



universidad
de león



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2023/2024**

**EL TESTAMENTO DIGITAL Y LA
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS FALLECIDAS.**

**(THE DIGITAL WILL AND THE
PROTECTION OF THE DECEASED'S
PEOPLE RIGHTS)**

MÁSTER DE ABOGACÍA

AUTORA: DÑA. VICTORIA DIEZ PALOMINO
TUTORA: DRA. DÑA. HELENA DÍEZ GARCÍA



ÍNDICE

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE	4
ABSTRACT AND KEY WORDS	5
OBJETO DEL TRABAJO	6
METODOLOGÍA UTILIZADA	7
1. INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ ES EL TESTAMENTO DIGITAL?.....	8
2. LEY CATALANA 10/2017 DE 27 DE JUNIO, DE LAS VOLUNTADES DIGITALES. EL REGISTRO ELECTRÓNICO DE VOLUNTADES DIGITALES.	10
3. LOS LEGITIMADOS PARA LA GESTIÓN <i>POST MORTEM</i> DEL PATRIMONIO DIGITAL.	13
3.1 LOS LEGITIMADOS POR EL CAUSANTE. EL ALBACEA DIGITAL.....	13
3.2 LOS LEGITIMADOS POR LA LEY.	16
3.3 LA EXCLUSIÓN EXPRESA DE LEGITIMACIÓN POR PARTE DEL CAUSANTE. INVERSIÓN DE LA REGLA PROPIA DEL DERECHO DE SUCESIONES.	18
4. LA PROTECCIÓN DE LA DENOMINADA ‘INTIMIDAD PRETÉRITA’ Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE ACCESO A LOS DATOS <i>POST MORTEM</i> DE LA PERSONA FALLECIDA.	20
4.1 ¿QUÉ DATOS QUE CONSTITUYEN PARTE DE NUESTRA INTIMIDAD?.....	20
4.2 EL DERECHO DE ACCESO Y LA DENOMINADA ‘INTIMIDAD PRETÉRITA’. ...	23
5. LA PROTECCION DEL DERECHO AL HONOR Y LA IMAGEN <i>POST MORTEM</i>. ..	27
5.1 LOS LEGITIMADOS PARA SU DEFENSA.	27
5.2 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA LA DEFENSA DEL HONOR Y LA IMAGEN <i>POST MORTEM</i>	28
5.2.1 LA DEFENSA DE LA IMAGEN <i>POST MORTEM</i>	28
5.2.2 EL DERECHO AL HONOR <i>POST MORTEM</i>	32
6. LOS MENORES DE EDAD Y SU CONTENIDO DIGITAL TRAS SU FALLECIMIENTO.....	35
CONCLUSIONES	38
BIBLIOGRAFÍA	44



ABREVIATURAS

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
ART	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
DA	Disposición Adicional
FJ	Fundamento Jurídico
LOPDGDD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales Y Garantía De Los Derechos Digitales.
LOPH	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.
PLOPD	Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo



universidad
de león



RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

RESUMEN

Este trabajo se centra en el estudio del testamento digital, en lo que se refiere al contenido del mismo – contenidos digitales-, así como a su gestión por los legitimados, haciendo especial mención al albacea digital, a través de la regulación que del mismo realiza la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales y todo ello puesto en relación con la protección de los derechos a la intimidad, honor e imagen del fallecido. También se aborda la protección de la intimidad en la LOPDGDD que introduce el derecho de acceso y se analiza el derecho al honor y la imagen desde un punto de vista jurisprudencial con el fin de esclarecer quién puede gestionarlo, de qué modo y cuáles son las posibles vulneraciones de derechos que se pueden derivar.

PALABRAS CLAVE: Testamento digital, datos de personas fallecidas, patrimonio digital, protección civil, herencia digital.



universidad
de león



ABSTRACT AND KEY WORDS

ABSTRACT

This work focuses on the study of digital wills, specifically regarding their content -digital content- as well as their management by authorized people, with special emphasis on the digital executor, through the regulation established by Organic Law 3/2018, of December 5, on the protection of Personal Data and Guarantee of Digital Rights, and all this in relation to the protection of the deceased's rights to privacy, honor, and image. The work also addresses privacy protection in the LOPDGDD, which introduces the right of access, and analyzes the right to honor and image from a jurisprudential perspective to clarify who can manage it, in what way, and what potential rights violations may arise.

KEY WORDS: Digital will, data of deceased people, digital heritage, civil protection, digital inheritance.



OBJETO DEL TRABAJO

Son muchas las personas que hoy en día se preocupan por el destino de sus contenidos digitales una vez fallezcan. Este contenido digital puede tratarse de fotos, archivos, contraseñas de acceso, dinero *on-line* (criptomonedas), cuentas de correo electrónico y cualquier otro tipo de contenido que se pueda albergar en formato digital. Dicha preocupación no es en vano, pues no existe una regulación concreta y específica sobre el destino de dicho contenido y su administración.

De este modo, el fin del presente trabajo es analizar las leyes actuales que contienen, aunque sean pinceladas, alguna regulación al respecto, tales como, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales y la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

En primer lugar, cabe preguntarse qué se entiende por testamento digital y quiénes son los legitimados para la gestión del mismo – en este apartado ya se plantea la primera problemática en cuanto al uso y fin del contenido digital del fallecido- y se pone en comparación la actual Ley Orgánica 3/2018 con el que fue el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.

La segunda parte del trabajo se centra en la defensa de los derechos del fallecido en el entorno digital; tanto la intimidad – pretérita-, como el honor y la imagen del mismo. La protección de la intimidad se analiza a través de la LOPD; más en concreto en lo que se refiere a la regulación del derecho de acceso que establece. Por lo que respecta al honor y a la imagen, el análisis de estos derechos es más jurisprudencial y no tanto legislativo, siendo en este caso tanto el TS como el TC –este mediante doctrina- quienes arrojan luz sobre el tema.

El objetivo final de este trabajo es demostrar cómo la falta de regulación exacta y concreta sobre el acceso, uso y finalidad de los contenidos digitales de un fallecido no hace sino perjudicar los derechos del mismo.



universidad
de león



METODOLOGÍA UTILIZADA

Para la realización del presente trabajo fue determinante la elección del tema, que fue un tema planteado por la tutora y que a mí me resultó muy interesante, en primer lugar, porque nunca había estudiado nada al respecto y en segundo lugar, porque se trata de un tema de actualidad, pues hoy en día todo el mundo tiene contenido digital en mayor o menor medida y casi nadie –razonablemente- ha establecido las pautas para su gestión en caso de fallecimiento.

Para poder desarrollar el tema comencé leyendo diversos artículos de revista y monografías, y si bien en un principio el trabajo iba a centrarse más en la legislación propiamente dicha del testamento digital y el futuro de este, durante el estudio de estas obras me pareció más interesante centrar el trabajo en el testamento digital y cómo la falta de regulación de este o la ambigüedad de dicha legislación afecta a los derechos de una persona fallecida, más en concreto, a su intimidad, imagen y honor.

Aparte de la lectura de diversas obras que se reflejan en la bibliografía del trabajo ha sido fundamental la lectura de la jurisprudencia del Tribunal Supremo así como de la doctrina del Tribunal Constitucional, pues, como ya se ha indicado, como resultado de la ambigüedad -o no regulación- de estos derechos en el plano de una persona fallecida, es esa jurisprudencia y esa doctrina la que ha ido concretando, al menos un poco, cuándo se debe entender que existe una vulneración de tales derechos y cuándo no.

En definitiva, el trabajo es una exposición de lo que su propio título ya anuncia, basándose en el estudio de artículos, monografías, casos reales -expuestos en la presente obra- así como en la jurisprudencia, todo ello bajo la dirección de la tutora y con el fin de hacer un análisis coherente del tema elegido.



1. INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ ES EL TESTAMENTO DIGITAL?

El testamento digital, al contrario de lo que su propio nombre pueda llevarnos a entender, no se trata de un testamento otorgado de forma *online*, pues el testamento digital *online*, como tal, no existe¹. No se puede hacer un testamento *online*, ni desde casa, ni íntegramente electrónico², sino que se trata de un testamento que contiene nuestro legado digital.

Se puede definir el testamento digital como aquel documento que va a incluir, entre sus disposiciones, la voluntad del causante sobre el destino de todo su patrimonio virtual³ y que debe cumplir con todas las formalidades que la propia ley exige, pues a tenor del artículo 687 CC, *‘será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo’*: formalidades tales como la exigencia de que el notario haya de poder identificar al testador.

Pero, ¿qué se entiende por patrimonio virtual? La herencia o el testamento digital no se ciñe de modo exclusivo, aunque también los incluya, a los perfiles de usuarios en redes sociales, sino, en general, a los llamados «contenidos digitales»; noción que abarca cuestiones tan dispares como las cuentas de correo electrónico, los perfiles sociales en internet, los datos personales alojados en servidores, los archivos digitales que el fallecido poseyera (ebooks, archivos musicales o audiovisuales,

¹ Cabe resaltar que el testamento digital propiamente dicho no está regulado por el Derecho Civil vigente, resaltando los artículos 687 – relativo a requisitos de forma- y 676 y ss, que no permiten un otorgamiento telemático del testamento, siendo los únicos autorizados en la actualidad los comunes –abierto, cerrado y ológrafo- y los especiales – militar, marítimo y realizado en país extranjero-.

² LLOPIS BENLLOCH, José Carmelo. Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe en: Ricardo OLIVA LEON *¿Testamento digital?*, Ed.1º, E-Book, Juristas con futuro, 2016, pp. 45-52.

³ JIMÉNEZ LAJARA, Carlos. La herencia digital en: Ricardo OLIVA LEON *¿Testamento digital?*, Ed.1º, E-Book, Juristas con futuro, 2016, pp. 67-82.



universidad
de león



fotografías), sus criptomonedas (bitcoins), las cuentas que tuviera abiertas en servicios de prestación de música o películas en línea, entre otros⁴.

En dicho testamento se ha de plasmar toda la información relativa a dichos contenidos digitales, tales como, nombres de usuarios, contraseñas, quién lo ha de administrar –si es que se hace referencia, por el contrario, habría que aplicar la regulación que para tal caso da el art. 96 LOPDGDD y que será tema a tratar más adelante en este trabajo – y cómo ha de administrarlo.

