

El papel de los actores privados en la muerte digital: insuficiencias del derecho positivo y perspectivas de reforma *

The role of private actors in digital death : shortcomings of the law and prospects of reform

LÉON GUNTZ ¹

RESUMEN: La muerte digital se refiere a la cuestión de qué ocurre con los elementos digitales de la vida de una persona después de su muerte. Estos elementos son de dos tipos: los datos personales y los activos digitales, que forman parte del patrimonio del fallecido. Estos elementos suelen ser gestionados por actores privados, incluidos los gigantes digitales u otros prestadores de servicios en línea. En lo que respecta a la muerte digital, los artículos 3 y 96 de la ley orgánica 3/2018 tratan respectivamente de la cuestión del destino de los datos personales después de la muerte y del llamado “testamento digital”. Estos textos tienen importantes carencias cuando se enfrentan a la acción de los actores privados en la muerte digital. Además de constatar el papel preponderante de los actores privados en la muerte digital y las carencias del derecho positivo, este artículo propone examinar lo que podría permitir paliar las carencias de éste: se considerará la hipótesis de una intervención de la Unión Europea en este ámbito y se tratará de ver en qué medida una reforma podría hacer prevalecer la voluntad de los interesados y facilitar la tarea de los herederos frente a los actores privados.

Palabras clave: actores privados, muerte digital, sucesión digital, contratos, testamento digital, datos personales.

ABSTRACT: Digital death refers to the issue of what happens to the digital elements of a person's life after their death. These elements are of two kinds: personal data and digital assets, which can be part of the person's inheritance. These elements are often handled by private actors, including Internet giants or other online service providers. With regard to digital death, articles 3 and 96 of the Ley organica 3/2018 are respectively dealing with the issue of personal data after death and implementing the so-called “testamento digital”. These texts have significant shortcomings when confronted with the action of private actors in the field of digital death. In addition to noting the predominant role of private actors in digital death and the shortcomings of the texts in force, this article also proposes to look at what could be done to make up for the shortcomings of the law: the hypothesis of an intervention by the European Union in this area will therefore be considered, and, about the substance, it will consider the possibility of seeing to what extent a reform could put forward the will of the persons in question and facilitate the task of the heirs facing private actors.

Keywords: private actors, digital death, digital inheritance, contracts, digital will, personal data.

SUMARIO: I. EL PAPEL PREDOMINANTE DE LOS ACTORES PRIVADOS EN LA MUERTE DIGITAL FRENTE A LAS INSUFICIENCIAS DE SU MARCO JURÍDICO. 1. El papel importante de los actores privados en la muerte digital. 1.1. Las iniciativas para tomar en cuenta la muerte de un usuario de servicios en línea. 1.2. Las iniciativas privadas dedicadas directamente a la muerte digital. 2. Las insuficiencias del derecho positivo en materia de regulación del papel de los

* Fecha de recepción: 1/12/2022 – Fecha de aceptación: 24/03/2023. Cita recomendada: GUNTZ, L. (2022). El papel de los actores privados en la muerte digital: insuficiencias del derecho positivo y perspectivas de reforma. Bioderecho.es, (16), 1-28. <https://doi.org/10.6018/bioderecho.549981>

¹ Élève avocat, Droit du numérique. IXAD Nord-Ouest. Lille. Correo: leonguntz@gmail.com



actores privados en la muerte digital. 2.1. Las insuficiencias del derecho especial. 2.2. Las incertidumbres del derecho de contratos. II. SUPERAR EL PAPEL PREPONDERANTE DE LOS ACTORES PRIVADOS. 1. Sobre la forma: para una intervención de la Unión Europea. 1.1. La particular adecuación del nivel europeo para la reforma del derecho especial. 1.2. La forma de una posible intervención de la UE. 2. Sobre el fondo: para una afirmación de la primacía de la voluntad de la persona interesada y una definición clara de los derechos de los herederos frente a las iniciativas de los actores privados. 2.1. La afirmación de la primacía de la voluntad de la persona interesada. 2.2. La definición de las prerrogativas de los herederos. III. CONCLUSIÓN. IV. BIBLIOGRAFÍA.

Ciertos investigadores estiman que en 2100 habrá más cuentas de personas muertas en Facebook que de personas vivas¹: la cuestión de la muerte digital, del destino de los datos y de los activos digitales de estas personas después de su muerte es, por tanto, un tema importante, sobre todo si se tienen en cuenta las cuestiones medioambientales que podrían acompañar a este fenómeno, ya que el almacenamiento de datos en línea no es neutro. Por ejemplo, se prevé que la cuota del sector digital en las emisiones de gases de efecto invernadero en Francia aumentará del 2% en 2019 al 6,7% en 2040 según un informe del Senado francés². También, algunos estiman que antes de la crisis de Covid-19, el sector digital consumía más energía que el transporte aéreo³. Así, los gigantes digitales, como Google o Facebook (ahora Meta), pero también otros actores privados, han asumido la cuestión de la muerte digital, ya sea porque se han visto obligados a hacerlo por los textos adoptados por los legisladores europeos y estadounidense, o porque han desarrollado una actividad directamente relacionada con esta cuestión, sobre la que volveremos. Por tanto, los actores privados están en primera línea de las cuestiones relacionadas con la problemática de la muerte digital.

En derecho, la cuestión de la muerte digital es objeto de un cierto interés por parte de la doctrina, y el legislador no se desinteresa de esta, aunque se pueda criticar su obra.

Así, la cuestión de la muerte digital es tratada de forma diferente por la doctrina, según el punto de vista desde el que se tome. En este sentido, los autores españoles abordan principalmente el tema de la sucesión digital, como en el caso de María José Santos Morón, que habla de la “herencia digital”⁴, o Tatiana Cucurull Poblet⁵ y Marta Otero Crespo⁶, que han escrito sobre la sucesión de bienes digitales. Los autores franceses, por su parte, optan por el

¹ ÖHMAN, CARL J, WATSON, D., “Are the dead taking over Facebook? A Big Data approach to the future of death online”, *Big Data & Society*, Enero-Junio 2019, pp. 1-13 DOI : <https://doi.org/10.1177/2053951719842540>

² Sénat, Commission de l’aménagement du territoire et du développement durable, Rapport d’information de la mission d’information sur l’empreinte environnementale du numérique, 24 de junio de 2020, p.1 http://www.senat.fr/commission/dvpt_durable/mission_dinformation_sur_lempreinte_environnementale_du_numerique.html

³ PAUGET, D. “La contaminación digital, una plaga invisible” *Radio France international*, 20 de agosto de 2019, <https://www.rfi.fr/es/ciencia/20190820-infografia-la-contaminacion-digital-una-plaga-invisible>

⁴ SANTOS MORÓN, M. J. “La denominada “herencia digital”: ¿necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado” *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 10, núm 1, 2018, pp. 414-415. DOI : <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4128>

⁵ OTERO CRESPO, M. “La sucesión en los «bienes digitales». la respuesta plurilegislativa española”, *Revista de Derecho Civil* vol. VI, núm. 4, octubre-diciembre, 2019 Estudios, pp. 89-133 <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/477>

⁶ CUCURULL POBLET, T. “La sucesión de los bienes digitales (patrimoniales y extrapatrimoniales)”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 2, abril-junio, 2022 Estudios, pp. 313-338 <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/730>

término de “muerte digital”, que se utiliza en una obra de referencia sobre el derecho digital⁷ o por algunos autores, como Julie Groffe⁸ y Bettina Bordure⁹. Aunque esto no le da ningún valor jurídico, es también la expresión utilizada por la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), el equivalente francés de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), para presentar el tema¹⁰.

De manera general, podemos considerar que esta cuestión abarca dos problemáticas: la del futuro de los datos personales de una persona afectada por un tratamiento en el sentido del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)¹¹ y la del futuro de los activos digitales, o bienes digitales que forman parte del patrimonio del fallecido y que luego deberán ser transmitidos, en particular en el contexto de su sucesión. Aunque se trata de dos caras de la misma moneda, no deben confundirse: los datos personales del fallecido no forman parte de su patrimonio puesto que no pueden ser objeto de los atributos del derecho de propiedad¹². Algunos autores los comparan con los elementos del cuerpo humano, que benefician de una protección especial según el Código Civil francés, por ejemplo¹³. Sin embargo, la existencia digital de una persona fallecida no puede limitarse únicamente a los datos personales: una gran variedad de bienes y activos digitales pueden haber pasado a formar parte de su patrimonio, cuyo destino debe considerarse después de su muerte. Se trata, por ejemplo, de correos electrónicos, colecciones de música, archivos fotográficos o de vídeo en línea, e incluso suscripciones a revistas o cuentas bancarias en línea¹⁴. Cabe señalar que algunos de los elementos mencionados también contienen algunos datos personales, lo que llevó a Geoffray Brunaux a calificarlos de “datos mixtos”¹⁵, mostrando así que la frontera entre estas dos problemáticas es relativamente fina.

En definitiva, si se trata de la muerte digital o de la sucesión digital, lo que nos preocupa es lo que ocurre con los elementos digitales de la vida del fallecido, ya sean datos personales o elementos del patrimonio del fallecido.

⁷ FERAL-SCHUHL, C. “Mort numérique”, en FERAL-SCHUHL, C., *Cyberdroit Le droit à l'épreuve de l'internet*, 8e édition, Dalloz, Paris, 2020, p. 65.

⁸ GROFFE, J., “La mort numérique” *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1609.

⁹ BORDURE, B., “Les incertitudes du droit face à la mort numérique”, *Revue Juridique Personnes et Famille*, n° 10, 1 de octubre de 2021.

¹⁰ CNIL, “Mort numérique : peut-on demander l'effacement des informations d'une personne décédée ?” <https://www.cnil.fr/fr/mort-numerique-effacement-informations-personne-decedee>

¹¹ REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

¹² MATTATIA, F., YAICHE, M., “Être propriétaire de ses données personnelles (1 partie): peut-on recourir aux régimes traditionnels de propriété” 7, *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, num 114, abril 2015, pp. 60-63 <http://www.adij.fr/donneespersonnelles/wp-content/uploads/2015/07/ADIJ-Mattatia-Yaiche-article-RLDI-1ere-partie.pdf>

¹³ DESCHANEL, C., “L'instauration d'un droit de propriété des données personnelles : vrai danger ou fausse utilité ?”, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, num 156, febrero 2019.

¹⁴ CONWAY H., GRATTAN S. “The 'New' New Property: Dealing with Digital Assets on Death”, *Modern Studies in Property Law*, Vol. 9, Hart Publishing, Oxford., 2017, p. 3 <https://pure.qub.ac.uk/en/publications/the-new-new-property-dealing-with-digital-assets-on-death>

¹⁵ BRUNAU, G., “La mort à l'ère numérique : le sort des biens et des données personnelles”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* num 10, 11 de marzo de 2022.

El legislador español se ha interesado por el tema de la muerte digital proponiendo un marco relativamente completo, creando un derecho al testamento digital en el artículo 96 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (la LOPD), que se dirige más al aspecto patrimonial del tema, que se suma al artículo 3 del mismo texto, que se refiere al destino de los datos personales tras el fallecimiento. Otros Estados han adoptado textos, Francia, por ejemplo, con la Loi Informatique et Libertés de 6 de enero de 1978¹⁶, que en 2004 ya contenía leves disposiciones relativas a la consideración por parte del responsable del tratamiento de la muerte de una persona afectada por una operación de tratamiento¹⁷, antes de ser reforzada por la Ley de 7 de octubre de 2016¹⁸, que introdujo en el texto de 1978 un capítulo dedicado a la muerte digital, capítulo que desde entonces ha sufrido algunas modificaciones menores. En los Estados Unidos, la Uniform law commission, cuya misión es proponer textos modelos a los Estados de Estados Unidos, elaboró en 2015 un texto sobre el acceso de determinadas personas designadas a los bienes, o a los activos digitales, del fallecido¹⁹, que desde entonces ha dado lugar a la adopción de diversos textos en los Estados, incluido Delaware²⁰. Por último, el RGPD, por razones que volveremos a exponer, no aborda la cuestión, prefiriendo dejarla en manos de los Estados miembros.

