

Disposición de la herencia digital por el menor

Ramón Durán Rivacoba

*Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Oviedo*

FICHA TÉCNICA

Resumen: *La disciplina de la herencia digital y el llamado «derecho al testamento digital» plantea numerosas incertidumbres jurídicas que se acrecientan tratándose de su autoría por menores de edad. Tanto la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales, como la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, sobre «las voluntades digitales», abren diversos escenarios que aquí se analizan, teniendo en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2019, de 17 de enero, donde se abolió el documento autónomo en que se recogían.*

Palabras clave: Herencia digital, testamento digital, menores.

Abstract: *The discipline of digital inheritance and the so-called «right to digital will» raises numerous legal uncertainties that are increased when it comes to its authorship by minors. Both Organic Law 3/2018, of 5 December, on the Protection of Personal Data, and the Law of the Parliament of Catalonia 10/2017, of 27 June, on «digital wills», open up various scenarios that are analysed here, taking into account the Judgment of the Constitutional Court 7/2019, of 17 January, where the autonomous document in which they were included was abolished.*

Keywords: Digital inheritance, digital will, minors.

I. Marco regulatorio: europeo, común y foral

Conviene introducir de manera previa el estudio que compete a la posible disposición de la herencia digital por los menores con un cuadro aclaratorio del panorama legal a que responde. La secuencia precisa de normas y disposiciones —y su grado de aplicación con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional que dictaminó sobre su licitud— arroja indicios poderosos en orden al régimen jurídico aplicable ahora y en un futuro próximo.

Registra su primer hito el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos*. Su regulación se circunscribe a los que conciernen a personas vivas, pues, con arreglo al Considerando (27): «*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*». En virtud de semejante autorización, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (en adelante, LOPD) contempla en sus respectivos artículos 3 y 96 la disciplina sobre los «*datos de las personas fallecidas*» y el «*derecho al testamento digital*». Lo hace, sin embargo, tras excluirlos taxativamente según su artículo 2.2.b), con el exclusivo propósito de incluir un sistema de «*acceso a los mismos, así como su rectificación o supresión, en su caso, con sujeción a las instrucciones del fallecido*» (Preámbulo LOPD).

Ambas normas concretas y sus disposiciones resultan del todo paralelas y cuestionan la razón de ser de su duplicidad. El dilema encuentra sentido porque, mientras el llamado testamento digital incorpora un derecho de régimen ordinario, la materia del artículo 3 LOPD reclama estatuto de ley orgánica ex artículo 18.4 de la Constitución Española (en adelante, CE). Trata de proteger los datos personales, cometido de los responsables legítimos o sus encargados oficiales. En paralelo, el artículo 96 LOPD obedece a la legislación común, porque se dirige a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que los alojan en sus plataformas a causa de contratos particulares. Así lo declaran las disposiciones finales primera —«*naturaleza de la presente ley*»— y segunda: «*título competencial*» de la propia Ley Orgánica 3/2018.

No encuentro el motivo suficiente para que sus correspondientes disciplinas guarden una semejanza tan estrecha. Mejor alternativa hubiera sido, a mi juicio, añadir un nuevo y último número al artículo 3 LOPD que designase idénticas reglas para el acceso y disposición *post mortem* a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información. Así se resolvería el inútil cúmulo reiterativo de fórmulas en sedes distintas para el mismo fenómeno del deceso y objeto sobre la llamada herencia digital.

El artículo 96.4 LOPD, que constituye materia de naturaleza ordinaria, resguarda e incorpora también al sistema normativo su específico régimen «*en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio* [que] *se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación*». Efectivamente, con anterioridad, la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, modificó el libro IV de su Código Civil (en adelante, CCCat) para establecer las «*voluntades digitales en caso de muerte*». La Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala de Pleno) 7/2019, de 17 de enero, declaró inconstitucionales varios de sus incisos aquí relevantes, dejando su contenido incólume sujeto a discutible vigencia práctica, como de seguido se debatirá en cada caso.

Por último, conviene advertir que la incertidumbre, asimismo, se cierne sobre la disciplina mientras no cuente con el imprescindible complemento reglamentario. La única manera de colmar las lagunas

introducidas por dicha sentencia en el panorama del Derecho catalán es recibir el respaldo legal que permita ofrecer un efectivo cauce para el documento de voluntades digitales *post mortem*. De modo análogo, la Ley Orgánica 3/2018 necesita desarrollo reglamentario, como advierte su artículo 96.3: «Mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos». El hecho no resulta de ninguna manera intrascendente a la vista de las condiciones prácticas en que ha de desenvolverse .

II. Breve apunte sobre la herencia digital y su impacto en los menores

1. Datos y archivos. Contenido patrimonial

La herencia digital comprende un conjunto de bienes que se alojan en el universo virtual. Incorpora elementos patrimoniales nítidos, del estilo de creaciones artísticas o frutos del ingenio humano en forma de ideas o fórmulas que bien pudieran patentarse, escritos editables, obras originales de autor y cualquier otra expresión de la grandeza humana que cupiera imaginar. Igualmente abarca nuevas modalidades monetarias fuera de los canales del curso forzoso y oficial, como serían los bitcoins, criptomonedas y otras variedades emergentes del estilo de los tokens digitales. Estos valores pertenecen al acervo patrimonial y siguen los cauces característicos de la herencia común en los haberes. Cabe que ofrezcan dificultades tecnológicas de identidad y hallazgo, pero en su esencia no difieren de los objetos físicos y aparentes que marcan cualquier tipo de sucesión.

Pudiera pensarse que resultan este tipo de valores mobiliarios más bien ajenos a los menores por causa de su inmadurez y corto recorrido, pero la experiencia en amplio desarrollo no deja de prevenir semejante prejuicio. Aparte de muy destacados ejemplos históricos de famosos precoces al máximo en campos tan diversos como la composición musical —Mendelssohn o Mozart serían un verdadero espejo en el que mirarse—, autoría de libros —Jaime Campmany o Ana Frank constituyen casos no inéditos—, destrezas deportivas, matemáticas o memorísticas —Faustino Oro y el actual campeón del mundo de ajedrez Gukesh D. fueron Grandes Maestros a los 12 años— y diversas variedades de la creación artística, tampoco faltan escenarios recientes donde las habilidades de los más jóvenes brillan por sí mismas en la esfera digital. El universo del espectáculo aporta menores cantantes (Michael Jackson, Justin Bieber), o actores (Zendaya, Holland), verdaderos niños prodigio, superdotados que unen cuantiosos rendimientos económicos con su imagen crematística en extremo, que pronto adquiere repercusiones notorias en perfiles e identidades en internet.

El campo de las apuestas *online* y del juego, asimismo, extremadamente propicio a la inversión en criptomonedas, bien puede ofrecernos nuevas pistas que haríamos mal en desconocer y cuya relativa novedad concede muchas ventanas de oportunidades a menores. Hay que reconocer sin ambages que nos asomamos a horizontes que desbordan por completo los angostos márgenes de nuestra imaginación y perspectivas de presente. Sin embargo, la estrechez de nuestras miras actuales no puede reducir sus enormes expectativas de futuro, y no lejano, sino próximo, cuando no inminente.