Siendo así que nos encontramos ante un testamento que ha de cumplir todas las formalidades estipuladas en la ley, pero cuyo contenido es diferente al que se suele plasmar en un testamento al uso, contenido que no está específicamente reglamentado en la LOPDGDD, sino que se ha ido definiendo a través de la interpretación que han ido dando diversos autores y cuyo tratamiento–tanto el acceso como la gestión del mismo⁵– está íntimamente relacionado con la protección y defensa *post mortem* del honor, la imagen y de la denominada intimidad pretérita, pues hay que tener en cuenta que no sólo se puede especificar el qué y el quién ha de administrar, sino que también se puede estipular el cómo ha de administrarlo – si ha de borrar sus cuentas, si ha de dedicarlas a determinada función o si, simplemente, puede apropiarse de las mismas modificando los datos-.

Hemos de recordar que en la actualidad gestionar el patrimonio digital de una persona no implica únicamente la gestión de usuarios y contraseñas de diversas cuentas, sino que este puede producir ganancias monetarias o en el caso de, por ejemplo, los perfiles de los denominados *influencers*, lo que en ellos se publique puede llegar a tener

⁴ MORALEJO IMBERNÓN, Nieves. 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*, 2020, nº1, vol. 73.1, pp. 241–281.

⁵ En este aspecto cabe diferenciar el acceso a los datos de la gestión de los mismos, pues es la propia LOPDGDD la que introdujo el derecho de los herederos a la gestión de estos datos, separándose de la legitimación que el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal otorgaba a los herederos y que consistía únicamente en el derecho de acceso.



una alta repercusión en la sociedad, de modo que la forma en la que se administren *postmortem* según qué perfiles puede ser determinante para tutelar el derecho al honor y a la imagen de la persona fallecida, así como para salvaguardar el propio patrimonio de esta o de sus herederos para el caso de que, por ejemplo, una persona dejase en usufructo las ganancias que una inversión digital –criptomonedas, por ejemplo- le pudieran producir. De este modo, que el Derecho proteja plenamente a la persona desde su nacimiento hasta su muerte no significa que sea indiferente al tiempo precedente y al consecuente⁶. Por este motivo, vamos a analizar cómo se pueden proteger en el entorno digital los diversos derechos de una persona fallecida.

2. LEY CATALANA 10/2017 DE 27 DE JUNIO, DE LAS VOLUNTADES DIGITALES. EL REGISTRO ELECTRÓNICO DE VOLUNTADES DIGITALES.

La primera ley en España en hacer referencia a las voluntades digitales y regular de forma expresa la herencia digital fue la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña.

Esta ley, a tenor de su preámbulo, viene impulsada por el creciente uso por parte de la sociedad de los entornos digitales y de la huella que en ellos se deja y con el fin de suplir la carencia de regulación de los mismos una vez que la persona fallece, pues se considera que los archivos digitales que las personas generan a lo largo de su vida también constituyen parte de su legado.

La mencionada ley establecía la posibilidad de que el causante designase a una persona –heredero, administrador, albacea- que se encargase de llevar a cabo determinadas acciones en las diversas plataformas y servicios digitales que tuviese, que

⁶ GARCÍA RUBIO, M.^a. Paz. La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas. *Teoría y Derecho*, 2013. n°14, pp. 92.



podrían ser, entre otras opciones, comunicar a los prestadores la defunción o solicitar la cancelación de las cuentas a los mismos.

Dentro de los puntos más reseñables de la mencionada ley se encuentra la creación del Registro electrónico de voluntades digitales –artículo décimo-, el cual tenía dos funciones, la primera, la inscripción de las voluntades digitales y la segunda, la comunicación de la existencia de estas a quien lo solicitase y estuviese legitimado para su conocimiento.

La creación de este registro conllevó la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por parte de la Abogacía del Estado, basándose en la consideración de que el legislador catalán carecía de competencia para la creación de dicho registro *ex art. 149.1.8ª CE*, que se consideraba de carácter civil.

Dicho recurso fue plenamente estimado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia núm. 98/2019 de 17 de enero⁷, pues consideró que el registro de últimas voluntades digitales era de carácter civil y consideraba que, si bien las Comunidades Autónomas sí tenían competencias para la creación de registros administrativos, no así para la creación de registros civiles, lo cual es competencia exclusiva del Estado a tenor del art. 149.1.8º CE⁸.

En la misma línea de opinión del TC también se posiciona Bercovitz. Este autor estima que aquellas instituciones que producen efectos de naturaleza civil tienen carácter civil y, en este caso, quedaba fuera de toda duda que el registro que pretendía implementar la Generalitat constituía la vía para designar al sucesor del causante. Estaríamos, por tanto, ante una institución que otorgaría eficacia a un negocio

⁷ Sentencia Tribunal Constitucional 7/2019 de 17 de enero (BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2019). ECLI:ES:TC: 2019:7.

⁸ La sentencia únicamente cuenta con un voto particular discordante del fallo por parte de la magistrada Dña. Encarnación Roca, quien al contrario que el resto de los magistrados, sí consideraba que el registro era administrativo y por tanto la Comunidad Autónoma sí tenía competencia para su establecimiento.



jurídico de naturaleza eminentemente civil⁹. Siendo así que nos encontraríamos en el caso de que para poder realizar una designación para la administración del contenido digital tras el fallecimiento del causante, esta se haría a través del testamento, como si de cualquier otra disposición *mortis causa* se tratase.

Si bien la ley catalana pretendía adelantarse a los futuros problemas que la administración de los contenidos digitales *post mortem* de una persona pudieran llegar a ocasionar, lo cierto es que no dio del todo la solución a los mismos; primero, porque el registro creado tenía plenos efectos civiles al ser una vía para designar a la persona encargada de los mismos – esto no es sino un efecto de un negocio jurídico de naturaleza civil, como es la sucesión- y la Comunidad Autónoma carecía de competencia para ello y, en segundo lugar, porque no daba solución total al problema, porque si bien se podría dejar designada la persona encargada de la gestión, esta seguiría estando limitada por las propias políticas y condiciones del prestador de los servicios digitales.

En esta misma línea se pronuncia SANTOS MORÓN, cuando estima que la ley catalana dejaba en manos de las empresas de internet la decisión acerca del destino de los bienes digitales del usuario; cosa que, en realidad, ya vienen haciendo en la práctica. De acuerdo con lo indicado, parece evidente que los proveedores de servicios de internet pueden negarse a suministrar al heredero o persona designada por el causante información o acceso a las cuentas de éste, así como a los contenidos albergados en ellas si así se establece en las condiciones generales o en la política de

⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital de las personas fallecidas. Comentario a la STC, Pleno, de 17 de enero de 2019 (RTC 2019, 17). *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2019, nº 110, pp. 317-334.



uso de la empresa, por lo que cabe preguntarse por la utilidad real del sistema articulado en esa ley.¹⁰

Ejemplo de ello es el caso que se examinó en los tribunales alemanes en el año 2018 en el que unos padres solicitaban tener acceso a las cuentas de Facebook de su hija fallecida en un accidente de metro en Berlín por tener la sospecha de que se trataba de un suicidio y no de un accidente. A lo que Facebook argumentaba que concederles ese derecho podría vulnerar el derecho al secreto de las telecomunicaciones de los otros usuarios que se comunicaban con ella. Tras tres años en los tribunales alemanes, estos le dieron la razón a los padres, concediéndoles el acceso al perfil de su hija en Facebook, entendiendo que el contenido de dicha red social era parte de la herencia al tener una gran similitud con, por ejemplo, el contenido de un diario, elementos que son devueltos o a los que tienen acceso los herederos tras el fallecimiento del causante, así como argumentando que la posición contractual de la hija se había transmitido *mortis causa* a los padres¹¹.

3. LOS LEGITIMADOS PARA LA GESTIÓN *POST MORTEM* DEL PATRIMONIO DIGITAL.

3.1 LOS LEGITIMADOS POR EL CAUSANTE. EL ALBACEA DIGITAL.

Tal y como establecen los artículos 3.2 y 96.1 LOPDGDD, el causante puede designar tanto a una persona jurídica como a una persona física¹² para que esta solicite

¹⁰ SANTOS MORÓN, M^a José. La denominada “herencia digital”: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado. *Cuadernos de derecho transnacional*, 2018, vol. 10, nº 1, pp. 434-435.

¹¹ https://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-facebook-justicia-alemana-falla-favor-acceso-unos-padres-facebook-hija-muerta-201807121710_noticia.html

¹² En esta misma línea se desarrolla la LOPH en su artículo 4 al establecer que, para la protección y defensa del honor la intimidad o la imagen de una persona fallecida, se pueda designar tanto a una persona física como a una persona jurídica.



el acceso, rectificación o supresión de sus datos digitales, con la peculiaridad de que el art. 96.1 b) de la misma ley añade el denominado albacea testamentario a tal objeto. Por tanto, el legislador apenas pone restricciones al nombramiento de los legitimados por parte del causante, de lo cual podemos deducir que el objetivo principal es que toda persona fallecida vea su patrimonio digital salvaguardado facilitándole así un amplio abanico de elección para otorgar el derecho de acceso, rectificación o supresión de los mencionados derechos.

A consecuencia de esta libre designación que se otorga al causante, se ha tendido a denominar a la persona encargada de las voluntades digitales como ‘albacea digital’ por su similitud con la figura del albacea testamentario en determinados aspectos, tales como, la designación voluntaria del mismo o el carácter personalísimo del oficio o cargo. Sin embargo, aunque comparten ciertos caracteres, son dos las diferencias sustanciales que ofrecen entre sí y que impiden equiparar una figura a la otra.

La primera diferencia es la forma de institución, pues, mientras que el albacea solo puede ser instituido a través del testamento¹³, la persona encargada de la gestión del patrimonio digital puede ser instituida a través del documento de voluntades digitales o a través de determinados formularios ofrecidos por algunas plataformas digitales¹⁴.

