

EL TESTAMENTO DIGITAL DE LAS PERSONAS MAYORES CON NECESIDADES DE APOYO*

THE DIGITAL WILL OF ELDERLY PEOPLE WITH SUPPORT NEEDS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 764-789

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación PID2022-137330OB-I00 "Voluntad, autonomía y bienestar de la persona mayor: retos jurídicos", de la convocatoria 2022 de los "Proyectos de Generación de Conocimiento" del Ministerio de Ciencia e Innovación, IP Montserrat Pereña Vicente.

Javier
PALLARÉS
NEILA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de septiembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Tras la revolución que supuso la creación de Internet, hemos pasado en poco tiempo de una sociedad de la información, a una sociedad en la que lo digital empieza a desbordar los espacios de comunicación. Todo tipo de usuarios, también las personas mayores con discapacidad, utilizan y suben voluntariamente a los denominados servicios intermediarios, como redes sociales y blogs, una ingente cantidad de datos propios. Muchos de estos contenidos pueden tener valor patrimonial y por lo tanto, deben formar parte de la herencia de su titular. Por ello, en España, la Ley Orgánica 3/2018 regula en su artículo 96 el denominado “derecho al testamento digital”. Se examina en este artículo la eficacia de las previsiones contenidas en dicha norma, cuando el usuario de los servicios de la sociedad de la información es una persona mayor con discapacidad.

PALABRAS CLAVE: Testamento digital; apoyo; personas con discapacidad; contenidos digitales, curatela.

ABSTRACT: *Following the revolution brought about by the creation of the Internet, we have quickly moved from an information society to a society in which digital technology is beginning to overflow communication spaces. All types of users, including elderly people with disabilities, voluntarily use and upload a huge amount of their own data to so-called intermediary services, such as social networks and blogs. Many of these contents may have patrimonial value and therefore must form part of the inheritance of their owner. For this reason, in Spain, Organic Law 3/2018 regulates in its article 96 the so-called “Right to a digital will”. This article examines the effectiveness of the provisions contained in this law when the user of the information society services is an elderly person with a disability.*

KEY WORDS: Digital will; support measures; people with disabilities; digital content, guardianship.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA LEY ORGÁNICA 3/2018: DATOS Y CONTENIDOS DIGITALES.- I. Datos digitales.- A) La importancia de los datos digitales.- 2. Contenidos digitales.- III. EL DERECHO A LA HERENCIA DIGITAL.- I. Problemas en la determinación del patrimonio digital.- IV. LEGITIMACIÓN PARA EL ACCESO A LOS CONTENIDOS DIGITALES.- I. Legitimación cuando se trata de personas mayores con discapacidad.- 2. Quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo.- 3. Legitimación en caso de otras medidas de apoyo.- 4. Legitimación del curador.- V. LAS PRESTADORAS DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.- I. Meta Platforms, Inc.- 2. X Corp.- 3. Automattic Inc.- VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

Nos resistiremos unos más que otros, pero queramos o no, vivimos ya inmersos en la sociedad digital.

Y sin apenas darnos cuenta.

Pensábamos que Internet era la revolución y solo era el comienzo de esta. De la sociedad industrial, pasamos a la de la información y de esta, a una sociedad en la que lo digital empieza a desbordar los espacios de comunicación para inundar otros hasta ahora inéditos: los del derecho o los de las relaciones interpersonales, con el resultado de que empieza ya a ser difícil distinguir entre la máquina y los seres humanos, la vida y la ficción, las emociones o el resultado de un algoritmo.

Nuevos contextos que dan origen a nuevos problemas, para cuya resolución necesitaremos ingenio, pero también conocer en profundidad nuestras instituciones tradicionales, ya que tras temas tan novedosos como la digitalización, la inteligencia artificial o los algoritmos, el problema que abordamos es el mismo que el derecho siempre intentó ordenar: la forma y medida en que los bienes de una persona se transmiten tras la muerte.

Pero como decimos, de esta realidad virtual es difícil escapar. Alcanza a personas de cualquier condición y, por supuesto, también a las personas mayores y a las personas con discapacidad.

Según la “Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación”¹, el 95,4 % de la población de 16 a 74 años ha usado Internet en los tres últimos meses. Y, computando los datos de los últimos tres meses, el uso de

¹ Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) en los Hogares, año 2023, publicada: 28/11/2023, accesible el 20/08/2024 en https://www.ine.es/prensa/tich_2023.pdf

Internet es casi completamente generalizado entre las personas de 16 a 24 años (el 99,8 % lo utiliza) y, si bien va descendiendo conforme aumenta la edad, alcanza también valores muy altos en el grupo de 65 a 74 años, hasta el 80,1 %.

Todas ellos utilizan esta tecnología para realizar actuaciones relacionadas con la comunicación, servicios de mensajería instantánea, realizar videollamadas, banca por Internet, educación, participación política y social, búsqueda de empleo, compras, etc.

Pero estas personas no solo son usuarios de servicios, sino que también crean contenidos: el 26,5 % de personas de entre los 65 a los 74 años tiene "Habilidades básicas de creación de contenidos digitales" y el 25,1 % avanzadas².

Se hace difícil realizar inferencias válidas en relación con las personas mayores con discapacidad. Los pocos datos existentes sobre el uso de las nuevas tecnologías por parte de este colectivo³, han quedado sin duda anticuados después de la pandemia mundial de la COVID y del impacto que está teniendo y tendrá la Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación⁴.

Pues bien, uno de los muchos escenarios surgidos en esta nueva etapa digital, es la cuestión referente a la situación en la que quedan todos aquellos datos y contenidos digitales que se encuentran en la red, una vez que su titular fallece.

En nuestro país, esta cuestión se encuentra regulada en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, tal y como analizaremos a continuación.

2 Ibid.

3 La operación estadística más sólida e importante realizada en España sobre el sector de la discapacidad Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia (EDAD 2020), accesible el 13/04/2024 en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176782&menu=ultiDatos&idp=1254735573175, solo advertía de ciertas dificultades con las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC), lo que años después se pondría claramente de manifiesto por la campaña 'Soy mayor, no idiota' que en solitario llevaría a cabo Carlos San Juan recabando más de 600.000 firmas y que puso en la agenda social la discriminación que sufre este colectivo.

4 Constituye el objetivo de esta ley "garantizar de forma efectiva la accesibilidad cognitiva de todas las personas con dificultades de comprensión y comunicación del entorno físico, el transporte, la información y la comunicación, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones a disposición o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales" y el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público.

