrónico, o las opiniones vertidas por un usuario en la red, aisladamente consideradas⁹⁶ puedan conceptuarse siempre como “datos de carácter personal”⁹⁷.

51. En cualquier caso, dejando a un lado la cuestión de si el término “dato de carácter personal” abarca o no, desde la perspectiva del legislador francés, todos los posibles contenidos volcados por un individuo en la red –cuestión ésta que no ha sido abordada por la escasa doctrina que, hasta donde me consta, ha analizado la ley comentada–, conviene detenerse ahora en la regulación introducida por el art. 63,2 de la Ley por una república digital, dirigido a introducir un nuevo artículo (el art. 40-1) en la Ley de 1978 sobre “la Informática, los ficheros y las libertades”.

52. El nuevo art. 40-1 de la mencionada Ley sobre “la Informática, los ficheros y las libertades” (añadido por el art. 63,2 de la Ley para una república digital), dispone en el párrafo I que “*los derechos reconocidos en la presente sección se extinguen a la muerte de su titular. Sin embargo, pueden ser provisionalmente mantenidos conforme a los apartados II y III*”. La norma se refiere a los derechos ligados a la protección de datos personales (acceso, oposición, rectificación y supresión) que son los regulados en la sección 1, del capítulo II de la ley de 2016⁹⁸. Y viene a reconocer que tales derechos, al igual que el resto de los derechos de la personalidad, como se indicó con anterioridad, *no son transmisibles “mortis causa”*⁹⁹ por lo que, en principio, no pueden ser ejercitados por los herederos del difunto.

53. La no transmisibilidad de esos derechos impide a los herederos acceder a los “datos” del difunto disponibles en la red o decidir sobre su eliminación¹⁰⁰ (lo que podría provocar que permanecieran en internet en una situación de “inmortalidad digital de hecho”¹⁰¹). Para solucionar este problema¹⁰², la ley francesa permite al usuario decidir sobre el destino de esos datos a su muerte, y designar, en su caso, a una persona para que se ocupe de ejercitarlos de acuerdo con sus instrucciones¹⁰³.

⁹⁶ Cabe pensar que un conjunto de mensajes enviados por una persona a otra, o un conjunto de opiniones sobre cierto tema vertidos por un individuo en la red, convenientemente analizados y atendiendo a posibles datos o información suministrada en ellos, podrían permitir la identificación de una persona. Pero a priori no parece que un mero mensaje, a menos que contenga información relevante sobre familiares, puestos de trabajo, etc., o una mera opinión, permita siempre la identificación del autor.

⁹⁷ Ocurre además que el art. 48 de la citada Ley, consagra el derecho del consumidor a disponer “de un derecho de recuperación del conjunto de sus datos” y señala que ese derecho abarca la posibilidad de recuperar “todo fichero puesto en línea por el consumidor” y “todo dato que resulte de la utilización de su cuenta que puedan ser consultados en línea”. En este caso el legislador diferencia entre “ficheros” (contenidos) y meros datos. Pero este derecho a recuperación de “datos” no se refiere a los datos de carácter personal sino a los “datos” en general. Así se deduce de la ubicación sistemática del precepto, incluido en una sección (sección 2, tit. II) denominada “portabilidad y recuperación de datos”. El art. 63, en cambio, (el que regula la muerte numérica) está ubicado en el cap. III de la ley, relativo a la protección de la vida privada en línea, y dentro de una sección titulada “Protección de datos de carácter personal”. Es dudoso por tanto, si el legislador francés, cuando alude en el art. 63 a “datos personales” está incluyendo dentro de esa noción cualquier tipo de contenido volcado por una persona en la red.

⁹⁸ El art. 63 de la Ley para una república digital, además de regular el derecho a la muerte digital, regula en su apartado primero el “derecho al olvido” de los menores de edad, disponiendo que el interesado puede solicitar al responsable del tratamiento que elimine todos los datos que haya recogido en el marco de servicios de la sociedad de información cuando el interesado era menor.

⁹⁹ Sobre la intransmisibilidad del derecho a la protección de datos personales, al igual que el derecho al respeto a la vida privada y, en general, los derechos de la personalidad, C. PÉRÈS, ob. cit., pp. 94, 95.