¹³ Art 892 CC: *El testador podrá nombrar uno o más albaceas.*

¹⁴ Determinadas plataformas digitales ofrecen la posibilidad de rellenar un formulario donde se puede establecer quién habrá de gestionar las cuentas digitales una vez la persona ha fallecido. La problemática de estos formularios se plantea cuando también existe un testamento, pero en el mismo no se ha mencionado nada al respecto, siendo así que hay autores que establecen que ha de prevalecer el testamento sobre el formulario y la gestión del patrimonio digital se regirá por las normas legales – en este sentido se pronuncia FERNANDEZ-BRAVO FRANCÉS, Luis en Ricardo OLIVA LEON *¿Testamento digital?*, Ed.1º, E-Book, Juristas con futuro, 2016, pp. 53-55- y hay otros autores que sostienen en la idea de que junto con el testamento ha de prevalecer el formulario en base al principio del Derecho de sucesiones, por el que rige la última voluntad del causante y porque dicho formulario no deja de ser una expresión de voluntad, siendo así que la gestión del patrimonio se regirá por lo expuesto en dicho formulario –en este aspecto se postula MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria en ‘Reflexiones en torno a la protección post mortem de los datos personales y la gestión de la transmisión mortis causa del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDGD’. -. Ello



La segunda diferencia y que ya se pone de relieve en la propia redacción del art. 96 LOPDGDD atañe a las funciones del albacea testamentario y de la persona designada para la protección y gestión del contenido digital. Mientras que el albacea testamentario tiene legitimación para ejecutar todas las facultades que el causante le otorgue conforme al art. 901 CC, o, en su defecto, las que el art. 902 CC prevé – la más interesante para el presente caso es la ejecución de lo ordenado en testamento-, la persona encargada de la protección del contenido digital en ningún caso ostentará las funciones del art. 902 CC¹⁵. Es por ello, tal y como se hacía referencia al principio, que el art 96 LOPDGDD hace una distinción entre el albacea testamentario y la persona física o jurídica que el fallecido designe para la gestión del patrimonio digital.

En esa medida, se podría llegar a usar el término albacea digital para denominar a la persona encargada por el causante para la gestión de su patrimonio digital, pero nunca entendiéndolo como un albacea testamentario, sino como un albacea particular. En este caso, el «albacea digital» vendría a ser un albacea particular al que se le confiere un encargo especial, el de la ejecución de las voluntades digitales, figura compatible con el albacea universal que haya podido instituirse en testamento para el desarrollo del resto de funciones que le son propias¹⁶.

es particularmente relevante en materia de exclusiones, pues si figura una exclusión de una persona en materia de legitimación en un formulario y no en un testamento, depende de la posición que se tome sobre qué documento ha de regir el control del patrimonio digital, los sujetos legitimados se verán modificados.

¹⁵ Art 902 CC: *No habiendo el testador determinado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes: 1.ª Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo a lo dispuesto por él en el testamento; y, en su defecto, según la costumbre del pueblo. 2.ª Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero. 3.ª Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él. 4.ª Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes.*

¹⁶ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria. Reflexiones en torno a la protección post mortem de los datos personales y la gestión de la transmisión mortis causa del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDGDD. *Derecho Privado y Constitución*, 2019, nº 35, pp. 169-212



3.2 LOS LEGITIMADOS POR LA LEY.

A tenor del art. 3.1 y 96.1 LOPDGDD, están legitimados para gestionar el contenido digital de un fallecido ‘las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos’. Además, en el caso de menores de edad también estarán legitimados los representantes legales o el Ministerio Fiscal, así como las personas que desempeñen las funciones de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Cabe apuntar que el Ministerio Fiscal estará legitimado para accionar sólo “a falta de todos ellos” -según reza textualmente la ley-; es decir, cuando no exista ninguna de aquellas otras personas mencionadas con anterioridad por el art. 4 (ni sujetos designados testamentariamente por el causante, ni tampoco parientes legitimados), pero no cuando, existiendo alguno o varios de ellos, estos no deseen actuar¹⁷.

El otorgamiento de legitimación en estos casos a las personas vinculadas con el fallecido supone una ampliación de los sujetos legitimados más allá de los herederos¹⁸ y que inicialmente el art. 3, así como la DA 7 PLOPD no contemplaban y que fue criticado por la doctrina en base a dos argumentos: En primer lugar porque las plataformas digitales venían admitiendo la comunicación del fallecimiento del titular de la cuenta y la decisión de su eliminación a los familiares del difunto (no solo a los herederos) y en segundo lugar porque el art 3 PLOPD no seguía la legitimación implantada en el art 4.2 LOPH en relación con la legitimación *post mortem* para la

¹⁷ GUTIERREZ SANTIAGO, Pilar. La llamada “personalidad pretérita”: Datos personales de las personas fallecidas y protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen. *Actualidad jurídica iberoamericana*. 2016, n°1, pp. 201-238.

¹⁸ En este sentido, el legislador español sigue en la misma línea que el legislador italiano, que contempla como legitimados a aquellos que actúen en tutela del interesado por razones familiares merecedoras de protección. No así la regulación francesa y catalana que limitan la legitimación a los herederos del causante.



defensa de los bienes de la personalidad que contempla al cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos de la persona fallecida¹⁹.

Esta ampliación de la legitimación puede ser acertada para los casos en los que el fallecido no quiere que determinada información sea conocida por sus herederos y prefiera que la gestione o conozca otra persona distinta, como un amigo o su hermano, para el caso de una persona joven, por ejemplo. Sin embargo, plantea diversas cuestiones a resolver, como, por ejemplo, ¿qué debemos entender por vinculación por razones de hecho? Si bien este interrogante no se puede resolver y habremos de estar a las futuras resoluciones judiciales y de la Agencia Estatal de Protección de Datos²⁰, sí es razonable pensar que sentarán sus bases en el art 4.2 LOPH al tener una gran similitud con el expuesto. Sin embargo, no se deberá aplicar en sustitución del art 3.1 y 9.6 LOPDGDD pues de haber querido el legislador que así fuera, habría empleado la misma redacción sin incluir ningún matiz, como sí, por el contrario, ha hecho.

El art 4.2 LOPH contiene una lista cerrada de legitimados en tanto que, por el contrario, los art 3.1 y 9.6 LOPDGDD no. De ahí que se pueda llegar a entender que se podría extender la legitimación legal en los supuestos de gestión de patrimonio digital a personas estrechamente ligadas al fallecido pero que no son necesariamente herederos, como puede ser un tío o un amigo íntimo, aunque hay ciertos autores que consideran

¹⁹ MINERO ALEJANDRE, Gemma. *La protección post mortem de los derechos al honor, la intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*. Ed 1º, Navarra: Aranzadi, 2018, p. 128.

²⁰ En este sentido se puede ver el DICTAMEN N° D19-008 de la Agencia Vasca de Protección de Datos con relación al acceso al historial clínico de un fallecido por parte de personas vinculadas con él. En este dictamen se establece lo siguiente: *En cuanto a quiénes son las personas “vinculadas” al fallecido por razones familiares o de hecho, lo cierto es que la Ley 41/2002, tampoco especifica el grado de parentesco de los familiares que pueden acceder a la historia clínica del fallecido (...). Hay algún sector doctrinal que entiende que siempre que el solicitante acredite su vinculación familiar o de hecho con el fallecido, y salvo que éste lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite, tendría acceso a la historia clínica. Sin embargo, no es esta la opinión mayoritaria, que mantiene que (...) la relación de hecho debe estar acreditada en el correspondiente registro o con la inscripción en el padrón municipal.* Siendo así que lo que se ha de entender por vinculación por razones de hecho es materia de debate doctrinal donde no hay una solución concreta.



que resulta necesario acreditar un grado próximo de parentesco por tratarse de un derecho personalísimo²¹.

3.3 LA EXCLUSIÓN EXPRESA DE LEGITIMACIÓN POR PARTE DEL CAUSANTE. INVERSIÓN DE LA REGLA PROPIA DEL DERECHO DE SUCESIONES.

El artículo 3 y el artículo 96.1 a) LOPDGDD establecen que *“las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión.*

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

De dichos artículos podemos deducir que la actuación de los legitimados por el causante y de los legitimados por la ley puede desarrollarse simultáneamente, no siendo excluyentes entre sí, salvo que dicha exclusión la determine el propio causante de forma expresa o así sea determinada por ley. De tal modo que estamos en el supuesto de que la legitimación nace directamente de la propia LOPDGDD y no de la voluntad del causante, que solo será aplicable si la manifiesta expresamente. En suma, la facultad de

²¹ CAVERO MOCHALES, Nuria. Datos de las personas fallecidas. En: Mónica ARENAS RAMIRO y Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ. *Protección de datos: Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*. Ed 1º, Sepin Editorial Jurídica, 2019. pp. 57-60.



gestión de los derechos digitales nace legalmente en todos los casos en los que el causante no prevea su prohibición expresa.

Esa prohibición ha de ser escrita, específica, libre e informada y puede referirse al ejercicio de todos o alguno de los derechos de protección de datos, pero, en ningún caso, puede afectar el derecho que ostentan los herederos de acceder a la información de carácter patrimonial del causante y que forma parte del caudal relicto. De este modo, se evita la posible obstaculización de la sucesión hereditaria que podría derivarse de la interdicción establecida por el causante²².

Con todo lo expuesto, podemos deducir que estamos ante una inversión de la regla del derecho de sucesiones, según la cual solo en ausencia de última voluntad expresada por el causante se aplicarán las reglas de la sucesión intestada del CC, pues en este caso, la legitimación nace de la propia ley, que la otorga en su propio artículo 1, y no de la voluntad del causante, que lo que podrá es manifestar su negativa a que estos accedan.

