



La disposición *post mortem* de los bienes digitales: especial referencia a su regulación en América Latina

The *Post-Mortem* Disposition of Digital Assets: Special Reference to its Regulation in Latin America

JORGE LUIS ORDELIN FONT*

IMED Paso Fundo (Brasil)

SALETE ORO BOFF**

IMED Paso Fundo (Brasil)

Resumen: En la actualidad, los bienes digitales forman parte del patrimonio de las personas, sin embargo, no todos los ordenamientos jurídicos han regulado cuál será el destino de estos posterior al fallecimiento de su titular. El presente artículo tiene como objetivo fundamentar la necesidad de la regulación jurídica de la disposición *mortis causa* de los bienes digitales, a partir de resaltar la importancia de dicha regulación en las relaciones de los usuarios y los proveedores de servicios. Para brindar una mayor protección jurídica a los bienes digitales, es necesaria su regulación *post mortem*, teniendo en cuenta los diversos tipos de bienes digitales, su transmisión y disposición después del fallecimiento de su titular, así como las obligaciones de los proveedores de servicios en el cumplimiento de estas y su eficacia registral. Esta regulación es imprescindible en el actual contexto latinoamericano.

Palabras clave: bienes digitales, disposición *post mortem*, datos personales, herencia digital

Abstract: At present, digital goods are part of the patrimony of people, however, not all legal systems have regulated what will be the fate of these after the death of their owner. The objective of this article is to establish the need for legal regulation of the disposition *mortis causa* of digital goods, based on the importance of such regulation in the relationships of users and service providers. To provide greater legal protection for digital goods, *post-mortem* regulation is necessary, considering the different types of digital goods, its transmission and disposition after the death of its owner, as well as the obligations of the service providers in the fulfillment of these and their registry effectiveness. This regulation is essential in the current Latin American context.

* Doctor en Ciencias Jurídicas por el Tribunal Nacional Permanente de Grados Científicos de la República de Cuba. Investigador posdoctoral del Programa Nacional De Posdoctorado PNPD/ CAPES, Programa de Posgraduación *Stricto Sensu* en Derecho de la Facultad Meridional IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil.
Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8778-882X>. Correo electrónico: jlordelin@gmail.com

** Posdoctorada en Derecho en la Universidad Federal de Santa Catarina. Doctora en Derecho UMISINOS. Profesora del Programa de Posgraduación en Derecho, Maestría, IMED. Profesora de IESA y UFFS, Rio Grande do Sul, Brasil.
Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7159-1878>. Correo electrónico: salete.oro.boff@gmail.com

Key words: digital assets, post-mortem disposition, personal data, digital inheritance

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. BIENES, HERENCIA Y TESTAMENTO DIGITAL: ASPECTOS POLÉMICOS.- III. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS DISPOSICIONES *POST MORTEM* DE BIENES DIGITALES EN EL DERECHO COMPARADO.- III.1. LA DISPOSICIÓN *POST MORTEM* DE BIENES DIGITALES EN ESTADOS UNIDOS, FRANCIA Y ESPAÑA.- III.2. LA DISPOSICIÓN *POST MORTEM* DE BIENES DIGITALES EN AMÉRICA LATINA.- IV. PROVEEDORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA* DE BIENES DIGITALES.- V. EFICACIA DE LAS DISPOSICIONES: EL PAPEL DEL REGISTRO.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El modelo de negocios sustentado en nuestros datos personales representa en la actualidad un reto para las ciencias jurídicas, en especial en lo que se refiere a la protección de la información contenida en estos y su uso por estas empresas, con el fin de evitar la violación de derechos fundamentales. Entre los ámbitos menos tratados se encuentra el uso de estos datos posterior al fallecimiento de su titular. Existe la posibilidad de que la información relacionada con la persona permanezca de manera perpetua en los servidores de Internet, creándose así una especie de zombis digitales, cuya identidad digital sobrevive a la vida física de modo indefinido (Oliva León, 2016, p. 68). Este limbo virtual es provocado por la ausencia de disposiciones que regulen de manera coherente y sistemática la materia (Márquez Villén, 2016).

Un reciente estudio realizado por profesores de la Universidad de Oxford proyectó la acumulación futura de perfiles de usuarios fallecidos de Facebook y concluyó que si la red social dejara de atraer nuevos usuarios a partir de 2018, al menos 1.4 mil millones fallecerán antes de 2100 y, si continúa creciendo según las tasas actuales, este número superará los 4.9 mil millones. Los autores sostienen que el enfoque comercial para la preservación de datos plantea importantes riesgos éticos y políticos, lo que demanda una consideración sobre estos con carácter urgente (Öhman & Watson, 2019).

Facebook brinda la posibilidad de convertir la cuenta en conmemorativa y permite la designación de una persona para que administre la cuenta denominada «contacto de legado». Esta persona también puede ser designada en un testamento válido o documento similar siempre y cuando el consentimiento sea expresado de forma clara. Sin embargo, no es claro que se aplique en otros productos y servicios de Facebook, Inc., con los que se comparte infraestructura, sistemas y tecnologías como Instagram y WhatsApp.

Son innumerables los datos a los que estas empresas tienen acceso. Tras el acceso aparentemente gratuito a las aplicaciones y servicios que ofrecen, los usuarios proveemos una inmensa cantidad de información, entre la que podemos encontrar lo siguiente: dirección IP, tipo de navegador, sistema operativo, página web de procedencia, páginas web visitadas, ubicación, proveedor de servicios de telefonía móvil, información del dispositivo, lo que incluye ID del dispositivo y de la aplicación, términos de búsqueda e información de cookies, información de pago con los proveedores de servicios de pago e información no personal, entre otras. Esta información es compartida con terceros para facilitar la oferta y prestación de servicios, así como la realización de actividades publicitarias. Es por ende incuestionable el valor que adquieren los datos que contienen dicha información como moneda de cambio en el ámbito digital, especialmente para poder acceder a determinados productos y servicios, así como su estrecha relación con aspectos de la personalidad, como la privacidad. Sin embargo, no siempre se tiene en cuenta que, bajo este modelo de negocios, las empresas adquieren facultades prácticamente omnímodas sobre estos datos.

La relación que existe entre los proveedores de servicios y el titular de los bienes, incluyendo cuentas y datos resulta intransmisible por su carácter contractual. Los primeros esgrimen que estos contratos tienen el carácter de personalísimos sin indicar el fundamento de esta decisión más allá de lo dispuesto en los términos y condiciones, donde además nada se dice sobre el destino de estos bienes posterior al fallecimiento de su titular. Debe tenerse en cuenta que los términos y condiciones no son negociados, constituyen ejemplos de condiciones generales de contratación sobre las cuales no existe ningún mecanismo de control, en particular en relación con el respeto por parte de los proveedores de servicios del poder que estos ejercen sobre dichos bienes. Cuando los herederos intentan acceder a estos datos, dichos proveedores argumentan que en virtud del derecho a la privacidad del titular fallecido no es posible conceder el acceso, aun cuando no queda tampoco claro si estos continúan o no tratando los datos personales asociados a estas cuentas y servicios.