Aunque habrá que verlo con más detalle, ya se debe constatar que estos textos son incompletos, no tienen suficientemente en cuenta la dimensión patrimonial de la muerte digital en su mayor parte (con la excepción, aunque imperfecta, del derecho al testamento digital en la Ley Orgánica 3/2018), y ofrecen pocos remedios realmente efectivos a las personas que quieren anticipar su muerte digital. Por lo tanto, es necesario abordar la cuestión del papel de los actores privados en la muerte digital para evitar que las cuestiones sucesorias se regulen en parte por las condiciones generales de los gigantes digitales frente a los textos incompletos, en la medida en que, cada vez más, los individuos poseen activos digitales que a veces son muy valiosos (pensamos en particular en las criptomonedas o incluso en los recientes tokens no fungibles, que a veces alcanzan precios muy elevados²¹). Aunque la cuestión de lo que ocurre con los datos personales después de la muerte, que ha sido parte de la sensibilización que ha acompañado la aplicación del RGPD es objeto de un régimen más firme, no es perfecto y también tiene sus defectos.

Es entonces, en este contexto que se desarrollan las iniciativas privadas, que constituyen a la vez respuestas a las exigencias de los textos normativos y la toma en consideración de sus carencias, en particular cuando se trata, para ciertos actores, de proponer un servicio destinado a cerrar las cuentas de un familiar fallecido. La cuestión es entonces cuál es el papel de los actores privados en la muerte digital y, más allá de eso, cuál es el marco en el que operan estas iniciativas privadas, cuáles son los límites de este marco y cómo pueden superarse: básicamente,

¹⁶ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹⁷ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹⁸ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

¹⁹ Fiduciary Access to Digital Assets Act, Revised <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecdf22>

²⁰ LECHER, C., "If you lived and died in Delaware, your family now gets access to your digital afterlife", *The Verge*, 19 de agosto de 2014 <https://www.theverge.com/2014/8/19/6044467/delaware-heirs-digital-assets>

²¹ ESPERO, B., "El misterio de los NFT, el nuevo fenómeno del cryptoarte", *El País*, 19 de abril de 2021 <https://elpais.com/babelia/2021-04-19/el-misterio-de-los-nft-nuevo-fenomeno-del-cryptoarte.html>

la cuestión es cómo enmarcar la acción de los actores privados en el ámbito de la muerte digital. Por lo tanto, convendrá examinar el papel creciente y predominante de la iniciativa privada, señalando al mismo tiempo las deficiencias del derecho positivo que regula sus actividades, y preguntarse a continuación cómo podría superarse este importante lugar que se deja a la iniciativa privada.

I. EL PAPEL PREDOMINANTE DE LOS ACTORES PRIVADOS EN LA MUERTE DIGITAL FRENTE A LAS INSUFICIENCIAS DE SU MARCO JURÍDICO

Se trata aquí de constatar el papel importante que se deja a los actores privados en la muerte digital, para luego centrarnos en las insuficiencias de los textos que proporcionan un marco más o menos específico a estas iniciativas.

1. El papel importante de los actores privados en la muerte digital

Cuando se trata de la muerte digital, cabe señalar que hay muchas intervenciones de empresas privadas. Sin embargo, pueden resumirse en dos grupos: los que implican soluciones que permiten tomar en cuenta la muerte del usuario de servicios en línea, y los que tienen como objetivo ofrecer un servicio dedicado a los familiares o a la persona que desea anticipar su muerte digital.

1.1. Las iniciativas para tomar en cuenta la muerte de un usuario de servicios en línea

Los gigantes digitales, como Meta, en el caso de la red social Instagram²², así como Google²³ o Twitter²⁴, ofrecen ahora páginas de ayuda que permiten a los herederos de una persona fallecida dar a conocer el fallecimiento de la persona titular de una cuenta de usuario de los servicios ofrecidos por estas empresas. También permiten a los usuarios anticipar directamente su muerte digital, en particular en el caso de Google, ofreciendo la posibilidad de definir las modalidades de supresión y de acceso por parte de un tercero designado por el interesado cuando la cuenta haya permanecido inactiva durante un período de tiempo determinado por éste. Meta también ha proporcionado soluciones similares para los usuarios de Facebook, permitiendo, por ejemplo, que los usuarios conviertan su cuenta en una cuenta conmemorativa después de su muerte²⁵, en la que se puede designar un contacto legatario²⁶ que tomará el control de la cuenta (dentro de los límites establecidos por el titular de la cuenta, que puede elegir si el contacto puede, entre otras cosas, escribir un post conmemorativo, solicitar la eliminación de la cuenta, pero no podrá ver los mensajes del fallecido). Los herederos o lo que

²² INSTAGRAM, “How do I report a deceased person’s account on Instagram” <https://help.instagram.com/264154560391256>

²³ GOOGLE, “Administrador de cuentas inactivas”, <https://myaccount.google.com/inactive>

²⁴ TWITTER, “Tengo problemas con el acceso a la cuenta”, <https://help.twitter.com/es/forms/account-access/deactivate-or-close-account/deactivate-account-for-deceased>

²⁵ FACEBOOK, “Solicitar que una cuenta se convierta en conmemorativa o se elimine” https://m.facebook.com/help/1111566045566400?locale2=es_LA

²⁶ FACEBOOK, “¿Qué es un contacto de legado y qué acciones puede realizar con mi cuenta de Facebook?”, https://m.facebook.com/help/1568013990080948?locale2=es_LA

Facebook denomina como “amigos cercanos”²⁷ podrán solicitar que la cuenta del fallecido se convierta en una cuenta conmemorativa, lo que permitirá, entre otras cosas, que los “amigos” del fallecido compartan “recuerdos” del mismo, cuyo contenido seguirá siendo accesible, a menos que el fallecido desee lo contrario.

Esta observación, que no es nueva, ya que algunos autores ya la han hecho²⁸, requiere ciertas aclaraciones: por un lado, se trata de tomar en cuenta el fallecimiento de una persona titular de una cuenta que le da acceso a un servicio en línea y, por otro lado, de permitir al titular de una cuenta o a sus herederos, pero también a otras personas cuya condición es a veces difícil de identificar (los “amigos cercanos” por ejemplo), transformar la cuenta o hacerse cargo de ella para organizar la sucesión digital del fallecido.

Así, el objetivo de tomar en cuenta la muerte de la persona titular de una cuenta en un servicio en línea parece ser una respuesta a los textos de derecho positivo que enmarcan la muerte digital; al menos, si no es una respuesta directa, estas iniciativas son, en este sentido, compatibles con los textos. De hecho, los artículos 3 y 96 de la Ley Orgánica 3/2018 establecen, en su primer apartado, que “las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos” podrán dirigirse a los responsables del tratamiento (en cuanto al destino de los datos personales) o a los “prestadores de servicios de la sociedad de la información” (en cuanto al derecho al testamento digital) para que tomen en cuenta el fallecimiento ya sea solicitando el acceso a la cuenta o al contenido a que se refiere el artículo 96 de la LOPD, o solicitando su supresión. Sin embargo, si la persona fallecida lo ha hecho saber, su voluntad debe prevalecer y puede impedir cualquier iniciativa de los herederos y otras personas a las que se refieren los textos (esta voluntad se expresa dentro de los límites del contenido que integraría el caudal relicto tal como se prevé de nuevo en el artículo 96 de la ley orgánica). Sin embargo, cabe preguntarse si la referencia a los “amigos cercanos” en los servicios ofrecidos por Facebook es compatible con la noción de “personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho”, lo que tiende a mostrar que si se trata de una respuesta a los textos (lo que no es necesariamente el caso, o incluso podría serlo sólo parcialmente), los actores privados han construido cada uno un sistema más o menos compatible con las exigencias de la ley, que a veces parece ir más allá de ellas.

Si nos interesamos en la legislación francesa, también vemos que estos servicios son parcialmente compatibles con los textos. En efecto, si el principio del derecho francés es el opuesto al adoptado en el derecho español, en la medida en que los artículos 3 y 96 de la LOPD dan un lugar importante a los herederos, haciendo de la voluntad del causante la excepción que puede obstaculizar la acción de los herederos, mientras que el artículo 85 de la LOPD de 1978 invierte este principio y hace de la voluntad del causante el principio y de la acción de los herederos en su ausencia la excepción, el espíritu sigue siendo idéntico. Así, el artículo 85 de dicha ley se basa en dos figuras: las directrices generales y las directrices específicas, que cualquier persona puede formular respecto a la conservación, supresión y comunicación de sus datos personales. Estos dos tipos de directivas se refieren, cuando son generales, a todos los datos personales relativos a la persona que las emite o, cuando son específicas, a los tratamientos que abarcan expresamente. Por lo tanto, las iniciativas mencionadas podrían considerarse como una forma de proporcionar a los interesados los instrumentos necesarios para dar a conocer sus directivas específicas, tanto más cuanto que estas directivas deben ser registradas ante los responsables de tratamiento de datos en cuestión y deben ser objeto de un

²⁷ FACEBOOK, “¿Cómo informo del fallecimiento de un usuario o solicito la conversión de una cuenta de Facebook en conmemorativa?”, https://m.facebook.com/help/150486848354038?locale2=es_LA

²⁸ OTERO CRESPO, M., *La sucesión en los «bienes digitales»...*, cit., pp. 109-111.

consentimiento específico, distinto de la mera aprobación por parte del interesado de las condiciones generales de utilización, lo que parece ser el caso, al menos para algunos de estos servicios.

Así, los actores privados están implementando instrumentos que permiten a los herederos o a las personas vinculadas al fallecido “por razones de hecho” dar a conocer el fallecimiento del titular de una cuenta al proveedor de servicios al que ésta da acceso: se trata de un primer paso esencial hacia la implementación práctica de la muerte digital. Otros actores privados ofrecen servicios directamente dedicados a esta cuestión.

1.2. Las iniciativas privadas dedicadas directamente a la muerte digital

Algunos actores privados ofrecen servicios dirigidos directamente a los herederos de una persona fallecida o directamente a la persona que desea anticipar su muerte digital. La finalidad de estos servicios es, bien permitir a los herederos ejercer directamente sus derechos (en particular, en lo que respecta al cierre de cuentas o la recuperación de activos digitales pertenecientes al fallecido), o bien permitir a la persona interesada decidir el destino de determinados datos después de su muerte.