Junto con la posibilidad de concurrencia entre los diferentes legitimados y la inversión de la regla del derecho de sucesiones se une la problemática de que el legislador no ha establecido un orden de prelación entre los sujetos legitimados para la gestión del patrimonio, siendo así que podrían concurrir el Ministerio Fiscal con el albacea y un heredero en una gestión de un mismo patrimonio, suponiendo ello un problema para la gestión y protección del contenido digital. Es por ello por lo que es razonable pensar que lo adecuado hubiera sido establecer una prelación entre ellos, donde primase la voluntad del causante y en defecto de ella, las normas legales, y que estas, a su vez, establecieran una prelación entre los diferentes sujetos, tal y como se

²² AMERIGO ALONSO, José. Objeto y ámbito de aplicación. En: Artemi RALLO LOMBARTE. *Tratado de protección de Datos, actualizado con la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales*. Ed.1º, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 79-114.



hizo en la Ley de Propiedad Intelectual en sus arts. 15 y 16, donde se previene que, a falta de disposición expresa, corresponderá dicha legitimación a los herederos.

4. LA PROTECCIÓN DE LA DENOMINADA ‘INTIMIDAD PRETÉRITA’ Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE ACCESO A LOS DATOS *POST MORTEM* DE LA PERSONA FALLECIDA.

4.1 ¿QUÉ DATOS QUE CONSTITUYEN PARTE DE NUESTRA INTIMIDAD?

En primer lugar, hay que determinar qué se entiende por datos personales. Aunque la actual LOPD no los defina, sí lo hacía la ya derogada Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, de 13 diciembre, en su artículo 3, en el que establecía que serían datos personales ‘*toda información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*’. La AEPD concretaría aún más este concepto, mediante el Informe 285/2006²³, determinando que debían incluirse dentro de la definición de datos personales el nombre, el número de teléfono, el documento nacional de identidad, las fotos de una persona o su dirección IP de internet. También lo define el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, al establecer, en su artículo 4, que son datos personales *toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona*

²³ El informe se realiza como respuesta a una consulta sobre la adecuación a la Ley 15/1992, ya derogada, de la actividad de la consultante consistente en la prestación de un servicio de atención a los usuarios del taxi a través del teléfono (auto-taxi), pues el número del terminal telefónico desde el que se efectúan las llamadas telefónicas recibidas por la consultante queda registrado en una base de datos asociada, en el caso de los teléfonos fijos, a la dirección del usuario del servicio (disponible en <https://www.aepd.es/documento/2006-0285.pdf>).



*cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona*²⁴.

De este modo, queda determinado que los datos personales y la protección de estos por parte del derecho fundamental a la protección de datos no solo abarca datos íntimos de una persona, sino que estos datos pueden ser públicos, -como por ejemplo el número del documento nacional de identidad, que puede figurar en diversos sitios oficiales o no, pensemos por ejemplo cuando lo dejamos escrito en empresas de paquetería para posteriormente recoger dicho paquete- y sin embargo gozar del derecho fundamental a la protección de datos por el uso que terceros puedan hacer de ellos y que puedan repercutir sobre dicha protección, tanto en vida como *post mortem*.

En este sentido se pronuncia la Sentencia 292/2000 del Tribunal Constitucional, de 30 noviembre, en su Fundamento Jurídico 6, al declarar lo siguiente: *‘De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que, por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual,*

²⁴ Cabe reseñar el considerando 27 de dicho Reglamento, que establece que este texto normativo *no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas. Los Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas.*



*económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo*²⁵.

De este modo, nos encontramos en la situación en la que el legitimado en cada caso para la gestión del patrimonio digital de un fallecido tendrá no solo que salvaguardar aquellos datos que se consideren íntimos, sino que, para una correcta salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos, tendrá que gestionar los datos públicos, como aquellos que figuren en sus redes sociales, en diversos perfiles de internet, en juegos *online* o en cualquier plataforma que contenga, aunque sea mínima, una posible identificación del causante. Sin embargo, la protección de estos datos públicos ya viene facilitada por el art. 18.4 CE, al establecer que *'la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos'* y aunque se debe tener en cuenta que la protección de datos es un derecho personalísimo que se extingue con el fallecimiento; no así la defensa de los mismos, que se puede encomendar a un legitimado (art. 3 LOPD) así también lo establece la LOPD en su exposición de motivos cuando establece que, *aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho.*

Con todo ello podemos concluir que los datos que forman parte de nuestra individualidad son todos aquellos datos personales que no han de considerarse necesariamente íntimos, pero que cuyo conocimiento y uso por parte de terceros puede afectar a los derechos fundamentales del individuo. De este modo, nos encontramos en la situación de que la persona que en su momento se encuentre legitimada para proteger

²⁵ De esta misma sentencia también es reseñable el Fundamento Jurídico 7, donde se señala lo siguiente: *'El contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso'*. (Sentencia completa disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4276#complete_resolucion&completa).



los derechos digitales de un fallecido, más en concreto, su ‘intimidad pretérita’, tendrá que tener en cuenta que no solo serán aquellos que considere íntimos como su nombre o apellidos, información que puede figurar en cualquier red social, sino también aquellos datos que puedan ser conocidos por terceros como las fotos, por ejemplo, elementos que han de ser, desde mi punto de vista, especialmente protegidos por el legitimado en vista del auge que la inteligencia artificial está experimentando y de su capacidad para crear imágenes no reales, pero sí dañosas para la imagen e intimidad de una persona a partir de fotos que sí lo son.

4.2 EL DERECHO DE ACCESO Y LA DENOMINADA ‘INTIMIDAD PRETÉRITA’.

La protección *post mortem* de los datos de las personas fallecidas se encuentra regulada en el artículo 3 LOPD. Esta regulación destaca especialmente por otorgar a los legitimados las mismas posibilidades que tenía el propio titular sobre sus datos; es decir, los mismos derechos ARCO, esto es, el derecho de acceso, rectificación, oposición y cancelación. Esta concesión al legitimado de las mismas prerrogativas que tenía el propio titular es de nueva incorporación con el artículo 3 arriba mencionado, pues el Reglamento de 2007 únicamente preveía el derecho de cancelación, pero no de acceso.

Esta ampliación de legitimación, donde cualquiera puede acceder a los datos, salvo que el propio causante dispusiera lo contrario, podría llegar a producir una vulneración de la intimidad del fallecido, no en el mismo sentido que esta tenía cuando la persona aún estaba viva, pero sí de la denominada intimidad pretérita. La defensa que se ha de hacer de ella, tanto de la intimidad como de la imagen y del honor ya se menciona en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su artículo 4, donde establece que ‘el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de



una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica'²⁶.

Es esta ampliación de legitimación por parte de la LOPD, donde se otorga legitimación a cualquier persona vinculada con el fallecido, ya sea por razones familiares o de hecho, la que hace que peligre la salvaguarda de estos derechos, pues es razonable pensar y llegar a imaginar el peligro real que supone que cualquier persona allegada al fallecido pueda acceder a sus datos en internet y ya no solo el acceso, sino a la gestión que de ellos pueda hacer.

En contraposición, el Reglamento de Protección de Datos de 2007, aunque otorgaba una legitimación igual de amplia, el derecho de acceso a los datos de la persona fallecida no estaba permitido, siendo así que estableció que únicamente se podría tener derecho de acceso a los datos por parte de los familiares cuando esto fuera determinante para conocer datos patrimoniales -para poder llevar a cabo la correspondiente sucesión- o para defender su honor e intimidad pretérita²⁷.

²⁶ En este sentido resulta interesente la lectura de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 542/2016 donde el demandante actúa en su propio nombre pero ejerciendo la acción de defensa del derecho a la intimidad de su difunto padre y en la cual, en su FJ segundo, señala que el derecho a la intimidad se extiende tanto a uno mismo como persona como a aquellas personas con las que se tenga una estrecha vinculación que incida en la esfera de la persona fallecida, como es el parentesco: *“Atribuye subsidiariamente a terceros el ejercicio de tales derechos para los casos de intromisiones postmortem, concediendo tal posibilidad a la persona designada testamentariamente por el titular del derecho (...) Así, el derecho a la intimidad se extiende no solo a aspectos de la vida propia y personal sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es el parentesco que, por razón precisamente de la relación y vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo fallecido”*.

²⁷ En este mismo sentido se pronunció la AEPD, en la Memoria de 2002, en sus páginas 313 y 314, donde declaraba lo siguiente: *“Sería posible el acceso de los herederos a los datos del causante siempre que los mismos aparezcan directamente relacionados con su propia condición de heredero (por ejemplo, el acceso a los datos necesarios para conocer el caudal relicto o el estado de determinados bienes de la herencia). Sin embargo, el acceso a la información a la que nos referimos no podría entenderse relacionado con el derecho de acceso consagrado en la legislación de protección de datos de carácter personal, sino que se desprendería del derecho de todo heredero a conocer el caudal relicto y el estado del mismo, así como realizar las acciones necesarias para su determinación y defensa, toda vez que el mismo sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones como consecuencia de su muerte, tal y*



El Reglamento establecía legitimación para el acceso a los datos de la persona fallecida a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o análogas. Esta legitimación, aunque también resultaba muy amplia, se entendía dada en pro de la salvaguarda de la información. Esto es, se otorgó una legitimación amplia para que se reflejara de forma exacta y veraz la información del afectado y no tanto para el ejercicio de los derechos del mismo por parte de un tercero. En este sentido, esta amplia legitimación se hallaba justificada por la «ratio» que perseguía el derecho de cancelación que, a renglón seguido, se les reconocía. A saber, velar por la «exactitud» de los datos recogidos en los ficheros automatizados, lo que corrobora el hecho de que el legitimado debía aportar justificación del óbito del titular de los datos, esto es, el correspondiente certificado de defunción²⁸.

De este modo, no se trata del ejercicio de los derechos de una persona por parte de un tercero, sino más bien de la adecuación de los datos a la situación del afectado, que ha de reflejarse de forma veraz y exacta. En definitiva, se trata de una consecuencia de la aplicación de los principios de calidad de los datos que se lleva a cabo con la supresión de los mismos, si esto fuera posible y no lo impidieran otras circunstancias contempladas en la norma²⁹.

En contraposición se encuentra el artículo 3 LOPD, donde los legitimados también pueden acceder a los datos, siendo así que su función no solo es la de corroborar la exactitud de los datos en las diversas plataformas digitales, sino la de acceder a los mismos y gestionarlos. A efectos aclaratorios, la AEPD estimó que el

como determinan los artículos 651, 659 y 661 del Código Civil". Disponible en <https://www.aepd.es/documento/memoria-aepd-2002.pdf>.