En este contexto, es necesario que existan regulaciones jurídicas precisas que limiten el poder de las grandes empresas y proveedores de servicios. Pese a las adopciones de normas de protección de datos personales en múltiples ordenamientos jurídicos, la regulación de los datos digitales, sean de naturaleza personal o no, está aún lejos de corresponderse con los adelantos de la tecnología en este ámbito. Como acertadamente señalan Rodríguez Prieto y Martínez Cabezudo, la regulación de la sucesión digital supone una necesidad desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Para estos autores la ausencia de un encaje entre los términos y condiciones de uso de las grandes empresas con los derechos fundamentales es

31

LA DISPOSICIÓN
POST MORTEM
DE LOS BIENES
DIGITALES:
ESPECIAL
REFERENCIA A SU
REGULACIÓN EN
AMÉRICA LATINA

THE *POST-MORTEM*
DISPOSITION
OF DIGITAL
ASSETS: SPECIAL
REFERENCE TO ITS
REGULATION IN
LATIN AMERICA

razón suficiente para que se adopten políticas regulatorias sobre la herencia digital (2017, p. 103). La regulación de la sucesión digital no es solo una cuestión de seguridad jurídica, sino también de garantizar la propia eficacia de derechos a partir de la importancia que cada día van adquiriendo los bienes digitales en la sociedad, dada las implicaciones que tiene al momento de disponer de estos luego del fallecimiento de su titular.

El presente trabajo tiene como objetivo fundamentar la necesidad de la regulación jurídica de la disposición *mortis causa* de los bienes digitales, a partir de resaltar la importancia de dicha regulación en las relaciones de los usuarios y los proveedores de servicios en la sociedad de la información. La temática de la sucesión digital es compleja. En ella confluyen normas de derecho sucesorio, protección de datos personales, defensa de la memoria pretérita y derechos de propiedad intelectual. Aspectos como bienes, patrimonio, testamento y herencia serán abordados desde las contradicciones epistémicas que existen en cada una de estas figuras en el ámbito digital. A partir del anterior presupuesto, el trabajo en un primer apartado aborda las cuestiones más generales sobre la temática de los bienes y la herencia digitales; posteriormente hace un análisis de la regulación de estas instituciones en diversos ordenamientos jurídicos, con especial referencia a la facultad de disposición de los bienes digitales. Para cumplir con el objetivo propuesto, también se analizan las principales obligaciones de los proveedores de servicios de la sociedad de la información en el objeto de estudio, así como los dilemas fundamentales que existen en cuanto a la eficacia de estas disposiciones y en particular el papel del registro.

II. BIENES, HERENCIA Y TESTAMENTO DIGITAL: ASPECTOS POLÉMICOS

En la actualidad se habla de la existencia de un patrimonio digital conformado por innumerables bienes digitales que son susceptibles o no de transmisión posterior al fallecimiento de su titular. En este punto debemos hacer una distinción entre el concepto de patrimonio digital y el tradicional concepto de patrimonio como se entiende desde el derecho civil. En esta última acepción se incluye el «conjunto de bienes de una persona integrado por el activo y el pasivo, que forma una universalidad jurídica y es cualidad esencial del sujeto, por tanto inseparable de el» (Cifuentes, 1999, p. 137); el conjunto de derechos económicos de una persona que, como precisa Rivera, funge como garantía común de todos sus acreedores, sin tener en cuenta los bienes que lo componen (Rivera, 2004, p. 389).

Si tomamos como referencia los conceptos anteriormente referidos y que parten de su concepción como conjunto de bienes, derechos, acciones,

pero también deudas y obligaciones¹ apreciables en dinero, es lógico que no exista una exacta coincidencia entre uno u otro concepto, dado que existe una gran variedad de bienes digitales y diferentes clasificaciones sobre estos, según el tipo de servicio o su naturaleza (Rodríguez Prieto & Martínez Cabezedo, 2017, p. 85). Sin embargo, la mayor diferencia que existe entre estos bienes es entre aquellos que tienen un marcado carácter personal y aquellos que son susceptibles de valoración económica o poseen una naturaleza mixta.

Dentro de los bienes digitales de naturaleza personal, encontramos todos aquellos que están relacionados con la identidad digital, vista como «la identidad personal en el entorno virtual, que puede o no coincidir con la identidad analógica, y que se encuentra relacionada con el perfil del usuario en el caso de las redes sociales» (García Herrera, 2017, p. 3). Asimismo, son de naturaleza personal los bienes no patrimoniales que pueden estar protegidos dentro de estas cuentas, como fotografías e información digital, copias de seguridad de herramientas de comunicación, claves de firma electrónica, entre otras. También podrán estar contenidos otros tipos de informaciones que tienen una naturaleza jurídica difusa, dado su carácter personal y su valor patrimonial, como la información confidencial sobre un determinado proceso industrial, los resultados de una investigación periodística o novela y documentos encriptados con valor económico, entre otros. Estos últimos también se denominan bienes digitales de contenido mixto, entre los que se puede mencionar los derechos de autor, específicamente los derechos patrimoniales, así como la legitimación reconocida para la defensa y protección de la obra (integridad y paternidad) posterior al fallecimiento del autor.

Entre los bienes de contenido patrimonial encontramos cuentas en *Paypal*, servicios premium y monedas virtuales como los bitcoins, entre otros. En el último de los casos referidos, por ejemplo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español recientemente consideró que el bitcoin, si bien es un activo patrimonial inmaterial de contraprestación o de intercambio en cualquier transacción bilateral, no tiene la consideración legal de dinero. Para el Alto Foro español, no se trata de un objeto material, sino de una unidad definida mediante esta tecnología informática y criptográfica, cuyo valor está determinado por cada unidad de cuenta o la porción que alcanza por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza a través de las plataformas de *trading Bitcoin* (Tribunal Supremo, sentencia 326/2019).

1 Hemos adoptado una concepción unitaria del concepto de patrimonio, la doctrina debate sobre si las deudas y obligaciones —también denominadas pasivo— son parte del patrimonio, al considerar que no son más que cargas del activo que gravan a este. Para autores como Albaladejo y Rivera, esta distinción no es más que una cuestión de interpretación de la norma para poder determinar si esta se refiere a uno u otro supuesto (Albaladejo, 2002, p. 506; Rivera, 2004, p. 388).

Coloquialmente, cualquiera de los bienes digitales anteriormente referidos puede ser considerado patrimonio digital de una persona. Sin embargo, desde los conceptos esgrimidos solo podrán ser considerados como tal aquellos bienes, derechos, deudas y obligaciones que presenten un valor económico determinado o determinable y evaluable. El patrimonio digital deviene, así, en parte del patrimonio, siendo concebido como el «conjunto de relaciones jurídicas de tal carácter [digital] valorables desde un punto de vista patrimonial», en otras palabras «todo aquello que su titular envía, recibe, almacena, comparte, gestiona o contrata vía Internet y que puede valorarse desde un punto de vista económico» (García Herrera, 2018b). Sin embargo, la aceptación de este concepto supone un análisis sesgado del fenómeno del patrimonio desde el ámbito digital y su transmisión posterior al fallecimiento de su titular.

Resulta imposible en este ámbito desconocer la relación que tiene lugar entre los bienes digitales personales y el acceso a cuentas y servicios susceptibles de valoración económica, así como el respeto de la intimidad y de las comunicaciones del titular de dichas cuentas una vez fallecido. La importancia que adquieren los bienes digitales de carácter personal quedó corroborada cuando en enero de 2019 la plataforma de Criptodivisas canadiense QuadrigaCX se declaró en bancarrota tras deber a sus 115 000 clientes al menos 180 millones de dólares canadienses (120 millones de euros) por no tener acceso a las contraseñas en las que se almacenaban los bitcoins y demás criptodivisas. El fundador y director ejecutivo (CEO) de la plataforma, Gerald Cotten, falleció el pasado 9 de diciembre de 2018 sin compartir las contraseñas de acceso a los monederos protegidos y desconectados de Internet (*CincoDías*, 6 de febrero de 2019).