Aquí hay varios actores, tanto en términos de nacionalidad como de naturaleza de sus servicios. Por ejemplo, podemos citar la empresa inglesa Death.io²⁹, que ofrece a sus clientes la posibilidad de contar su historia como deseen, o la francesa Repos digital, que pretende hacer de la herencia digital algo fácil y humano, proponiendo cerrar las cuentas de usuario de las personas fallecidas en el nombre de los herederos o recuperar activos digitales del causante³⁰. En el caso de esta última empresa, cabe preguntarse si no es, en cierto modo, una respuesta a las insuficiencias de los textos que regulan la muerte digital, qué no permiten, por ejemplo, que los herederos se ocupen de los trámites que conducen al cierre de las múltiples cuentas del fallecido, como veremos más adelante. Las empresas españolas también se han ocupado del tema, como la empresa Vitalbook, que ofrece a los usuarios de sus servicios la posibilidad de almacenar de forma segura documentos que serán entregados a los herederos tras el fallecimiento de sus clientes³¹. Asimismo, cabe mencionar la empresa Mi legado digital que propone la realización de lo que califica como testamento digital (y no testamento “online”, distinción que tiende, según la fundadora de esta empresa, a indicar que el testamento digital pretende regular el destino de los elementos digitales del fallecido, mientras que el primero sería una forma digital del testamento clásico, lo que es objeto de debate³²).

Otras empresas han ido aún más lejos, superando el tema de la muerte digital en sentido estricto para centrarse más en una forma de duelo digital. Así, podemos observar el desarrollo de los cementerios digitales, con tumbas conectadas, que se caracterizan, por ejemplo, por la colocación de un código QR en la lápida para dar informaciones sobre la vida del difunto³³. También pueden ser cementerios totalmente virtuales, esta vez puestos a disposición de los familiares de los fallecidos a través de una aplicación en un smartphone o una página web. Esta

²⁹ DEATH.IO “Let's get digital death in order”, <https://www.death.io/>

³⁰ REPOS DIGITAL, <https://www.reposdigital.fr/>

³¹ VITALBOOK., <https://vitalbook.me/>

³² GINER GANDIA, J., “El testamento digital sí existe y ya ha llegado”, *Desafíos Legales #RetoJCF, Juristas con Futuro*, edición especial, Septiembre de 2016, pp. 56-58 <https://www.juristasconfuturo.com/ebook-testamento-digital/>

³³ BORDURE, B., *Les incertitudes du droit...* cit.

nueva expresión del duelo y del ceremonial que acompaña la muerte de un individuo se ha desarrollado en particular en Hong Kong debido a la falta de espacio para instalar cementerios físicos, la puesta en práctica de estos cementerios virtuales movilizándolo por ejemplo la realidad virtual³⁴. Esta tecnología también se ha utilizado recientemente para permitir que una madre interactúe con un avatar que representa a su hija fallecida³⁵.

Desde el punto de vista del marco de estas actividades, parece que las figuras del mandato o la estipulación para terceros, procedentes del derecho común de los contratos, podrían movilizarse tanto como las normas del derecho de los consumidores que rigen las relaciones entre los profesionales y los consumidores, que son los clientes de las empresas mencionadas en la gran mayoría de los casos.

En efecto, en el caso de las sociedades que proponen arreglar, en nombre y por cuenta de los herederos, la muerte digital del causante, el recurso a la calificación de mandato parece corresponder, al menos a primera vista, a la situación contractual de las partes en presencia. Podrían entonces basarse en algunas de las normas derivadas de los artículos 1709 y siguientes del Código Civil, en particular en los casos en que el mandatario se excede de los límites del mandato. En cuanto a la estipulación a favor de tercero, prevista en el apartado segundo del artículo 1257 del Código Civil y que se entiende como un contrato por el que un estipulante hace prometer a un promitente la realización de una prestación en beneficio de un tercero, el beneficiario, podría corresponder a operaciones por las que, por ejemplo, el titular de una cuenta Google, el estipulante, establece la gestión de su cuenta inactiva, haciendo prometer a Google, el promitente, que dará acceso a determinados contenidos según sus instrucciones a la persona que designe, el beneficiario. El tercero podría entonces exigir la prestación del servicio en las condiciones previstas por los textos. Sin embargo, esta calificación parece relativamente incierta y sólo el juez podría confirmar su pertinencia y precisar sus consecuencias.

Estas iniciativas privadas plantean muchos interrogantes, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista ético (sobre todo en lo que respecta a los posibles abusos que podrían acompañar a la supervivencia virtual de una persona fallecida, a través de la realidad virtual por ejemplo) e incluso desde el punto de vista psicológico (en lo que respecta al proceso de duelo³⁶). Jurídicamente, algunas de estas iniciativas implican el tratamiento de datos personales. Aunque los derechos de las personas sobre sus datos se extinguen con su muerte, salvo los casos previstos en los textos que regulan la muerte digital, los datos contenidos en las noticias accesibles mediante el escaneo de un código QR colocado en una lápida, por ejemplo, no dejan de ser datos personales en virtud del artículo 4 del RGPD.

En algunos casos, el tratamiento habrá comenzado antes del fallecimiento, en particular cuando la persona afectada por el tratamiento pretenda utilizar un servicio que le permita anticipar su muerte o su sucesión digital. En estos casos, se aplicarán las normas sobre el tratamiento de datos personales, establecidas en el RGPD, o en la LOPD, ya sean los requisitos relativos a la seguridad de los datos (artículo 32 del RGPD), a la información (artículo 13 del

³⁴ SÁNCHEZ-CASCADO, M., “¿Cementerios superpoblados? Hong Kong se pasa a las tumbas virtuales”, *La voz de Galicia*, 1 de febrero de 2019 <https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/sociedad/2019/02/01/ultimo-sepulturas-tumbas-virtuales-cenizas-obras-arte/00031549019451342971330.htm>

³⁵ VILARS T., NOISSETTE T., “Deuil et réalité virtuelle : quand une mère rencontre l’avatar de sa fille morte il y a trois ans”, *L’obs*, 10 de febrero de 2020 <https://www.nouvelobs.com/societe/20200210.OBS24657/deuil-et-realite-virtuelle-quand-une-mere-rencontre-l-avatar-de-sa-fille-morte-trois-ans-avant.html>

³⁶ Ibid.

RGPD) o a las condiciones para la obtención del consentimiento, que se producirá entonces durante la vida del interesado (artículo 6 y siguientes del RGPD); también será necesario garantizar que el interesado pueda, en su caso, ejercer los derechos previstos en dichos textos, y en particular el derecho de rectificación.

En los casos en que los familiares utilicen las soluciones mencionadas, queda excluida la cuestión del consentimiento de la persona, ya que los derechos de las personas sobre sus datos personales se extinguen con su muerte, a excepción de los casos previstos en las disposiciones relativas a la muerte digital, en cuyo caso ya no se puede obtener el consentimiento de acuerdo con los textos, ya que la persona ha fallecido. No obstante, no se trata de que estas iniciativas privadas se desarrollen en un vacío jurídico, en el sentido de que, si no es posible una actuación en base a los derechos contemplados en el RGPD o la Ley Orgánica 3/2018, parece posible que las personas a las que se refiere el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982³⁷ actúen en base a esta ley para proteger el honor, la intimidad o la imagen de la persona fallecida, cuyo avatar virtual, por ejemplo, es degradante, o que ha sido perjudicada por tener un código QR en su tumba que hace referencia a contenidos ofensivos. Esta ley orgánica, aunque no se adoptó sobre la base de tales supuestos, podría resultar un instrumento de protección eficaz en determinados casos, a la espera de un texto que trate más específicamente los problemas que plantea la muerte digital, ya que el derecho positivo es relativamente insuficiente en este sentido.

2. Las insuficiencias del derecho positivo en materia de regulación del papel de los actores privados en la muerte digital

Como hemos dicho, el legislador ya ha abordado el tema de la muerte digital. Sin embargo, los textos especiales dedicados a esta cuestión tienen muchas insuficiencias y no proporcionan un marco eficaz en cuanto al papel de los actores privados en este ámbito. Además, el principal vehículo jurídico de la acción de éstos es el contrato, pero el derecho de los contratos, entendido aquí en sentido amplio, no permite dar respuestas seguras a algunos de los problemas que plantea esta acción.

2.1. Las insuficiencias del derecho especial

La Ley Orgánica 3/2018 contiene dos artículos dedicados a la muerte digital. Estos dos textos están contruidos según la misma lógica, pero uno de ellos aborda la cuestión de los datos personales y el otro la de lo que ocurre con los activos digitales, los “contenidos” que podrían integrar el patrimonio del fallecido.

Así, el artículo 3 del texto se enfoca claramente en el destino post mortem de los datos personales. Establece que los herederos o las personas vinculadas al fallecido por una relación de parentesco o de hecho pueden solicitar al responsable de tratamiento el acceso a los datos personales del fallecido, así como pedir su supresión o rectificación. Este es el principio, que tiene una excepción: las personas a las que se refiere el primer apartado no podrán acceder a los datos del fallecido en caso de que una ley se lo impida o en caso de oposición del propio fallecido. El fallecido también puede designar a personas que puedan hacer las mismas solicitudes que los herederos al responsable de tratamiento. Se establecen disposiciones especiales para los menores de edad y las personas con discapacidad: el Ministerio fiscal, sus tutores legales y las personas designadas “para el ejercicio de funciones de apoyo” podrán, en su

³⁷ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

caso y bajo ciertas condiciones, ejercer las facultades ofrecidas a los herederos. Los actores privados a los que se dirige el texto son aquí claramente identificables: son los responsables o encargados del tratamiento en el sentido de la LOPD y el RGPD, calificación que tiene hoy en día unos contornos relativamente bien definidos³⁸.

El artículo 96 de la Ley Orgánica 3/2018 parece centrarse en la faceta patrimonial de la muerte digital, aunque el artículo 3 se refiere a que la oposición del fallecido a la acción de sus herederos “no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante” (probablemente hubiera sido más adecuado utilizar la expresión “contenido” del artículo 96, ya que el concepto de datos de carácter patrimonial parece muy vago)

Mientras que el artículo 3 se dirigía a los responsables del tratamiento, que pueden ser actores privados (y deberían serlo mayoritariamente en cuanto a la aplicación de este texto), el artículo 96 de la LOPD se dirige a los “prestadores de servicios de la sociedad de la información”, siendo esta noción ya antigua (ya aparece en la Ley 34/2002³⁹, que regula en particular su responsabilidad), los actores privados afectados son también aquí fácilmente identificables. Por ejemplo, no hay duda de que los actores mencionados en el primer punto de este estudio están afectados por este texto.

Así, el artículo relativo al derecho a un testamento digital prevé diversas situaciones. También en este caso, “las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos” podrán solicitar a dichos prestadores el acceso a los “contenidos” contemplados en el texto y podrán informarles de las instrucciones que consideren “oportunas” en cuanto a su destino. Siguiendo la misma lógica que el mencionado artículo 3, se prevé una excepción: estas personas no podrán acceder al contenido (o solicitar su supresión, por ejemplo) cuando el fallecido se haya opuesto a ello o en los casos en que la ley lo impida. También en este caso, esto no debe impedir que los herederos accedan al contenido que forma el caudal relicto. A continuación, el texto menciona algunos casos especiales, entre los que se encuentran el del albacea testamentario, que también puede solicitar el acceso al contenido para hacer cumplir las instrucciones que haya recibido, y el de los menores fallecidos y las personas incapacitadas, en los que se aplican las mismas reglas que las previstas en el artículo 3 de la LOPD.

Las personas mencionadas también podrán “decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes”, salvo que el fallecido haya decidido lo contrario. Esta referencia a las cuentas de las redes sociales parece confusa en este caso: de hecho, se puede pensar que estas cuentas contienen más datos personales que “contenidos” en el sentido del artículo 96. Probablemente, esta disposición debería haberse colocado en el artículo 3 de la LOPD, en la medida en que hay que distinguir los “contenidos” del artículo 96 de los datos personales⁴⁰.