¹⁰⁰ A. FAVREAU, ob. cit., pp. 4-6; M. CAHEN, “Identité et mort numérique”, apartado II,A (disponible en <https://www.murille-cahen.com/publications/mort-numerique.asp>); M.P. L'HOPITALIER, “Mort virtuelle et immortalité numérique? Vous avez le choix” (puede consultarse en <https://www.parthema.fr/mort-virtuelle-et-immortalite-numerique-vous-avez-le-choix/>);

¹⁰¹ A. VENNIN, “Comment organiser sa mort numérique, qu’advient-il de nos données après notre décès”, 22-3-2017, Village de la Justice, disponible en <https://www.village-justice.com/articles/Comment-organiser-mort-numerique-advient-nos-donnees-apres-notre-deces,24553.html>

¹⁰² Ha y que advertir que en realidad ello es así sólo cuando el prestador de servicios de internet en cuyo servidor se encuentren almacenados esos datos no ha previsto contractualmente, en las condiciones generales aplicables, la extinción de los mismos tras la muerte del usuario (como es el caso, por ej. de Yahoo), o cuando no ofrece a los familiares o amigos la posibilidad de cerrar la cuenta si se acredita la defunción (por ej. Google, Facebook).

¹⁰³ C. PÉRÈS, ob. cit., p. 93, observa que se viene a remediar una laguna importante derivada del carácter intransmisible de los derechos de acceso, modificación y supresión de datos.

¹⁰⁴ El nuevo art. 40-1.II, apartado 5 dice que las directrices del difunto (a las que se alude a continuación en el texto) “*définissent la manière dont la personne entend que soient exercés, après son décès, les droits mentionnés à la présente section*”.

54. A tal efecto dispone, como se ha avanzado, que toda persona puede dar directrices sobre la “conservación, eliminación y comunicación” de dichos datos (art. 40-1-II). Esas directrices pueden ser generales o particulares, y podrán ser en todo momento modificadas o revocadas (art. 40-1.II, apartado 7).

55. Las *directrices generales* atañen al conjunto de los “datos personales” del difunto y deben ser depositadas ante un “tercero de confianza” certificado por la Comisión Nacional de la Informática y las Libertades (CNIL). Además se prevé que deben ser inscritas en un Registro único regulado por decreto del Consejo de Estado (art. 40-1.II, apartados 2 y 3).

56. Las *directrices particulares* son instrucciones que se suministran a concretos prestadores de servicios de internet en relación a los datos de los que son responsables, y que se les comunican directamente a ellos (art. 40-1.II, apartado 4)¹⁰⁴. De hecho, la ley obliga a las empresas de internet a articular medidas para que los usuarios puedan decidir sobre el destino de sus datos a su muerte (art. 40-1.IV)¹⁰⁵. Pero, también dispone, y esto es relevante, que las posibles instrucciones del usuario deben ser objeto de consentimiento específico y no pueden resultar de la mera aceptación de las condiciones generales o “términos de servicio” de la empresa en cuestión (art. 40-1.II, apartado 4).

57. Tanto en las directrices generales como particulares el usuario puede designar a la persona encargada de ejecutar las instrucciones en torno al destino de sus datos o puede limitarse a indicar simplemente qué desea hacer con ellos. En esta segunda hipótesis corresponderá a los herederos ejecutar esas instrucciones y demandar a los responsables del tratamiento su puesta en práctica (art. 40-1.II, apartado 8).

58. En ausencia de directrices de uno u otro tipo o de mención en contra en las mismas, la ley permite a los herederos ejercer los derechos mencionados “en la medida necesaria para organizar y reglamentar la sucesión del difunto”, esto es, “a fin de identificar y obtener comunicación de informaciones útiles para la liquidación y partición de la herencia” (art. 40-1.III, incisos 1º y 2º). De ahí cabe deducir que los herederos, cuando el causante no ha dispuesto otra cosa, tienen derecho a obtener información relativa a la existencia de cuentas bancarias *on line*, recibos o facturas enviadas por correo electrónico, saldos positivos en juegos *on line*, y, en general, información sobre la pertenencia al difunto de bienes digitales de valor patrimonial (v. gr. bitcoins).