La distinción entre aquellos bienes de naturaleza personal que no son susceptibles de transmisión *mortis causa* de los que no lo son incide en la disposición jurídica de estos bienes posterior al fallecimiento de su titular. Al respecto existen dos posiciones: aquellos que consideran que es posible la transmisión de los bienes digitales como unidad —aun cuando tengan una naturaleza personal—, y quienes consideran que solo los bienes digitales susceptibles de valuación económica integrarán la herencia digital. Para autores como Llopis Benlloch, puede admitirse la «previsión *mortis causa* que afecte exclusivamente a bienes o derechos digitales» (Llopis Benlloch, 2016, p. 46), pero no es ello lo que hoy acontece en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos pertenecientes al sistema romano-francés. Si partimos del concepto *stricto sensu* de herencia que es reconocido en el régimen jurídico sucesorio, solo son susceptibles de considerarse dentro de esta aquellos bienes digitales que son objeto de transmisión *mortis causa*, ya sean parte del activo como del pasivo en el ámbito digital. En palabras de García Herrera «el fenómeno sucesorio digital no debe tratarse de manera diversa al analógico, en el sentido de

que deba considerarse como un tipo especial de sucesión o de herencia» (2017, p. 4).

Aunque no es objeto de este trabajo fundamentar una u otra posición, en nuestro criterio, es necesario concebir el fenómeno sucesorio digital de manera típica o especial. La aplicación rígida de las normas de derecho sucesorio no tiene cabida hoy en el ámbito digital, en particular en la relación que tiene lugar entre la protección de la identidad digital *post mortem*, la transmisión *mortis causa* de los bienes digitales susceptibles de valoración económica, el respeto de la privacidad del titular fallecido y el correspondiente poder de disposición que este tuvo sobre dichos bienes. Si bien se ha tratado de justificar que la identidad digital es una materia que está fuera del derecho sucesorio, es inevitable no tener en cuenta su relación con la ordenación de la herencia digital. Según García Herrera, la identidad digital *post mortem* es parte de la memoria *defuncti* o reputación *post mortem* como representación digital de la personalidad y, al igual que aquella, no tiene cabida en la herencia (2017, p. 3). En similar criterio, Solé Resina considera que este es el fundamento de la «regulación del tratamiento de la huella digital en lo que a la identidad digital *post-mortem* se refiere» (2018, p. 420). A nuestro juicio, no puede considerarse que la protección de los bienes no personales *post mortem* pueda lograrse por la vía de la denominada herencia pretérita.

Existen diferencias entre una u otra institución. De hecho, el acto dispositivo que se realiza sobre este tipo de bienes con carácter *post mortem* se parece más a la protección de datos que a la herencia pretérita, aunque es válido tener en cuenta que esta última sirve de cauce para poder solucionar los posibles conflictos que puedan tener lugar con los bienes digitales de naturaleza personal, si bien esta no es la vía de protección más eficaz. Los principales argumentos que pueden esgrimirse al respecto residen específicamente en el hecho de que la protección *post mortem* de bienes digitales está dirigida esencialmente al reconocimiento de la disposición de estos bienes posterior al fallecimiento de su titular y su protección ante los proveedores de servicios de la sociedad de la información, al igual que el respeto a su privacidad una vez que ha tenido lugar el deceso. Ello supone que la persona que haya sido designada por el titular de los bienes pueda no solo acceder a ellos, sino también realizar acciones positivas como solicitar la eliminación de los datos personales y el cierre de cuentas, entre otras.

Sin embargo, no es esto lo que acontece con la protección de la memoria pretérita. En este caso, las personas legitimadas tienen como función principal la defensa de dicha memoria una vez que se ha corroborado la existencia de una vulneración de las expresiones *post mortem* de lo que un día fueron los derechos de la personalidad de una persona determinada. La disposición de los bienes digitales personales está más enfocada al

35

LA DISPOSICIÓN
POST MORTEM
DE LOS BIENES
DIGITALES:
ESPECIAL
REFERENCIA A SU
REGULACIÓN EN
AMÉRICA LATINA

THE *POST-MORTEM*
DISPOSITION
OF DIGITAL
ASSETS: SPECIAL
REFERENCE TO ITS
REGULATION IN
LATIN AMERICA

ejercicio de acciones positivas que debe realizar el encargado sin que sea necesaria la existencia de algún tipo de vulneración. Aunque nada obsta para que, en caso de que ello acontezca, las personas legitimadas puedan ejercer las facultades que han sido determinadas por el titular de los bienes digitales cuando existe algún tipo de infracción al respecto.

También es necesario realizar precisiones sobre el denominado testamento digital. Cuando se hace referencia a la figura del testamento digital, se parte de dos aristas: (a) la disposición del patrimonio digital y (b) aquella disposición que se realiza utilizando medios digitales. El término digital tiene su razón de ser específicamente por el contenido. No estamos hablando en *strictu sensu* de testamentos digitales, sino más bien de voluntades que tienen un contenido digital, lo que es diferente. El testamento *on line* no existe. El testamento por excelencia es el notarial, aunque existen otros tipos de testamentos que pueden contener disposiciones digitales, como el testamento ológrafo.

Algunos prestadores de servicios han establecido su modelo de negocios a partir de brindar servicios como gestores de cuentas digitales *post mortem*, incluso suelen hablar de testamentos digitales. La desprotección que existe en relación con este particular en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos estudiados puede provocar la proliferación de estos negocios digitales, con la consecuente desprotección de las personas que confían en estos servicios. Resulta claro que no existen instrumentos jurídicos que permitan de manera efectiva garantizar el cumplimiento y la efectividad de las disposiciones realizadas al amparo de los contratos de prestación de servicios suscritos con estas empresas. La situación puede ser más complicada cuando estas se extinguen o liquidan. Habría que acudir al cumplimiento de los contratos firmados para garantizar debidamente la voluntad digital *post mortem*. Pero todo ello solo es posible si existiera un conocimiento sobre estos por parte de los herederos, quienes subrogándose en lugar y grado del titular de las cuentas y servicios pudieran conminar al cumplimiento del contrato en su día firmado por aquel con la respectiva empresa.

Esta denominación resulta incompatible con la figura del testamento, al menos como se concibe en los países de tradición romano-francés como acto de última voluntad, negocio jurídico *mortis causa* por excelencia. En este sentido, los autores coinciden que no pueden considerarse como testamentos digitales (Evangelista de Almeida, 2019, p. 63). Tampoco puede considerarse la existencia de un testamento digital notarial dado que no existen escrituras públicas digitales. Si bien las escrituras públicas pueden ser firmadas de manera digital, esto no significa que existan escrituras públicas digitales. Para que estas últimas tengan lugar es preciso que en este ámbito se pueda hablar de una fe pública notarial digital bajo la cual se lleven a cabo los actos de otorgamiento, autorización y firma.

No existe un testamento digital como como testamento especial (Solé Resina, 2018, p. 420).