²⁸ MORALEJO IMBERNÓN, Nieves. 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*, 2020, nº1, vol. 73.1, pp. 241–281, p. 250.

²⁹SERRANO PÉREZ, M^a Mercedes. Comentario de los artículos 16 y 17. En: Antonio TRONCOSO REIGADA. *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*. Ed 1^o. Madrid: Civitas, 2010, pp. 1219-1240, p. 1228.



derecho de acceso es “*tu derecho a dirigirte al responsable del tratamiento para conocer si está tratando o no tus datos de carácter personal y, en el caso de que se esté realizando dicho tratamiento, obtener la siguiente información: una copia de los datos personales, la finalidad de los mismos, la existencia del derecho del interesado a solicitar al responsable: la rectificación o supresión de sus datos personales, la limitación del tratamiento de sus datos. personales u oponerse a ese tratamiento, entre otros*”³⁰.

Sin embargo, el verdadero riesgo de lesión de la intimidad pretérita no se encuentra tanto en el matiz de acceso o no a los referidos datos, lo cual no implica que sea ello menos relevante, sino en la carencia de exactitud en cuanto a quién puede o no acceder, o lo que es lo mismo, en la amplia legitimación que el artículo establece para el acceso, donde no se prima la voluntad del causante, salvo que este expresamente así lo establezca, lo cual es una inversión de la regla de sucesiones anteriormente mencionada en el presente trabajo, y donde no se establece una prelación entre los diversos sujetos que pueden acceder.

A tenor del artículo 3 LOPD, pueden acceder a los datos personales de una persona fallecida, tanto un amigo, como un hermano o la pareja de hecho, indistintamente, y es razonable pensar que cada uno de ellos puede hacer uso de dichos datos de distinta forma y con distintos fines, sin restricción alguna, pues no se han establecido pautas o normas a seguir para la salvaguarda de la intimidad del fallecido, ni se han establecido directrices a seguir con los datos una vez se accede a ellos.

Siendo así que, con los dos factores que se plantean, esto es, la ausencia legal del establecimiento de una prelación entre los herederos que pueden acceder a los datos y la ausencia total de directrices o normas a seguir para el buen desempeño de las funciones en lo que al uso de los datos del fallecido se refiere, es lógico pensar que la salvaguarda

³⁰ El listado completo de lo que conlleva el derecho de acceso se puede encontrar en la página oficial de la AEPD, disponible en: <https://www.aepd.es/derechos-y-deberes/conoce-tus-derechos/derecho-de-acceso#:~:text=El%20derecho%20de%20acceso%20es,que%20son%20objeto%20del%20tratamiento.>



de la intimidad por parte de la LOPD es cuanto menos débil, sino inexistente, en comparación con el Reglamento del 2007, donde si bien es cierto que la legitimación era igual de amplia, el acceso a los datos estaba restringido y siempre se otorgaba con unas finalidades concretas. De ese modo, ni cualquiera podía acceder a los mismos, ni podía dedicarlos a cualquier finalidad.

5. LA PROTECCION DEL DERECHO AL HONOR Y LA IMAGEN *POST MORTEM*.

5.1 LOS LEGITIMADOS PARA SU DEFENSA.

Cuando una persona fallece y toma las riendas de sus perfiles sociales la persona a la que se le encomienda – o corresponda- tales datos se le plantean dos opciones: Bien cerrar la cuenta o bien mantenerla a modo de homenaje; opción que ofrecen las plataformas digitales como Facebook o Instagram³¹. La opción conmemorativa implica que el contenido que el ahora fallecido publicó se siga visualizando y, además, algunas plataformas conceden la posibilidad de que amigos publiquen imágenes suyas a modo de recuerdo; imágenes que figurarán en el perfil de dicha persona, pero sin su consentimiento expreso , por lo que puede resultar vulnerada la intimidad y/o la propia imagen del fallecido. En este caso ya se plantea la primera problemática: ¿Quién es el responsable de proteger el honor y la imagen de dicho fallecido en estos casos?

Está claro que si se trata de una persona que no tiene familia será el Ministerio Fiscal el encargado de instar la supresión del perfil, pero en los casos en que sí exista algún familiar, ¿podemos entender que será el administrador de dicha cuenta el

³¹ En Instagram, por ejemplo, una cuenta se puede hacer conmemorativa o eliminarla. Para hacerla conmemorativa se exige una certificación del fallecimiento y para solicitar la eliminación se exige un documento que acredite ser familiar directo del fallecido. En ningún caso proporcionarán datos de acceso. (Puede verse en: <https://es-la.facebook.com/help/instagram/264154560391256>). Con pautas semejantes se plantean los términos de Facebook en cuanto a la eliminación o conversión de una cuenta a conmemorativa, con la peculiaridad de que Facebook otorga la posibilidad de dejar establecido lo que denomina un ‘contacto de legado’, que será la persona que se hará cargo de tu perfil si falleces. (Puede consultarse en: https://es-es.facebook.com/help/103897939701143/?helpref=faq_content).



encargado? Es en base a casos ya enjuiciados con los que podemos dar respuesta a este interrogante, pues en el supuesto del uso de la imagen del vocalista de los grupos *Golpes Bajos* y *Siniestro Total* – del cual hablaremos más adelante- enjuiciado por el Tribunal Supremo o en el de la defensa por parte de la madre de la imagen de su hijo Gabriel, asesinado por la pareja de su padre en 2020³², quienes emprendieron acciones legales en defensa de su imagen y honor fueron sus herederos, es decir, los gestores de sus perfiles sociales.

5.2 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA LA DEFENSA DEL HONOR Y LA IMAGEN *POST MORTEM*.

5.2.1 LA DEFENSA DE LA IMAGEN *POST MORTEM*

Para poder entender la jurisprudencia que el Tribunal Supremo ha sentado sobre la protección de los derechos objeto del presente epígrafe, en concreto, sobre el derecho a la propia imagen, es necesario realizar una breve referencia a los casos que llevaron a dictar las resoluciones que dieron lugar a esa doctrina jurisprudencial.

Estos casos son, en concreto dos, el caso *Dalí* y el caso del vocalista de los grupos *Golpes Bajos* y *Siniestro Total*. Aunque el caso *Dalí* fue anterior en el tiempo, conviene explicar y exponer en primer lugar el caso del vocalista de esos grupos musicales.

Dicho caso tuvo lugar en octubre del año 2018, cuando una promotora de un festival, con la finalidad de publicitar la participación del grupo *Golpes Bajos* en dicho festival, incorporó la imagen y el nombre de su vocalista, fallecido en 2013, en el cartel publicitario del festival y lo publicó y difundió en diversos medios digitales. Los herederos del vocalista consideraron que tal inclusión de su imagen era con fines publicitarios y se pusieron en contacto con la promotora para que la retirase, por lo que ante su negativa, interpusieron demanda en base a una intromisión ilegítima en los

³² Enlace directo a la noticia en: <https://www.publico.es/espana/madre-nino-gabriel-denuncia-imagen-menor-asesinado.html>



universidad
de león



derechos de imagen del vocalista premuerto. Esta demanda fue desestimada en primera instancia, pero estimada por la Audiencia Provincial de Madrid y por el Tribunal Supremo imponiendo a la promotora el pago de una indemnización de 20.000 euros y la publicación parcial de dicha sentencia en un medio impreso y dos digitales.

En este caso, el Tribunal no apreció la posibilidad de aplicar la excepción del artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en base a la cual no se reputarán como intromisiones ilegítimas aquellas acciones en las que predomine un interés cultural, científico o histórico relevante³³. Así, en el FJ tercero, en la STS 2340, de 16 de junio de 2022, se señala que *“podría responder a un interés cultural el mantener o difundir el conocimiento y recuerdo de una persona que hubiera realizado una contribución relevante a la cultura. Y, por ello, no debería descartarse que algún homenaje a un artista ya difunto pudiera gozar de interés cultural relevante. Pero no basta una mención de un homenaje a un artista, para justificar el empleo de su imagen. En el presente caso, las circunstancias en que se utiliza la imagen ponen en evidencia su finalidad publicitaria y comercial, y diluyen la relevancia del posible interés cultural”*.

Tampoco aprecia el Tribunal Supremo que el uso de dicha imagen se pueda amparar bajo la excepción de personaje público del artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, pues si bien reconoce que efectivamente lo era, el uso de su imagen no justifica cualquier uso, ya que solo estaría justificado el uso de la imagen en una noticia o información que afectase directamente a dicha persona cuando la imagen se capte con ocasión de la noticia que se ilustra. Hecho que no ocurría en el presente caso, puesto que

³³ Cabe resaltar que, aún cuando los tribunales presentan una postura estricta a la hora de aplicar las excepciones contempladas en la ley para el uso de la imagen de un fallecido, también reconocen, como así sucede en la STC 43/2004, de 23 de marzo, Fj quinto, que, para los *"hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad en el sentido constitucional del término (su libre desarrollo es fundamento del orden político y de la paz social: art. 10.1 CE)*, se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos".



solo se apreciaba una finalidad publicitaria, la cual no podía prevalecer sobre un derecho fundamental. Así, en el FJ cuarto de esta resolución, se considera que *“conviene advertir que el empleo de la imagen no ilustra una noticia o información relacionada que afecte directamente al Sr. Florentino, ni mucho menos ha sido tomada con ocasión de la noticia que se ilustra. Se trata de una fotografía de archivo, cuyo empleo no responde al ejercicio de un derecho de información, sino a la finalidad publicitaria y comercial, antes mencionada”*.

Por el contrario, el Tribunal Supremo, en el denominado caso Dalí del año 2016, reputó que sí podía ser tolerado el uso del nombre y la imagen de una persona fallecida con finalidad comercial, al entender que la memoria del difunto no se veía afectada, puesto que no explotaba su imagen de forma denigratoria, ni de manera discordante con la conducta del difunto en vida³⁴.