2. Perfiles e identidades personales y profesionales

Junto a este cúmulo crematístico que sigue las reglas ordinarias de la sucesión, se añade la perspectiva de los perfiles, que puede tener menos impacto económico a la vista de los más simples, pero que de seguro en el medio y hasta corto plazo ya sustituirá con creces en rendimiento a lo anterior. Basta con fijarse ahora en el fenómeno de los *influencers* en las redes, cuya extensísima

lista de seguidores produce réditos pecuniarios en incremento y que depara un terreno del todo proclive a los menores con habilidades notorias en las distintas ramas del entretenimiento, la fama, la propaganda y el marketing. Las destrezas en la comunicación virtual producen nichos crecientes de negocios al alcance de personas completamente al margen de su edad, predio fructífero para los noveles. Esta panorámica tan novedosa como creciente dibuja una marea que, a buen seguro, no dejará de crecer.

En una línea preventiva y hasta cautelar frente a posibles manipulaciones instrumentadas a través de las redes, operan ciertas medidas modernas que impulsan algunos gobiernos —entre otros el español, aparte de legislaciones aprobadas en Australia o Reino Unido— para prohibir indiscriminadamente la presencia virtual de los menores de 16 años (en Francia, recientemente rehusada por el Consejo Constitucional para menores de 15 años). Al margen de mi profunda oposición a iniciativas represoras de la libertad de opinión y expresión y las dificultades técnicas que frenen el intento (al entorpecer los problemas técnicos el control sobre la edad), resulta todo un indicio significativo de la enorme trascendencia del fenómeno aquí tratado. Sería ideal poder incidir de forma mucho más extensa sobre la distinta consideración que merece a las intervenciones sectoriales el estatuto del menor, que para unas cuestiones del todo sustanciales y sin posible retorno se les concede autonomía desmedida y sin consentimiento ni conocimiento incluso de los titulares por naturaleza de la patria potestad (aborto, transición sexual medicalizada, etc.), mientras en otros aspectos no tiembla la mano para reprimir la libre presencia en campos que, como afirma el dicho, no admiten puertas.

Es una prueba más de la tendencia errónea de confundir el foco de atención, que pasa de los prestadores de servicios a los clientes, mucho más controlables y accesibles. Dicha tarea, confiada por lo común a los progenitores, quiere suplantarse por una prohibición generalizada y sin excepciones en el Proyecto de Ley Orgánica *para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales*. Su trayectoria en curso responde al cumplimiento de la disposición adicional decimonovena de la Ley Orgánica 3/2018 —«derechos de los menores ante Internet»—, que manda en el plazo anual ya muy sobrepasado al gobierno remitir «al Congreso de los Diputados un proyecto de ley dirigido específicamente a garantizar los derechos de los menores ante el impacto de Internet, con el fin de garantizar su seguridad y luchar contra la discriminación y la violencia que sobre los mismos es ejercida mediante las nuevas tecnologías».

A esta progresiva impronta económica del fenómeno virtual se suma un decidido incremento en las expresiones de la intimidad que ofrece su puesta en práctica, cuyo desarrollo se vehiculiza mediante mecanismos como el testamento digital. Se aprecia un extenso campo de despliegue, que abarca datos y archivos, perfiles y cuentas en la red, tanto personales como profesionales. Incluso se registra una vivencia paralela de los individuos, que puede plasmarse hasta en alternativa de la real. El fallecimiento del protagonista que da respaldo sustantivo a su apariencia en las redes no se transmite de forma inmediata ni automática en dicho escenario, lo que aporta numerosas cuestiones a resolver. La irrupción cada vez más invasiva de la IA, con órdenes y operaciones automatizadas, abona todavía más esta experiencia ficticia del ser humano en internet al margen de su existencia vital, planteando retos emergentes que han de recibir el debido examen jurídico acorde a la materia. De lo contrario, prosperarían quimeras como los llamados avatares, clones, fantasmas o zombis digitales de individuos difuntos, capaces de pervivir *sine die* por vía del llamado inmortalismo tecnológico basado en el transhumanismo ideológico. Este reto moderno a la seguridad jurídica individual y colectiva reclama esfuerzos legislativos a su altura creciente.

En este paradigma de la neo-realidad, que implica la expresión en las redes de identidades alternativas de un propio sujeto, destaca su carácter idealizado. No se trata tanto de que supongan

facetas vergonzosas, que bordean la licitud o sean de suyo polémicas, sino que propiamente incorporan perfiles del individuo que se desean exponer frente a terceros, por lo común exaltando sus facetas positivas y ocultando las que se consideran más negativas o al menos discutibles. Por eso, en absoluto extraña que quieran asignarse a destinatarios específicos y disponer de tales apariencias virtuales de forma reservada y segura para después de la muerte. Constituye un componente de la intimidad que ha de preservarse y se aloja en la red al amparo de confidencialidad. A esta sólida experiencia responde la idea del testamento digital, que cabe distinguir en su destino de los herederos legales, máxime si son abintestato, muchas veces lejanos de su ámbito de confianza e intimidad.

III. El derecho al testamento digital y su proyección en los menores

En efecto, como remedio a tales desafíos y previsión de las expectativas abiertas, la Ley Orgánica 3/2018 contempla el llamado «*derecho al testamento digital*» (art. 96 LOPD). Que se reconozca como derecho resulta chocante y del todo extraño a la tradición jurídica española, que tiende a establecer la existencia de distintas figuras e instituciones sin esa denominación tan subjetivista.

Sea como fuere, recoge idéntica regulación establecida en el art. 3 LOPD como marco de la protección de los datos de las personas fallecidas, cuya reincidencia ya fue comentada, pues carece de no poca dosis de lógica razonable.

1. Controversia frente a los clásicos principios sucesorios

La verdad es que su tratamiento desde la perspectiva del Derecho sucesorio clásico resulta insólito en muchas facetas. Los principios que gobiernan el fenómeno hereditario sufren abierto contraste para esta hipótesis. El examen desde dicha óptica resulta muy enriquecedor en términos jurídicos por su capacidad de abstracción, que lo hace *utilis ad omnia*, relativamente al margen de la concreta disciplina que reciba el supuesto.

El primer principio sucesorio en el Derecho español —más común que siempre foral, por las notorias excepciones que modernas legislaciones vienen introduciendo en pro de la responsabilidad *intra vires* de los sucesores *mortis causa*— es el de la estricta continuación de la personalidad del causante por el heredero. No es el momento ni la sede oportuna para emprender un mínimo comentario de dicha crucial circunstancia, pero sí para incidir en el dato de que, con el testamento digital, muchas veces se procura la ilusoria máscara en la red de las personas fallecidas y sus perfiles personales autónomos. Es decir, se mantiene hasta cierto punto la pervivencia, siquiera sea limitada y ficticia, del difunto.