59. Más discutible es que puedan tener acceso a contenidos que carecen de naturaleza patrimonial. El art. 40-1.III, inciso 2º dispone que los herederos pueden también “recibir comunicación de bienes digitales o datos similares a los *recuerdos de familia* transmisibles a los herederos”. Los “recuerdos de familia” tienen una regulación especial en Francia¹⁰⁶. Pero es difícil saber qué bienes digitales pueden ser considerados como tales. Los comentaristas ponen como ejemplo las fotos de familia ubicadas en al-

¹⁰⁴ C. PÉRÈS, ob. cit., p. 96, advierte que la posibilidad de establecer directrices particulares genera riesgo de diseminación a través de las múltiples cuentas que puede tener un usuario, dificultando su conocimiento por los herederos o personas designadas por éste. Además, observa, puede haber contradicciones entre las directrices particulares y generales, lo que, en su opinión debe resolverse entendiendo que la directriz general comporta la revocación tácita de la directriz particular anterior.

¹⁰⁵ El nuevo párrafo IV del art. 40-1 de la Ley sobre “la Informática, los ficheros y las libertades” dispone que “tout prestataire d'un service de communication au public en ligne informe l'utilisateur du sort des données qui le concernent à son décès et lui permet de choisir de communiquer ou non ses données à un tiers qu'il désigne”.

¹⁰⁶ Si bien hay algunas empresas como Facebook o Google que ya disponen de herramientas de este tipo, la obligación impuesta por la norma francesa se opone a la política de algunas empresas que, como Yahoo, disponen en sus condiciones generales que los derechos del usuario se extinguen a su muerte. Y cabe preguntarse si dichas compañías van a ser o no proclives a adaptarse a esta imposición legal.

¹⁰⁶ Suele observarse que los “recuerdos de familia” (definidos, habitualmente, como bienes cuyo significado moral y afectivo eclipsa su valor venal) se sustraen a las reglas ordinarias de la sucesión “mortis causa”. Según el art. 732 C.c. corresponde al juez designar entre los herederos al receptor de dichos recuerdos, pero su régimen legal es confuso. En general se entiende que el designado por el juez es un mero depositario de bienes que pertenecen en copropiedad a la familia. Los miembros de la familia tienen libre acceso a esos recuerdos y nadie puede disponer de ellos. Vid. P.MALAUZIE ET L. AYMES, *Les successions, Les Liberalités*, París, Defrenois, 2004, pp. 26, 27; D. GUEVEL, *Droit des successions et des liberalités*, 2ª ed., París, LGDJ, 2010, p. 65

bums en línea¹⁰⁷, pero también los e-mails personales, siempre que no afecten a terceros y tengan interés sentimental particular¹⁰⁸, lo cual es difícil de detectar a priori.

60. También se reconoce a los herederos (cuyos posibles desacuerdos deben solucionarse judicialmente¹⁰⁹) la posibilidad de cerrar las cuentas del difunto, oponerse al tratamiento de sus datos personales y solicitar al responsable del tratamiento que ponga al día la información relativa al difunto (art. 40-III, inciso 3º).

61. Por último, el art. 40-1, II, dispone, en su apartado final, que toda cláusula contractual incluida en las condiciones generales de uso que “limite las prerrogativas reconocidas a la persona en virtud del presente artículo debe reputarse como no escrita”.

62. Como puede verse la perspectiva adoptada por la ley francesa es completamente diferente a la de la propuesta americana. Aunque ambas ofrecen solución a la cuestión del destino de los bienes digitales a la muerte de un sujeto, lo hacen desde distintos puntos de vista. La norma americana toma como punto de partida la conveniencia de conciliar las necesidades de la práctica hereditaria –que puede requerir acceso a los bienes digitales del difunto– con las expectativas de privacidad de los usuarios (protegidas, por otra parte, por leyes federales que garantizan el secreto de las comunicaciones electrónicas). La ley francesa, sin embargo, parece presuponer que es preciso evitar que los datos personales de personas fallecidas pervivan en la red. De ahí que consagre el derecho a la “muerte digital” y regule la cuestión desde la perspectiva del derecho a la protección de los datos personales, declarando la posibilidad de que las personas designadas por el causante ejerzan estos derechos que, en principio, se extinguen con la muerte.