Así lo expuso, en su FJ tercero, nuestro Alto Tribunal en la Sentencia 2781/2016, de 20 de junio, al declarar que *“el sistema previsto en el art. 4, en relación con el 9.4, ambos de la LO 1/1982, no protege tanto los derechos del art. 18.1 de la Constitución, extinguidos a la muerte de la persona, como la memoria del difunto (así lo afirma la exposición de motivos de la ley) en los aspectos relacionados con esos derechos. Pero el ejercicio de acciones en el modo previsto en estos preceptos legales presupone que la conducta del demandado haya supuesto no solo una explotación no autorizada de la imagen o el nombre del difunto, sino también un menoscabo, una lesión de su memoria, en un sentido amplio, bien porque la utilización de la imagen se ha hecho de un modo objetivamente denigratorio, bien porque se haya realizado en un modo que no concuerde con la conducta que el difunto observó en vida. Tal menoscabo*

³⁴ En este respecto resulta interesante la lectura de YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016 (2781/2016). Derecho a la propia imagen. Límites. Posibilidad de revisar la cuantía de la indemnización. En: Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Ed 1º. España: Dykinson, 2016, vol. 8, pp. 285- 297, p. 291, quien señala , entre otras cuestiones, que *“la jurisprudencia es de una simetría demasiado sencilla como para que resulte convincente cuando se baja de la teoría a la práctica y se comprueban los resultados concretos de cada litigio”*.



de la memoria del difunto, al igual que la intromisión en su derecho fundamental a la propia imagen con anterioridad a su fallecimiento, puede producirse por «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga» (art. 7.6 LO 1/1982)”³⁵.

Por su parte, dentro de la doctrina del Tribunal Constitución, es reseñable la STC 51/2008 de 14 de abril, donde se indica, en su FJ sexto, que “*con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte de sus allegados. De tal modo que para que los legitimados puedan ejercer acciones para la defensa de la imagen y del honor deben presentar una conducta clara y tajante que no deje lugar a dudas sobre su reacción frente al insulto al recuerdo del difunto*”.

Está claro que el ordenamiento jurídico quieren dotar de protección a estos derechos fundamentales una vez la persona ha fallecido; lo que está todavía por esclarecer es con qué alcance y bajo qué circunstancias. Aun así, de toda la jurisprudencia expuesta resulta deducible que no se puede utilizar la imagen de un fallecido con fines comerciales si esta no tiene un interés cultural relevante, aunque el difunto hubiera sido un personaje público. Esto es muy importante hoy en día sobre todo, pensemos, de cara a los denominados *influencers* o personas famosas con un nivel muy alto de popularidad, pues, sentando estas bases, el derecho de imagen de estas personas que en comparación con una persona media es más vulnerable, queda en cierta medida protegido al no poder darle a su imagen difunta cualquier uso en cualquier situación y solo se podrá usar su imagen, así como del resto de personas comunes, siempre y cuando no resulte denigratoria y esta tenga una finalidad lícita.

³⁵ En materia de defensa post-mortem de los derechos de la personalidad también se puede leer la STS 4413, de 21 de diciembre de 2020, que versa sobre la protección *post mortem* de los derechos de la personalidad y defensa de la memoria de una persona fallecida en un caso en el que las expresiones que se consideran ofensivas fueron realizadas en unos programas de televisión a los que acudió, primero como invitada, y luego colaboradora, una de las hijas de la fallecida. Interpone la demanda otra hija y demanda a los demás colaboradores de los programas (no a su hermana), a los directores, a la productora y a la titular del medio de comunicación.



5.2.2 EL DERECHO AL HONOR *POST MORTEM*

En lo que respecta al derecho al honor, el principal problema que se plantea con este derecho de la personalidad es la colisión que se da entre dicho derecho y el derecho a la libertad de información y expresión.

En lo que se refiere a la libertad de información, los tres requisitos reiteradamente establecidos en la jurisprudencia del TS para que pueda prevalecer en el caso concreto la libertad de información frente al derecho al honor son la veracidad de la información, el interés general o relevancia pública, sea por la materia (interés legítimo de la opinión pública, no simple satisfacción de curiosidad ajena), por razón de las personas (personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública)³⁶ o por ambas cosas, y la proporcionalidad, esto es, que en su exposición pública no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias. Esta ponderación³⁷ surge por una necesidad práctica de resolver de alguna forma las situaciones que se pueden producir por intromisiones en la memoria de una persona ya fallecida; porque resulta claro que al fallecido poco ya le puede afectar y, sin embargo, sí a su familia y a ciertos intereses que protege también la ley, tales como, el interés general y social, así como un interés histórico, científico o cultural relevante³⁸ en algunos supuestos.

³⁶ En este sentido, es interesante la lectura de la STS de 21 de Diciembre de 1994, caso de ‘La Chulapona’ donde en lugar de preservar el valor patrimonial de la imagen de la fallecida se optó por hacer prevalecer un interés cultural que se reputó relevante.

³⁷ Para la realización de la ponderación, en la SAP de Zamora 215/2018 de 31 de julio, FJ tercero, se señala lo siguiente: “*La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella*”.

³⁸ COBAS COBIELLA, M^a Elena. Protección post-mortem de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión. *Revista Boliviana de Derecho*, 2013, n^o 15, pp.112-129, p. 119.



El requisito de la «veracidad» cuenta con amplio desarrollo jurisprudencial, en el sentido no de que la información sea «verdad», con certeza plena, sino en el despliegue por el informador de una razonable diligencia para contrastar la noticia con pautas profesionales, el uso de fuentes fidedignas y la obtención de un resultado al que el lector medio hubiera llegado con los mismos datos³⁹.

Respecto a la libertad de expresión, esta no protege la difusión de rumores, expresiones dañinas o insultos, pero sí se permite realizar una crítica contundente siempre y cuando exista un interés público y los hechos sean veraces. De este modo, ni la libertad de expresión, ni la libertad de información serán tenidas en cuenta cuando estas expresen hechos no veraces que afecten a la persona dañada por los mismos. En este sentido se puede ver la STS 236/2019, 23 abril 2019, FJ séptimo, donde se aclara que *“carece de relevancia la distinción entre libertad de expresión y libertad de información, pues ninguna de las dos justificaba la intromisión al sustentarse las opiniones o juicios de valor del demandado sobre el demandante en unos hechos no veraces que afectaban gravemente a la consideración pública del demandante”*.

Con estas pautas y en concreto en lo que se refiere a la protección del derecho al honor de una persona fallecida a través de medios digitales, el TS ha otorgado prioridad a la protección al honor frente a las libertades mencionadas, estimando las demandas que los familiares de los mismos han presentado. Por ejemplo, la STS 641/2019, de 3 de 26 de noviembre de 2019, en la cual ciertas personas vierten comentarios peyorativos – conectado con la libertad de expresión- sobre una persona que, hacía 38 años, había declarado ver un OVNI, siendo así que el TS concluye que los comentarios eran innecesarios y gratuitos, por lo que estima que no se puede emplear, una vez fallecido, expresiones vejatorias sobre una persona. En relación con la primacía del derecho al honor del fallecido frente a la libertad de información, cabe mencionar, por ejemplo, a

³⁹ CAMARA LA PUENTE, Sergio. La lesión por medios digitales de la personalidad pretérita del fallecido. *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020) Estudios, pp. 117-174, p. 136.



la STS 384/2020 de 1 de julio de 2020, donde un periodista imputó a una persona una participación en el asesinato de otra durante la guerra civil publicándolo en un diario digital. No considera el Tribunal Supremo que prime la libertad de información, pues, según su criterio, *“el periodista demandado no agotó la diligencia que cabía exigirle y, por tanto, que la información transmitida como soporte de la crítica no fue veraz (...) porque la legitimidad de la crítica a determinadas ideologías por alinearse con interpretaciones sesgadas de hechos históricos (en particular, relativos al comportamiento de los dos bandos durante la Guerra Civil), no justificaba que para sustentar o argumentar esa crítica se hicieran, sin respetar el deber de veracidad, imputaciones tan graves y de tanta intensidad ofensiva como las dirigidas contra el padre del demandante”*.

Sin embargo, aun cuando en líneas generales los tribunales priman la defensa del honor, por ejemplo en la STC 172/1990, de 12 de noviembre de 1990 – reportaje de un piloto fallecido en el que se hace referencia a su mal carácter y alcoholismo- o en la SAP Asturias de 7 de julio de 2004 – donde se imputaba a un fallecido una paternidad extramatrimonial basada en meros rumores- frente a la libertad de expresión y e información, es común encontrar sentencias que favorecen dichas libertades frente al honor. Por ejemplo, en la STS 362/2016 de 1 junio de 2016 -un periódico deja intuir que el fallecimiento de un recluso, hijo del demandante, fue por sobredosis de droga- o en la STS 21/1998 de 26 de enero de 1998 -donde se insinúa que un sacerdote ya fallecido llevó a cabo una conducta defraudadora en lo que a su voto de pobreza se refería-.

Con todo ello, de todas las sentencias expuestas⁴⁰ se puede observar que existe cierto nivel de incertidumbre en cuanto a la extensión de la protección *post mortem* de

⁴⁰ En este sentido, puede resultar interesante la lectura de GINEBRA MOLINS, M^a ESPERANÇA. Voluntades digitales en caso de muerte. *Cuadernos de derecho transnacional*, 2020. n^o1, Vol. 12, paginas 914-916, pues expone las consideraciones que las legislaciones norteamericana y europea le dan a los derechos digitales tanto desde un punto vista patrimonial como personal: Francia, Italia o Suiza, entre ellos.



la imagen y del honor y aunque se pueden sacar algunas conclusiones, estas no pueden ser tajantes, pues se puede encontrar jurisprudencia en ambos sentidos, siendo así que el derecho al honor y a la imagen *post mortem* se verán tutelados en mayor o menor medida dependiendo de la posición jurisprudencial que el tribunal juzgador en cada caso adopte, por lo que la salvaguarda de estos derechos queda en manos de dicho tribunal, de la ponderación que en cada caso haga de los diversos derechos y de la importancia que quiera darles a cada uno de ellos en cada caso en concreto, ya que, dada la jurisprudencia actual, si alguien vierte declaraciones sobre un fallecido en una red social -pensemos en Twitter, hoy X, por ejemplo- tendremos que esperar al criterio del juzgador, de si este prima la libertad de expresión o el derecho al honor. Aun con todo ello, deberá ser garantizado este último derecho a partir de la interpretación más favorable al respeto de los bienes que procura resguardar⁴¹.