La segunda de las premisas que quiebra en la concreta disciplina promulgada es la de la primacía completa de la voluntad del causante como ley de la sucesión, pues, con arreglo al artículo 658 CC, «*se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de este, por disposición de la ley*». Lejos de dicho marco, que bien parece responder incluso a la definición como derecho subjetivo del fenómeno del testamento digital, este se articula desde la perspectiva primigenia de legitimados legales y solo subsidiariamente imagina la existencia de personas designadas por el causante. La cuestión en absoluto es baladí, porque precisamente dicha preeminencia de la voluntad del fallecido adquiere un enorme relieve acerca de los menores. La reforma de las sustituciones hereditarias en el Código Civil, que mantiene la pupilar (cfr. art. 775 CC) suprimiendo la ejemplar en la Ley 8/2021 *para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, constituye una prueba efectiva que refuerza incluso de forma vicaria la voluntad en el designio

sucesorio de los menores.

Un tercer axioma sucesorio tradicional que se ve comprometido en nuestra materia es el de los llamamientos legales establecidos sobre la base del parentesco y la familia. Tanto la legítima como la sucesión abintestato señalan beneficiarios estrictamente ligados por lazos de sangre o matrimonio, si bien el Estado tiene preferencia residual cuando falte tanto el testamento como los llamados (cfr. art. 956 CC). Es decir, se rechazan los nexos solo fácticos, por cuanto herencia y propiedad en el artículo 33 CE están íntimamente unidos en su reconocimiento, cuya función social delimita su alcance. De tal suerte, la sucesión *mortis causa*, en el supuesto de ausencia de voluntad específica del causante, atiende al origen de los bienes que marca su profunda dependencia con el patrimonio familiar, como arrojan muestra efectiva las reservas (troncal: cfr. art. 811 CC; viudal: cfr. art. 968 CC). Por eso se contempla siempre al cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho, tanto en la sucesión legítima (cfr. art. 834 CC) como en la legal (cfr. arts. 944 y 945 CC), pero no recoge la convivencia *more uxorio* de las parejas, por mucho que su posible inscripción en los registros al uso pudiese aportar las necesarias dosis de seguridad jurídica, si bien no el vínculo suficiente para conseguir su llamamiento.

2. Diferencias con otras denominaciones pseudo testamentarias

Tales evidencias hacen del llamado testamento digital un espécimen jurídico de gran interés, incluso desde una faceta técnica. En su examen se han de resolver algunas incertidumbres conceptuales de partida.

La primera radica en su propia esencia y busca discernir qué tipo de acto jurídico comporta. No es de ninguna manera desconocido el asunto de que se viene produciendo modernamente una cierta sectorialización del fenómeno sucesorio. Así, se permiten designios concretos sobre materias determinadas al margen de los llamamientos abstractos y generales oportunos. Sucede por ejemplo con el derecho al honor, que cabe defenderse de forma específica y fuera de los señalados de manera genérica como herederos patrimoniales y sin excluir a personas jurídicas (cfr. art. 4.1 Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de *protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*). Solo en su ausencia, por falta de indicación o fallecimiento del elegido «*estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento*» (art. 4.2 Ley orgánica 1/1982). Constituye un buen ejemplo de cómo los derechos personales adquieren nuevas dimensiones incluso después de la muerte de su titular y no se disipan con el deceso.

Algo paralelo sucede con los contenidos morales del derecho de autor. El artículo 15 de la Ley de Propiedad Intelectual (cuyo Texto Refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril), trata de los «*supuestos de legitimación "mortis causa"*» del «*derecho moral*», establecida «*sin límite de tiempo, a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. En su defecto, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos*». A este capítulo responde también el testamento digital, donde se designan las personas llamadas a ejercer las competencias sobre la huella virtual que haya el causante dejado en la red.

Asimismo, la sectorialización y cuarteamiento del Derecho sucesorio se viene apreciando en la dimensión de las denominaciones formales que brotan por doquier, según el sesgo que puedan asumir. En este sentido, se habla de testamento vital —«*instrucciones previas*», según el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente* y la múltiple regulación autonómica paralela en la materia— designando al escrito donde constan las voluntades

acerca de los tratamientos y protocolos médicos aceptables de antemano llegada la hora de no poder decidir su autor por sí mismo. No constituye un testamento en sentido material, ni en el formal. Tampoco dispone de nada para después de la muerte (cfr. art. 667 CC). Se aproxima más bien a cuanto después trato como «autotutela digital» en Derecho catalán, pues ambos instrumentos autorizan a un tercero para que disponga de su trayectoria y futuro con arreglo a sus designios de manera vicaria por imposibilidad propia sobrevenida.

En línea paralela —y todavía mucho más nítida— desdican de los cauces testamentarios genuinos aquellos documentos definidos por su propósito benefactor de manera específica, del estilo de testamento solidario. Tal denominación más bien supone un juego de palabras expresivo de su finalidad que un fenómeno jurídico preciso y técnicamente apropiado al asunto sucesorio. Simplemente indica el deseo de favorecer a organizaciones sin ánimo de lucro (ONG) o causas sociales señaladas.

3. Carácter verdaderamente testamentario del instrumento de referencia

Desde otra perspectiva, más ritualista, el testamento digital no se corresponde de manera necesaria con su forma de producirse. Es decir, cabe diferenciarlo del testamento electrónico, también denominado *on line*, de carácter especial por su modo de manifestación (cfr. STS de 4 de noviembre de 2009) y no por su contenido, como el aquí tratado. Sería digital en la manera y no en la esencia, según sea el supuesto.

Por tanto, el testamento digital comporta en sentido propio un mecanismo testamentario específico. Una vez superada la estrecha visión patrimonial de su contenido y objeto responde a la definición del artículo 667 CC como «*el acto por el cual una persona dispone para después de la muerte de todos sus bienes o de parte de ellos*». En concreto, de su patrimonio digital personalísimo en materia de perfiles y presencias virtuales.

Ahora bien, tampoco está exento dicho factor de cierta polémica. La Ley orgánica de protección de datos deja en evidencia que un reglamento establecerá «*los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos, que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de esta ley orgánica*» (art. 96.3 LOPD). Al margen de palmario error que supondría establecer dos tipos distintos de mecanismos publicitarios para documentos paralelos y concurrentes —aunque se contemple solo como hipótesis semejante desatino—, esta disposición deja en el limbo cualquier tipo de instrumento distinto de los testamentos ordinarios hasta su posible constancia específica y autónoma en el desarrollo normativo que habilita (cfr. disp. final 15 LOPD).