II. LA LEY ORGÁNICA 3/2018: DATOS Y CONTENIDOS DIGITALES.

La normativa que vamos a estudiar se encuentra recogida en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁵. Especialmente, a los datos de las personas fallecidas se refiere la mencionada ley en distintas ocasiones.

En la primera de ellas, para excluirlos, advirtiendo en su artículo 2 que queda fuera de su ámbito de aplicación “b) A los tratamientos de datos de personas fallecidas, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3”.

No obsta a esta declaración advertir, ya en el artículo siguiente, que tales datos existen e identifica a las personas que podrán acceder a aquellos y, en su caso, solicitar su rectificación o supresión, una vez fallecido su titular.

Pero de nuevo, en su artículo 96, vuelve a recoger otra cuestión íntimamente ligada a la anterior y la trata de forma muy similar; si bien con dos matizaciones: la primera es el cambio de rúbrica, ahora denominada “Derecho al testamento digital” y la otra, que ya no se refiere a datos, sino a los “contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas”.

Pues bien, llegados a este punto, pensamos que es importante, antes de continuar, distinguir entre datos y contenidos digitales.

I. Datos digitales.

El Reglamento general de Protección de Datos⁶ define los datos personales de forma genérica como “toda información sobre una persona física identificada o identificable”, considerando como identificable a la “persona 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”.

5 Consecuencia de la adopción del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), así como de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

6 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Al poner en conexión uno y otro sistema, la ley sitúa, a un mismo nivel de protección, tanto los rasgos más íntimamente ligados a nuestra identidad, como aquellos otros que pueden actuar como identificadores, como por ejemplo un número, un dato de localización o un identificador en línea, como las credenciales y contraseñas utilizados para acceder a un servicio o cualquier otra huella que, como se advierte en el considerando 30 del citado reglamento, “al ser combinadas con identificadores únicos y otros datos recibidos por los servidores, pueden ser utilizadas para elaborar perfiles de las personas físicas e identificarlas”.

Por lo tanto, y a título de ejemplo, son datos personales tanto los que se asocian a una persona física concreta, como el nacimiento, matrimonio o su domicilio, como los relativos a su vida académica, profesional, laboral, hábitos de vida y consumo, relaciones personales, ideología o elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social, etc.

De este régimen, únicamente se excluyen los datos anónimos⁷, considerando como tales aquellos que no guardan relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo.

De todos ellos, el reglamento presta mayor atención a aquellos que pueden ser objeto de frecuentes o más graves violaciones y que por lo tanto, son de mayor interés a efectos del presente trabajo: datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física.

Debemos tener en cuenta, además, que nuestra ley orgánica, a fin de evitar situaciones discriminatorias, prohíbe en su artículo 9.1, el tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico con el solo consentimiento del afectado.

A) La importancia de los datos digitales.

El derecho a la protección de datos, prontamente fue categorizado por el Tribunal Constitucional como derecho fundamental⁸. Para García Herrera⁹, tiene la naturaleza de derecho de la personalidad, tratándose de “un derecho subjetivo

7 Sí se incluye una nueva categoría de datos, los seudonimizados, que, conforme a la definición ofrecida en el párrafo quinto del artículo 4, son aquellos que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional”.

8 STC 94/1998, de 4 de mayo (BOE núm. 137, de 09 de junio de 1998).

9 GARCÍA HERRERA, V.: “El tratamiento de datos de personas fallecidas”, *Actualidad Civil*, Editorial Wolters Kluwer, 2018, núm. 5º, mayo, p. 3.

de naturaleza privada que recae sobre un bien absolutamente indispensable para reconocer la esencia misma de la persona y que por tanto es necesario para que pueda desarrollarse con la mínima dignidad".

Por esta razón, el derecho se extingue con el fallecimiento de su titular¹⁰ y por ello, tanto el Reglamento 2016/679 y la Ley Orgánica 3/2018, advierten que no se aplica esta normativa a los datos de las personas fallecidas.

Sin embargo, una cosa es que dichos datos se excluyan de la protección que brinda la ley y otra muy distinta es que no existan.

Mucho antes de la creación de internet, encontramos ya referencias legislativas a ciertos datos personales que sobrevivían al fallecimiento del causante:

- Así, en la Exposición de Motivos de la LO 1/1982, de 5 de mayo se recogía la que se ha denominado como memoria defuncti¹¹ "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".

- También la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, en su artículo 1, concede legitimación para ejercitar el derecho de rectificación "el perjudicado aludido o sus representantes y, si hubiese fallecido aquél, sus herederos o los representantes de éstos".

- El art. 18.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se refiere al acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos.

- Y la Ley de Propiedad Intelectual¹², reconoce en su artículo 15 distintos supuestos de legitimación mortis causa, para exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra; así como a su integridad e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

10 Como advierte BERROCAL LANZAROT, A. I.: "Disposición mortis causa de los datos digitales. El llamado "testamento digital"", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, núm. 783°, p. 573., esta declaración está en línea con lo dispuesto en el artículo 32 del Código civil, "De ahí que, se considere que, las personas fallecidas no sean titulares del derecho a la protección de datos de carácter personal, pues la titularidad del dato se vincula a una persona viva.

11 "La memoria defuncti, es el buen recuerdo, buenas acciones, patrimonio moral que dejamos en vida, que se basa o tiene como sustrato la dignidad del que fue y que sobrevive a la muerte, lo que conlleva que se entienda como prolongación de la personalidad". RAMOS GUTIÉRREZ, M.: "Memoria Defuncti", *Actualidad Civil*, Editorial Wolters Kluwer, 2018, núm. 9°, p. 3.

12 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Pero, ciertamente, el legislador de ninguno de estos textos legales pudo siquiera imaginar el enorme cúmulo de datos que nosotros mismos, voluntariamente, ofrecemos a los servicios intermediarios¹³.

Cada vez que damos a un “like” o a un “me gusta” generamos una huella digital que tras pasar por un conjunto de reglas o instrucciones -un algoritmo- permitirá a la empresa receptora de aquellos realizar predicciones.

Así se comprobó en una investigación llevada a cabo por la Universidad de Stanford y la Universidad de Cambridge¹⁴, en el que se mostró que los juicios de los modelos informáticos sobre la personalidad de las personas basados en sus huellas digitales son más precisos y válidos que los juicios hechos por sus personas cercanas o conocidas, necesitando tan solo 10 me gusta para superar a un colega de trabajo; 70 a un amigo; 150 a un familiar y 300 al cónyuge.