63. Los criterios de solución del conflicto empleados en uno y otro modelo de regulación no son, sin embargo, muy diferentes. En ambos casos el elemento determinante es la *voluntad del causante*, que puede decidir que se comuniquen o no los contenidos almacenados en sus cuentas (en la propuesta americana), o los datos personales de que disponga el responsable del tratamiento (en la ley francesa), al administrador de la herencia, o al heredero o persona designada al efecto. *Esta voluntad no se presume*, sino que debe ser manifestada expresamente por el causante. Así, en ausencia de indicación del difunto, el administrador de la herencia –en el caso americano– sólo tiene acceso al catálogo de comunicaciones del causante, y los herederos –en el caso francés– a la información necesaria para la liquidación y partición de la herencia. Hay que destacar, por último, que cuando el causante haya manifestado su voluntad de transmitir los contenidos almacenados en sus cuentas, tal voluntad *prevalece sobre las condiciones generales* establecidas por los proveedores de servicio de internet.

64. La cuestión pendiente es si el ámbito de la ley francesa es lo suficientemente amplio como para resolver todos los problemas que plantea el acceso a contenidos digitales creados por el usuario y volcados por éste en la red. Es significativo, en este sentido, que, en España, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos que se encuentra en tramitación, distinga entre datos personales (art. 3) y contenidos de personas fallecidas (DA 6º) a fin de otorgar a los herederos (así como al albacea y, en su caso, la persona designada por el testador) ciertas facultades sobre los mismos. Y es que, si por dato personal se entiende, de acuerdo con la postura tradicional y la consagrada, asimismo, en el Reglamento UE 2016/679 (art. 4,1)¹¹⁰ toda información sobre una persona física que permita identificarla, directa o indirectamente, es posible que ciertos contenidos (v. gr. una opinión manifestada en una red social, un mensaje de correo electrónico, un archivo de Word almacenado en la nube) aisladamente

¹⁰⁷ A. VENNIN, ob. cit.

¹⁰⁸ G. CHAMPEAU, “Organiser l’heritage de ses données personnelles: ce que la loi prévoit” (<http://www.numerama.com/politique/179392-organiser-lheritage-de-ses-donnees-personnelles-ce-que-la-loi-prevoit.html>)

¹⁰⁹ Art. 40-1.III, inciso, 5

¹¹⁰ Sobre el concepto de dato personal en el Reglamento, ARIAS PAU, “Definiciones a efectos del Reglamento General de Protección de Datos”, en *Reglamento General de Protección de Datos*, dir. por PIÑAR MAÑAS, Madrid, Reus, 2016, pp. 117 y ss.

considerados, no permitan tal identificación y, por consiguiente, no puedan ser calificados como datos de carácter personal¹¹¹.

V. La ley catalana de voluntades digitales

65. El pasado mes de junio se publicó la Ley 10/2017 de 27 de junio de voluntades digitales, que modifica los libros segundo y cuarto del C.c. de Cataluña. Esta ley –que, como se dijo al comienzo, ha sido cautelarmente suspendida por le TC– pretende regular el “entorno digital” de una persona tanto cuando ésta muere como cuando tiene la capacidad judicialmente modificada. A tal efecto se contempla la posibilidad de que el interesado pueda manifestar sus “voluntades digitales” designando a una persona que gestione su entorno digital tras su muerte o con vistas a una posible situación de incapacidad¹¹². Además contiene medidas dirigidas a proteger a los menores de edad ante posibles riesgos derivados del entorno digital. Así, faculta a padres y tutores, en caso de que exista un riesgo claro, inmediato y grave, para la salud física o mental del menor, acreditado mediante informe de un facultativo, a solicitar a los prestadores de servicios la suspensión provisional del acceso de los menores a sus cuentas¹¹³.

66. Por lo que respecta al supuesto de muerte del usuario de internet, el art. 6 introduce un nuevo artículo el art. 411-10 en el C.c. catalán. Dicho precepto define el concepto de “Voluntades digitales en caso de muerte”, indicando, en el párrafo 1º, que por tales se entienden “*las disposiciones que establece una persona para que, después de su muerte, el heredero o albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas, actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas*”.