La mejor prueba del hecho consta en la legislación catalana que todavía queda vigente sobre la cuestión. A su tenor, las «*voluntades digitales en caso de muerte*» —aquellas que plasman el deseo del causante acerca de su herencia digital— tienen cabida gracias al artículo 411-10 del *Codi Civil*. Se dirigen «*ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas*» (núm. 1), lo que salvaguarda su competencia propia por orillar los contenidos típicos de las leyes orgánicas. El apartado b) del número 3 del citado precepto establecía un cauce alternativo y autónomo frente al ordinario del «*testamento, codicilo o memorias testamentarias*» [núm. 3.a)]. En su virtud prescribió entonces — antes de su anulación— que también fuera posible «*si la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad, un documento que debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales*». Constituía, pues, un remedio escrito ante una hipótesis *abintestato*. Dicha senda fue por completo finiquitada en la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala de Pleno) 7/2019 , de 17 de enero, precisamente a causa del citado Registro electrónico de

inscripción necesaria, extinguido por invadir la reserva exclusiva en favor del Estado sobre la «ordenación de los registros e instrumentos públicos», con arreglo al artículo 149.1.8.ª CE.

Luego, en sus actuales parámetros, el testamento digital lo es en sentido estricto. No cabe alternativa en forma de documento autónomo de voluntades digitales a causa de muerte. Su pretensión en el Código Civil de Cataluña fue anulada por ser inconstitucional su complemento publicitario imprescindible. A su vez, las previsiones al efecto en la Ley orgánica de protección de datos quedan en el aire mientras no exista desarrollo normativo en forma de reglamento estatal oportuno para su puesta en práctica.

4. Efectiva praxis

Los actos jurídicos más trascendentales y personalísimos que quepa imaginar se permiten a los menores de forma indiscutible. Incluso en los tiempos de máximas restricciones derivadas de una concepción del todo paternalista de la incapacidad de las personas, a partir de los 14 años tenían autorizado el acceso al matrimonio y al testamento. En los actuales términos, desde la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*, la emancipación abre las puertas al matrimonio (cfr. art. 46.1.º CC), lo que supone su posible concurrencia desde los dieciséis años (cfr. arts. 241 y ss. CC).

En lo que aquí respecta, el testamento se permite a partir de los «catorce años» (art. 663 CC), salvo en su modalidad ológrafa reservada para las «personas mayores de edad» (art. 688, párr. 1, CC). Luego en el formato conocido de las modalidades testamentarias —incluidas para los aforados sus especialidades, como el codicilo y las memorias—, los menores pueden disponer *mortis causa* de su herencia digital.

Es de reconocer en la práctica que no son habituales los testamentos otorgados por menores, máxime cuando se autorizan solo ante notario. El cauce del documento de voluntades digitales no formalizado mediante instrumentos testamentarios parece mucho más hábil para esta tesitura. Con todo, hasta que se produzca un imprescindible desarrollo reglamentario interno el documento específico sobre la materia de alcance alternativo queda como una simple y pura expectativa. La Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala de Pleno) 7/2019, de 17 de enero, aboca la misma situación para el documento de las «voluntades digitales en caso de muerte» que contemplaba la ley del Parlamento de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, para los supuestos abintestato.

Ahora bien, cualquier tipo de pronóstico sobre la materia bien se debe tener por meramente indiciario y provisorio. Según cómo avanza los acontecimientos a ritmo frenético en este panorama también adquiriremos nuevas seguridades y evidencias a corto y medio plazo. En cualquier caso, la posible apertura de instrumentos como los descritos —ajenos a las estrictas formas testamentarias, aunque con efectos *mortis causa*— seguro que proporciona nuevas oportunidades para que agentes cada vez más precoces inauguren modelos de conducta insólitos hasta el momento. En especial, en lo relativo a las indicaciones frente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información acerca de los destinos sobre los perfiles que los nuevos protagonistas cada vez más jóvenes puedan desarrollar.

A mi juicio, esta percepción positiva y hasta optimista no es de ninguna manera descabellada, como en adelante podrá comprenderse mejor a la vista de las posibles instrucciones y sujetos llamados a emprenderlas.

IV. Legitimados en el acceso a los contenidos digitales de los menores difuntos

Una vez establecida la naturaleza jurídica netamente testamentaria del instrumento, cabe abordar de seguido su posible contenido. La primera de las cuestiones a resolver atañe a los protagonistas de las instrucciones en cuanto destinatarios de la voluntad del causante acerca de la herencia digital o bien elegidos por efecto de la ley.

Conforme ya se indicó, el testamento digital comporta una grave distorsión en su planteamiento normativo frente a varios principios del Derecho sucesorio digamos que ordinario. Uno de los más llamativos surge a la vista del elenco de posible llamados a cumplir su designio *post mortem*. Frente a la regla de que la ley de la sucesión es la voluntad del causante y, por tanto, la primacía completa del llamamiento voluntario sobre la vocación legal, en nuestra disciplina los términos de la ecuación se invierten de forma inédita.

1. Llamamiento legal ordinario

En efecto, el art. 96 LOPD que contempla el «*derecho al testamento digital*», inicia señalando los sujetos legitimados frente «*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*».

A reserva por ahora del contenido de dichas instrucciones y voluntades, el elenco de los protagonistas no deja de asombrar. Inaugura el listado «*las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos*». Apenas recuerdo una expresión tan vaga de posibles lazos con el causante que autoricen actuar en su nombre. Parece del todo inseguro aludir a vínculos por «*razones familiares*» en abstracto, sin establecer primacía concreta por grado y parentesco como por el contrario hace con mucha mayor fortuna el Código Civil cifrando su alcance preciso en la vocación legal, ya sea legítima (cfr. art. 807 CC: hijos y descendientes, en su ausencia padres y ascendientes, y cónyuge viudo) o abintestato (cfr. Sección 2.ª, «*parentesco*»; Capítulo III, «*sucesión intestada*» del Título III, «*sucesiones*», del Libro III CC). Por consiguiente, «*a falta de herederos testamentarios, la ley defiere a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado*» (art. 913 CC), y «*en las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto*» (art. 921 CC). En este caso, «*la sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendiente*» (art. 930 CC) y «*a falta de hijos y descendientes del difunto le heredarán sus ascendientes*» (art. 935 CC). «*En defecto de ascendientes y descendientes, y antes de los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente*» (art. 944 CC). «*No habiendo cónyuge supérstite, ni hermanos ni hijos de hermanos, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes del mismo en línea colateral hasta el cuarto grado, más allá del cual no se extiende el derecho de heredar abintestato*» (art. 954 CC).

Es lo cierto que tratándose de menores la primacía práctica señala sobre todo a padres y ascendientes, cuya posible cercanía puede resultar incómoda en términos de acceso a perfiles en la red de sus hijos o descendientes. La previsión del cónyuge viudo huelga por las razones antedichas y tampoco es nada usual aludir a su propia prole.