Sin pretender entrar en un análisis de su validez empírica, que no nos corresponde, el estudio sí que nos convence de que ese conjunto de datos e interacciones que voluntariamente ofrecemos a las grandes compañías, lejos de ser inconexos e inocuos van configurando nuestra identidad digital, fundamentalmente social, en tanto creada para compartir con nuestros vecinos digitales y que nos supérstite tras la muerte.

Sobre este conjunto de bienes que para Santos Morón, “no están tutelados por el derecho de propiedad sino por otros derechos, como el derecho a la intimidad, honor, imagen, o el derecho a la protección de datos de carácter personal”¹⁵, el ordenamiento nos ofrece ya nuevas facultades o acciones: además de las referidas en párrafos anteriores, el derecho al olvido o el mal llamado testamento digital.

13 Conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento (UE) 2022/2065 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), “servicio intermediario”: uno de los siguientes servicios de la sociedad de la información:

- i) un servicio de “mera transmisión”, consistente en transmitir, en una red de comunicaciones, información facilitada por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones,
- ii) un servicio de “memoria caché”, consistente en transmitir por una red de comunicaciones información facilitada por el destinatario del servicio, que conlleve el almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, prestado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos,
- iii) un servicio de “alojamiento de datos”, consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de este.

14 YOUYOUA, W., KOSINSKIB, M., STILLWELLA, D.: “Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans”, *PNAS*, 2015, vol. 112, núm. 4º. Recuperado el 21/08/2024 en www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1418680112.

15 Como advierte SANTOS MORÓN, M. J.: “La denominada “herencia digital”: ¿necesidad de regulación, Estudio de derecho español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 1, p. 418, esos datos; “no están tutelados por el derecho de propiedad sino por otros derechos, como el derecho a la intimidad, honor, imagen, o el derecho a la protección de datos de carácter personal, derechos, que otorgan a su titular, básicamente, facultades de exclusión de terceros y les permiten decidir si consienten o no el conocimiento, la comunicación, divulgación y/o reproducción de esos datos por otros sujetos”.

Esta identidad digital es reconocida, a nuestro juicio de forma tan prematura como inadecuada¹⁶, como un derecho, tanto en Carta de Derechos Digitales, al reconocer por primera vez el “Derecho a la identidad en el entorno digital”, como en la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01)¹⁷.

No pretendemos resolver la cuestión, sino poner de manifiesto que, si bien los datos digitales no siempre son datos personales y pese a lo dispuesto en el artículo 2, existe una identidad digital de las personas mayores con discapacidad, que les trasciende y que es necesario tutelar.

Por ello, el artículo 3 concede legitimación a determinadas personas para acceder a los datos de las personas fallecidas, que en el caso de las personas con discapacidad es idéntica a la legitimación recogida en el artículo 96, por lo que la analizaremos en líneas posteriores.

2. Contenidos digitales.

A los contenidos digitales se refiere el artículo 96 de la misma ley, al establecer reglas relativas al “acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas”.

Dicho artículo no se refiere a la relación contractual que regula la prestación de los servicios digitales¹⁸, sino a los contenidos digitales, aquello que los usuarios en expresión coloquial “suben” a las correspondientes plataformas.

Susana Navas¹⁹ distingue tres categorías dentro del contenido digital: “la primera, las relaciones jurídicas nacidas al amparo del contrato de uso que se celebra con el titular del sitio web o plataforma tecnológica de que se trate; la segunda, las singulares relaciones jurídicas que nazcan sobre la base de los contratos que se celebren en uso de ese sitio web o plataforma, algunas de las cuales, se desenvuelven en el mundo físico, aunque hayan nacido en el digital; la tercera, los bienes digitales, algunos de los cuales pueden existir también físicamente”.

16 Compartimos la opinión de GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: “Identidad digital y responsabilidad civil de las plataformas digitales: de las redes sociales al metaverso”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, núm. 18°, p. 1011, de que “el concepto de identidad digital se encuentra en constante desarrollo y aún no cuenta con una definición universal y aceptada en el ámbito legal”.

17 Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Gobierno de España. Carta de derechos digitales, 2021. Recuperado el 3/8/2024 de: https://derechodigital.pre.red.es/documentos/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf. Parlamento Europeo, Consejo y Comisión Europea, Declaración conjunta sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, 2023. Recuperado el 3/8/2024 de: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123(01)).

18 Puede consultarse al respecto la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DOUE L 136, de 22.5.2019).

19 NAVAS NAVARRO, S.: “Herencia y protección de datos de personas fallecidas: a propósito del mal denominado *testamento digital*”, *Revista de derecho privado*, 2020, núm. 104°, mes 1, p. 65.

A nuestro juicio, así como un dato personal puede ser suficiente para identificar a una persona y que un conjunto de datos, aparentemente inconexos, configuran nuestra identidad digital, los contenidos digitales son un conjunto ordenado de datos digitales que se presentan virtualmente por un usuario en un servicio intermediario, en forma de imagen, texto o sonido.

Los contenidos digitales son el objeto y el resultado, de los servicios de la sociedad de la información, especialmente de los servicios intermediarios, que casi sin darnos cuenta han pasado a formar parte de nuestra vida cotidiana, utilizándolos en no pocas ocasiones a diario. Nosotros somos los destinatarios de estos servicios.

Con esta amplitud, son contenidos digitales, entre otros, desde los simples comentarios -post- que escribimos en cualquier red social, hasta los libros electrónicos -eboks-, los diarios -blogs-, las imágenes, los vídeos, los archivos sonoros -podcast- y los seminarios digitales -webinario-, etc. Normalmente, estos contenidos son subidos a internet por los propios usuarios, a través de plataformas que nos prestan servicios digitales, como por ejemplo de almacenamiento en la nube (Google Drive, Dropbox, iCloud); redes sociales (X, TikTok, etc.), gestores de correo electrónico (Gmail, Outlook, etc.), intercambio de vídeos o audio (Vimeo, YouTube, etc.) o plataformas de televisión bajo demanda (Netflix, Filmin, etc.).