Por otro lado, resulta poco probable que en estos casos se pueda hablar de un testamento notarial con carácter privado que se otorga en el medio electrónico, y cuya validez pueda ser reconocida en aquellos ordenamientos jurídicos que admiten los documentos electrónicos, puesto que, en este sentido, dichos actos dispositivos tendrían que cumplir con los requerimientos que cada ordenamiento jurídico establece para los testamentos privados. En este sentido y refiriéndose al ordenamiento jurídico brasileño, Evangelista de Almeida apunta que siempre y cuando el documento electrónico cuente con los requisitos legales establecidos (conocimiento de su contenido, firma de tres testigos, e inexistencia de espacios en blanco), así como la firma electrónica del otorgante, este puede ser aceptado (2019, p. 65). Aunque ello pueda ser admitido desde un punto de vista teórico, aún quedan algunos aspectos que determinan su viabilidad práctica. Si tomamos como referencia el propio ordenamiento jurídico brasileño y los requisitos legales para la autorización de este tipo de testamentos, tenemos que considerar la necesidad o no de la utilización de los testigos de la firma digital; así como la consideración de un testamento particular en el medio digital a partir de su rúbrica de manera electrónica.

El reto se encuentra en precisar cómo el testamento notarial puede adaptarse a las condiciones siempre cambiantes del medio digital, en particular, al número de cuentas y contraseñas de las que puede ser titular una persona y cuyos datos pueden variar considerablemente de un día para otro. En este sentido, se analiza la posibilidad de que estas disposiciones deban ser realizadas en el mismo testamento notarial o en otro documento, sea de carácter público o privado. Autores como Llopis Benlloch, citando a Javier Prenafeta, proponen la utilización de la memoria testamentaria digital, como complemento del testamento, similar a la figura admitida en el derecho foral catalán. Para estos autores, este instrumento no tendría carácter público en sí mismo, así como tampoco afectaría los elementos esenciales de la sucesión, empero podría utilizarse para dejar constancia de un nuevo perfil social o de un cambio en el sistema de almacenamiento en la nube (2016, pp. 47-48). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la posibilidad de que las disposiciones existan en un documento distinto del testamento notarial ha sido criticada por la doctrina. Para autores como García Herrera, la utilización de instrumentos diferentes pudiera traer dudas sobre la prevalencia temporal o funcional de una u otra designación, así como el fraccionamiento de la sucesión de la persona (2018a, p. 7).

Sin dudas, la autorización de un testamento notarial con voluntades digitales precisa no solo del conocimiento del notario sobre la voluntad

37

LA DISPOSICIÓN
POST MORTEM
DE LOS BIENES
DIGITALES:
ESPECIAL
REFERENCIA A SU
REGULACIÓN EN
AMÉRICA LATINA

THE POST-MORTEM
DISPOSITION
OF DIGITAL
ASSETS: SPECIAL
REFERENCE TO ITS
REGULATION IN
LATIN AMERICA

del testador y las normas del derecho sucesorio, sino de la habilidad de poder encausar esta voluntad para que sea efectiva conforme los requerimientos de la tecnología. Esta es, sin dudas, una destreza que debe ser apoyada por especialistas en la materia para garantizar la validez de la voluntad y su posterior ejecución *post mortem*.

III. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS DISPOSICIONES *POST MORTEM* DE BIENES DIGITALES EN EL DERECHO COMPARADO

En los últimos años a nivel internacional se han adoptado regulaciones sobre la protección de los bienes digitales en el ámbito sucesorio, especialmente para garantizar el acceso a estos, sin que ello infrinja el respeto por la intimidad de su titular, así como el reconocimiento de que la persona, como parte del ejercicio de la autonomía de su voluntad, puede disponer qué hacer con ellos posterior a su fallecimiento. En España sobresale la Ley 10/2017, del 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña, (en adelante Ley de voluntades digitales), actualmente declarada inconstitucional en parte de su articulado. Asimismo, resultan relevantes la recién aprobada Ley Orgánica 3/2018, del 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDPDD); y, en Francia, la Ley por un República Digital (Ley 2016-1321).

En el ordenamiento jurídico norteamericano, se propone una regulación uniforme, en un mismo cuerpo legal, de la transmisión *mortis causa* de los bienes digitales. Esta propuesta de regulación jurídica uniforme es realizada por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* en la *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (en adelante RUFADAA). Aunque es importante tener en cuenta que este documento no tiene carácter normativo, constituye —como ya hemos comentado— una propuesta a los fines de uniformar la legislación que deberá ser aprobada en cada uno de los Estados. La sucesión digital es competencia de estos y su regulación varía en dependencia de cada uno, de ahí que exista regulación al respecto en unos Estados y en otros no. A continuación, analizaremos las principales características y peculiaridades de la regulación de esta figura en cada uno de estos ordenamientos jurídicos y sus principales propuestas.

III.1. La disposición *post mortem* de bienes digitales en España, Estados Unidos y Francia

A diferencia de lo que ocurre con otros temas relacionados con la protección de datos, en la protección *post mortem* de estos no se vislumbra

la existencia de un estándar internacional, lo que se debe, en gran medida, a que el Reglamento General Europeo de Protección de Datos, en su considerando 27, especifica la inaplicación de esta disposición para la protección de datos personales de personas fallecidas, quedando como competencia de los Estados miembros establecer las normas relativas a su tratamiento (Reglamento [UE] 2016/679). En correspondencia con ello, algunos países como España y Francia han establecido disposiciones al respecto.

En España la LOPDPDD ha reconocido, en su título X, los denominados derechos digitales, entre los que se hallan: el acceso universal a Internet, los derechos a la seguridad y educación digital, los derechos al olvido, a la portabilidad, el testamento digital, la protección de los menores en Internet, derecho de rectificación en Internet, derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales, y el derecho a la aclaración de informaciones en medios de comunicación digitales, entre otros. Estos derechos tienen una naturaleza jurídica disímil en la que se entremezclan expresiones de derechos fundamentales y derechos privados en el ámbito digital.

La norma resulta novedosa al reconocer, en su artículo 96, el derecho de disposición de los datos posterior a la muerte de su titular, el derecho al testamento digital (LOPDPDD). La regulación realizada en el ámbito español constituye un referente en la materia para el espacio jurídico iberoamericano, como reconoce la propia norma en su preámbulo, y es que la regulación de la protección de los datos personales posterior a la muerte de su titular es novedoso, al menos en los países latinoamericanos, en especial porque «...se permite que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o sus herederos puedan solicitar el acceso a los mismos, así como su rectificación o supresión, en su caso con sujeción a las instrucciones del fallecido» (LOPDPDD).

En la LOPDPDD, los artículos 3 y 96 reconocen la posibilidad de que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o, de hecho, así como sus herederos puedan dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información con el objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión. Si bien se habla de un testamento digital, no se hace en el sentido objetivo del término como un instrumento en el cual se legitime a las personas que tendrán acceso a estos datos personales, que a su vez son bienes digitales de carácter personal.

No obstante, la norma tiene como antecedente, al menos en relación con la disposición *post mortem* de los bienes digitales, la Ley de voluntades digitales de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Si bien entre ambas disposiciones normativas existe coincidencia, es importante tener en cuenta que el objeto de cada una no es el mismo: mientras que la

39

LA DISPOSICIÓN
POST MORTEM
DE LOS BIENES
DIGITALES:
ESPECIAL
REFERENCIA A SU
REGULACIÓN EN
AMÉRICA LATINA

THE POST-MORTEM
DISPOSITION
OF DIGITAL
ASSETS: SPECIAL
REFERENCE TO ITS
REGULATION IN
LATIN AMERICA

normativa estatal tiene como objeto la protección del dato personal —esté o no digitalizado—, la norma autonómica tiene como objeto la regulación de la voluntad digital, que puede o no estar relacionada con datos de carácter personal.