Ahora bien, a esta difícil amalgama de parientes sin orden ni concierto, preferencia o jerarquía —aunque, siendo menores, queda por lógica posiblemente restringida—, se añade también en plena ceremonia de la confusión «*las personas vinculadas al fallecido por razones [...] de hecho*». El fenómeno es del todo inaudito y arruina cualquier expectativa razonable de seguridad jurídica. Generalmente los vínculos fácticos reconocidos en el Derecho moderno son los relativos a la convivencia *more uxorio*, definida como «*análoga relación de afectividad a la de cónyuge*» (art. 12.4

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, *de Arrendamientos Urbanos*), pero estas prosperan en otros escenarios y no en el sucesorio de llamamiento legitimario y abintestato donde consta solo el cónyuge supérstite y además no «*separado legalmente o de hecho*» (arts. 834 y 945 CC). Es decir, los lazos más seguros y estables que pueda imaginarse. Luego incluir ahora cualquier tipo de nexo empírico plantea un problema severo de prueba y además una indebida e incoherente acumulación de legitimados en los que no se aprecia ningún indicio de prioridad, certeza, escalafón o rango. Cuestión profundamente polémica que será estudiada en adelante.

Piénsese que, tratándose de menores, caben nexos factuales derivados de amistad o colegio, participación conjunta en proyectos, iniciativas y actividades en las redes, compañeros de actividades deportivas o lúdicas, estudios y cuantas circunstancias quepa imaginar.

Junto a estos colectivos más bien difusos, también se incluye razonablemente a los herederos. Este universo comprende tanto a las vocaciones abintestato que coinciden de pleno con los anteriores legitimados, por lo que resultaría redundante, como aquellos cuya constancia expresa requiere una voluntad específica de ninguna manera probable para el caso de los menores. No siempre por inadvertencia, sino por no hacerse imaginable dicha ineludible tesitura en la mente de los más jóvenes, según mi experiencia ya muy amplia no deja de atestiguar con mis alumnos de la disciplina del Derecho sucesorio, recién ingresados en la mayoría de edad y todavía del todo ajenos a su futura e inexorable suerte. Por mucho que según Benjamin Franklin sea, junto a los impuestos, las únicas seguridades en la vida.

2. Designio voluntario. Los vetos explícitos

Para la extraña e improbable hipótesis de hacer testamento el menor, en principio la voluntad específica del causante debería inducir un llamamiento del todo prioritario. No como aquí sucede, con alcance subsidiario y en equilibrio aparente de condición —«*también podrá solicitar*»— con quienes aduzcan relaciones familiares de amplio espectro, y no digo ya las evanescentes fácticas, con el fallecido.

Excelente prueba de las cautelas y prevenciones que rodean estas situaciones radica en la concreta previsión del veto que hubiera podido establecer el causante acerca del acceso a sus contenidos digitales. «*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*» [art. 96.1.a), párr. 2, LOPD].

Aunque se plantee como un supuesto excepcional, queda sujeto a incertidumbres. La primera pregunta estriba en conocer cuál es el mecanismo que vehicula dicha prohibición que, tratándose de una norma sobre testamento digital, debería reconducirse a dicho ámbito. A la postre, constituye una idea del todo insólita, pues parece mucho más sencillo para el protagonista elegir a una persona de su confianza como única legitimada y bajo el mandato de permanecer inalterables aquellos contenidos; esto es, mantenerlos intactos. Respecto a las prohibiciones legales, me resulta un misterio su sentido y alcance, máxime cuando versan sobre la máxima entidad normativa.

Como es razonable, tales obstáculos no impiden que los herederos puedan acceder a los contenidos de naturaleza patrimonial directa que forman parte del caudal relicto. A ello se adscriben datos relativos a saldos en criptomonedas, claves de acceso a fuentes bancarias, elementos concernientes a diversa explotación económica del ingenio humano y un largo etcétera de circunstancias cuya casuística desborda por completo los márgenes del estudio presente. En síntesis, todo cuanto exceda de los perfiles y *looks* digitales de carácter personalísimo.

En el capítulo del designio voluntario del causante destaca la figura del albacea testamentario y la persona específicamente designada para «*el acceso a los contenidos*» digitales [art. 96.1.b) LOPD]. No es a estas alturas discutible que mientras tampoco exista desarrollo reglamentario sobre un factible documento alternativo, el «*derecho al testamento digital*» debe asumir las fórmulas testamentarias establecidas con alcance general . Eso implica que de ordinario pueda concurrir un heredero digamos que abstracto —«*que sucede a título universal*» (art. 660 CC)— y otro específico previsto para esta materia, pues de lo contrario estaría legitimado según el art. 96.1.a) y no b) LOPD. Respecto del albacea testamentario surge la duda sobre si se trata de un albacea común o uno específico. La norma es muy difusa en este punto pues tal parece que la indicación sobre «*que el fallecido hubiese designado expresamente para ello*» abarca tanto al albacea «*como aquella persona o institución*» específica encomendada. Por cierto, que ya en el terreno de las deficiencias expresivas, mucho mejor hubiera sido referirse a persona física o jurídica, términos técnicamente más apropiados.

Mucho más razonable se me antoja el régimen dispuesto en el *Codi Civil*, cuyo artículo 411-10 que gobierna las voluntades digitales *mortis causa* establece la prevalencia significativa de los designados por el causante. A la cabeza , como es lógico, consta «*el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas*». Repárese que sigue un orden mejorable, pues tratándose de lo suyo, acaso la lista óptima fuera en inversa escala de abstracción que dicta el método más lógico: el designado específico, el albacea y el heredero. Es decir, de mayor a menor especialización en la materia según los deseos del fallecido. Es de notar que aquí consta con mayor acierto la cita del albacea universal y no especial, sobre cuyo debate ya he incidido. En cualquier caso, dicho documento donde consten ha dejado de tener sentido fuera de los cauces testamentarios desde la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala de Pleno) 7/2019, de 17 de enero, que niega su carácter autónomo anulando el inciso b) del artículo 411-10.3 CCCat. Luego en su sede única y auténtica de «*testamento, codicilo o memorias testamentarias*» del inciso a) sigue la competencia genérica del «*heredero o el albacea universal*» (art. 411-10.5 CCCat).

En el fondo, dicho *excursus* que se suscita por las carencias de la Ley orgánica responde más a un capítulo teórico que útil. No solo por tratarse de menores, sino que su previo listado integrante de vínculos familiares o fácticos, en abanico completamente abierto, de seguro que acoge a las personas designables como albaceas, ya sea «*universal o particular*» (art. 894 CC), o señalados específicos para este asunto. Luego, resulta la polémica del todo estéril a efectos prácticos. No tiene mucho sentido discutir en esta sede y con las presentes circunstancias si el albacea debe ser especialmente investido en la materia o bien cabe que asimismo fuera genérico. Nadie confiaría la tarea del albaceazgo a persona del todo ajena a sus intereses o conocimiento, que ya legitimaría de por sí actuar en la materia.

3. Peculiares sujetos por razón de la minoridad

Esta sensación recrece sin duda cuando se repara en el hecho de que tratamos sobre menores. Con este presupuesto, la ley no podía operar de otra forma que incluyendo a posibles actores suplementarios derivados de la representación legal que les atañe. Igualmente, por razones de conveniencia y oportunidad, se suma también al Ministerio Público, «*que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada*» [art. 96.1.c) LOPD]. Curiosamente la norma recompone anteriores inexactitudes y con mayor fortuna reconoce ahora tanto a las personas físicas como a las jurídicas, no vagas instituciones, que puedan acudir a su competencia.