Antes de abordar específicamente la aplicación de estos textos a los actores privados, conviene hacer algunas aclaraciones generales.

En primer lugar, cabe señalar que algunos autores son bastante críticos con la decisión de utilizar el concepto de “testamento digital” para el artículo 96. Por ejemplo, la profesora Nieves Moralejo Imbernón refuta el uso de esta expresión, al considerar que es distinta de la calificación de la voluntad prevista en el artículo 677 del Código Civil (que tiene como

³⁸RGPD, artículo 4, puntos 7 y 8.

³⁹Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

⁴⁰ CUCURULL POBLET, T., *La sucesión de los bienes digitales...* cit. pp. 322-323.

consecuencia la aplicación de un régimen muy particular), el “contenido” al que se refiere la LOPD no sería necesariamente un bien transmisible por causa de muerte, lo que convierte al testamento de la LOPD en un testamento alejado del derecho sucesorio, y, por último, los herederos no son las únicas personas que pueden actuar⁴¹.

En segundo lugar, si bien el legislador ha retomado el tema de la muerte digital a través de la LOPD, hay que señalar que las comunidades autónomas no han dejado de interesarse por el tema. Cataluña ha sido “pionera”⁴² al aprobar en 2017 un texto⁴³ que hace énfasis en las “voluntades digitales” de los fallecidos. Sin embargo, parte de este texto, destinado a poner en marcha un registro de voluntades digitales (que podría haber facilitado la gestión de la muerte digital de una persona tanto a sus herederos como a los actores privados afectados) fue declarado inconstitucional por considerar que la Comunidad Autónoma se había excedido en sus competencias, ya que dicho registro sólo podía ser creado por el Estado⁴⁴.

Con respecto a la aplicación de estos textos por parte de los actores privados, se pueden hacer varias observaciones que tienden a demostrar el carácter insuficiente de estas disposiciones para establecer un sistema que permita tanto a los herederos actuar eficazmente contra los actores privados eventualmente recalcitrantes como a los actores privados poder ofrecer a sus clientes herramientas simples y conformes a los textos.

Así, podemos parar un momento para considerar la definición de los contenidos a los que se refiere el artículo 96 de la LOPD. Si bien los actores privados que gestionan estos contenidos son, como hemos dicho, a priori fácilmente identificables, no puede decirse lo mismo de los dichos contenidos. Según Judith Solé Resina, el contenido de un testamento digital debería dividirse en diferentes grupos: se encontrarían las cuentas de correo electrónico, las cuentas bancarias, pero también los contenidos personales, tanto “en Internet” (como “fotografías, vídeos y documentos en la nube”) como “en formato físico” (como “ordenadores, discos duros” o “llaves USB”), que es una noción mucho más amplia que la de datos personales⁴⁵.

Sin embargo, la referencia a los “contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas” ya deja de lado las llaves USB y otros soportes físicos, que deberían estar sujetos al derecho de sucesiones y no a la LOPD⁴⁶. Sin embargo, el texto no ofrece ninguna definición más allá de estos criterios. Aunque esto permite una relativa maleabilidad de la noción al hacerla adaptable a la evolución de las tecnologías digitales (la noción estricta de “contenido” parece relativamente amplia a este respecto), siguen existiendo grandes incertidumbres. En primer lugar, esta falta de definición deja la puerta abierta a interpretaciones restrictivas y divergentes por parte del juez, pero también por parte de

⁴¹ MORALEJO IMBERNÓN, N., “El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Anuario de derecho civil*, tomo LXXIII, fasc. I, 2020, p. 254 https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2020-10024100281

⁴² CUCURULL POBLET, T., *La sucesión de los bienes digitales...* cit. pp. 322-323.

⁴³ Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña.

⁴⁴ Tribunal Constitucional, Pleno. Sentencia 7/2019, de 17 de enero de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 4751-2017.

⁴⁵ SOLÉ RESINA, J., “Las voluntades digitales: marco normativo actual”, *Anuario de derecho civil*, tomo LXXI, fasc. II, 2018 pp. 420-421 https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2018-20041700440

⁴⁶ MORALEJO IMBERNÓN, N., *El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018...* cit. p. 255.

los actores privados afectados, que podrían decidir qué entra o no en la noción de contenido, a menos que los herederos interesados presenten el problema ante los tribunales competentes.

Por lo tanto, si bien el texto debería permitir asumir los avances tecnológicos que inevitablemente propondrán los actores privados, su ámbito de aplicación podría verse ampliamente restringido por ellos, a menos que sean contradichos, en su caso, por los jueces.

A continuación, se puede considerar cómo los actores privados deben aplicar la regla según la cual la prohibición por parte del fallecido de que sus herederos ejerzan las prerrogativas de que disponen en virtud de los textos no debe afectar “al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto” (artículo 96 de la LOPD) o “al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante” (artículo 3 del mismo texto). De hecho, el legislador no especifica cómo deben aplicarse estas disposiciones en la práctica: ¿cómo deben entenderlas y aplicarlas los actores privados? Por ejemplo, ¿deben comprobar que el contenido es realmente parte del caudal relicto? ¿Cómo debe regularse el ejercicio de sus prerrogativas por parte de los herederos? Por ejemplo, ¿deben los herederos demostrar su calidad a los actores privados (que luego deben cuidar que el tratamiento resultante cumpla con el RGPD)? En el caso de que el actor privado en cuestión reciba primero la comunicación de las instrucciones del fallecido y proceda a borrar el contenido o los datos en cuestión, ¿podrán los herederos perjudicados comprometer su responsabilidad? Si la respuesta es afirmativa, ¿en qué condiciones?

Todas estas cuestiones son puntos que demuestran la complejidad a la que se enfrentan los actores privados a la hora de aplicar los textos. Sin duda, sería conveniente que las aclaraciones se hicieran a través del real decreto previsto en los textos, que aún no ha sido adoptado. La clarificación del marco tendría, por tanto, el efecto de poner a los actores privados en condiciones de generalizar la aplicación de estos textos en un sentido positivo para los herederos y las personas que anticipan su muerte digital.

Sin embargo, si el marco actual es insuficiente, como señala de forma general Tatiana Cucurull Poblet⁴⁷, hay que tener en cuenta que la LOPD ya establece un límite que obliga a los actores privados a cumplir con las solicitudes de los herederos (entre otros) en virtud de sus disposiciones, lo que permite evitar la situación descrita por Natalie Banta, que indica, por ejemplo, que Google podría en cualquier momento dejar de ofrecer su servicio de gestión de cuentas inactivas y así impedir la transmisión de los activos digitales del fallecido⁴⁸. Sin embargo, la perennidad de los servicios que superan el marco establecido por la LOPD no está garantizada y la debilidad de los textos parece permitir a los actores privados revertir fácilmente algunas de las funcionalidades ofrecidas a los usuarios de sus servicios.

Por otra parte, no hay que hacer un retrato totalmente negativo de estos textos: por ejemplo, permiten aclarar la cuestión del destino de los datos de los menores fallecidos, que ha sido objeto de dificultades en los Estados Unidos⁴⁹ y de litigios en Alemania (al que volveremos), aunque también aquí se pueden hacer críticas, en particular en lo que se refiere a la

⁴⁷ CUCURULL POBLET, T., *La sucesión de los bienes digitales...* cit. p. 322.

⁴⁸ BANTA, NATALIE M. “Inherit the Cloud: The Role of Private Contracts in Distributing or Deleting Digital Assets at Death” *Fordham Law review*, num. 83, 2014, pp. 836-837 <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol83/iss2/16/>

⁴⁹ KUNKLE, F., “Virginia family, seeking clues to son’s suicide, wants easier access to Facebook” *The Washington post*, 17 de febrero de 2013 https://www.washingtonpost.com/local/va-politics/virginia-family-seeking-clues-to-sons-suicide-wants-easier-access-to-facebook/2013/02/17/e1fc728a-7935-11e2-82e8-61a46c2cde3d_story.html

capacidad de los menores para disponer de sus bienes digitales en función de su grado de madurez⁵⁰.

En la misma lógica, las disposiciones objeto de este estudio van acompañadas de sanciones que son las previstas con carácter general por la LOPD en sus artículos 70 y siguientes (obsérvese, por ejemplo, que el artículo 74 g. de dicha ley tipifica como infracción leve el incumplimiento de la obligación de suprimir los datos personales de una persona fallecida), lo que permite ejercer una coacción adicional sobre los actores privados, a los que se debe instar a cumplir el marco establecido por el derecho especial.

Sin embargo, los textos españoles no son los únicos que resultan insuficientes: las disposiciones de la Loi Informatique et Libertés, por ejemplo, han sido ampliamente criticadas por la doctrina y los notarios franceses⁵¹, que han propuesto su reescritura⁵².

Más allá de las insuficiencias del derecho especial dedicado a la muerte digital, también se pueden considerar problemáticas de orden contractual.

2.2. Las incertidumbres del derecho de contratos

Obviamente, la acción de los actores privados en el ámbito de la muerte digital no podría desarrollarse sin el medio clásico de las relaciones entre particulares que es el contrato. Tanto si se trata de proponer un servicio que permita tener en cuenta el fallecimiento por parte de una empresa que ofrecía servicios en línea al fallecido, como si se trata de proponer un servicio directamente relacionado con la muerte digital, todo queda materializado en el contrato.

Existen varias figuras contractuales bien conocidas en la práctica, como las condiciones generales de uso o los acuerdos de licencia, y, de forma menos categórica, como ya hemos visto, parece que la figura del mandato o de la estipulación a favor de terceros pueden utilizarse en determinados casos.

Así, una primera observación consiste en que los actores privados objeto de este estudio, sobre todo por su posición de poder económico, imponen sus estipulaciones contractuales a sus cocontratantes. Nos encontramos en la situación clásica del derecho de los consumidores, que se caracteriza por el recurso al contrato de adhesión, que se entiende como un contrato cuyas cláusulas “han sido predisuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no”⁵³.

La doctrina presenta bien esta problemática: los bienes digitales de las personas fallecidas suelen ser objeto de un contrato con un prestador de servicios en línea, como señalan varios autores, entre ellos Marta Otero Crespo⁵⁴ y María José Santos Morón⁵⁵. Por otra parte,

⁵⁰ ORDELIN FONT, J.L., ORO BOFF, S., “Bienes digitales personales y sucesión mortis causa: la regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español” *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXIII, junio de 2020, p. 126 <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/6051>

⁵¹ MAISONNIER, A., DUPUIS-BERNARD, R., LÉTINIER, H., “L’incidence de la mort physique sur les données numériques : que faire de ses données ?” *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* núm. 36, 10 de Septiembre de 2021, 1278.

⁵² Propositions votées lors du 117e congrès des notaires de France, Septiembre 2021, pp. 8-9 <https://www.congresdesnotaires.fr/fr/les-congres/edition-2021/propositions/>

⁵³ Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, de 13 Noviembre 1998, 2884/1997.

⁵⁴ OTERO CRESPO, M., *La sucesión en los «bienes digitales»...*, cit. p. 98.

⁵⁵ SANTOS MORÓN, M. J., *La denominada “herencia digital” ...*, cit., pp. 420-421.

Conway y Grattan señalan que las personas que desean legar bienes digitales a sus herederos no son conscientes de que el compromiso que han contraído con el prestador de los servicios en línea que les permiten almacenar o acceder a diversos contenidos que son bienes o activos digitales puede prohibir la transmisión de estos contenidos a sus herederos, ya que generalmente se desprecupan de las implicaciones del contrato suscrito tras su muerte⁵⁶. Marta Otero Crespo hace una referencia directa a un conflicto entre el derecho contractual y el derecho sucesorio en relación con la muerte digital⁵⁷.