La norma catalana, en el artículo 6 —que añade un artículo (el 411-10.1) al capítulo I del título I del libro cuarto del Código Civil de Cataluña—, reconoce como voluntades digitales «en caso de muerte 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». Se configura así un instrumento jurídico particular para manifestar esta voluntad distinto de otras figuras del derecho sucesorio autonómico como son el testamento, el codicilo y las memorias testamentarias. Dicho documento se puede modificar y revocar en cualquier momento y no produce efectos jurídicos si existe el testamento, el codicilo y las memorias testamentarias.

La persona encargada podrá:

- a) Comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción.
- b) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que se cancelen sus cuentas activas.
- c) Solicitar a los prestadores de servicios digitales 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 (Ley de voluntades digitales, artículo 6: 411-10.2).

Las tres primeras funciones podrán ser realizadas por el heredero o el albacea universal si no existen pronunciamientos al respecto por el causante, aunque, como la propia norma precisa, el ejercicio de estas deberá ser realizado de acuerdo con los contratos que el causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales o con las políticas que estos prestadores tengan en vigor (Ley de voluntades digitales, artículo 6: 411-10.5). El ejercicio de las funciones que puede realizar el titular de la voluntad digital no supone el acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales salvo que así lo haya dispuesto el titular o se autorice judicialmente (411-10.6).

El artículo 6 de la Ley de voluntades digitales no precisa qué acontece en el supuesto de que los instrumentos jurídicos anteriormente mencionados no contuvieran disposición relacionada con el ámbito digital, y existiera un documento de voluntades digitales autorizado con posterioridad a aquellos conteniendo las respectivas disposiciones. Como apunta Solé Resina, es incompatible el testamento con las

voluntades digitales, de hecho, la eficacia de estas últimas queda limitada por el primero (2018, p. 438). En el modelo propuesto por la ley catalana, parece posible lo que la propia norma intenta desvirtuar, y es que coexista un testamento —donde se exprese la regla de la sucesión respecto aquella parte del patrimonio que es susceptible de transmisión *mortis causa*— y un documento de voluntades digitales en donde se regule todo lo relacionado a estas.

La introducción de la figura de las voluntades digitales como instrumento contentivo de la voluntad digital no ha estado exenta de críticas. En este sentido, se ha considerado que su contenido y alcance es muy limitado, al solo incluir disposiciones relativas al tratamiento de archivos de índole digital, excluyendo la posibilidad de que sea compatible con disposiciones ordinarias. Además, se afirma que estas disposiciones son innecesarias dado el rico acervo jurídico en materia de sucesión *mortis causa* que este derecho foral posee para solucionar los desafíos digitales (Maldonado Ramos, 2018). Como se reconoce en la propia norma, el testamento, además de ordenar la sucesión, puede contener las voluntades digitales del causante y la designación de la persona encargada de su ejecución. En defecto de esta designación, el heredero, el albacea o el administrador de la herencia pueden ejecutar las voluntades digitales o encargar su ejecución a otra persona (artículo 7 que modifica el 421-2). Otros autores, como Solé Resina, defendiendo la figura apuntan que «[l]a norma parte de la idea de que muchas personas, especialmente jóvenes que no tienen interés en redactar un testamento clásico pueden querer, en cambio, manifestar disposiciones relativas a su herencia digital, y trata de facilitar el ejercicio de su derecho a decidir mediante la regulación del documento de voluntades digitales y su registro» (2018, p. 431).

En Francia, el artículo 63 de la Ley 2016-1321 «para una República digital» inserta el artículo 40-1 de la Ley 78-17. A partir de esta modificación, cualquier persona puede ejercer los derechos de conservación, eliminación y la comunicación de sus datos posterior a su muerte en virtud de las denominadas instrucciones generales y específicas, las que a su vez pueden ser revocadas en cualquier momento. Las directrices generales están referidas a todos los datos personales relacionados con el sujeto, mientras que las específicas son objeto del consentimiento específico de la persona interesada y no pueden resultar de la aprobación exclusiva por parte de este último de las condiciones generales de uso de los servicios. Reciben estos nombres a partir de la manera en que la persona puede determinar el ejercicio de estos derechos para después de su muerte. Tanto en uno como en otro caso, la persona puede designar a una persona responsable de su ejecución, la cual tiene el derecho de tomar nota de las directivas y de solicitar su implementación a los controladores de datos relevantes, solo cuando la persona haya fallecido.

41

LA DISPOSICIÓN
POST MORTEM
DE LOS BIENES
DIGITALES:
ESPECIAL
REFERENCIA A SU
REGULACIÓN EN
AMÉRICA LATINA

THE POST-MORTEM
DISPOSITION
OF DIGITAL
ASSETS: SPECIAL
REFERENCE TO ITS
REGULATION IN
LATIN AMERICA

El cumplimiento de dichas instrucciones debe ser realizado sin menoscabo de las disposiciones aplicables a los registros públicos que contienen datos personales. Por medio de estas directivas es posible la designación de una persona responsable para que ejecute la voluntad del titular del dato ante los prestadores de servicios. A falta de la designación de una persona responsable de la ejecución de las voluntades digitales o en caso de muerte de la persona designada, los herederos de la persona fallecida tendrán derecho al ejercicio de los derechos mencionados en la medida necesaria para la organización y liquidación de la sucesión. El acceso al procesamiento de los datos personales solo es a los efectos de poder identificar y obtener información útil para la liquidación y el intercambio del patrimonio, así como para recibir comunicación de bienes digitales o datos similares a memorias familiares, siempre y cuando estos sean transmisibles a ellos conforme lo dispuesto en la normativa del derecho civil.

Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o, de hecho, así como sus herederos pueden dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de este, así como solicitar su rectificación o supresión, excepto en el supuesto que el titular del dato lo hubiere prohibido expresamente o así lo estableciera la ley (LOPDPPD, artículo 3.1). El acceso a los datos, su rectificación y supresión debe ser realizado conforme a las instrucciones emitida por el titular fallecido (artículo 3.2). En el caso de los menores, el ejercicio de estas facultades podrá ser ejercido por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal. Cuando se trata de personas con discapacidad, estas facultades también podrán ejercerse, además de por las personas anteriormente referidas, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, siempre y cuando estas facultades hubieran sido comprendidas en las medidas de apoyo prestadas. Se consagra que la prohibición de acceso por parte del titular del dato no puede afectar el derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante (artículo 3.1). Posición que es reafirmada posteriormente en el artículo 96 de la propia norma al regular lo concerniente al testamento digital.

El artículo 96 de la LOPDPPD establece todo lo concerniente al derecho al testamento digital. En este sentido, establece una serie de reglas sobre el acceso a contenidos sobre personas fallecidas gestionados por los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión: (a) Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o, de hecho, así como sus herederos siempre y cuando la persona fallecida no lo hubiese prohibido expresamente; (b) el albacea testamentario, así

como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello siempre que sea con el fin de cumplir con las instrucciones recibidas; (c) los representantes legales y el Ministerio Fiscal en el caso de que se trate de menores de edad; y (d) en el caso de las personas con discapacidad, además de las personas anteriormente mencionadas, podrá actuar quien hubiese sido legalmente designado como medida de apoyo si dicha facultad fuera así comprendida. Estas personas legitimadas podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en las redes (LODPDD, artículo 96.2).