Es de todo punto evidente que tal y según queda dispuesta la lista de posibles actuantes su saturación resulta paradójica. Cualquier familiar, allegado, conocido, heredero, albacea, designado,

representante legal, fiscal ya sea de oficio o a instancia de la parte que sea pueden proceder. Sorprende asimismo la extensión teórica del numerosísimo elenco y su notoria retracción a círculos mucho más concéntricos atendidas las circunstancias de la minoridad del fallecido.

4. Solución de posibles conflictos personales

Ahora bien, el grave problema que suscita tales incertidumbres ya expresadas en el plano subjetivo es que se abre un panorama del todo proclive a los conflictos. Habida cuenta de que no hay plazo para el ejercicio del acceso y que las posibles acciones abarcan un abanico que oscila de la eliminación al mantenimiento, de la conservación a introducir cambios y modificaciones, cabe preguntarse qué hacer ante posibles discrepancias.

A mi juicio, el problema no se agota solo en la multiplicidad de posibles agentes, sino en la falta de seguridades complementarias que precavan del choque de intereses, órdenes u opciones hipotéticas y concurrentes. La fatal carencia de preferencias o jerarquías —ya sea cronológica o subjetiva— lleva camino de conducir este proceso al fracaso. Qué sencillo hubiera sido establecer la prioridad de las instrucciones giradas sobre la base de los llamamientos: primero voluntario y después legales siempre sustitutorios, en cuya esfera prosperase la cercanía en grado de parentesco por encima de otros vínculos más abstractos. Con solo seguir la senda del orden sucesorio en general se habría conseguido mucho mayor rédito que al presente.

En principio, cabe alzar en dialéctica dos principios que ayuden a resolver las dudas. El primero sería el del método cronológico. Quien primero actúe demostrará en la práctica su mayor implicación en el asunto, resolviendo las suspicacias que pudieran surgir con su iniciativa. Es cierto que bien pudiera desatar una posible carrera oportunista, pero acaso sea mejor que su contrario: la desidia que permitiría mantener los fantasmas, avatares, zombis, o como quiera denominarse a la huella, secuela o vestigio digital dentro de la red tras el fallecimiento de su respaldo humano directo. Además, opera en esta línea un claro indicio del viejo axioma jurídico: *prior in tempore, potior in iure*. No resulta por tanto tan ilógica esta prioridad del *tempus* en el campo del Derecho.

Tampoco sería desdeñable atender, ante varias peticiones discordantes, a un criterio material sobre su sentido. Tanto la Ley Orgánica de Protección de Datos como el *Codi Civil* catalán favorecen, con indisimulable ventaja jurídica, la opción que limpie las redes de secuelas sobre personas fallecidas que puedan convertir su presencia en autónoma por vía del inmortalismo tecnológico. Cuando se trata precisamente de impedir semejante fenómeno, el *favor iuris* parece decisivo. El párrafo *in fine* del art. 96.2 LOPD declara taxativamente que, según lo indicado y a salvo de instrucciones específicas giradas por el difunto, «el responsable del servicio al que se le comunique [...] la solicitud de eliminación del perfil, deberá proceder sin dilación a la misma». Dejando aparte las incorrecciones lingüísticas propicias al uso pronominal del artículo —tan propias de nuestro tiempo y censuradas por nuestros mejores lingüistas—, la ventaja por la supresión gana terreno. Esa tendencia no queda establecida *expressis verbis* en la legislación catalana sobre las «voluntades digitales en caso de muerte», aunque se infiere sin asomo ni resquicio de duda de las actuaciones contempladas, cuales son: «a) Comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción»; «b) Solicitar [...] que se cancelen sus cuentas activas» y c) «que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares» (art. 411-10.2 CCCat). Resulta poco menos que notoria la eliminación prioritaria, máxime cuando las cláusulas impuestas y las políticas vigentes por las empresas del sector tienden a ello. En cualquier caso, sería otro el debate oportuno sobre la realidad de dichas cláusulas contractuales y políticas dispuestas al respecto por las grandes multinacionales del sector de Internet, que con frecuencia ignoran los requerimientos jurídicos aquí estudiados, por lo que constituyen palmarios ejemplos de condiciones generales de la

contratación ilícitas y a menudo abusivas.

En el supuesto de concurrencia de diversos legitimados y como solución de compromiso ante las numerosas cuestiones abiertas, a la postre cabe aducir que sea el Ministerio Fiscal quien resuelva, por ser garante del bien público: *«tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados»* [art. 124.1 CE; y art. 1 de la ley 50/1981, de 30 de diciembre, que regula el *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (en adelante, EOMF)]. Además, resulta defensor de los menores como es el caso, aunque fallecido. En su virtud, ha de *«intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores»* (art. 3.7 EOMF). Asimismo por razón de la materia consta entre sus cometidos *«velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa»* (art. 3.3 EOMF). Tratándose de una disciplina lindante con la protección de datos sobresale dicha competencia. Con todo, si perdura el enfrentamiento, los conflictos o las vacilaciones debe acudir a la instancia judicial oportuna.

La legislación catalana contempla en alternativa el acceso a mecanismos más modernos y en boga para prevenir contiendas entre los distintos y múltiples llamados a ejercer las atribuciones digitales. La disposición adicional primera de la Ley 10/2017 *del Parlament, acerca de las voluntades digitales*, bajo la rúbrica de *«mediación»* señala que *«las controversias que surjan en aplicación de la presente ley pueden someterse a mediación entre las personas físicas o jurídicas afectadas para que lleguen a un acuerdo. Con la misma finalidad, la autoridad judicial puede remitirlas a una sesión informativa sobre mediación»*. Luego conforma una modalidad voluntaria —*extra* o *intra processum*—, lo que al menos en parte puede reducir su impacto, aunque como tendencia no deja de ser apreciable.

V. Instrucciones, destinatarios y eficacia

Establecido el marco de las personas implicadas en el asunto, queda por definir el panorama de atribuciones que se pueden conferir a los protagonistas activos de las voluntades en materia digital por causa de muerte, una vez fallecido el causante. Téngase presente que se trata por el objeto del estudio de iniciativas impulsadas por personas menores.

El elenco que ofrece la ley, tanto estatal como catalana, es amplio, si bien adolece de distintas ópticas que rompen su posible armonía jurídica. En cualquier caso, sendos regímenes mantienen la pauta de dirigirse frente a los *«prestadores de servicios de la sociedad de la información»* (art. 96.1 LOPD) o *«digitales»* (art. 411-10.1 CCCat). Dicha circunstancia es del todo precisa, por cuanto sostiene la competencia concurrente de ambas normativas, por constituir materia de ley ordinaria y sin especial reserva del Estado, como manifiesta el artículo 96.4 LOPD. Es decir, el capítulo de los destinatarios de los mandatos e instrucciones y el ejercicio de las órdenes giradas fundan sus respectivas competencias en pie de igualdad.