67. El causante puede designar a una *persona física o jurídica* como encargada de ejecutar sus voluntades digitales. Si no designa a nadie en particular se entiende que le corresponde al heredero o albacea ejecutarlas¹¹⁴. En cuanto a la forma de manifestar estas voluntades digitales, pueden ordenarse mediante disposición de última voluntad (testamento, codicilo o memorias testamentarias) o a través de un documento (denominado “documento de voluntades digitales”)¹¹⁵ que ha de inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales que crea esta norma¹¹⁶.

68. Hasta aquí podría pensarse que la ley catalana faculta al causante para decidir sobre el destino de sus bienes digitales, tanto en lo que respecta a la *información relativa a sus cuentas* como a los *contenidos* existentes en ellas que podrían, si es su voluntad, ser comunicados o entregados a la persona designada, al albacea o a sus herederos. El primer párrafo del art. Sin embargo, si uno continúa la lectura del nuevo art. 411-10 C.c., llega a una conclusión distinta.

¹¹¹ Para mantener la solución afirmativa habría quizás que entender que el contenido en cuestión, unido a otros posibles contenidos o datos referidos a la persona fallecida que estén o se pongan a disposición de un tercero, podría permitir razonablemente la identificación (cfr. Considerando 26 del Reglamento Europeo sobre protección de datos)

¹¹² El art. 1 de esta ley modifica el art. 222-2 C.c. catalán añadiéndole un apartado 4, dirigido a permitir la posibilidad de que, cuando una persona otorga un poder preventivo en atención a una futura incapacidad, el poderdante pueda atribuir al apoderado la facultad de actuar frente a los prestadores de servicios digitales gestionando sus cuentas y, solicitando, en su caso, la cancelación de las mismas.

¹¹³ Arts. 2 y 3 que modifican, respectivamente, los arts. 222-36 y 236-17 del C.c. catalán

¹¹⁴ El art. 7 de la ley modifica el art. 421-2 C.c. catalán, relativo al contenido del testamento, para indicar que en el testamento se pueden contener las voluntades digitales del causante y designar una persona para ejecutarlas y añade que “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”

¹¹⁵ Tal documento, según el nuevo art. 411-10,4 puede modificarse en cualquier momento y no produce efectos si hay disposiciones de última voluntad. Además, en el nuevo art. 421-24 del C.c. catalán (añadido por el art. 8 de esta ley) indica que a falta de testamento, codicilo o memoria testamentaria, la designación de la persona encargada de ejecutar las voluntades digitales puede hacerse “en un documento de voluntades digitales que necesariamente ha de especificar el alcance concreto de su actuación. Este documento debe inscribirse en el Registro electrónico de últimas voluntades”

¹¹⁶ El art 10 de esta ley añade una D.A. al libro cuarto del C.c. catalán, mediante el cual se crea el Registro electrónico de voluntades digitales.

69. El art. 411-10, en su párrafo 2º, enuncia las actuaciones concretas que el causante puede encomendar a la persona designada en sus voluntades digitales. Tales actuaciones son: a) comunicar al prestador de servicios digitales la defunción; b) solicitar la cancelación de las cuentas activas y c) solicitar a los prestadores de servicios digitales que *“ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para el caso 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”*.

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

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

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

73. El art. 411-10, por último, en su párrafo 6, dispone que *“si el causante no lo ha establecido de otro modo en sus voluntades digitales, la persona a quien corresponde ejecutarlas no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial”*. Pero conviene insistir en que, de acuerdo con el texto legal, aunque el causante haya ordenado la entrega de esos contenidos, es posible que el interesado tampoco pueda obtenerlos. Cabe preguntarse si podrá al menos, como en el caso en que el causante no ha manifestado su voluntad, obtenerlos con autorización judicial.