Y yendo aún más lejos, pongámonos en el caso en la situación en la que la persona que gestiona una red social de un fallecido decida publicar imágenes del mismo en su propio perfil, o comentarios que puedan resultar perjudiciales. Como la regulación de los legitimados a la gestión del mismo es ambigua y la protección de estos derechos depende del criterio del juzgador, cabe, cuanto menos, reconocer la falta de protección de estos derechos en el entorno digital y más aún cuando se trata de un fallecido.

6. LOS MENORES DE EDAD Y SU CONTENIDO DIGITAL TRAS SU FALLECIMIENTO.

Al igual que en los adultos la proliferación del uso de contenido digital, más en concreto, de redes sociales, entre los menores de edad, es una realidad. Las redes sociales se han convertido en una vía para establecer e incluso de iniciar relaciones sociales entre ellos, por lo que cabe plantearse la duda de qué sucede con sus redes

⁴¹ PEÑA PÉREZ, Pascal. El derecho a la muerte digital y la protección post mortem de los datos personales: nuevas prerrogativas aplicables al ecosistema digital. *Revista de la facultad de derecho de México*, 2021, nº 280, pp. 733-752.



sociales – o contenido digital en general- cuando un menor fallece; con su identidad, su imagen y su honor y la gestión de su herencia digital.

Es ya bien sabido que los menores son titulares de derechos de la personalidad - honor, imagen e intimidad- y pueden llegar a serlo de otros derechos -como los reales-. Algunos de estos derechos los podrán ejercer por sí mismos y en otros necesitarán recabar el apoyo de sus representantes legales. Estos postulados teóricos cobran vida en la práctica ante la actividad digital de los menores de edad. De hecho, puede considerarse que ostentan una «capacidad digital progresiva». Por una parte, dicha capacidad les permite ejercitar múltiples derechos en el entorno virtual⁴², como puede ser, a tenor del art. 7.1 LOPDGDD, permitir el tratamiento de sus datos personales a partir de los 14 años.

En primer lugar, cabe plantearse si un menor de edad podría dejar establecido quién y cómo podría gestionarse su patrimonio digital. Para responder a este interrogante, cabe recurrir a dos artículos, el ya citado art. 7.1 LOPDGDD, que permite que un menor, a partir de los 14 años, permita el tratamiento de sus datos y el art. 663 CC, que autoriza a los mayores de 14 a otorgar testamento. De este modo, el menor mayor de 14 años puede dejar establecidas lo que se denominan sus últimas voluntades digitales. En caso de ser menor de 14 años, cabría la posibilidad, de que este pudiera redactar un documento de últimas voluntades digitales con consentimiento de sus progenitores. Sin embargo, esta afirmación puede resultar muy ambigua; en primer lugar, por la falta de regulación de esta materia en lo que respecta a los menores y en segundo lugar, porque podría llegar a ser contraria al Derecho de sucesiones establecido y, en particular, con el carácter personalísimo de las disposiciones *mortis causa* en el Derecho civil común y con el imperativo legalmente establecido en relación con la edad y capacidad requerida para testar.

⁴² BASTANTE GRANELL, Víctor. Menor de edad y últimas voluntades digitales. *Revista de derecho civil*. 2022, nº 4, vol. 9, pp. 51-135.



En lo que se refiere a las acciones de defensa de su personalidad pretérita, el sujeto que esté legitimado – de no haberse estipulado nada serán sus representantes legales- tendrá a su alcance todas las acciones que el Derecho civil otorga en estos casos, tales como, medidas cautelares, de rectificación, eliminación o indemnización, entre otras⁴³.

Con todo ello expuesto, los menores mayores de 14 años podrán otorgar testamento en el que incluyan directrices para la gestión de su patrimonio digital, pero no así los menores de 14 años, al menos, no lo otorgarán con una seguridad jurídica certera de que ese documento será válido y aplicable en un futuro, dada la falta de legislación al respecto -y que cada vez resulta más apremiante-. Pues, si bien es lógico y razonable entender que no haya una regulación que ampare el otorgamiento de un testamento por un menor de 14 años en lo que a bienes materiales se refiere, pues a esas edades no se suelen tener, no resulta ya tan lógico que no se ampare un testamento o al menos un cauce en el que puedan dejar reflejado quién y cómo se habrá de administrar su contenido digital, pues hoy en día los menores desde muy tempranas edades tienen acceso a internet y con ello a la creación de contenido digital.

El establecimiento de dicho cauce o de una regulación específica terminaría con la laguna legislativa que se plantea al respecto de los menores de 14 años y salvaguardaría tanto al menor en sí como a su interés superior.

⁴³ Como ejemplo ilustrativo se puede leer la STS de 27 de abril de 2021, donde una madre recibe una indemnización por valor de 20.000 euros por denunciar el uso de la imagen de sus hijas fallecidas sin el consentimiento de sus progenitores.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Tras el creciente aumento del uso de las nuevas tecnologías por parte de la población en general ha surgido la necesidad de establecer una regulación, o, al menos, unas pautas a seguir que estipulen el fin y uso del contenido digital tras el fallecimiento de quien era su titular. A tal objeto, surge el concepto de *testamento digital*, que será un documento en el que se estipule la voluntad del causante en lo que respecta al destino y gestión de ese contenido digital – que puede incluir desde perfiles en redes sociales hasta cualquier activo monetario *online* como, por ejemplo, criptomonedas- y que ha de cumplir con todas las formalidades que la ley establece para los testamentos comunes para que este pueda producir plenos efectos civiles posteriormente.

La primera regulación que surgió al respecto fue la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña que pretendía suplir la falta de regulación estatal al respecto y que creó el registro de voluntades digitales, que fue declarado inconstitucional por la Sentencia núm. 98/2019 de 17 de enero, pues consideró que se trataba de un registro de carácter civil cuya competencia no le pertenece a la Comunidad Autónoma, sino al Estado.

Sin embargo, aunque la finalidad era buena; suplir la carencia de regulación al respecto evitando así una laguna legal en torno a una materia cada vez más presente en el día a día, lo cierto es que no ponía solución final al problema, pues dejando de lado la inconstitucionalidad del registro, las personas que se designasen dicho registro como encargados para la gestión del patrimonio del fallecido seguirían estando supeditados a las propias políticas de los diversos servidores de internet. Es por ello que podemos deducir que la solución no está en la creación de un registro exclusivo para esta materia, sino en la elaboración de una regulación estatal completa que colabore y se adapte en la medida de lo posible a las políticas de los servidores, de modo que cuando se dé el fallecimiento de una persona, la vía para ponerse en contacto con dichas plataformas, así como la gestión de los diversos perfiles sea lo más rápida y sencilla posible.



SEGUNDA. En lo que se refiere a la legitimación para la gestión de este contenido, esta puede venir dada bien por la propia ley o bien por la voluntad del causante.

En lo que se refiere a la ley, dada la libre designación que estipulan los arts. 3.2 y 96.1 LOPDGDD, pues se puede encomendar tanto a una persona física como jurídica, deducimos que lo importante para el legislador es que el fallecido vea su patrimonio digital salvaguardado y es por esta libre designación que surge la figura de un albacea digital, quien, en ningún caso, puede ser entendido como un albacea testamentario, dadas las diferencias que entre los mismos existen, pero que sí se puede entender como un albacea particular con un encargo encomendado: la ejecución de la voluntad digital del fallecido. Son estos mismos artículos los que estipulan que estarán legitimados para la gestión del patrimonio digital aquellas personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos. Esta ampliación de legitimación originariamente no se contemplaba en el PLOPD y se contraponen con el art. 4.2 LOPH, que establece una lista cerrada de sujetos que pueden defender los bienes de la personalidad de un fallecido y que queda establecido en el cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos.

Podemos considerar que otorgar esta amplia legitimación puede ser acertada para según qué supuestos, pues pongamos el caso de que el fallecido sea una persona joven y prefiera que su contenido sea gestionado por su hermano o por un amigo; sin embargo, siempre se habrá de justificar que existe esa vinculación por razón de hecho si no se trata de familia y para ello aún no hay nada legalmente establecido que lo defina, y aunque si bien es cierto que puede sentar sus bases en el ya citado art. 4.2 LOPH, no podemos entender que se reduce únicamente a esa lista, porque de haber querido el legislador que así fuera habría empleado la misma redacción, o bien, habría hecho referencia al mismo; hecho este que no ha sucedido y que además, ha decidido estipular una lista abierta de posibles legitimados.



En lo que a la legitimación otorgada por el causante se refiere, el artículo 3 y el 96.1 a) LOPDGDD en su parte final establecen que las personas anteriormente citadas no podrán acceder al contenido del causante cuando este lo hubiera prohibido expresamente, siendo así que en este caso la legitimación nace de la ley y que la facultad de gestión de los contenidos digitales surgirá siempre, salvo que el causante manifieste expresamente lo contrario; lo que supone una inversión de las reglas de la sucesión intestada pues la legitimación nace directamente de la ley y no de la voluntad del causante.

Es por ello que, en lo que a legitimación se refiere, es razonable pensar que con la inversión de la regla de sucesiones que el actual sistema ha establecido, la falta de prelación entre los diversos legitimados para la gestión del contenido digital y la posible concurrencia de estos – pues en ningún momento se excluye esta posibilidad por la ley – tanto el contenido del patrimonio digital como las posibles vulneraciones de derechos que se puedan derivar de su uso o por parte de terceros quedan altamente desprotegidos, siendo así que se debería de establecer, en primer lugar, que la voluntad del causante fuese lo que primase y en su defecto, la ley, y que en dicha ley estuviera claramente estipulada una prelación entre los sujetos legitimados, así como una lista lo más cerrada posible de los mismos a fin de evitar tanto la concurrencia entre ellos como el acceso al contenido digital de un fallecido por cualquier sujeto que acreditase una mínima vinculación con el mismo.