Estos contenidos en la mayoría de las ocasiones tienen tan solo un respetable valor sentimental, pero también pueden llegar a tener un importante valor patrimonial. Podemos pensar en las distintas conexiones -hilos- de un mensaje -post- en una red social, que conforman un relato, de quien años después se convertirá en un importante escritor²⁰; o las recetas subidas a un blog, por quien se convertirá en una chef prestigiosa; o los denominados “token”²¹ que, como los bienes materiales, pueden ser fungibles, como la criptomoneda de “Bitcoin” o la criptomoneda de “Ethereum”, o no fungibles “Non Fungible Token (NFT)”, bienes digitales no fungibles, cuya originalidad y autenticidad se acredita a través de una cadena de bloques, denominada tecnología “blockchain” y que pueden ser adquiridos en un mercado virtual, en donde se dispone de toda una galería de objetos de distintos precios a pagar en criptomonedas²².

20 Que se ha llamado “Tuitertura” y que incluso se presentan a premios en una feria: CASTRO-MARTÍNEZ, A., DÍAZ-MORILLA, P.: “Tuitertura: contar historias con los hilos y recursos de Twitter”, *Ocnos*, 2021, 20 (1), pp. 82-95.

21 Como señala DE ROMÁN PÉREZ, S.: “Algunas reflexiones jurídicas sobre la nueva etapa de internet: Web 3.0, tokens, DAOs, y otros aspectos de la economía virtual”, en AA.VV.: *Nuevas tecnologías 2023* (dir. por E. ORTEGA BURGOS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 185-200, vienen a ser como una “unidad de valor”, la “representación visible o tangible de otra cosa o derecho”.

22 Puede consultarse al efecto la página web: <https://opensea.io/es>

No olvidemos que esos contenidos digitales son propiedad del usuario²³, pero se concede a la empresa una licencia de uso que, como señala Sergio Cámara²⁴, se extinguirá a su muerte.

En fin, desconocemos dónde nos llevará todo esto, pero lo cierto es que en tanto pertenezcan a una persona determinada y tengan un valor en dinero o signo que lo represente, requiere la atención del derecho al formar parte de la masa patrimonial que se puede transmitir en vida o, como veremos inmediatamente, después de la muerte.

III. EL DERECHO A LA HERENCIA DIGITAL.

Cuando habíamos aprendido de nuestro Código Civil, que la herencia de una persona comprende todos sus bienes y derechos que no se extingan con su fallecimiento, irrumpió en nuestro ordenamiento la mencionada Ley Orgánica 1/1982, para advertirnos de la existencia de una memoria defuncti. Damos ahora un paso más para referirnos a la herencia digital, como esa masa patrimonial caracterizada por su intangibilidad y a la que el propio legislador denomina como patrimonio digital, susceptible también de ser transmitido vía hereditaria.

El epítome del progreso busca perpetuarse en las formas tradicionales de nuestro centenario Código Civil, ¡qué gran paradoja!

Aunque la expresión de “testamento digital”, que emplea el artículo 96 de la Ley Orgánica 3/2018, ha sido -con razón- duramente criticada por la doctrina²⁵, lo cierto es que el término y sus parejos, legado y el más adecuado de herencia digital, han hecho fortuna, recogándose tanto en la Carta de Derechos Digitales de España²⁶, como en la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01).

23 Así, por ejemplo, en la empresa Meta Platforms, Inc., dueña de las aplicaciones Facebook, Messenger, Instagram y WhatsApp, se establece en sus condiciones generales que: “El contenido que creas y compartes en Facebook y en los demás Productos de las empresas de Meta que usas es de tu propiedad y ninguna disposición incluida en estas Condiciones anula los derechos que tienes sobre tu propio contenido. Por tanto, puedes compartir libremente tu contenido con quien quieras y donde desees. No obstante, para proporcionar nuestros servicios, es necesario que nos otorgues algunos permisos de uso del contenido. Condiciones del servicio, recuperado el 11/08/2024, de <https://es-es.facebook.com/legal/terms>

24 CÁMARA LAPUENTE, S.: “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1º, p. 842.

25 El “mal llamado testamento digital”, reitera en varias ocasiones BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Disposición mortis”, cit. p. 575. Por su parte, MORALES IMBERNÓN, N.: “El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Anuario de Derecho Civil*, 2020, vol. 73, núm. 1, p. 254, detalla las razones por las que no puede ser considerado como un testamento: no tiene las formalidades previstas en nuestro Código Civil; los contenidos digitales, no siempre son transmisibles; y no solo se refiere a las instrucciones del causante.

26 La Carta de Derechos Digitales ha sido elaborada por el Grupo de Expertos constituido por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA) del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Además, han colaborado representantes del Ministerio de la Presidencia,

En el documento español, dentro de los “Derechos de libertad”, en los siguientes términos:

“1. Conforme a la ley que rijan la sucesión, se reconoce el derecho a la herencia digital de todos los bienes y derechos de los que, en el entorno digital, fuera titular la persona fallecida.

2. Corresponde al legislador determinar los bienes y derechos de carácter digital de naturaleza patrimonial transmisibles por herencia y los bienes de la personalidad que pueden ser objeto de defensa, preservación y memoria, así como las personas llamadas, en su caso, a tal función, en defecto de señalamiento por el fallecido.

3. Se promoverá que la legislación contemple los supuestos en los que, atendidos los derechos de la persona fallecida o de terceros y en particular la protección de su intimidad y del secreto de sus comunicaciones, proceda la extinción del patrimonio digital o su no accesibilidad fuera de las personas a quienes se distribuyeron o se permitió acceder, en los casos en que aquella no haya dejado manifestación expresa sobre su destino.”

Y, en la declaración europea, dentro del epígrafe “Privacidad y control individual de los datos”: “Toda persona debería poder determinar su legado digital y decidir lo que debe hacerse tras su muerte con sus cuentas personales y la información que le concierna”.

La denominación empleada en la ley orgánica, es sin duda un alarde de sensacionalismo jurídico incompatible con la seriedad que exige nuestro Código Civil, ya que, bajo la denominación de “testamento digital”, cualquier civilista esperaría encontrar la regulación del otorgamiento digital de un testamento o, cuanto menos, la expresión y regularización de aquellos bienes y derechos inmateriales nacidos de la innovadora sociedad digital y que, formando parte del patrimonio personal, es necesario arbitrar sus peculiaridades en la transmisión mortis causa.

Pero mucho nos tememos que nada de esto se encuentra en su desarrollo.

Recientemente se ha publicado la Ley 11/2023, de 8 de mayo²⁷, que ha modificado la Ley del Notariado, con la finalidad de regular un protocolo

Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática; del Ministerio de Justicia y de la Agencia Española de Protección de Datos. Accesible en <https://derechodigital.pre.red.es/index.html>

27 Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos

electrónico y establecer la posibilidad de otorgamiento de ciertos instrumentos a través de videoconferencia y comparecencia electrónica, pero no contiene ninguna disposición relativa a un posible testamento digital, con la sola excepción introducida en el artículo 17 ter de la Ley del Notariado de la posibilidad del otorgamiento y autorización de un testamento, a través de videoconferencia en “situación de epidemia declarada mientras dure la obligación de confinamiento”.