VI. Algunas conclusiones

74. Como ha podido verse la cuestión del destino de los “bienes digitales” a la muerte de una persona ofrece numerosas peculiaridades. Hasta ahora son las propias empresas de servicios de internet las que, a través de sus condiciones generales, vienen determinando el destino de esos bienes, declarando en unos casos la extinción de los derechos del usuario a su muerte, o estableciendo, en otros, la intransmisibilidad de esos derechos. Por otra parte, argumentos relativos a la necesidad de proteger la intimidad de los usuarios y a la obligación de los proveedores de servicios de internet de no vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones, pueden utilizarse como justificación, tanto para negar información de las cuentas del usuario, como para permitir acceso a los contenidos en ellas almacenadas.

75. Aunque los bienes digitales que tienen contenido económico deben transmitirse, en principio, de acuerdo con las reglas del Derecho sucesorio, es evidente que el desconocimiento de la existencia de esos bienes puede impedir al administrador de la herencia, albacea o herederos, llevar a cabo las gestiones necesarias para su efectiva adquisición por estos últimos. De ahí la importancia de que se

articulen mecanismos para que los proveedores de servicios digitales –sin riesgo de vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones– proporcionen a estos sujetos información, al menos, sobre el *catálogo de comunicaciones del usuario*, a fin de que puedan conocer la posible existencia de cuentas bancarias *on line*, cuentas en paypal, juegos en línea, y, en general, información útil para la liquidación y partición de la herencia.

76. En cuanto a los bienes digitales de carácter no patrimonial, estos no se transmiten “mortis causa” a los herederos por el mero hecho de serlo. La mayoría de esos bienes de naturaleza no patrimonial son contenidos (escritos, opiniones, fotos, etc.) volcados por el usuario en sus redes sociales o en servicios de mensajería que tienen, por lo general, *carácter privado* (obviamente siempre que no se hayan publicado de forma totalmente abierta en internet) y que, en la medida que permitan la identificación del autor o persona a que se refieren, pueden ser considerados como “datos personales”. Además esos contenidos, por su amplitud y detalle, permiten conocer aspectos de la vida diaria de un sujeto con una exhaustividad tal que afecta inevitablemente a su intimidad.

77. Aunque el derecho a la intimidad, como otros derechos de la personalidad, se extingue con la muerte del individuo, esto no significa que no deba ser tutelado *post mortem* contra posibles agresiones de terceros. La ley española, en concreto, consagra esta tutela, y el hecho de que se encomiende subsidiariamente a ciertos familiares –que pueden ser a su vez herederos– el ejercicio de acciones protección de la intimidad del difunto no significa, como es obvio, que se les esté legitimado para que ellos mismos cometan una intromisión en la intimidad de aquél.

78. Por otra parte, parece evidente que los usuarios de internet entienden que –salvo que decidan voluntariamente publicar de manera indiscriminada datos íntimos, fotos, opiniones, etc., a través de las diversas vías que proporciona la red (blogs, redes sociales, foros, etc.– los proveedores de servicios digitales les ofrecen una garantía de privacidad. Es decir, no cabe presuponer que a los usuarios les es indiferente que, tras su muerte, se entreguen o transmitan a terceros los mensajes, escritos, opiniones, fotografías, etc., más o menos íntimos que se encuentran albergados en cuentas proporcionadas por empresas con las que mantienen una relación contractual. De ahí que *sólo en caso de que hayan manifestado su voluntad expresa en tal sentido*, debiera aceptarse, en mi opinión, dicha posibilidad. Entender que, como regla, y salvo disposición en contra, los herederos pueden tener acceso a esos contenidos me parece que vulnera gravemente las expectativas de intimidad de los usuarios de internet.

79. Pero, si la voluntad de una persona es ceder esos contenidos privados a sus herederos o a una persona específicamente designada al efecto, *debería darse primacía a esa voluntad frente a las posibles condiciones generales* que las empresas de internet hayan podido imponer. En este sentido me parece poco útil la regulación instaurada en la ley catalana que, como se ha indicado, hace prevalecer lo establecido en la política o los términos de servicio de los prestadores de servicios digitales frente a la posible voluntad del causante, que queda limitada por el marco contractual articulado por aquéllas.

VII. La regulación contenida en el Proyecto de Ley Orgánica de protección de datos personales: Valoración crítica

80. A la vista de las conclusiones que se acaban de expresar, cabe preguntarse si la regulación que pretende instaurar el Proyecto de LOPD¹¹⁷ solucionará adecuadamente los intereses en juego.