En Estados Unidos, la propuesta que sobre esta institución se realiza no parte de la distinción entre bien digital personal o no, sino del concepto de activo digital, entendiendo por tal cualquier registro electrónico en el que una persona tenga un derecho o interés. Este término, además, no incluye un activo o pasivo subyacente a menos que dicho activo o pasivo sea, en sí mismo, considerado un registro electrónico². Por ende, no puede entenderse cuando se utiliza dicho término que se está refiriendo al concepto de activo en el sentido que tradicionalmente se comprende dentro del patrimonio. De manera similar, la propuesta que realiza la RUFADAA precisa que bajo el término *will* se incluye tanto al codicilo como al instrumento testamentario que designa al ejecutor de la voluntad del titular del activo digital, así como el instrumento en virtud del cual se revoca o revisa la disposición testamentaria³.

En el sistema propuesto se establece, además, un régimen de prioridad para realizar la disposición de los activos digitales según el tipo de instrumento utilizado para realizar la disposición. El régimen de prioridad está dirigido a eliminar cualquier posible conflicto que pudiera existir entre los diversos instrumentos señalados para realizar actos dispositivos patrimoniales *post mortem*. Se diseña, así, un sistema de prioridad de tres niveles para determinar la intención del usuario con respecto a cualquier activo digital. Para que el usuario del servicio pueda expresar su voluntad en relación con estos activos digitales, es necesario que se le proporcione dicha herramienta en línea facilitada por el proveedor de servicios, a lo que la RUFADAA conmina, donde puede revelar, divulgar o destinar alguno o todos de los activos digitales posterior a su fallecimiento, lo que incluye el contenido de las comunicaciones electrónicas. Solo en el supuesto que esta disposición no haya tenido lugar, porque así lo haya dispuesto el usuario o por no existir dicha herramienta en línea, es que se tendrá en cuenta las disposiciones sobre dichos activos que conste en

2 RUFADAA § 2.10: «“Digital asset” means an electronic record in which an individual has a right or interest. The term does not include an underlying asset or liability unless the asset or liability is itself an electronic record».

3 RUFADAA § 2.27: «“Will” includes a codicil, testamentary instrument that only appoints an executor, and instrument that revokes or revises a testamentary instrument».

otros instrumentos como testamento, poder u otra forma de designación del fiduciario⁴.

Para poder ejecutarse la voluntad, se formula la figura del fiduciario —también denominado agente, representante—, que no es más que la persona encargada de administrar los activos digitales⁵. El fiduciario deberá proporcionar una copia del documento que lo acredita como tal al prestador del servicio cuando solicite el acceso. Si no fueran utilizados ninguno de los instrumentos anteriores para proporcionar dichas instrucciones, se deberán aplicar los términos de servicio de la cuenta, y si estos no contemplaran dicha posibilidad, se deberán aplicar las disposiciones normativas pertinentes.

Si bien el acto dispositivo puede ser modificado o eliminado las veces que quiera el titular del activo según la sección 4 a) de la propuesta (RUFADAA, 2015), no se hace referencia al hecho de los requerimientos a cumplir en el supuesto de que la disposición sea modificada o eliminada. Todo parece indicar que se deberá utilizar el mismo instrumento en que se realizó el acto dispositivo para modificarlo o revocarlo total o parcialmente.

La semejanza que existe entre los modelos de protección de los bienes digitales *post mortem* se halla precisamente en el valor que le conceden a la autonomía de la voluntad. Sin embargo, existen marcadas diferencias entre el objeto de la regulación y la forma en que esta se ejecuta y materializa. Mientras el modelo norteamericano parte del concepto de activo digital —conciliando la transmisión *mortis causa* con el respeto de la intimidad de los usuarios—, el francés y español se sustentan desde la perspectiva del derecho a la protección de los datos personales, expresión de bienes digitales de carácter personal. Ello provoca una diferenciación en relación con los bienes digitales que son transmitidos por sucesión *mortis causa*, como parte de la herencia, los bienes que pueden ser considerados datos personales y aquellos que no lo son.

Mientras que en el sistema español no existe unicidad en relación con el momento de disponer de los activos digitales, dado que la utilización de los instrumentos está en dependencia del tipo de bien, en el modelo

4 RUFADAA § 4: «*User direction for disclosure of digital assets. (a) A user may use an online tool to direct the custodian to disclose to a designated recipient or not to disclose some or all of the user's digital assets, including the content of electronic communications. If the online tool allows the user to modify or delete a direction at all times, a direction regarding disclosure using an online tool overrides a contrary direction by the user in a will, trust, power of attorney, or other record. (b) If a user has not used an online tool to give direction under subsection (a) or if the custodian has not provided an online tool, the user may allow or prohibit in a will, trust, power of attorney, or other record, disclosure to a fiduciary of some or all of the user's digital assets, including the content of electronic communications sent or received by the user. (c) A user's direction under subsection (a) or (b) overrides a contrary provision in a terms-of-service agreement that does not require the user to act affirmatively and distinctly from the user's assent to the terms of service.*»

5 RUFADAA § 2.14: «*"Fiduciary" means an original, additional, or successor personal representative, [conservator], agent, or trustee.*»

seguido por la legislación francesa y norteamericana, existe el riesgo de que no todos los proveedores de servicios cuenten con una herramienta digital para realizar el acto dispositivo o contemplen esta posibilidad en sus términos y condiciones, siendo entonces necesario acudir a los otros instrumentos contemplados en la legislación para poder disponer de dichos activos.

El mayor reto que tienen los modelos francés y norteamericano es la cantidad de proveedores de servicios ante quienes debe ser realizada la solicitud de acceso, lo que varía según la cantidad de cuentas y bienes digitales de los que la persona haya sido titular. Esta variedad implica el sometimiento a una gran diversidad de jurisdicciones, en dependencia de los términos y condiciones establecidos por los prestadores de servicios, lo que supone que el acceso *post mortem* de los bienes digitales requiera también de un enfoque internacional uniforme que tome precisamente como punto de partida la determinación de la ley aplicable (Conway & Grattan, 2017, p. 114).

También hay que tener en cuenta que en el ordenamiento jurídico español se aprecia que coexisten dos posiciones normativas sobre la protección de la privacidad del causante en el ámbito digital aun después de su fallecimiento. Mientras la normativa autonómica prohíbe el acceso al contenido a la persona que ejecuta la voluntad —salvo que se haya autorizado por el titular o se obtenga la correspondiente autorización judicial (Ley de voluntades digitales)—, la LOPDPDD asume otra posición al considerar, en el artículo 3 apartado 1, que la negativa de acceso es una excepción siempre y cuando la persona fallecida lo hubiere prohibido expresamente o así lo estableciera la ley, precisando además que esta prohibición no puede afectar el derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante.

En este aspecto hay que tener en cuenta que la voluntad del titular para permitir el acceso de las personas legitimadas al contenido de sus cuentas y bienes digitales personales nunca debe presumirse. Un tercero puede estar legitimado para administrar y gestionar los bienes digitales de una persona posterior a su fallecimiento y no por ello necesariamente debe tener acceso al contenido de estos. En similar sentido, es posible proteger el contenido de las cuentas y datos de la persona fallecida sin afectar el derecho de los herederos a la transmisión de los bienes digitales patrimoniales susceptibles de valoración económica. Santos Morón, por ejemplo, propone en el ordenamiento jurídico español que se articulen mecanismos para que los proveedores de servicios digitales, sin vulnerar el secreto de las comunicaciones, proporcionen esta información a los sucesores del fallecido (2018, p. 436).