Nada nos ofrece al respecto el mencionado artículo 96, que se limita a determinar las reglas y personas legitimadas para acceder a los contenidos digitales que están siendo gestionados por los prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre las personas ya fallecidas. Regulación que ya contaba con un antecedente en derecho español, a través del Código Civil de Cataluña que ya previó en su artículo 222-2 la posibilidad de apoderar a una persona para la gestión de sus voluntades digitales y, en su artículo 411-10 y bajo la denominación también efectiva pero más ajustada de “Voluntades digitales en caso de muerte”, las define como “las disposiciones establecidas por una persona para que, después de su muerte, el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas”, regulando a continuación diversas disposiciones sobre su contenido y el alcance concreto del encargo que debe ejecutarse.

La conclusión, a nuestro juicio, no deja lugar a dudas: el otorgamiento de un supuesto testamento en los que se disponga de los bienes y derechos digitales del causante, que tengan carácter patrimonial, solo puede realizarse en la forma tradicional prevista en nuestro Código Civil.

I. Problemas en la determinación del patrimonio digital.

Pero esa artificiosa calificación sucesoria de testamento, legado o testamento digital, no obsta a que estemos en presencia de una cuestión compleja, afectada por diferentes cuestiones:

En primer lugar, porque si bien la mayoría de esos bienes y contenidos (escritos, opiniones, fotos, etc.) volcados por el usuario en sus redes sociales o en servicios de mensajería tienen por lo general un carácter privado, puramente personal, en otras ocasiones, como hemos mencionado, tienen o pueden tener un importante valor patrimonial.

Sin embargo, su indeterminación física y la ausencia de instrumentos verificados de registro, hace difícil que los herederos sepan de su existencia. La única solución sería poder acceder a sus cuentas de correo, pero esta posibilidad

parece vedada dada su protección a través del derecho de la intimidad y secreto de comunicaciones²⁸.

En segundo lugar, porque, como afirma Berrocal Lanzarot²⁹, no es posible hablar de una herencia digital como algo diferente y separado de la herencia analógica. Como se afirma en el artículo 659 del Código Civil, la herencia “comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte”, de forma que, las disposiciones del artículo 96, podrían entrar en conflicto con el derecho sucesorio; a saber, ¿qué ocurriría si uno de los interlocutores, no heredero, legitimados por este artículo solicita la supresión de un archivo digital con valor patrimonial?

En el mismo sentido, advierte García Herrera³⁰, no sería necesario acudir al derecho de acceso consagrado en la legislación de protección de datos, sino a las normas generales de la sucesión de nuestro código, previstas en los artículos 651, 659 y 661, cuando esos datos están directamente relacionados con su propia condición de herederos, como “derecho de todo heredero a conocer el caudal relicto y su estado, así como a ejercitar las acciones necesarias para su determinación y defensa”.

Por último, porque esa huella digital se ha generado de forma voluntaria y en virtud de una relación jurídica que no deja de ser un contrato de prestación de servicios entre dos sujetos de derecho, sometido a sus propias normas, que en tanto no contraría la ley, la moral o las buenas costumbres, genera obligaciones que son ley entre las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1091 del Código Civil.

Veamos ahora como regula la ley orgánica las cuestiones relativas a la legitimación para acceder a dichos contenidos digitales, fundamentalmente, en lo que interesa a este artículo, en lo referente a las personas mayores con medidas de apoyo.

28 Como afirma SANTOS MORÓN, M. J.: “La denominada”, cit. p. 422, “en el Derecho español el derecho al secreto de las comunicaciones está reconocido en el art. 18,3 CE. Se entiende que tal derecho protege la comunicación en sí misma, con independencia de que su contenido revista o no carácter íntimo, y se protege tanto el contenido como las circunstancias o datos externos de la comunicación (v. gr. identidad de los interlocutores). Es necesario que la comunicación se lleve a cabo a través de un medio técnico de carácter cerrado, que ofrezca alguna garantía de secreto, es decir, que no coloque la comunicación al alcance de cualquiera. La mencionada obligación de secreto se considera exigible a los proveedores de servicio de correo electrónico y debe considerarse extensible a los proveedores de servicios de redes sociales, al menos siempre que la comunicación entre los usuarios esté abierta sólo a partícipes concretos y delimitados.

29 BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Disposición mortis”, cit. p. 574.

30 Con apoyo en las Resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos de 23 de febrero de 2016 (TD/01698/2015), de 16 de marzo de 2011 (TD-01543-2010) y de 13 de octubre de 2010 (Reposición-TD-0322-2010) y SAN de 26 de febrero de 2014 (procedimiento ordinario 216/2013. GARCÍA HERRERA, V.: “El tratamiento”, cit. p. 6.

IV. LEGITIMACIÓN PARA EL ACCESO A LOS CONTENIDOS DIGITALES.

Como gráficamente se ha puesto de manifiesto, lo cierto es que al fallecimiento de muchas personas hay una especie de “necrópolis de datos que permanecen, más allá de las vidas de las personas a las que se refieren, en el control y la disponibilidad de un círculo de gigantes del mercado digital”³¹, que hay que regular.

Como decíamos, la cuestión queda regulada en el artículo 96 de la citada Ley Orgánica donde, bajo la rúbrica de “Derecho al testamento digital”, se reconoce con determinadas peculiaridades y a ciertas personas, el derecho de acceso a los contenidos gestionados por los prestadores de servicios de la sociedad de la información y, una vez accedido a estos contenidos, se ofrecen reglas para el mantenimiento o eliminación de sus perfiles personales.

Pues bien, en relación con dicho acceso y con ciertos requisitos, se reconoce legitimación a

- Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho y sus herederos, salvo que la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley y sin que en dicha prohibición afecte al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto.

- Los albaceas testamentarios³² o persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello.

- Y, por último, contiene una referencia especial cuando se trate de menores o personas con discapacidad que, dado que es el tema esencial de este trabajo, se recoge literalmente a continuación:

“c) En caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.

d) En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales

31 MARINO, G.: “La sucesión de los derechos de control sobre los datos personales digitales del difunto en la comparación de las experiencias jurídicas europeas”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20°, 2024, febrero, p. 1093.