81. En primer lugar conviene señalar que el proyecto estatal aborda la cuestión, de modo similar a la ley francesa, desde la perspectiva de la protección de datos personales. El art. 2,3 del proyecto

¹¹⁷ El texto del Proyecto está publicado en el BOCG, de 24-11-2017. Puede consultarse en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-13-1.PDF

comienza señalando que el ámbito de aplicación de dicha norma no se extiende a los datos de personas fallecidas¹¹⁸, pero a continuación, el art. 3 otorga a los herederos, albacea y/o persona designada por el causante ciertas facultades.

82. En concreto, el art. 3,1 permite a los herederos solicitar al responsable del tratamiento el acceso a los datos personales del difunto o su *rectificación o supresión*, aclarando que carecerán de tal facultad cuando el causante lo hubiese prohibido expresamente o lo establezca una ley¹¹⁹. Lo mismo viene a establecer, el art. 3,2, respecto del albacea y la persona designada por el fallecido, quienes podrán solicitar “con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de éste y, en su caso, su *rectificación o supresión*”.

83. Como puede verse el Proyecto de LOPD faculta, por defecto, a los herederos, para ejercitar el derecho de acceso, *rectificación y cancelación* de los datos del difunto, excluyendo tal posibilidad sólo si el causante lo prohibió expresamente o lo impide una disposición legal. También permite al causante designar a una persona en particular para ejercitar dichas facultades o encomendarlas al albacea¹²⁰. Sin embargo, si bien no hay nada que objetar a la posibilidad de que el causante designe a una persona o encomiende al albacea la gestión de sus datos personales tras su muerte, ni tampoco a la posibilidad de que los herederos puedan solicitar la *rectificación o supresión* de los datos personales del difunto, me parece criticable que, como regla, y *a menos que el causante se haya manifestado expresamente en contra*, estos últimos puedan acceder a sus datos personales.

84. Ha de advertirse que el derecho de acceso, que está regulado en el art. 23 del Proyecto LOPD, que se remite, en cuanto a su ejercicio, al art. 15 del Reglamento UE 2016/679, comprende, además de la confirmación de si se está llevando a cabo el tratamiento de datos personales y la información sobre los fines, extensión y destinatarios del tratamiento, la obtención de una “copia de los datos personales objeto de tratamiento” (cfr. art. 15, 1 y 3 Reglamento). Resulta por consiguiente que, por virtud de lo establecido en el art. 3 del Proyecto LOPD los herederos podrán obtener copia de aquéllos contenidos volcados por un usuario en la red –y almacenados en la nube o el servidor de un tercero que pueda ser calificado como “responsable del tratamiento”– que puedan considerarse como datos personales (v. gr. una fotografía, un mensaje de voz), aunque permitan obtener información íntima del difunto que éste hubiera querido mantener reservada.

85. Pero además, presuponiendo probablemente, como antes se ha indicado, que no todo contenido digital creado por una persona o perteneciente a la misma puede ser calificado como “dato de carácter personal”, la D.A. 7º del Proyecto de LOPD aclara que el acceso a los “*contenidos de personas fallecidas*” se rige por las reglas establecidas en el mencionado art. 3. Así, dispone que los herederos pueden dirigirse a los prestadores de servicios que gestionen dichos contenidos a fin de acceder a ellos e “*impartir las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión*” *a menos*

¹¹⁸ Esta, como se sabe, es la postura de la normativa de protección de datos vigente y la que mantiene, igualmente, el Reglamento Europeo, si bien remite a la legislación interna la posible protección de los datos de personas fallecidas (Considerandos 27 y 158)

¹¹⁹ Art. 3,1: “Los herederos de una persona fallecida que acrediten tal condición mediante cualquier medio válido conforme a Derecho podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su *rectificación o supresión*.”

¹²⁰ Como excepción los herederos no podrán acceder a los datos del causante ni solicitar su *rectificación o supresión* cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley.”