1. Acceso: mantenimiento, supresión o cambio

La Ley orgánica de protección de datos cifra el *«derecho al testamento digital»* sobre la base del *«acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas»* (art. 96.1 LOPD). Dicho atributo de los sujetos legitimados facilita *«impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión»* por parte del menor fallecido. Luego de forma paladina queda de manifiesto que la verdadera prioridad en el ejercicio de las distintas posibilidades proviene de las orientaciones dispuestas; esto es, invierte los

términos prácticos del orden establecido a favor de los llamamientos legales.

A su vez, tratándose de menores, se reduce drásticamente su impronta práctica por la escasa incidencia en este colectivo de la población a la hora de otorgar instrumentos sucesorios voluntarios. Téngase presente que tanto en la legislación catalana como en la estatal el único cauce abierto en las actuales circunstancias ha de ser necesariamente testamentario (y afines: codicilo y memorias). En otros términos, las instrucciones digitales autónomas quedan vedadas para el supuesto de Cataluña desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2019, de 17 de enero, que anula el apartado b) del artículo 411-10.3 CCCat; y para la legislación común mientras no exista desarrollo reglamentario: *«mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro»* (art. 96.3 LOPD).

El simple acceso permite conocer de primera mano los datos digitales de un menor fallecido. Abre la puerta del universo digital de los individuos a quienes por voluntad del causante o designio legal quedan legitimados para ello. Cuantos tengan naturaleza económica directa y asimismo los de alcance personal relativos a perfiles e identidades. Ambos aspectos reciben un tratamiento muy diferenciado, aunque solo de manera indirecta. La Ley orgánica de protección de datos establece, como no podía ser de otra manera, que *«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»* [art. 96.1.a), párr . 2, LOPD]. A la espera de que se susciten iniciativas legales al respecto —por ahora inéditas—, queda el deseo explícito del difunto. A dicho impedimento, sin embargo, escapan *«los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto»*, a cuyo destino nunca podrán ser ajenos los herederos, porque son quienes suceden *«a título universal»* (art. 660 CC). En efecto, se subrogan en el causante *«por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones»* (art. 661 CC), pues *«la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte»* (art. 659 CC). Luego los bienes digitales de sesgo económico pertenecen al caudal relicto, integran la herencia y no pueden abstraerse de su designio, ya sea voluntario, ya legal.

Ahora bien, distinto sucede con aquellos contenidos que pertenecen al acervo personalísimo del causante y que puede reservarse por este a la vista, conocimiento y acceso de terceros según su libre arbitrio. Muchas veces no sucederá esto necesariamente a causa de su carácter vergonzoso, inmoral o discutible —cuya hipótesis en absoluto será en teoría descartable—, sino al hecho de que se desea restringir al intangible capítulo de su intimidad. Cierto es que mantener dicha esfera de perfiles e identidades personales al margen de la pervivencia física de quien las sustenta induce a graves distorsiones por el mantenimiento de huellas, vestigios, secuelas, fantasmas, avatares o zombis digitales privados de sustento. Por eso la Ley orgánica previene al *«responsable del servicio al que se le comunique, con arreglo al párrafo anterior, la solicitud de eliminación del perfil, deberá proceder sin dilación a la misma»* (art. 96.2, párr. 2, LOPD).

El acceso supone una simple vía libre para disponer de algún modo de los contenidos digitales del sujeto, en nuestro caso menor, ya fallecido. Habida cuenta que su componente más económico integra el caudal relicto y a él se dirige, queda más concernida la norma por los perfiles e identidades. A este capítulo responde mejor el hecho de que, una vez concedida la entrada que deja expedito el camino a la presencia en la realidad digital del menor difunto, deba cuestionarse con qué propósito se concede. Dicho de otra manera, el simple acceso de suyo no atribuye ninguna capacidad de hacer o impedir algo. Para ello debe darse licencia que disponga de dicho contenido. A eso alude la Ley orgánica uniendo la solicitud de acceder *«e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión»* [art. 96.1.a), in fine, LOPD]. Más en concreto, sobre *«los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes»* se

circunscribe más tarde a su «*mantenimiento o eliminación*», «*a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones*» (art. 96.2 LOPD).

En suma, todo parece indicar que sobre los contenidos personales, a falta de instrucciones precisas del causante, los legitimados tienen acceso y pueden decidir mantener o eliminar dichos perfiles e identidades. Los posibles obstáculos producto de la concurrencia de agentes dispersos se solventarán según los criterios ya defendidos, pero a partir de la preferencia de su supresión por las razones aducidas anteriormente. Con todo, ello no impide que reciban mandatos más precisos de los menores por vía testamentaria que incluyen un amplio abanico de posibilidades entre mantener o suprimir, designando la posible «*utilización*», asignarles un «*destino*» concreto y hasta promover su «*modificación*». Tales alternativas previstas en la Ley orgánica dependerán del propósito definido por el menor que hubiera creado dichos perfiles e identidades, o que se hubiera hecho responsable de su presencia en las redes al margen de su autoría.

A esta misma tendencia restrictiva del mantenimiento a capa y espada de identidades en las redes una vez fallecido su soporte humano, responde asimismo la legislación de Cataluña, en el artículo 411-10.2 de su Codi. Reconoce al causante que «*puede disponer el contenido y el alcance concreto del encargo que debe ejecutarse*», si bien sugiere «*alguna o algunas de las siguientes actuaciones*» frente a los prestadores de servicios digitales. En concreto, serían comunicar la defunción, pedir «*que se cancelen sus cuentas activas*» e instarles a «*que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores*». En suma, un conjunto de cautelas que permitan garantizar la supresión de incómodas presencias virtuales *post mortem*. A ello parece conducir la expresión de su número 6: «*si el causante no lo ha establecido de otro modo en sus voluntades digitales, la persona a quien corresponde ejecutarlas no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial*».

Luego la preponderancia de actividades depende fundamentalmente de las instrucciones expresas giradas y en su ausencia se niega incluso el acceso a cuentas y archivos digitales, salvo permiso judicial. Es lo cierto que su dicción es poco afortunada, por cuanto permite inducir que las personas elegidas para emprender las voluntades digitales tengan vetado llevarlas a efecto sin autorización judicial. Creo más bien que su lógica opera en la línea de que los individuos investidos de posible acceso por llamamiento legal y no voluntario deberían acudir a licencia del juez, pues de lo contrario sería casi absurdo su tenor.

2. Poderes preventivos o «autotutela» digital

La legislación catalana introduce una nueva figura que considero del mayor interés en materia de la disposición de la herencia digital por el menor. Representa una provechosa oportunidad jurídica para prevenir el futuro de la huella virtual de los sujetos que se asoman a una hipotética y venidera discapacidad inhabilitante. En el caso de los menores adquiere significativa relevancia si enfrentan en su porvenir una tesitura probable de riesgo en su autonomía personal que quiere verse apoyada por sujetos particulares en la materia digital.