32 SANTOS MORÓN, M. J.: “La denominada”, cit. p. 437, duda de que cualquier albacea designado testamentariamente puede solicitar el acceso a los datos del causante, así como su rectificación o supresión, o si es preciso que el testador le haya encomendado expresamente esas facultades.

facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado”.

En principio, cualquiera de estas personas podrá decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, “a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones”.

1. Legitimación cuando se trata de personas mayores con discapacidad.

Como hemos podido leer, la legitimación en el caso del fallecimiento de menores, se atribuye a sus representantes legales y al Ministerio Fiscal.

Sin duda es correcto. Todos los menores disponen de representantes legales, bien aquellos que ejercen las funciones tuitivas reservadas a la patria potestad; o bien un tutor, en los casos previstos en el Código Civil.

Sin embargo, es incorrecta dicha atribución en relación con las personas con discapacidad.

Ninguna persona con discapacidad, mayor de edad, tiene representante legal por el mero hecho de tener una discapacidad. Únicamente dispondrán de él cuando haya sido designado voluntariamente en escritura pública de provisión de apoyos o mediante resolución judicial dictada por un órgano judicial. Dicho de otra forma, este primer párrafo de la letra “d” carece de sentido y pese a su literalidad, resulta inaplicable en lo que se refiere a las personas con discapacidad.

Siendo así, los sujetos pasivos de este apartado de la norma no son las personas con discapacidad, sino las personas con discapacidad que en vida hayan dispuesto de medida de apoyo. El ejercicio de los derechos sobre sus datos digitales de aquellas personas con discapacidad, sin medidas de apoyo, no ofrecen ninguna singularidad respecto a los del resto de los ciudadanos, por lo que se les debe aplicar sin matización ninguna, lo dispuesto en los restantes párrafos del artículo.

2. Quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo.

Pero, además, en la letra d), del citado artículo se advierte que “En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado”.

La legitimación del Ministerio Fiscal, resulta del juego de lo dispuesto en los artículos 124 de la Constitución, así como de lo dispuesto en los artículos 1 y 3 de

su Estatuto Orgánico, pero en cuanto a los demás, nos preguntamos a qué tipo de apoyos se refiere.

Como sabemos, la ley 8/2021³³ ha modificado todo el sistema de atención a las personas con discapacidad, que sucintamente puede resumirse en los siguientes aspectos: preferencia de las medidas voluntarias sobre las judiciales; supresión de la tutela para los mayores de edad; renovación de los mecanismos de sustitución de la voluntad por otros de mero apoyo en los que la asunción de funciones representativas resulta excepcional; y la sustitución de las formas tradicionales de protección: tutela y curatela, por unas medidas de apoyo guiadas por el principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las persona con discapacidad.

El nuevo sistema prevé dos formas por las que una persona puede ser designada para el desempeño de una medida de apoyo: mediante una escritura pública otorgada por la propia persona con discapacidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 254 y siguientes y mediante el nombramiento por resolución judicial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 275 y siguientes.

A su vez, la primera de ellas, la medida de apoyo voluntaria, se subdivide en dos: la que denominaremos autoapoyo y el poder preventivo; junto a ellas, existe otra que también se configura mediante escritura pública otorgada por la persona con discapacidad, que es un híbrido entre las medidas de apoyo voluntarias y las judiciales: la denominada autocuratela.

En relación con la primera de ellas, la prevista en el artículo 255 del Código Civil, es posible que la persona mayor con discapacidad, en la escritura pública que otorgue en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica, pueda haber legitimado a otra persona, física o jurídica, para acceder tanto en vida, como para después de su fallecimiento a esos contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información, impartiendo incluso las instrucciones que sean precisas sobre su utilización, destino o supresión.

Es cierto que la constitución voluntaria de apoyos se extingue con el fallecimiento del disponente, pero su oficio lo entendemos comprendido dentro de la generosa legitimación que la letra b) del artículo 96 admite “El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones”.

33 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Sin embargo, es dudoso que pueda tener legitimación el apoderado del mandato preventivo otorgado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 256 y siguientes.

Habría quien considere que su legitimación también la reconoce la letra “d” del artículo 96: “... estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado”. Sin embargo, rechazamos esa interpretación por contrariar la naturaleza jurídica del negocio subyacente en esa declaración de voluntad. Como sabemos, el poder no es más que el instrumento jurídico por el que se manifiesta fehacientemente el contrato de mandato y este, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1732, se extingue por la muerte del mandante³⁴.

La persona mayor con discapacidad, en previsión de sus dificultades para el ejercicio de su capacidad jurídica, podrá otorgar un poder preventivo a cualquier persona para gestionar en vida esos contenidos, pero no para gestionarlos tras su muerte. Si este es también su deseo debería incorporarlos en su testamento, atribuyendo dichas facultades al albacea, al heredero o a la persona o institución que desee, de conformidad con lo dispuesto en la letra b, del artículo 96 de la Ley Orgánica.

Por último, en cuanto a la denominada autocratela, es posible que esas facultades puedan ser parte de los contenidos que puede diseñar el mayor con discapacidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 271 del CC; si bien, por su propia naturaleza, será necesario su constitución judicial para que pueda ejercer las funciones otorgadas y, tras su fallecimiento pueda el curador dirigirse a los prestadores de la sociedad de la información, de conformidad con lo dispuesto en la letra d, del mencionado artículo 96.

3. Legitimación en caso de otras medidas de apoyo.

Pero tras la reforma, el código también prevé otras medidas de apoyo. Nos referimos a la guarda de hecho y a la defensa judicial.

Respecto a la primera, no parece plausible, ya que por su propia naturaleza no debería haber ningún tipo de designación. Pero hablamos en condicional,

34 Aceptaremos las críticas de quien piense que, por la misma razón, tampoco es posible la extensión de las funciones del curador dado que la curatela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 291, “se extingue de pleno derecho por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con medidas de apoyo”. La diferencia está en que en este caso la ley orgánica prevé la subsistencia de esas facultades, para la gestión de los contenidos digitales.

porque, como pone de manifiesto De Verda³⁵, cada vez se hacen más frecuentes las solicitudes para acreditar la existencia de esa guarda de hecho; bien mediante un acta de notoriedad e incluso, pone de manifiesto el autor; mediante un auto de declaración de la condición de guardador de hecho a través de un proceso de jurisdicción voluntaria, lo que no deja de parecerle una paradoja ya que “asistimos a una suerte de “judicialización” de la “desjudicialización”, opinión que compartimos plenamente.