En su momento, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), interpretando la antigua Ley Orgánica de Protección de Datos, estableció

45

LA DISPOSICIÓN
POST MORTEM
DE LOS BIENES

DIGITALES:
ESPECIAL
REFERENCIA A SU
REGULACIÓN EN
AMÉRICA LATINA

THE *POST-MORTEM*
DISPOSITION
OF DIGITAL
ASSETS: SPECIAL
REFERENCE TO ITS
REGULATION IN
LATIN AMERICA

una diferencia entre el ejercicio de los derechos ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición) luego del fallecimiento de la persona, y los derechos de los herederos para obtener la información necesaria para iniciar los trámites oportunos de aceptación de la herencia. En el primer caso, consideraba que no existía tal posibilidad dada la extinción de la personalidad tras la muerte de la persona. Sin embargo, en el segundo supuesto, consideraba que la condición de heredero alcanzaba para recabar dicha información, incluso cuando se trataba de una institución financiera como es el caso típico de los bancos (AEPD, 2016).

El alcance del acceso constituye un punto de distinción con la solución propuesta en la sección séptima por la RUFADAA. En este caso en particular, se establece que el acceso a los contenidos de las comunicaciones electrónicas del usuario solo podrá ser realizado si el usuario fallecido así lo consintió o un tribunal lo autorizó⁶. La sección 8 de la RUFADAA conmina a que el proveedor de servicios solo está obligado a dar a conocer a la persona autorizada por el fallecido el catálogo de las comunicaciones electrónicas enviadas o recibidas por el usuario y los activos digitales que son necesarios para la administración del patrimonio, lo cual es distinto del contenido del régimen establecido para las comunicaciones electrónicas que sí se encuentra regulado en la Ley de Privacidad⁷. A los efectos de este modelo, lo importante es poder determinar si el activo permite o no acceso al contenido de las comunicaciones electrónicas.

III.2. La disposición *post mortem* de bienes digitales en América Latina

Los países latinoamericanos regulan la disponibilidad de los datos personales posterior al fallecimiento de su titular de forma diferente a Europa y Estados Unidos. En Argentina, a partir de lo previsto en el artículo 14.4 de la Ley 25.326 (Ley de Protección de los Datos Personales), los sucesores universales pueden ejercer el derecho de acceso a los datos de las personas fallecidas, aunque la norma no establece el alcance de este acceso ni cómo se realizará el mismo. En este sentido, el artículo 34 de la nueva versión del anteproyecto de Ley de Protección de Datos Personales, resultado de la consulta pública de febrero de

6 RUFADAA, § 7: «DISCLOSURE OF CONTENT OF ELECTRONIC COMMUNICATIONS OF DECEASED USER. If a deceased user consented or a court directs disclosure of the contents of electronic communications of the user, the custodian shall disclose to the personal representative of the estate of the user the content of an electronic communication sent or received by the user if the representative gives the custodian...».

7 RUFADAA, § 8: «DISCLOSURE OF OTHER DIGITAL ASSETS OF DECEASED USER. Unless the user prohibited disclosure of digital assets or the court directs otherwise, a custodian shall disclose to the personal representative of the estate of a deceased user a catalogue of electronic communications sent or received by the user and digital assets, other than the content of electronic communications, of the user, if the representative gives the custodian...».

2017, contempla la posibilidad de que el ejercicio de los derechos de acceso, de rectificación, oposición, supresión, valoraciones personales automatizadas y portabilidad de datos personales puedan ser ejercidos por los sucesores universales del titular de los datos. Según el artículo 20.2 del citado anteproyecto, estas mismas personas están legitimadas para ejercer la acción de *habeas data* por el titular de los datos afectados. Entre los legitimados para el ejercicio de los derechos se encuentran los causahabientes siempre y cuando acrediten tal condición.

En Colombia, según lo establecido en los artículos 5 y 16 de la Ley Estatutaria 1266 de 2008 —en virtud de la cual se dictaron las disposiciones generales del *habeas data*, así como se reguló el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países—, los operadores de los bancos de datos podrán entregar, de manera verbal, escrita o poner a disposición de las personas debidamente autorizadas por los titulares o a sus causahabientes de la información personal recolectada o suministrada de conformidad con lo dispuesto en la ley. Esta posición fue reiterada en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley Estatutaria 1581 del 17 de octubre de 2012, en virtud de la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. Asimismo, los causahabientes pueden realizar peticiones, reclamos y consultar la información personal del titular, sea esta del sector público o privado; y ya sea que se trate de información financiera, crediticia, comercial, de servicios o proveniente de terceros países, según lo dispuesto en la Resolución 76434 de 2012 del Superintendente de Industria y Comercio, del 4 de diciembre de 2012, que modifica el título V de la Ley de 1266 de 2008.

La Corte Constitucional colombiana ha considerado que la referencia a los causahabientes como sujetos legitimados para activar los mecanismos de acceso a la información y a su actualización o rectificación, «resulta acorde con el contenido del derecho fundamental al hábeas data, en razón a que la información crediticia o financiera que repose en bases de datos respecto del causante, entraña un interés patrimonial o de otra índole, que concierne de manera directa a sus herederos, y que puede resultar relevante para el ejercicio de sus derechos sucesorales» (Sentencia C-1011/08). A juicio de la Corte, este acceso constituye parte de los límites que son necesarios establecer a las facultades de fuentes, operadoras y usuarios.

La Corte Constitucional Colombiana, en el parágrafo 6.2 de la Sentencia T-798/07 de la Sala Tercera de Revisión, ha dado respuesta a una de las principales interrogantes que existe sobre el fundamento de la protección de los datos personales posterior a la muerte del causante en los siguientes términos:

47

LA DISPOSICIÓN
POST MORTEM
DE LOS BIENES
DIGITALES:
ESPECIAL

REFERENCIA A SU
REGULACIÓN EN
AMÉRICA LATINA

THE POST-MORTEM
DISPOSITION
OF DIGITAL
ASSETS: SPECIAL
REFERENCE TO ITS
REGULATION IN
LATIN AMERICA

Pero ¿qué ocurre con la información negativa que sobre una persona permanece reportada en una base de datos crediticia luego de su fallecimiento, o que es divulgada con posterioridad a su muerte? De acuerdo a la regla general de legitimación en materia de *habeas data*, a nadie asistiría el derecho a conocer, actualizar y rectificar dicha información, por cuanto el titular de un tal derecho ya no existiría. A la luz de este criterio, las entidades autorizadas para reportar y administrar la información crediticia tendrían un poder omnímodo en relación con los datos de personas fallecidas.

En esta resolución judicial el tribunal reconoce la legitimación de la cónyuge sobreviviente y los herederos del causante para conocer, actualizar y rectificar los datos que existían en una central de información financiera. La sentencia en cuestión analiza las consecuencias negativas que la divulgación indefinida de estos datos puede ocasionar no solo al buen nombre y la memoria de quien aparece reportado como deudor incumplido después de su fallecimiento, sino también la lesión que provoca a la intimidad y la buena reputación de su familia, al permitir la elaboración de un perfil de riesgo crediticio de los herederos de la persona que permanece o es reportada tras su muerte como deudora. (Sentencia T-798/07).