Además, en el momento de la adopción de las disposiciones sobre la muerte digital en la legislación francesa, el diputado Luc Belot mencionó en un informe que las funcionalidades que ya ofrecían en 2016 algunos actores privados, entre ellos Facebook o Google, se regían por estipulaciones contractuales que podían variar, lo que no permitía una consideración uniforme de la cuestión de la muerte digital⁵⁸. Desde entonces, hemos visto que los textos especiales han establecido un marco que, aunque insuficiente, obliga a ciertos actores privados, y en particular a los prestadores de servicios en línea, a ofrecer a sus cocontratantes cierto control sobre el destino de sus datos personales tras su muerte. Sin embargo, muchas cuestiones, de carácter contractual, no han sido reguladas por estos textos especiales.

Ahora bien, se observa que las personas que podrían desear transmitir activos digitales a sus herederos raramente tienen el control de los contenidos que son objeto de contratos con los prestadores de servicios en línea, ya que éstos les impiden disponer de estos contenidos de la misma manera que lo haría un propietario conforme al derecho civil. A este respecto, Marta Otero Crespo, que analiza, entre otras cosas, las condiciones generales de Apple (en particular las de los servicios de contenidos multimedia), extrae la siguiente conclusión: el usuario de los servicios adquiere a menudo “una licencia de uso exclusivo de los contenidos” (para libros digitales o piezas musicales, por ejemplo). La misma observación puede hacerse con respecto a otras empresas: un análisis de las condiciones generales de Google play, un servicio ofrecido por Google (que permite, entre otras cosas, acceder a contenidos audiovisuales, pero también a libros digitales o videojuegos), también parece impedir cualquier transmisión de estos contenidos a los herederos del fallecido, en el sentido de que el usuario de estos servicios se compromete a hacer un uso exclusivamente personal de los mismos, teniendo únicamente el derecho “tendrá el derecho no exclusivo (únicamente según lo permitido de forma expresa en estas Condiciones y las políticas asociadas) de almacenar, acceder, ver, usar y mostrar copias del Contenido aplicable en sus Dispositivos”⁵⁹.

El fallecido, en caso de ser sólo un licenciatario, no sería el propietario de este contenido y no podría disponer de él por testamento, “al contrario de lo que nos sucedería de haber comprado la misma música pero almacenada en un formato físico”, de modo que “estaríamos ante una especie de sistema de propiedad digital feudal, en la que las empresas actuarían como dueños absolutos de nuestros *digital assets*”⁶⁰. Conway y Grattan sostienen que esto debería permitir distinguir los activos digitales de otros tipos de propiedad, en el sentido de

⁵⁶ CONWAY, H., GRATTAN, S., *The 'New' New Property...*, cit., p. 5.

⁵⁷ OTERO CRESPO, M., *La sucesión en los «bienes digitales»...*, cit. pp. 98-99.

⁵⁸ BELOT, L., Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, après engagement de la procédure accélérée, sur le projet de loi (n° 3318) pour une République numérique, 15 de enero 2016 <https://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3399.asp>

⁵⁹ GOOGLE, Condiciones del servicio de Google Play, 4 de agosto de 2020, https://play.google.com/intl/es-419_us/about/play-terms/index.html

⁶⁰ OTERO CRESPO, M., *La sucesión en los «bienes digitales»...*, cit. pp. 99-100.

que la persona de la que se podría decir que es propietaria de los activos no decidiría en última instancia su destino⁶¹.

Las normas que rigen la propiedad intelectual impiden de hecho una verdadera transferencia de propiedad entre la empresa que explota una plataforma y es titular de una licencia y el usuario que tiene la impresión de comprar una pieza musical en la plataforma (por utilizar una expresión que podría usarse en el lenguaje cotidiano). El mecanismo de la licencia, concedida únicamente al usuario, estando éste impedido por las estipulaciones contractuales de transferir los derechos así adquiridos sobre un bien digital, impediría así la aplicación del derecho de sucesiones y, por tanto, la transmisión de una parte del patrimonio digital del fallecido a sus herederos.

A pesar de esto, algunos autores proponen diferentes formas de razonamiento que permitirían eludir esta solución y garantizar una transmisión efectiva de los citados activos digitales. Así, Anna Berlee, que toma como punto de partida el derecho neerlandés, opina que en primer lugar debe considerarse que los herederos deberían ocupar el lugar de la persona fallecida en el contrato, salvo que se estipulación contraria⁶² (aunque podría argumentarse el carácter *intuitu personae* de ciertos contratos, pero esto parece tener poca relevancia en el caso de los contratos celebrados con prestadores de servicios en línea). Por lo tanto, es necesario comprobar lo que establece el contrato: si no dice nada al respecto, el autor considera que el prestador del servicio en cuestión debería garantizar a los herederos el acceso al mismo en las mismas condiciones que al fallecido⁶³. Esta es también la solución adoptada por Geoffray Brunaux, esta vez sobre la base del derecho francés, y en relación con los contratos que rigen la prestación de servicios en la nube o plataformas como Netflix o Deezer. Sin embargo, es más reservado y muestra que esta solución funciona si se tiene en cuenta el derecho general de los contratos, que requeriría que estos contratos fueran transmisibles en caso de fallecimiento, pero se trata de una norma supletoria de la voluntad, por lo que en estos contratos se estipulan cláusulas de inaccesibilidad o intransmisibilidad, en particular cuando el contenido objeto de estos contratos está protegido por derechos de autor⁶⁴.

Así, aunque parece teóricamente posible la transmisión por causa de muerte de algunos de los contratos mencionados, no hay que olvidar la práctica: los redactores de las condiciones generales de uso tendrían interés en estipular cláusulas que impidan esta transmisión y, si la letra del contrato no dice nada, cabe pensar que la interpretación del contrato y de la voluntad de las partes podrían ir en muchos casos en el sentido de imposibilitar la transmisión de la condición de parte a los herederos y, por tanto, oponerse a esta solución.

Por lo tanto, el contrato puede ser el instrumento que impida la posible transmisión de los bienes o activos digitales del fallecido a sus herederos. Sin embargo, las críticas y otras soluciones parecen posibles: Nathalie Banta, en un artículo dedicado a la problemática de los contratos en la muerte digital y basado en la legislación estadounidense, se muestra especialmente severa con las cláusulas de intransferibilidad de los activos digitales⁶⁵. Considera que estas cláusulas, incluidas en los contratos de adhesión, limitan los derechos de los usuarios de estos servicios y su control sobre sus bienes, en la medida en que los actores privados

⁶¹ CONWAY, H., GRATAN, S., *The 'New' New Property...*, cit., p. 5.

⁶² BERLEE, ANNA, "Digital Inheritance in the Netherlands" *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, num. 6/2017, pp. 256-260 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3082802

⁶³ Ibid.

⁶⁴ BRUNAUX, G., *La mort à l'ère numérique...*, cit.

⁶⁵ BANTA, NATALIE M., *Inherit the Cloud...*, cit.

implicados se preocupan principalmente de tomar decisiones en su propio interés antes de preocuparse por el derecho de sucesión o de ajustarse a una determinada concepción de la propiedad. Ve varias razones para este enfoque por parte de los actores privados: por ejemplo, las empresas estarían preocupadas por la protección de la privacidad de sus co-contratantes (temiendo que dejar la posibilidad de legar las cuentas de los usuarios atente contra la privacidad de los mismos) y los costes de implementación de dicha transferencia preocuparían a los actores privados. Sin embargo, rechaza de plano estas razones, argumentando que bastaría con cobrar a los herederos unos honorarios razonables para cubrir estos gastos, por ejemplo, y desestima el argumento de la intimidad alegando que el derecho común extingue los derechos a la intimidad en caso de fallecimiento, por lo que los actores privados no deberían ser responsables⁶⁶. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el razonamiento de Natalie Banta se basa en el derecho estadounidense: si la cuestión del coste pudiera resolverse de la misma manera en el derecho español, habría que sopesar la preocupación por la privacidad con el derecho especial que regula la muerte digital.

Además, parece posible revisar otros argumentos que abogarían a favor de la transmisión de ciertos activos digitales en caso de fallecimiento. De hecho, en una sentencia de UsedSoft GmbH contra Oracle International Corp, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) admitió ya en 2012 que el titular de los derechos sobre un programa no puede oponerse a la reventa de una copia del mismo, una vez agotado su derecho de distribución⁶⁷.

Sin embargo, si es posible revender las licencias de ocasión, debería ser posible, lógicamente, transferirlas por fallecimiento, lo que permitiría reconsiderar algunas de las cláusulas consideradas anteriormente. Sin embargo, la doctrina francesa no es tan categórica: Geoffray Brunaux considera, por ejemplo, que algunos de estos contratos son licencias personales que no están destinadas a ser transmitidas⁶⁸, a diferencia de Lucien Castex, que se basa en la decisión del Tribunal para concluir que el contenido cubierto por dichas licencias forma parte del patrimonio del difunto y, por tanto, debe poder transmitirse a sus herederos⁶⁹.

Con mayor incertidumbre, cabe preguntarse si algunas de estas cláusulas no podrían considerarse cláusulas abusivas en el sentido del derecho de los consumidores, en la medida en que los usuarios de los servicios ofrecidos por los actores mencionados son muy a menudo, si no exclusivamente, consumidores. La legislación en materia de consumo establece que las cláusulas abusivas, que son las que causan un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, deben tenerse por no puestas⁷⁰. Por lo tanto, habría que demostrar que el hecho de no permitir que el consumidor transmita sus activos digitales a sus herederos podría ser una fuente de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, y que este desequilibrio es importante. Aunque no es seguro, no parece imposible que estas cláusulas sean abusivas, sobre todo porque impiden al usuario legar parte de su patrimonio a sus herederos, o si se tiene en cuenta la solución del TJUE sobre la venta de licencias de segunda mano. Sin embargo, hay que señalar que María José Santos Morón se resiste a considerar que dichas cláusulas puedan ser consideradas como abusivas, aunque no llega a concluir realmente

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ TJUE, 3 juillet 2012, n° C-128/11, UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp.

⁶⁸ BRUNAU, G., *La mort à l'ère numérique...*, cit.

⁶⁹ CASTEX, LUCIEN, "Les éternités numériques : un essai d'analyse prospective", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, num 126, 1 de mayo 2016.

⁷⁰ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, artículos 82 y siguientes.

sobre la cuestión, prefiriendo asumir que dichas cláusulas deben ser válidas⁷¹. Desde este punto de vista, sería interesante ver lo que los tribunales podrían decidir si se les presentará este fundamento y cuestión jurídica, lo que no parece haber sido el caso hasta ahora.

En definitiva, son muchas las incertidumbres que surgen al analizar los contratos propuestos por los actores privados y las consecuencias de sus estipulaciones en términos de muerte digital. Estas incertidumbres se suman a las insuficiencias de los textos especiales y militan a favor de superar la posición predominante de los actores privados y avanzar hacia una regulación más estable y menos incierta, que garantizaría la seguridad jurídica y permitiría a las personas que lo deseen anticipar su muerte digital y su sucesión digital en un marco más claro.

II. SUPERAR EL PAPEL PREPONDERANTE DE LOS ACTORES PRIVADOS.

Se trata aquí de demostrar cómo podrían superarse las insuficiencias e incertidumbres del marco actual: si la Unión Europea parece ser el nivel de intervención que permitiría establecer un marco nuevo y más claro, es necesario, sobre el fondo, dejar más lugar a la voluntad de los interesados y facilitar la acción de los herederos.