Pese a ello, rechazamos esta opción. Una cosa es que la conjunción de las nuevas facultades atribuidas al guardador, con los requerimientos del tráfico jurídico, puedan facilitar su labor si acredita su condición y otra que también se puedan detallar en esos documentos sus funciones, lo que nos parece una extralimitación que rompe totalmente con la naturaleza jurídica de la figura.

Reconocemos, sin embargo, que la discusión es baladí. El guardador de hecho no tendría legitimación como persona de apoyo, pero sí tras abrir la puerta de esa generosa legitimación que otorga el artículo 96 a cualquier persona vinculada al fallecido por “razones familiares o de hecho”.

Estimamos, empero, que en ningún caso la tendría el defensor judicial -salvo que fuera familiar-, ya que pese a desempeñar una medida de apoyo, sus funciones obedecen a necesidades puramente ocasionales que por su propia naturaleza no deberían prorrogarse más allá de su fallecimiento.

Cuestión distinta sería que precisamente dicho defensor haya sido designado para el apoyo a la gestión de los contenidos digitales de la persona con discapacidad y que, en el desempeño de estos, hubiera fallecido la persona con discapacidad, en cuyo caso no veríamos inconveniente en atribuirle las funciones reconocidas en la letra “d”, ya que, indudablemente, habría “sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo”.

4. Legitimación del curador.

Pero es sin duda la curatela, junto con la medida voluntaria del autoapoyo, donde mejor encaja la previsión del legislador.

A nuestro juicio, el principio de proporcionalidad es uno de los ejes de referencia de la nueva medida de apoyo y por ello, pese a que se predica en la práctica una visión bifronte de la medida a través de la distinción entre curatela asistencia y

35 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Prueba de la guarda de hecho”, *Instituto de Derecho Iberoamericano*, tribuna 8 de febrero de 2024. Recuperado el 19/08/2024 de <https://idibe.org/tribuna/prueba-la-guarda-hecho/>

curatela representativa, pensamos con Pereña Vicente que realmente hay una sola curatela, con distintas extensiones a medida de la persona con discapacidad³⁶.

En este sentido, dado que la previsión del legislador no se refiere a las funciones desempeñadas, sino únicamente a su nombramiento y al mero hecho de que dentro de ellas “se entiendan comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado”, las funciones previstas en el artículo 96, pueden ser atribuidas a cualquier curador, con independencia de que tengan atribuidas funciones representativas o meramente asistenciales.

Dicho esto, nos resulta difícil de imaginar que “tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado”. Tratándose de algo tan singular como la identidad o los contenidos digitales de una persona, lo más razonable, si se quieren evitar problemas con los servidores de la sociedad de la información es que, tratándose de una persona con discapacidad que tenga una vida digital activa, la resolución judicial atribuya expresamente al nombrado para ello funciones de apoyo, asistenciales o representativas, para la gestión de sus datos o contenidos digitales.

V. LAS PRESTADORAS DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.

A luz de lo expuesto examinemos, a título de ejemplo, el contenido de las cláusulas contractuales de algunas de las plataformas que prestan estos servicios y si contemplan el posible fallecimiento del usuario titular.

I. Meta Platforms, Inc.

Esta empresa, cuyo nombre comercial es “Meta”, es la empresa matriz dueña de las aplicaciones Facebook, Messenger, Instagram y WhatsApp.

Las aplicaciones Facebook e Instagram, ofrecen dos opciones a sus usuarios³⁷, previstas para el caso del fallecimiento del titular de la cuenta y, por lo tanto, de

36 PALLARÉS NEILA, J.: “El traje nuevo del emperador. Análisis de la jurisprudencia menor un año después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021”, *Actualidad Civil*, Editorial Wolters Kluwer, 2022, núm. 9º, p. 11.; PEREÑA VICENTE, M.: “La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021”, en AA.VV.: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 145.

37 “Convertir la cuenta en conmemorativa: Las cuentas conmemorativas proporcionan un espacio para que amigos y familiares se reúnan y compartan recuerdos de un ser querido que ha fallecido. Además, una vez que una cuenta se convierte en conmemorativa, nadie puede iniciar sesión en ella, lo que la hace más segura.

Contactos de legado: Un contacto de legado es la persona elegida para que se ocupe de tu perfil si este pasa a ser conmemorativo. Te recomendamos encarecidamente que designes un contacto de legado para que pueda administrar tu perfil cuando este sea conmemorativo.

los derechos de propiedad intelectual sobre los bienes digitales incorporados a dichas plataformas:

- La creación de una “cuenta conmemorativa”, lo que ocurrirá tras la comunicación del fallecimiento de su titular; lo que provoca su bloqueo para que nadie pueda entrar en ella.

- Y, la designación de un contacto de legado³⁸, que será la persona encargada de la administración de esas cuentas conmemorativas.

En su clausulado general y bajo el epígrafe de “Eliminar la cuenta”³⁹, se advierte que el propio usuario puede decidir que su cuenta se elimine de forma permanente en caso de fallecimiento, lo que implicaría la eliminación de todos los mensajes, fotos, publicaciones, comentarios, reacciones e información, así como su perfil principal.

Pero también pueden realizarlo “Los amigos de Facebook que dispongan de la documentación”, siendo la documentación referida la siguiente⁴⁰:

- Copia escaneada o una foto del certificado de defunción del propietario de la cuenta.

- Poder notarial.

- Certificado de nacimiento (en caso de que el fallecido sea menor).

- Última voluntad y testamento.

- Declaración de bienes.

2. X Corp.

X Corp. empresa tecnológica propietaria de la red social “X”, sucesora de “Twitter”, también prevé el posible fallecimiento de un usuario⁴¹, advirtiendo

Un contacto de legado puede aceptar solicitudes de amistad en nombre de un perfil conmemorativo y cambiar la foto de perfil y de portada”.