La institución evoca otra clásica definida como autotutela, con indicios históricos sólidos. Tras la reforma del Código Civil español ex Ley 8/2021, de 2 de junio, pierde su antiguo sesgo y se ajusta mejor al escenario «*de los poderes y mandatos preventivos* » [Sección 2.ª, Capítulo II («*medidas voluntarias de apoyo*»), del Título XI («*medidas de apoyo a las personas con discapacidad*»), del Libro I: «*de las personas*»]. Su marco jurídico parte del primer párrafo del artículo 255 CC, a cuyo sentir

«cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes». Esta medida expande su ámbito a los menores *«cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad»* (art. 254 CC).

Estas cautelas, más o menos generales, alcanzan en el contenido del *Código catalán* una concreta disciplina en nuestra materia. El art. 222-2 CCCat —*«Poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad»*— contempla en su número 4 el asunto en novedosa perspectiva: *«el poderdante puede establecer la gestión de sus voluntades digitales y su alcance para que, en caso de pérdida sobrevenida de la capacidad, el apoderado actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el poderdante tenga cuentas activas a fin de gestionarlas y, si procede, solicitar su cancelación. En la medida de lo posible, el poderdante también ha de poder conocer las decisiones sobre las cuentas activas que deba adoptar el apoderado y participar en ellas».*

Resulta llamativa la óptica más abierta de dicho poder respecto del régimen general establecido en este sector jurídico. Mientras que en el caso de muerte la previsión apunta, sobre todo, a su cierre de perfiles y a obtener los archivos, aquí se favorece conservar las identidades en la red, aunque previstas de condiciones fiables para su protagonista, que se ve constreñido en sus aptitudes de manera sobrevenida. No carece de lógica el planteamiento, teniendo en cuenta la pervivencia del protagonista de los perfiles. El art. 222-34.1) CCCat introduce una posible alternativa que ofrece oportunas y fructíferas opciones a la tesitura de posible tutela o administración patrimonial del sujeto. A su tenor, se requiere permiso del juez para *«pedir a los prestadores de servicios digitales la cancelación de cuentas digitales, sin perjuicio de la facultad de instar a su suspensión provisional en los términos del artículo 222-36».*

Dicha suspensión cautelar, pienso que da mucho más juego que proceder de manera definitiva sobre situaciones cercenadoras de autogobierno que acaso sean efímeras, o al menos transitorias. En efecto, *«el tutor debe velar por que la presencia del tutelado en los entornos digitales sea apropiada a su edad y personalidad, a fin de protegerlo de los riesgos que puedan derivarse».* Luego, sería preferible *«promover las medidas adecuadas y oportunas ante los prestadores de servicios digitales y, entre otras, instarlos a suspender provisionalmente el acceso de los tutelados a sus cuentas activas, siempre y cuando exista un riesgo claro, inmediato y grave para su salud física o mental, habiéndolos escuchado previamente »* (art. 222-36.3 CCCat).

VI. Bibliografía

Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «Disposición "mortis causa" de los datos digitales: el llamado "testamento digital"», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2021), Año 97, n.º 783, pp. 570 y ss.

Bastante Granell, Víctor, «Menor de edad y últimas voluntades digitales», *Revista de Derecho Civil* (2022), vol. IX, núm. 4, pp. 51 y ss.

Cámara Lapuente, Sergio, «La sucesión "mortis causa" en el patrimonio digital», *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (2019), Tomo LIX, pp. 375 y ss.

- Cerrillo i Martínez, Agustín, «El derecho al testamento digital (Comentario al artículo 96 LOPDGDD)», en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, vol. 2, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 4317 y ss.
- Díaz Alabart, Silvia, *La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas*, Reus, Madrid, 2020.
- Durán Rivacoba, Ramón, «Herencia y testamento digitales », en *Protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 239 y ss.
- García Herrera , Vanessa, «La disposición sucesoria del patrimonio digital», *Actualidad civil* (2017), n.º 7-8/2017, pp. 1 y ss.
- Gete-Alonso y Calera, María del Carmen, «Aproximación a la identidad digital. Situación de la persona menor de edad», en Solé Resina, Judith y Almada Mozetic, Vinicius (Coords.), *Protección de los menores de edad en la era digital* (2020), Juruá, Porto, pp. 73 y ss.
- Ginebra Molins, Esperança, «Morir en la era digital. "Voluntades digitales", intimidad y protección de datos personales», en Madrid Parra, Agustín (Dir.), *Derecho Mercantil y Tecnología* (2018), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, pp. 107 y ss.
- González Mendoza, Diana Paola, «Los perfiles digitales después de la muerte, una perspectiva europea», *Estudios en derecho a la información* (2021), n.º 11, pp. 3 y ss.
- Gutiérrez Santiago, Pilar, «La protección civil post mortem de los derechos de la personalidad. Honor, intimidad y propia imagen vs. datos de los fallecidos y otras dimensiones de la llamada "personalidad pretérita"», en AAVV., *Conflictos de Derechos* (2019), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 207 y ss.
- Martínez Espín, Pascual, «El acceso de los fiduciarios *mortis causa* (y otros) a los activos digitales de sujetos fallecidos o incapacitados. Nota a la ley modelo americana sobre acceso de los fiduciarios a los activos digitales (ufadaa)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 15/2015, pp. 7 y ss.
- 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 y ss.
- Martos Calabrús , María Angustias, «Aproximación a la sucesión en el patrimonio virtual», en *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa: «Liber amicorum» Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 929 y ss.
- Minero Alejandre, Gemma, *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 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), vol. 73, n.º 1, pp. 241 y ss.
- Moreno Marín, María Dolores, «Aproximación a la transmisión *mortis causa* en el patrimonio digital», en *Declaración de voluntad en un entorno virtual*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor

(Navarra), 2021, pp. 335 y ss.

Navas Navarro, Susana, «Herencia y protección de datos de personas fallecidas: a propósito del mal denominado "testamento digital"», *Revista de derecho privado* (2020) , Año n.º 104, Mes 1, pp. 59 y ss.

Ordelin Font, José Luis y Oro Boff, Salette , «¿Herencia digital?: la protección "post mortem" de los bienes digitales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* (2019), n.º 50, pp. 1 y ss.

Otero Crespo, Marta, «La sucesión en los "bienes digitales". La respuesta plurilegislativa española», *Revista de Derecho Civil* (2019), vol. 6, n.º 4, pp. 89 y ss.

Pérez Vallejo, Ana María y Vivas Tesón, Inmaculada, *La transmisión mortis causa del patrimonio intelectual y digital*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022.

Ramón Fernández, Francisca, «El acceso a los datos y contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información de personas fallecidas: análisis de los límites», *MÉI: Métodos de Información* (2020), vol. 11, n.º 20, pp. 59 y ss.

Santos Morón, María José, «La denominada "herencia digital": ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado», *Cuadernos de derecho transnacional* (2018), vol. 10, n.º 1, pp. 413 y ss.

Solé Resina, Judith , «Las voluntades digitales: marco normativo actual», *Anuario de Derecho Civil* (2018), tomo LXXI, II, pp. 417 y ss.