1. Sobre la forma: para una intervención de la Unión Europea

La Unión Europea es actualmente el nivel más adecuado para intervenir con el fin de proporcionar un marco eficaz para los problemas relacionados con la muerte digital y, en particular, los relacionados con el papel de los actores privados. Por lo tanto, es necesario examinar las razones que hacen que el nivel europeo sea el más adecuado para dicha intervención antes de considerar, más brevemente, la forma que debería adoptar.

1.1. La particular adecuación del nivel europeo para la reforma del derecho especial

Al adoptar el RGPD, la Unión Europea dejó en manos de los Estados miembros la adopción de medidas relativas al destino post mortem de los datos personales. Este es el sentido del considerando 27 del RGPD, que deja en manos de los Estados miembros la adopción de estas medidas, al afirmar que “Los Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales” de las personas fallecidas, ya que el Reglamento no se aplica a la protección de estos datos. Se trata, pues, de dejar a los Estados miembros la decisión del marco jurídico relativo al destino de los datos personales de las personas fallecidas, y no se ofrecen más detalles sobre este asunto.

Por lo tanto, la Unión Europea dejó de interesarse por el momento por la cuestión, abriendo el camino a la introducción de regímenes diferentes, o incluso divergentes, en los Estados miembros, lo que efectivamente ha sucedido, con los legisladores nacionales teniendo vía libre. Así, si ya hemos tratado de la legislación española y francesa, cabe mencionar que otros Estados han adoptado textos especiales. Es el caso de Italia, por ejemplo, a través de un decreto ley de 10 de agosto de 2018 que adapta las disposiciones del RGPD⁷². Francesco Paolo Patti y Francesca Bartolini resumen las disposiciones de este texto relativas a la muerte digital: los derechos concedidos por los artículos 15 a 22 del RGPD a las personas fallecidas (que, por tanto, no se transmiten a los herederos) pueden ser ejercidos por determinadas personas, que los

⁷¹ SANTOS MORÓN, M. J., *La denominada “herencia digital”...*, cit. p. 422.

⁷² DECRETO LEGISLATIVO 10 agosto 2018, n. 101 – Disposizioni per l’adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679.

ejercen bien en beneficio propio (sin duda se trata de los herederos, pero los autores no lo especifican) o en interés del fallecido⁷³. Éste también puede, bajo ciertas condiciones, oponerse al ejercicio de sus derechos después de su muerte, pero esta oposición no debe comprometer los derechos patrimoniales de terceros, lo que parece similar a la solución adoptada en el artículo 96 de la Ley Orgánica 3/2018 cuando se hace referencia al caudal relicto. Estonia también cuenta con una disposición en este ámbito, que se centra más en el destino de los datos personales después del fallecimiento, estableciendo, por ejemplo, que el consentimiento dado por el interesado sigue siendo válido durante 10 años después de su muerte, a menos que decida lo contrario⁷⁴.

En consecuencia, ya observamos que existe una cierta divergencia entre las soluciones adoptadas por los distintos Estados miembros, que consideran la muerte digital o bien únicamente desde el punto de vista del destino de los datos personales, o bien añaden algunas disposiciones relativas al destino de los bienes digitales sin que esto sea nunca muy satisfactorio. Por lo tanto, estamos lejos de tener un marco armonizado. Esta falta de armonización plantea muchos problemas cuando se trata de los actores privados: por un lado, se ven obligados a tener en cuenta las particularidades de los derechos de los Estados miembros, multiplicando las posibles infracciones de los derechos de las personas interesadas y, por otro lado, éstas no se benefician de un nivel de protección homogéneo, al contrario de lo que ofrece el RGPD.

Además, ya no cabe duda de que el RGPD ha permitido, si no sensibilizar, sí poner de relieve los retos de la protección de datos, tanto en lo que respecta a los actores que deben aplicar el reglamento (en particular, los actores privados que son objeto de este estudio), como en lo que respecta a las personas cuyos datos personales son tratados en el sentido de este texto, aunque quede mucho por hacer⁷⁵. Por lo tanto, si la Unión Europea interviniera, sólo podemos esperar que los temas relacionados con la muerte digital se planteen y que el texto que resultaría de dicha intervención tenga al menos una fracción de la influencia y la publicidad que ha tenido y tiene el RGPD.

No obstante, es posible que la Unión Europea aún no haya renunciado a la idea de intervenir en este ámbito, ya que la Comisión Europea ha afirmado recientemente en su Declaración Europea de Derechos y Principios Digitales para la Década Digital que “toda persona debería poder determinar su legado digital y decidir lo que debe hacerse tras su muerte con la información pública que le concierna” y se ha comprometido a “asegurar la posibilidad de transferir con facilidad datos personales entre distintos servicios digitales”⁷⁶.

Sin embargo, hay que relativizar esta afirmación: aunque parece establecer la ambición de la Comisión de tomar el control de la cuestión de la muerte digital, este texto es más una petición de principio que una disposición vinculante. Por tanto, cabe preguntarse si se trata del

⁷³ PATTI, F.P., BARTOLINI, F., *Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection: The Italian Reform*, *European Review of Private Law* 5-2019, pp. 1182-1183 https://www.academia.edu/40699278/Digital_Inheritance_and_Post_Mortem_Data_Protection_The_Italian_Reform

⁷⁴ Isikuandmete kaitse seadus (Personal Data Protection Act) 12 de diciembre 2018 (traducción en inglés del 23 de enero de 2019) <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/523012019001/consolide>

⁷⁵ GALLARDO MESEGUER, M., “La protección de datos post-RGPD”, *CincoDías*, 28 de enero de 2020 https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/01/27/legal/1580145292_624659.html

⁷⁶ Comisión Europea, Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, 26 de enero de 2022.

inicio de una respuesta a la falta de armonización entre las legislaciones de los Estados miembros o simplemente de una declaración a la que no hay que dar demasiada importancia.

Ahora bien, si consideramos esto como una voluntad de intervención por parte de la Comisión, quedan varios puntos por aclarar. En efecto, aparte de que no se especifica si la intervención se centraría exclusivamente en el destino de los datos personales (sorprende la elección de la expresión “información públicamente disponible”, que parece restringir el alcance de los datos en cuestión) o también en la cuestión de la transmisión de los bienes digitales (lo que está en consonancia con la posibilidad de definir el propio patrimonio digital prevista por la Comisión), es difícil ver por el momento cómo se abordaría la cuestión del papel de los actores privados en el ámbito de la muerte digital. Sin duda, los actores privados tendrán que dejar más espacio a la voluntad de los usuarios de sus servicios (en el sentido de que toda persona debería poder “decidir el destino” de la información que le concierne después de su muerte), y volveremos a la cuestión de la portabilidad, que parece entrar en el ámbito de la “posibilidad de transferir fácilmente los datos personales entre diferentes servicios digitales” mencionada por la Comisión.

Por lo tanto, es plausible que la Unión Europea se ocupe de la cuestión de la muerte digital más pronto que tarde, lo que permitiría también continuar la dinámica de regulación del espacio digital y de la acción de los actores privados en él (y en particular la de los gigantes digitales), marcada por la publicación del Digital services act⁷⁷ y del Digital market act⁷⁸ en octubre y septiembre de 2022.

Además de la posibilidad de una regulación armonizada, la intervención de la Unión Europea también permitirá ejercer una mayor presión sobre los actores privados (aunque los textos nacionales sobre la muerte digital ya llevan aparejadas importantes sanciones, calcadas a las previstas por el RGPD, que suelen ir asociadas a la legislación nacional que incorpora dicha regulación).

Por lo tanto, el nivel europeo parece ser especialmente adecuado para regular la actuación de los actores privados en el ámbito de la muerte digital. Queda por ver qué forma podría adoptar una hipotética intervención de la Unión Europea.

1.2. La forma de una posible intervención de la UE

Como hemos visto, la Unión Europea parece ser el nivel más adecuado para regular la actuación de los actores privados en el ámbito de la muerte digital, por razones vinculadas tanto a la limitación que debe ejercerse sobre estos actores como a los retos de armonización frente a legislaciones nacionales a veces divergentes. El éxito de esta intervención dependerá de la forma que adopte.

Entre la directiva y el reglamento, que son las formas de actuación susceptibles de movilizarse en este caso, habría que preferir el reglamento a la directiva, en la medida en que, si bien la directiva podría representar una solución de compromiso en caso de que hipotéticas discusiones no llegaran a buen puerto, podríamos encontrarnos con grandes dificultades en

⁷⁷ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

⁷⁸ Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales).

cuanto a la aplicación efectiva y uniforme del mecanismo que se derivaría de ella, lo que debilitaría el marco jurídico de la actuación de los actores privados. De hecho, se correría el riesgo de encontrarnos en la situación que se produjo tras la transposición de la directiva de protección de datos personales de 1995⁷⁹, afirmando el propio legislador en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2018 que “la transposición de la directiva por los Estados miembros se ha plasmado en un mosaico normativo con perfiles irregulares en el conjunto de la Unión Europea”, que ha tenido como consecuencia la creación de diferencias apreciables entre los niveles de protección de los ciudadanos. Así pues, optar por una directiva podría tener efectos adversos, incluidos los riesgos en términos de seguridad jurídica para los actores privados que tengan que cumplir con un nuevo marco, ya que se enfrentarían de nuevo a una miríada de textos diferentes, con algunos matices que probablemente serían relativamente sutiles.

Por lo tanto, no parece haber duda de que la figura del reglamento sería el vehículo ideal para la intervención de la Unión Europea, que proporcionaría un amplio marco para la muerte digital (o que integraría un posible texto sobre el patrimonio digital, por ejemplo) y se interesaría más detalladamente que el derecho positivo por el papel de los actores privados en este ámbito. Una intervención de la Unión Europea tendría sin duda un impacto mediático y sin duda haría que los actores privados tuvieran más en cuenta una normativa más clara y estuvieran más dispuestos a cumplirla.

2. Sobre el fondo: para una afirmación de la primacía de la voluntad de la persona interesada y una definición clara de los derechos de los herederos frente a las iniciativas de los actores privados

Para recuperar el control del marco jurídico de la muerte digital y no dejar solo a los actores privados a cargo de las modalidades según las cuales se organiza la sucesión digital de una persona fallecida (aunque su acción está ahora imperfectamente constreñida por la Ley Orgánica 3/2018), se pueden explorar dos ejes: anclar en la ley la primacía de la voluntad de la persona interesada, que debe poder determinar los contornos de su muerte digital, y definir de manera más clara los derechos de su herederos.

2.1. La afirmación de la primacía de la voluntad de la persona interesada

Como se ha dicho, el derecho positivo ya plantea, en cierta medida, la voluntad de la persona afectada: al igual que en materia de derecho de sucesiones, debe dejarse un lugar importante a la voluntad de la persona, que debe, por tanto, poder decidir, al menos con sujeción a figuras jurídicas como la de la legítima o del caudal relicto, el destino de sus bienes digitales y de sus datos personales después del fallecimiento.