¹²⁰ Es dudoso, sin embargo, si cualquier albacea designado testamentariamente puede solicitar el acceso a los datos del causante, así como su *rectificación o supresión*, o es preciso que el testador le haya encomendado expresamente esas facultades. El art. 3,2 dispone que “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 datos personales de éste y, en su caso, su *rectificación o supresión*”. La redacción del precepto suscita ciertas dudas porque no está claro si la obligación de actuar “con arreglo a las instrucciones recibidas” se refiere a la persona designada al efecto o también al albacea y si este último debe hacer recibido instrucciones específicas y estar, por consiguiente, autorizado expresamente por el testador para este cometido o no.

que el causante lo haya prohibido expresamente o lo impida una ley. Y añade que el albacea o la persona designada por el testador podrán, igualmente, acceder a esos contenidos para dar cumplimiento a las instrucciones recibidas.

86. Es decir, también cuando se trata de contenidos digitales que no encajan en el concepto de “datos de carácter personal” el proyecto de ley permite a los herederos, como regla y salvo disposición en contra del causante, no sólo acceder a ellos y conocerlos, sino también, lo que resulta aún más llamativo, decidir sobre su “utilización” o “destino”. ¿Significa esto que el heredero, podrá, por ejemplo, divulgar datos íntimos del difunto revelados en un mensaje de correo electrónico enviado a un tercero o en la red social que comparte con ciertos amigos? ¿O que podrá utilizar las fotografías privadas que tenía almacenadas en la nube o el servidor de un tercero con fines comerciales?

87. En mi opinión tal posibilidad, que es la que parece desprenderse del futuro texto legal, vulnera las expectativas de privacidad del usuario medio de internet, que no creo que deba verse obligado a manifestar expresamente su voluntad en contra para evitarlo.

88. Más adecuada sería, a mi parecer, la solución contraria. Esto es, permitir a los herederos el acceso a los datos personales y contenidos digitales del difunto *sólo cuando éste haya manifestado su voluntad de que gestionen o les sean transferidos sus bienes digitales*, pero no como regla general. Esta es la postura, como se ha visto, mantenida en el Derecho americano, y la incorporada por la ley francesa¹²¹. Y la que, desde mi punto de vista, es más respetuosa con el derecho a la intimidad del difunto que, como se ha indicado repetidamente, debe ser preservado con posterioridad a su muerte.

89. Se echa en falta, por otra parte, en el proyecto español, una norma, similar a la contenida en la ley francesa, dirigida a excluir la eficacia de cualquier cláusula contractual contenida en los términos de servicio o condiciones generales de las empresas de internet, que pueda ser invocada por los prestadores de servicios digitales para impedir a las personas legitimadas legalmente el acceso a los bienes digitales del difunto¹²².

90. Es dudoso, por último, que la regulación que pretende incorporar este proyecto de ley permita solucionar todos los problemas ligados a la transmisión “mortis causa” de los bienes digitales. Como ya se ha indicado con anterioridad, los bienes digitales de contenido patrimonial, así como las “cuentas” (entendidas éstas como relaciones contractuales mantenidas con un tercero que proporciona bienes o servicios de carácter digital) que no se hayan configurado contractualmente como intrasmisibles, forman parte de la herencia y se transmiten conforme a las reglas generales. Pero el conocimiento de la existencia de dichos bienes puede ser difícil para los herederos si no tienen acceso a las comunicaciones electrónicas del difunto. Las reglas previstas en el Proyecto LOPD no resuelven, sin embargo, esta cuestión. El derecho a acceder a los datos personales del difunto no parece que se extienda al conocimiento del elenco de personas o entidades con quienes aquél mantuvo comunicaciones electrónicas, información que puede considerarse cubierta por el derecho al secreto de las comunicaciones que, como se indicó, abarca los datos externos de la comunicación, y en concreto a sus destinatarios.

¹²¹ Que, recuérdese, a falta de directrices generales o particulares sólo permite a los herederos obtener la información necesaria para llevar a cabo la liquidación y partición de la herencia.

¹²² Recuérdese, por otra parte, que en la RUFADAA americana la voluntad del titular de la cuenta prevalece sobre lo dispuesto en las condiciones generales del proveedor de servicios de internet, que sólo entra en juego cuando el usuario no ha dispuesto de sus bienes digitales mediante los instrumentos particulares articulados por las empresas de internet o mediante testamento.