TERCERA. Conforme al Reglamento (UE) 2016/679 -Reglamento General de Protección de Datos- será dato personal toda aquella información que permita identificar a una persona o que verse sobre la misma, ya sea una información privada o pública, pues si dicha información permite identificar al sujeto o afectar a alguno de sus derechos será tratado como dato personal. Es por ello por lo que el derecho fundamental a la protección de datos abarca tanto a los datos privados como públicos, punto clave para poder llevar a cabo la defensa de la intimidad de una persona fallecida cuando esta se vea afectada por terceros. Siendo así que la persona que se encuentre legitimada en cada caso para la protección de los derechos digitales de un fallecido, la denominada



universidad
de león



‘intimidad pretérita’, tendrá que tener en cuenta no solo los datos que considere íntimos, sino también aquella información que sea pública, y todo lo que sobre la misma se vierta, ya sean comentarios, montajes -pensando sobre todo en la inteligencia artificial-, o publicaciones acerca de las mismas para poder llevar a cabo una protección correcta.

En lo que respecta a la protección concreta de la intimidad pretérita de un fallecido destaca el artículo 3 LOPD por otorgar a las personas legitimadas los mismos derechos ARCO - acceso, rectificación, oposición y cancelación - que tenía el propio fallecido sobre el contenido digital, cuando el Reglamento de 2007 únicamente preveía el derecho de cancelación. Este otorgamiento del derecho de acceso unido a la amplia legitimación antes mencionada hace que la protección de la intimidad del fallecido se vea vulnerada, pues si bien es cierto que el Reglamento otorgaba una legitimación igual de amplia, este no permitía el derecho de acceso, sino únicamente el de cancelación, con el fin de que los datos que se reflejasen fuesen acordes a la realidad y únicamente podían acceder a ellos con dicha finalidad.

Con el derecho de acceso que otorga la LOPD se permite que cualquier sujeto que demuestre una vinculación con el fallecido pueda acceder a los datos del mismo en internet, y no solo acceder, sino también gestionar esos datos, por lo que es razonable pensar que la actual regulación al respecto carece de los mecanismos necesarios para otorgar una correcta salvaguarda de la intimidad de una persona fallecida al permitir que cualquier legitimado acceda y gestione dichos datos y al no establecer, siquiera, un orden de prelación entre las diversas personas que pueden hacerlo ni unos límites o directrices en cuanto al uso de dichos datos, por lo que la protección real de la intimidad pretérita que se deduce de la propia LOPD es, cuanto menos, débil.

CUARTA. En lo que respecta a la defensa de la imagen y del honor *post mortem* su defensa, hasta el momento, se basará en una ponderación para cada caso concreto, tal y como vienen defendiendo los tribunales, entre el interés cultural, científico o histórico para el caso de la imagen y la libertad de expresión e información para el derecho al honor.



En lo que respecta al derecho a la imagen se habrá de emplear esta con fines culturales científicos o históricos, de lo contrario, se podrán ejercer las correspondientes acciones de defensa por parte de los legitimados. Si se trata de una persona que en vida fue un personaje público, ello no implica plena libertad para el uso de su imagen, siempre y cuando la imagen que se proyecte no se ajuste a la conducta que el difunto llevaba en vida, por lo que se podrán ejercer las correspondientes acciones de defensa. De ello podemos deducir que si bien es cierto que el ordenamiento jurídico quiere otorgar protección a la imagen de una persona fallecida, lo cierto es que no queda claro con qué alcance y a qué se habrá de estar en cada caso concreto, pues dependerá de la ponderación, subjetiva, que en cada caso se haga entre los citados intereses y la imagen del difunto por parte del juzgador.

Similar situación ocurre con el derecho al honor, ya que se habrá de ponderar entre este y la libertad de expresión e información, donde habrá de ponderarse esta segunda acorde a la veracidad de la información, el interés general y la proporcionalidad. En lo que se refiere a la defensa del honor en los medios digitales, el TS otorga protección al honor frente a las libertades antes mencionadas: decisión desde mi punto de vista acertada, pues la vulneración del honor que se puede realizar a través de medios digitales es mucho más sencilla, más directa y más frecuente, pues se puede dar en cualquier ocasión.

Con todo lo expuesto podemos concluir que en lo que a la defensa de la imagen y del honor respecta existe incertidumbre en cuanto a su protección, pues al aplicar el criterio de la ponderación en cada caso, se encuentran resoluciones por parte de los tribunales en ambos sentidos; siendo así que estos derechos se podrán ver salvaguardados en mayor o menor medida dependiendo del criterio que el juzgador aplique en cada caso concreto y lo que estime oportuno que habrá de prevalecer.

QUINTA. El testamento digital es una realidad, al menos, en lo que al contenido digital se refiere, pues la mayoría de la población tiene redes sociales o contenido en internet que en algún momento habrá de ser gestionado por otra persona, y aunque ya



haya habido Comunidades Autónomas que hayan intentado implantar una regulación al respecto, muy acertado por su parte al tratar de atajar un futuro problema, lo cierto es que no considero que una regulación a nivel autonómico, ni un registro, solventarían el problema, sino más bien una regulación a nivel estatal, que coopere con las diversas plataformas digitales o que se ajuste a los términos de estas, de modo que en un futuro no haya confrontación en la legislación estatal y las mismas al respecto.

Dicho lo cual, hay muchos otros aspectos a atajar de la actual regulación que ponen en riesgo la gestión del contenido digital de un fallecido y que ponen en clara situación de vulnerabilidad sus derechos, cuando se trata de la legitimación, por ejemplo, donde es más que obvia la necesidad de establecer una prelación entre los legitimados y la concreción de una relación clara y concisa que se ha de tener con el fallecido para poder acceder a esa información, que recordemos pueden ser no solo fotos o redes sociales, sino también ser activos financieros que pueden modificar el caudal relicto, por ejemplo.

De los derechos a ejercer por los legitimados en mi opinión era más acertada la regulación que en su momento daba el Reglamento de 2007, al solo conceder el derecho de cancelación, para poder ajustar esa información a la realidad, y no el derecho de acceso que ahora se concede, desde mi punto de vista desmedido e injustificable, en cuanto a ese contenido digital pertenecía a una persona que ya ha fallecido y por consiguiente no tiene sentido que permanezca en el tiempo y de quererlo, ya hay suficientes cauces otorgados por las correspondientes plataformas para ello.

De dicho derecho de acceso considero que se pueden derivar vulneraciones del honor, imagen e intimidad del fallecido, y más evidente es esa posible vulneración si tenemos en cuenta que la apreciación de la misma viene marcada por la opinión subjetiva del juzgador en cada caso, pues dependerá de la ponderación que para cada supuesto haga el juzgador competente entre dichos derechos y las libertades a las que se enfrente y de la importancia que dicho tribunal estime oportuno darle a los derechos en cada caso.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUAS VALERO, G. *El testamento digital*. Trabajo fin de grado, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2022.
- AMERIGO ALONSO, José. Objeto y ámbito de aplicación. En: Artemi RALLO LOMBARTE. *Tratado de protección de Datos, actualizado con la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales*. Ed.1º. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 79-114.
- BASTANTE GRANELL, Víctor. Menor de edad y ultimas voluntades digitales. *Revista de derecho civil*. 2022, nº 4, vol. 9, pp. 51-135.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital de las personas fallecidas. Comentario a la STC, Pleno, de 17 de enero de 2019 (RTC 2019, 17). *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2019, nº 110, pp. 317-334.
- CAMARA LA PUENTE, Sergio. La lesión por medios digitales de la personalidad pretérita del fallecido. *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, nº5 (octubre-diciembre, 2020) Estudios, pp. 117-174
- CAVERO MOCHALES, Nuria. Datos de las personas fallecidas. En: Mónica ARENAS RAMIRO y Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ. *Protección de datos: Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*. Ed 1º. Sepin Editorial Jurídica: 2019. pp. 57-60.



- COBAS COBIELLA, M^a Elena. Protección post-mortem de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión. *Revista Boliviana de Derecho*, 2013, n^o 15, pp.112-129.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz. La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas. *Teoría y Derecho*, 2013. n^o 14, pp. 92.
- GINEBRA MOLINS, M^a Esperança. Voluntades digitales en caso de muerte. *Cuadernos de derecho transnacional*, 2020. n^o1, Vol. 12, pp. 908-929.
- GUTIERREZ SANTIAGO, Pilar. La llamada “personalidad pretérita”: Datos personales de las personas fallecidas y protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen. *Actualidad jurídica iberoamericana*. 2016, n^o1, pp. 201-238.
- JIMÉNEZ LAJARA, Carlos. La herencia digital en: Ricardo OLIVA LEON *¿Testamento digital?*, Ed.1^o, E-Book, Juristas con futuro, 2016, pp. 67-82.
- LLOPIS BENLLOCH, José Carmelo. Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe en: Ricardo OLIVA LEON *¿Testamento digital?*, Ed.1^o, E-Book, Juristas con futuro, 2016, pp. 45-52.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria. Reflexiones en torno a la protección post mortem de los datos personales y la gestión de la transmisión mortis causa del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDGDD. *Derecho Privado y Constitución*, 2019, n^o 35, pp. 169-212.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma. *La protección post mortem de los derechos al honor, la intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*. Ed 1^o, Navarra: Aranzadi, 2018.



- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves. 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*, 2020, nº1, vol. 73.1, pp. 241–281.
- PEÑA PÉREZ, Pascal. El derecho a la muerte digital y la protección post mortem de los datos personales: nuevas prerrogativas aplicables al ecosistema digital. *Revista de la facultad de derecho de México*, 2021. nº 280, pp. 733-752.
- SANTOS MORÓN, M^a José. La denominada “herencia digital”: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado. *Cuadernos de derecho transnacional*, 2018, nº1, vol. 10, pp. 434-435.
- SERRANO PÉREZ, M^a Mercedes. Comentario de los artículos 16 y 17. En: Antonio TRONCOSO REIGADA. *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*. Ed 1º. Madrid: Civitas, 2010, pp. 1219-1240.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016 (2781/2016). Derecho a la propia imagen. Límites. Posibilidad de revisar la cuantía de la indemnización. En: Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Ed 1º. España: Dykinson, 2016, vol. 8, pp. 285- 297.