Afirmar la voluntad del individuo en materia de muerte digital no sólo significaría permitirle comportarse más como un propietario de sus activos digitales, sino también darle más control sobre el destino de sus datos personales. Así, para avanzar hacia un mayor control por parte de los interesados de sus bienes, habría que inspirarse, por ejemplo, en el derecho a la autodeterminación informativa, que se extendería al destino de los bienes y otros activos digitales tras el fallecimiento, aunque no implique ninguna lógica patrimonial en la medida en

⁷⁹ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

que se trate de datos personales. Así pues, debemos inspirarnos en este derecho, que se deriva del principio según el cual la ley debe limitar el uso de la tecnología de la información para garantizar el honor y la intimidad de las personas, consagrado en el artículo 18 de la Constitución de 1978⁸⁰, y que exige que cada persona tenga la posibilidad de decidir sobre el destino de sus datos personales, y en particular sobre su comunicación o utilización⁸¹. En esta línea, debería darse más espacio a la voluntad del individuo en materia de muerte digital, y esta voluntad no debería verse limitada, o al menos sólo de forma limitada, por las opciones que ofrecen los actores privados.

En la práctica, sin embargo, esta afirmación encuentra ciertos límites, sobre todo en lo que respecta a la información de las personas afectadas, pero también de carácter técnico.

De hecho, los actores privados deberían informar a las personas de forma más eficaz y, sin duda, más adecuada sobre los derechos que tendrían entonces en relación con la muerte digital. La información a las personas ocupa ya un lugar importante en el derecho positivo, en la medida en que, por ejemplo, el artículo 48 de la Loi Informatique et Libertés ya prevé que la persona de la que se recogen datos personales debe ser informada de la existencia del derecho a definir directivas sobre el destino de estos datos después de su muerte por el responsable del tratamiento, completando así el mecanismo previsto en los artículos 12 y siguientes. Sin embargo, Marie Lamarche, explica que es poco probable que los internautas franceses estén informados de que pueden formular directivas relativas a su muerte digital en virtud de la Loi Informatique et Libertés⁸². Por lo tanto, si se pusiera en marcha una nueva normativa, no cabe duda de que informar a la gente desempeñaría un papel crucial en su éxito o fracaso. Por lo tanto, no cabe duda de que hay que imponer una obligación de información reforzada a los actores privados que tendrían que aplicarla debido a sus actividades.

Del mismo modo, aunque el derecho podría, en teoría, ofrecer a las personas la posibilidad de disponer de sus activos digitales y de sus datos personales como deseen después de su muerte, en la práctica esto chocaría con importantes límites técnicos: los actores privados no podrán ofrecer a los usuarios de sus servicios opciones ilimitadas a este respecto, y el desarrollo de nuevas funcionalidades representará sin duda un coste relativamente elevado para algunas empresas. En otras palabras, habrá necesariamente límites técnicos, que el legislador deberá prever, por ejemplo, regulando las posibilidades ofrecidas a las personas afectadas para expresar su voluntad.

En el fondo, sería necesario anteponer la voluntad de la persona, estableciendo en los textos posibilidades claras que puedan aplicarse en la práctica (el diálogo con los actores privados debería ser necesario en este caso) para ofrecer a cada persona una base no negociable que le permita tomar el control de su muerte digital, qué encontraría en todos los servicios en los que tiene activos digitales o que dan lugar a un tratamiento de datos personales, sin que los actores privados propongan diversas soluciones incompatibles con la posibilidad de determinar con claridad y facilidad los contornos de su muerte digital.

⁸⁰ MURILLO DE LA CUEVA PL., “La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa”, *Cuadernos de derecho público*, nums. 19-20, mayo-diciembre 2003, pp. 27-43

⁸¹ Conseil d’État, étude annuelle 2014, Le numérique et les droits fondamentaux, p.26 <https://www.vie-publique.fr/rapport/34281-etude-annuelle-2014-du-conseil-detat-le-numerique-et-les-droits-fonda>

⁸² LAMARCHE, M., “Immortalité numérique versus droit à la mort ou comment mourir sur l’Internet ?”, *Droit de la famille*, núm. 7-8 julio-agosto de 2019.

A modo de ejemplo, podemos imaginar que el legislador retomaría la cuestión de las licencias, poniendo en marcha un sistema claro que permitiría, en su caso, que cada persona designe fácilmente a sus herederos y transmitirles estos activos digitales.

Además, también podemos imaginar que el legislador desarrolle el tema del registro de mandatos e instrucciones, previsto en los artículos 3 y 96 de la Ley Orgánica 3/2018, para, por ejemplo, proponer una herramienta que sea la única depositaria de todas las instrucciones del fallecido, Esto facilitaría la tarea de los herederos, que podrían acceder a todas las instrucciones dejadas por el fallecido de una sola vez, previa prueba de su calidad (como ya prevé la legislación francesa para el ejercicio de sus prerrogativas por parte de los herederos⁸³). Esto también facilitaría la tarea del interesado, que podría, por ejemplo, conectarse a una plataforma dedicada para expresar su voluntad, que luego se transmitiría a los actores privados cuyos servicios utiliza.

Si bien la voluntad del interesado debe prevalecer para hacer frente a la multitud de opciones que ofrecen actualmente los actores privados, no hay que olvidar a los herederos, cuyos derechos deben estar claramente definidos para facilitar su acción contra los actores que poseen los activos digitales del difunto o que tratan sus datos personales.

2.2. La definición de las prerrogativas de los herederos

Antes de la entrada en vigor del derecho positivo, los herederos de las personas fallecidas se encontraban a menudo desamparados cuando se trataba de la muerte digital de éstas. Un ejemplo es una decisión del Consejo de Estado francés, que se negó a conceder la comunicación de datos personales de una persona fallecida a sus herederos, al considerar que no existía tal derecho⁸⁴.

Así, los actores privados pueden ser reticentes y considerar que el derecho a la vida privada de sus usuarios debe ser un obstáculo para que los herederos puedan acceder a la cuenta de una persona fallecida, por ejemplo, como ha demostrado Natalie Banta⁸⁵. A este respecto, en un caso relativo al acceso a la cuenta de Facebook de una menor fallecida, solicitado por sus padres para obtener información sobre las circunstancias de su muerte, los jueces de la Corte Federal de Justicia alemán pudieron rechazar el argumento basado en el derecho al secreto de las comunicaciones, considerando en particular que el contrato celebrado entre la menor fallecida y Facebook había sido transmitido a los padres⁸⁶.

Como ya lo hemos visto, los derechos de los herederos están ahora regulados y establecidos por la LOPD, que les permite solicitar el acceso a los datos o contenidos personales en virtud del artículo 96 de dicha ley. Sin embargo, la tarea de los herederos no es fácil, y los actores privados no parecen necesariamente facilitarla.

En efecto, los herederos se enfrentan a dos grandes obstáculos: el desconocimiento del alcance del patrimonio digital del fallecido y la cantidad de trámites que hay que realizar.

En cuanto al alcance del patrimonio digital del causante, nos referimos aquí a la vertiente patrimonial de la muerte digital, que tiene por objeto la transmisión de bienes o activos digitales. La dificultad aquí surge del hecho de que la vida digital del fallecido está oculta, se

⁸³ Décret n° 2019-536 de 29 de mayo de 2019, artículo 124.

⁸⁴ Conseil d'État, 10ème - 9ème chambres réunies, 8 juin 2016, 386525, Publié au recueil Lebon

⁸⁵ BANTA N., *Inherit the Cloud...*, cit. p.829

⁸⁶ Corte Federal de Justicia alemana - Bundesgerichtshof, 12 de julio 2018 - III ZR 183/17

desarrolla en una pantalla y sólo deja huellas virtuales, que son más difíciles de aprehender para los herederos que las huellas físicas, como las cartas o los muebles dejados en un piso, por ejemplo. Así, los herederos pueden desconocer toda o parte de la consistencia del patrimonio digital de los de cujus, como señala Judith Solé Résina que “los herederos pueden no tener conocimiento de la existencia de este acervo digital y normalmente no disponen de las claves de acceso”⁸⁷. En este caso, los actores privados no parecen estar en condiciones de proponer soluciones pertinentes que respeten el derecho a la intimidad, a menos que la ley les obligue a responder, en la medida de lo posible, a las solicitudes de los herederos que acrediten su condición y deseen saber si el causante del fallecimiento utilizaba un determinado servicio. Sin embargo, esto parece poco probable, no sólo porque los actores privados podrían oponerse debido a los costes que conlleva (a menos que se haga recaer sobre los herederos⁸⁸), sino también porque es difícil imaginar que el legislador se incline por establecer lo que parece una invasión de la intimidad, aunque en principio se extinga con la muerte.

Más allá de la cuestión del papel de los actores privados, esto plantea multitud de problemáticas, entre ellas la de la ocultación voluntaria por parte del fallecido de una parte de su patrimonio (transmitiendo, por ejemplo, a una persona que no debería poder recibirlo, una cartera de criptomonedas cuya existencia desconocen los herederos legítimos); en la hipótesis de una nueva regulación de la muerte digital esto debería tenerse en cuenta.

A continuación, en cuanto a los pasos a seguir, si bien el derecho positivo les abre posibilidades de actuación ante los actores privados que traten los datos del fallecido o gestionen los contenidos a los que se refiere el artículo 96 de la LOPD, hay que señalar que los textos no les permiten actuar de forma sencilla y eficaz para hacer valer sus derechos o para que se ejecuten las instrucciones del fallecido. Así, los propios actores privados señalan que los pasos que pueden dar los herederos suelen ser laboriosos. Por ejemplo, Frédéric Simode, fundador de la empresa francesa Grantwill, que ofrece a sus clientes la posibilidad de transmitir información o datos digitales a sus familiares después de su muerte, afirma que su empresa tiene que recurrir a abogados para conseguir el cierre de las cuentas que solicitan los herederos de una persona fallecida, teniendo a veces que solicitar la ayuda de la CNIL⁸⁹.

Otro factor de complejidad reside en la multiplicidad de cuentas abiertas en vida del fallecido, como indica esta vez el cofundador de la empresa Repos digital⁹⁰: los herederos tendrán entonces que ponerse en contacto con una multitud de responsables del tratamiento de datos o “prestadores de servicios de la sociedad de la información” para hacer valer la voluntad del fallecido o poder solicitar que se tenga en cuenta el fallecimiento del causante. Por ejemplo, un estudio de la empresa Dashlane indicaba en 2017 que el estadounidense medio tenía 150 cuentas para acceder a servicios en línea y que requerían el uso de una contraseña, una cifra que debería duplicarse en 2022⁹¹. Aunque estos resultados son criticables, ya que la empresa ofrece servicios de gestión de contraseñas y no detalla la metodología empleada para llegar a estas

⁸⁷ SOLÉ RESINA, J., *Las voluntades digitales...*, cit., p. 422.

⁸⁸ BANTA, N., *Inherit the Cloud...*, cit. p. 829.

⁸⁹ SALTIEL, F., DEVAUX, J., NADJAR, V., “Rendez-vous avec la mort : cimetière numérique et quête d'immortalité”, *France culture*, 5 de noviembre de 2021 <https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/le-meilleur-des-mondes/rendez-vous-avec-la-mort-cimetiere-numerique-et-quete-d-immortalite-7554947>

⁹⁰ Entr fr, “Qu'est ce que deviennent tes datas après ta mort ?”, *Youtube*, 18 de mayo de 2022 <https://www.youtube.com/watch?v=xH1PfgfxH2Q>

⁹¹ CARUTHERS, M., “World Password Day: How to Improve Your Passwords”, *Dashlane*, 11 de mayo de 2018, <https://blog.dashlane.com/world-password-day/>

conclusiones, lo cierto es que el crecimiento del uso de los servicios en línea y la generalización de las tecnologías digitales deberían conducir a un aumento del número de cuentas abiertas por el usuario medio de estas tecnologías. Esto debería tener como consecuencia, en el momento de su muerte, multiplicar el número de actores privados a los que los herederos deben dirigirse. Así, cuanto más se generalice el uso de los servicios en línea, más se planteará la cuestión de la muerte digital, y los herederos, o las personas encargadas de aplicar las directrices dejadas por el fallecido, o incluso la persona que desee anticipar su muerte digital, tendrán que ponerse en contacto con un gran número de actores privados que ofrecen los servicios en cuestión o recurrir a empresas especializadas, como hemos visto.