Recuperado el 11/08/2024 de <https://es-es.facebook.com/help/150486848354038>

38 “Puedes designar a una persona (denominada “contacto de legado”) para que administre tu cuenta si esta se convierte en conmemorativa. Si activas esta opción en la configuración, solo el contacto de legado o una persona que hayas designado en un testamento válido o documento legal similar en el que expreses claramente tu consentimiento para divulgar tu contenido a esa persona en caso de fallecimiento o incapacidad podrán solicitar que se divulgue de forma limitada la información de tu cuenta una vez que esta pase a ser conmemorativa”. Condiciones del servicio, recuperado el 11/08/2024, de <https://es-es.facebook.com/legal/terms>

39 Recuperado el 11/08/2024 de https://es-es.facebook.com/help/1518259735093203?helpref=faq_content

40 Recuperado el 11/08/2024 de https://es-es.facebook.com/help/1518259735093203?helpref=faq_content

41 Recuperado el 12/08/2024, en <https://help.x.com/es/rules-and-policies/contact-x-about-a-deceased-family-members-account#:~:text=Fallecimiento%20de%20un%20usuario&text=Solicitar%20la%20eliminaci%C3%B3n%20de%20la,copia%20del%20certificado%20de%20defunci%C3%B3n>

que “X” podrá actuar con aquella persona “autorizada en representación de su patrimonio o con un familiar directo comprobado del fallecido para desactivar su cuenta”.

En este caso, también se exige información sobre el fallecido, una copia del DNI y una copia del certificado de defunción. Empleando una terminología obsoleta, también advierte que tratándose de un “usuario incapacitado”, “por razones médicas o de otra índole, podemos desactivar su cuenta si lo solicita una persona autorizada para actuar en su nombre”, en cuyo caso solicita, además de otros documentos, “copia del poder notarial que te autoriza a actuar en nombre del titular de la cuenta”

3. Automattic Inc.

Automattic Inc es una empresa enfocada principalmente en el desarrollo de aplicaciones de gestión de contenido, siendo su aplicación más conocida en España “WordPress.com” destinada a la creación de blogs personales.

Como en los demás casos, también se prevé el fallecimiento del propietario de los contenidos⁴², en cuyo caso “hay que comunicarlo exponiendo la situación y la acción que quieres que se realice en el sitio (hacerlo privado o transferirlo a otro propietario)”.

En el caso de que se quiera transferir la propiedad a otra cuenta, se deberá adjuntar el certificado de defunción y un poder notarial que acredite actuar a nombre del fallecido.

Si no se tiene esta representación, se solicita una “declaración firmada y notariada que incluya: nombre y apellidos, información de contacto actual, correo electrónico, la relación con el propietario fallecido y la acción que se solicita.

VI. CONSIDERACIONES FINALES.

Desde luego, nos sumamos a las críticas ya apuntadas relativas a la inadecuada terminología empleada y a los graves conflictos que pueden provocarse con los herederos que, no obstante su condición, pueden ver perder determinados contenidos de carácter patrimonial, por la decisión de una persona que temerariamente actúe en base a un poder o a un cargo ya extinguidos.

En relación con el tema que nos ocupa, el imperdonable error de identificar la situación de los menores, con la de las personas con discapacidad, atribuyendo una

42 Recuperado el 9/8/2024 de <https://wordpress.com/es/support/usuario-fallecido/>

representación que no existe, nos informa de que el sistema no es válido para la protección de las personas mayores con discapacidad, con necesidades de apoyo, que tengan o hayan tenido intereses patrimoniales de contenido digital.

Desafortunado es también el empleo de un concepto indeterminado para atribuir legitimación a la persona de apoyo, fallecida ya la persona mayor con discapacidad. Esta indefinición generará no pocos conflictos si llegado el momento, el curador se dirige al prestador de los servicios de la sociedad de la información, con la finalidad de gestionar dichos contenidos, con la agravante de tratarse, como sabemos, de corporaciones multinacionales de enorme poder frente a las cuales el usuario se encuentra en clara desprotección.

Pensamos que no es ajeno a todo ello, el hecho de que las empresas analizadas recojan tan solo en parte las previsiones del artículo 96, relegando la legitimación en relación con las personas mayores con discapacidad que en vida hubieran dispuesto de medidas de apoyo, a un poder de representación otorgado en vida o a un testamento.

BIBLIOGRAFÍA

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "Disposición mortis causa de los datos digitales. El llamado «testamento digital»", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, núm. 783, pp. 570 a 609.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, pp. 838-862.

CASTRO-MARTÍNEZ, A., DÍAZ-MORILLA, P.: "Tuitertura: contar historias con los hilos y recursos de Twitter", *Ocnos*, 2021, 20 (1), pp. 82-95.

DE ROMÁN PÉREZ, S.: "Algunas reflexiones jurídicas sobre la nueva etapa de internet: Web 3.0, tokens, DAOs, y otros aspectos de la economía virtual", en AA.VV.: *Nuevas tecnologías 2023* (dir. por E. ORTEGA BURGOS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 185-200.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Prueba de la guarda de hecho", Instituto de Derecho Iberoamericano, Tribuna 8 de febrero de 2024. Recuperado el 19/08/2024 de <https://idibe.org/tribuna/prueba-la-guarda-hecho/>

GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: "Identidad digital y responsabilidad civil de las plataformas digitales: de las redes sociales al metaverso", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, núm. 18, pp. 1008-1033.

GARCÍA HERRERA, V.: "El tratamiento de datos de personas fallecidas", *Actualidad Civil*, Editorial Wolters Kluwer, 2018, núm. 5, mayo, pp.1-14.

MARINO, G.: "La sucesión de los derechos de control sobre los datos personales digitales del difunto en la comparación de las experiencias jurídicas europeas", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 20, 2024, febrero, pp. 1088-1127.

MORALEJO IMBERNÓN, N.: "El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales", *Anuario de Derecho Civil*, 2020, vol. 73, núm. 1, pp. 241-281.

NAVAS NAVARRO, S.: "Herencia y protección de datos de personas fallecidas: a propósito del mal denominado *testamento digital*", *Revista de derecho privado*, 2020, núm. 104, mes 1, pp. 59-88.

PALLARÉS NEILA, J.: "El traje nuevo del emperador. Análisis de la jurisprudencia menor un año después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021", *Actualidad Civil*, Editorial Wolters Kluwer, 2022, núm. 9.

PEREÑA VICENTE, M.: "La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021", en AA.VV.: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 125-159.

RAMOS Gutiérrez, M.: "Memoria Defuncti", *Actualidad Civil*, Editorial Wolters Kluwer, 2018, núm. 9.

SANTOS MORÓN, M. J.: "La denominada "herencia digital": ¿necesidad de regulación, Estudio de derecho español", *Cuadernos de Derecho Transnacional* , 2018, vol. 10, núm. 1, pp. 413-438.

YOUYOUA, W., KOSINSKIB, M., STILLWELLA, D.: "Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans", *PNAS*, 2015, vol. 112, núm. 4°. Recuperado el 21/08/2024 en www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1418680112.