Por último, cabe preguntarse si no podría crearse un nuevo derecho a la portabilidad, inspirado en el previsto en el artículo 20 del RGPD, a favor de los herederos de personas fallecidas para poder recuperar en sus propias cuentas de usuario los activos o contenidos digitales que poseía el fallecido o a los que éste tenía acceso. Esto significaría, por ejemplo, transferir a la cuenta de usuario de un heredero los datos pertinentes que estaban en la cuenta abierta por el fallecido con el mismo proveedor de servicios de la sociedad de la información o con otro proveedor que ofrezca servicios similares (por ejemplo, contenidos de música o vídeo en línea). Si bien esto podría ser una forma de dar a los herederos un control real sobre el destino de los datos o contenidos relativos al causante, habría que establecer un marco estricto y claramente definido para conciliar este particular derecho a la portabilidad con la legislación sobre propiedad intelectual, por ejemplo. Sin embargo, tal vez esto deba considerarse innecesario en la medida en que los herederos ya pueden, en virtud del artículo 96 de la LOPD, acceder a determinados contenidos del fallecido y decidir sobre su “utilización, destino o supresión”, lo que podría abrir ya la posibilidad de que los herederos tomen el control, en cierto modo, de estos contenidos. La hipótesis de un nuevo derecho de portabilidad dedicado a los herederos superaría, sin embargo, el marco actual, al tiempo que ofrecería precisiones.

III. CONCLUSIÓN

En definitiva, los actores privados tienen un papel decisivo en el ámbito de la muerte digital, tanto si se trata de proponer (de forma alternativa o acumulativa) herramientas que permitan tener en cuenta el fallecimiento de un usuario de sus servicios como de ofrecer servicios dedicados. Sin embargo, se plantean muchos interrogantes sobre el marco jurídico de la actuación de estos actores. Aparte de que se puede cuestionar la confianza depositada en algunos de estos actores, en particular los que prometen recoger los deseos de una persona que se prepara para su muerte digital⁹², hay que señalar que el marco actual en el que se despliegan las iniciativas privadas no está suficientemente claro y fuente de soluciones: si no estamos en una zona donde no hay derecho, hay muchas hipótesis en las que el marco jurídico que se impone a estos actores no está adaptado o no garantiza un nivel suficiente de protección de los derechos de las personas fallecidas o de sus herederos.

Por lo tanto, es necesario superar el lugar dejado a los actores privados, limitando su acción a través de un marco más claro y eficaz. En este caso, parece preferible que la Unión Europea intervenga y que esta intervención dé más espacio a la voluntad del interesado definiendo con precisión las prerrogativas de los herederos.

⁹² ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F., “Testamento digital”, *Revo JCF*, Juristas con Futuro, edición especial, Septiembre 2016, pp. 34-36 <https://www.juristasconfuturo.com/ebook-testamento-digital/>

Así, no se trata de condenar la acción de los actores privados en el ámbito de la muerte digital, sino de proponer un marco renovado y más preciso para esta acción, que sea a la vez fuente de soluciones para las personas afectadas y garantía de seguridad jurídica para los actores privados.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Informes

- BELOT, L., Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, après engagement de la procédure accélérée, sur le projet de loi (n° 3318) pour une République numérique, 15 de enero 2016 <https://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3399.asp>
- Conseil d'État, étude annuelle 2014, Le numérique et les droits fondamentaux, p. 26 <https://www.vie-publique.fr/rapport/34281-etude-annuelle-2014-du-conseil-detat-le-numerique-et-les-droits-fonda>
- Sénat, Commission de l'aménagement du territoire et du développement durable, Rapport d'information de la mission d'information sur l'empreinte environnementale du numérique, 24 de junio de 2020, p.1 http://www.senat.fr/commission/dvpt_durable/mission_dinformation_sur_lempreinte_enviromentale_du_numerique.html

Obras publicadas

- FERAL-SCHUHL, C., "Mort numérique", en FERAL-SCHUHL, C., *Cyberdroit Le droit à l'épreuve de l'internet*, 8e édition, Dalloz, Paris, 2020, p.65

Revistas

- BANTA NATALIE, M., "Inherit the Cloud: The Role of Private Contracts in Distributing or Deleting Digital Assets at Death" *Fordham Law review*, núm. 83, 2014, pp. 836-837 <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol83/iss2/16/>
- BERLEE, ANNA, "Digital Inheritance in the Netherlands", *Journal of European Consumer and Market Law* (EuCML), núm. 6/2017, pp. 256-260 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3082802
- BORDURE, B., "Les incertitudes du droit face à la mort numérique", *Revue Juridique Personnes et Famille*, n° 10, 1 de octubre de 2021.
- BRUNAU, G., "La mort à l'ère numérique: le sort des biens et des données personnelles", *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm 10, 11 de marzo de 2022.
- CASTEX, LUCIEN, "Les éternités numériques : un essai d'analyse prospective", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, núm. 126, 1 de mayo 2016.

- CONWAY, H., GRATTAN, S., “The 'New' New Property: Dealing with Digital Assets on Death”, *Modern Studies in Property Law*, Vol. 9, Hart Publishing, Oxford., 2017, p. 3 <https://pure.qub.ac.uk/en/publications/the-new-new-property-dealing-with-digital-assets-on-death>
- CUCURULL POBLET, T., “La sucesión de los bienes digitales (patrimoniales y extrapatrimoniales)”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 2, abril-junio, 2022. Estudios, pp. 313-338 <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/730>
- DESCHANEL, C., “L’instauration d’un droit de propriété des données personnelles : vrai danger ou fausse utilité ?”, *Revue Lamy Droit de l’Immatériel*, núm. 156, febrero 2019.
- GINER GANDÍA, J., “El testamento digital sí existe y ya ha llegado”, *Desafíos Legales Reto JCF, Juristas con Futuro*, edición especial, Septiembre de 2016, pp. 56-58 <https://www.juristasconfuturo.com/ebook-testamento-digital/>
- GROFFE, J., *La mort numérique*, Recueil Dalloz, 2015, p. 1609.
- LAMARCHE, M., “Immortalité numérique versus droit à la mort ou comment mourir sur l’Internet ?”, *Droit de la famille*, núm. 7-8 julio-agosto de 2019.
- MAISONNIER, A., DUPUIS-BERNARD, R., LÉTINIER, H., “L’incidence de la mort physique sur les données numériques: que faire de ses données ?” *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 36, 10 de Septiembre de 2021, 1278.
- MATTATIA, F., YAICHE, M., “Être propriétaire de ses données personnelles (1 partie): peut-on recourir aux régimes traditionnels de propriété” 7, *Revue Lamy Droit de l’immatériel*, núm. 114, abril 2015, pp. 60-63 <http://www.adij.fr/donneespersonnelles/wp-content/uploads/2015/07/ADIJ-Mattatia-Yaiche-article-RLDI-1ere-partie.pdf>
- MORALEJO IMBERNÓN, N., “El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Anuario de derecho civil*, tomo LXXIII, fasc. I, 2020, p. 254 https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2020-10024100281
- MURILLO DE LA CUEVA, P.L., “La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa”, *Cuadernos de derecho público*, núms. 19-20, mayo-diciembre 2003, pp. 27-43.
- ÖHMAN CARL, J., WATSON, D., “Are the dead taking over Facebook? A Big Data approach to the future of death online”, *Big Data & Society*, Enero-Junio 2019, pp. 1-13 DOI: <https://doi.org/10.1177/2053951719842540>
- ORDELIN FONT, J.L., ORO BOFF, S., “Bienes digitales personales y sucesión mortis causa: la regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXXIII, junio de 2020, p. 126 <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/6051>
- OTERO CRESPO, M., “La sucesión en los «bienes digitales». la respuesta plurilegislativa española”, *Revista de Derecho Civil* vol. VI, núm. 4, octubre-diciembre, 2019 Estudios, pp. 89-133 <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/477>

- PATTI FP., BARTOLINI, F., Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection: The Italian Reform, *European Review of Private Law* 5-2019, pp. 1182-1183 https://www.academia.edu/40699278/Digital_Inheritance_and_Post_Mortem_Data_Protection_The_Italian_Reform
- ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F., “Testamento digital” *Reto JCF, Juristas con Futuro*, edición especial, Septiembre 2016, pp. 34-36 <https://www.juristasconfuturo.com/ebook-testamento-digital/>
- SANTOS MORÓN, M. J., “La denominada “herencia digital”: ¿necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado” *Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT), vol. 10, núm. 1, 2018, pp. 414-415. DOI : <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4128>
- SOLÉ RESINA, J., “Las voluntades digitales: marco normativo actual”, *Anuario de derecho civil*, tomo LXXI, fasc. II, 2018 pp. 420-421 https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2018-20041700440

Prensa

- ESPERO, B., “El misterio de los NFT, el nuevo fenómeno del criptoarte”, *El País*, 19 de abril de 2021 <https://elpais.com/babelia/2021-04-19/el-misterio-de-los-nft-nuevo-fenomeno-del-criptoarte.html>
- GALLARDO MESEGUER, M., “La protección de datos post-RGPD”, *CincoDías*, 28 de enero de 2020 https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/01/27/legal/1580145292_624659.html
- KUNKLE, F., “Virginia family, seeking clues to son’s suicide, wants easier access to Facebook” *The Washington post*, 17 de febrero de 2013 https://www.washingtonpost.com/local/va-politics/virginia-family-seeking-clues-to-sons-suicide-wants-easier-access-to-facebook/2013/02/17/e1fc728a-7935-11e2-82e8-61a46c2cde3d_story.html
- LECHER, C., “If you lived and died in Delaware, your family now gets access to your digital afterlife”, *The verge*, 19 de agosto de 2014 <https://www.theverge.com/2014/8/19/6044467/delaware-heirs-digital-assets>
- PAUGET, D., “La contaminación digital, una plaga invisible” *Radio France international*, 20 de agosto de 2019, <https://www.rfi.fr/es/ciencia/20190820-infografia-la-contaminacion-digital-una-plaga-invisible>
- SALTIEL, F., DEVAUX, J., NADJAR, V., “Rendez-vous avec la mort: cimetière numérique et quête d’immortalité”, *France culture*, 5 de noviembre de 2021 <https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/le-meilleur-des-mondes/rendez-vous-avec-la-mort-cimetiere-numerique-et-quete-d-immortalite-7554947>
- SÁNCHEZ-CASCADO, M., “¿Cementerios superpoblados? Hong Kong se pasa a las tumbas virtuales”, *La voz de Galicia*, 1 de febrero de 2019

<https://www.lavozdegalicia.es/noticia/sociedad/2019/02/01/ultimo-sepulturas-tumbas-virtuales-cenizas-obras-arte/00031549019451342971330.htm>

- VILARS, T., NOISETTE, T., “Deuil et réalité virtuelle : quand une mère rencontre l’avatar de sa fille morte il y a trois ans”, *L’obs*, 10 de febrero de 2020 <https://www.nouvelobs.com/societe/20200210.OBS24657/deuil-et-realite-virtuelle-quand-une-mere-rencontre-l-avatar-de-sa-fille-morte-trois-ans-avant.html>