Los modelos argentino y colombiano no conciben, al menos de forma expresa, la posibilidad de que el titular de los datos personales pueda disponer de ellos posterior a su fallecimiento. No obstante, la facultad concedida a los sucesores para acceder a estos pudiera ser comprendida como un acto dispositivo cuando existen sucesores testamentarios, dado que, al nombrar las personas llamadas a la sucesión —ya sea en condición de heredero o legatario—, se estaría disponiendo de quienes serían legitimados para realizar las acciones que las leyes reconocen. La coincidencia de legitimados y sucesores limita la posibilidad de que el titular de los datos pueda nombrar a otras personas diferentes de los sucesores para el ejercicio de la acción posterior a la muerte del titular del dato, aun cuando estas acciones no forman parte de la sucesión *mortis causa* propiamente dicha.

De otra parte, existen leyes de protección de datos personales de países como México y Brasil, que no hacen alusión al destino del uso y tratamiento de los datos personales luego del fallecimiento del causante. En México, según lo dispuesto en el artículo 53 apartado 1 de la norma de protección de datos personales, tras la muerte del titular del dato, la solicitud de protección de estos es sobreseída (Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares). En Brasil, la sucesión digital no ha sido objeto de regulación ni en la Ley 12.965, del 23 de abril de 2014 —conocida como Marco Civil de la Internet que establece los derechos y garantías de los usuarios de la red—, ni

en la Ley 13.709, del 14 de agosto de 2018 —que establece el régimen jurídico de protección de datos personales—. No obstante, la doctrina brasileña sostiene que no es inviable en el ordenamiento jurídico brasileño que el testamento envuelva bienes digitales, en particular aquellos que se transmiten a los herederos como parte de su patrimonio, o los denominados de contenido mixto. Para autores como Evangelista de Almeida, el problema fundamental en relación con este tema se halla en los bienes digitales de naturaleza personal, dado que, en este caso, se consideran parte de los derechos de la personalidad, por lo cual no es dable hablar de una transmisión *mortis causa* de estos, sino solamente de la legitimación procesal para su ejercicio (2019, p. 61).

IV. PROVEEDORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA* DE BIENES DIGITALES

Aunque no esté explícitamente consagrado en la normativa, las leyes que tratan las disposiciones sobre los activos digitales posterior a la muerte de su titular son también expresión de la contradicción que existe entre los intereses de la protección de los usuarios y los intereses de los proveedores de servicios en la sociedad de la información y, especialmente, en Internet. En ocasiones no resulta claro si se logra un equilibrio entre dichos intereses. Para ello, es necesario tener en cuenta que permitir el acceso de las personas legitimadas por el titular no es por sí suficiente para garantizar la efectividad del derecho reconocido. Además del cumplimiento del encargo realizado según el tipo de activo digital, es preciso establecer obligaciones del proveedor de servicios, dado que, sin su contribución, el acto dispositivo no será eficaz.

Solo la legislación puede establecer un equilibrio entre los términos de servicio de los prestadores y los derechos de protección de los usuarios. En este sentido, la doctrina sostiene que cualquier término contractual que prohíba la transferencia después de la muerte o presuma la intención de un usuario en este sentido debería ser inválido (Banta, 2016, p. 969). De este modo se excluye la eficacia de este tipo de cláusulas, que podría ser invocado por dichos prestadores de servicios. Algunos proveedores de servicios han comenzado a reconocer dicha posibilidad en caso de muerte o incapacidad de los titulares de la cuenta. Google, por ejemplo, permite que los titulares de las cuentas puedan escoger amigos o familiares para poder realizar la descarga de los datos asociados a sus servicios ofertados. Por otra parte, si bien Facebook no permite que el heredero realice la descarga de los datos del causante, sí permite transformar la cuenta en conmemorativa o que esta sea excluida, como anteriormente se ha mencionado.

49

LA DISPOSICIÓN
POST MORTEM
DE LOS BIENES
DIGITALES:
ESPECIAL
REFERENCIA A SU
REGULACIÓN EN
AMÉRICA LATINA

THE *POST-MORTEM*
DISPOSITION
OF DIGITAL
ASSETS: SPECIAL
REFERENCE TO ITS
REGULATION IN
LATIN AMERICA

Sin embargo, no podemos olvidar que los términos y servicios constituyen cláusulas predispuestas, a las que el usuario se adhiere, en los que este no tiene ningún poder de negociación y que, además, pueden ser sometidas a modificaciones periódicas por parte de la empresa. Por ello, para autores como Banta, la disposición de los activos digitales posterior a la muerte del usuario en algunos términos y condiciones no es la forma más razonada y apropiada de proteger los derechos de privacidad después de la muerte. Para esta autora, la existencia de esta posibilidad no garantiza que el usuario haya tenido la oportunidad de elegir los mecanismos de protección de su privacidad (Banta, 2016, p. 965). En este sentido, la autora expone que debe existir la obligación por parte de las empresas de brindar la oportunidad al usuario de decidir si desea que sus cuentas se eliminen tras su fallecimiento o si estas pueden ser liberadas. En el primer supuesto, la decisión invalida la posibilidad de que los familiares accedan a las cuentas una vez producido el fallecimiento. Sin embargo, a nuestro juicio, habría que tener en cuenta en este caso si esta negativa pudiera incidir en el ejercicio de otros derechos de los familiares o en la liquidación del caudal hereditario.

Si bien los términos y condiciones pudieran llegar a entenderse como un supuesto de autorregulación del fenómeno sucesorio en el ámbito digital, lo cierto es que ello no es garantía *per se* de que dicha regulación estará en correspondencia con la protección de la voluntad del titular de los bienes, así como tampoco con el respeto de aquellas expresiones de lo que un día fueron sus derechos fundamentales susceptibles de tutela jurídica tras su fallecimiento. Esto es así incluso sin tomar en cuenta la posibilidad de que no exista una previsión al respecto en los referidos términos y condiciones, con las correspondientes consecuencias en el plano patrimonial y el respeto de la voluntad del titular fallecido.

Como se reconoce en el artículo 79 de la LOPDPDD del ordenamiento jurídico español, la regulación y aplicación de los derechos y libertades predicables al entorno de Internet no se logra sin la contribución de los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los proveedores de servicios de Internet. Por ello, no basta con el reconocimiento de estos derechos conforme los derechos consagrados en los convenios internacionales y demás disposiciones de carácter interno, sino que resulta necesario el establecimiento de obligaciones específicas a estos sujetos, los cuales devienen en un eslabón fundamental dentro del sistema de protección en el entorno digital de manera general y en el cumplimiento de la voluntad del titular de los bienes digitales.

Las leyes de una forma u otra son expresión de estos intereses e imponen determinadas obligaciones a los prestadores de servicios. Por ejemplo, en Francia se reconoce, en el artículo 63 de la Ley 2016-1321, que si el ejercicio de las directivas específicas se lleva a cabo ante los

proveedores de servicios particulares. Estos están en la obligación de comunicar al titular de los datos si quiere elegir el destino de sus datos luego de su fallecimiento. El mismo artículo 63 (Ley 2016-1321), en la modificación que realiza del precepto 40-1. II de la Ley 78-17, considera no escrita cualquier cláusula contractual en las condiciones generales para el uso del procesamiento de datos personales que limite las prerrogativas otorgadas por la ley a la persona. Ello no solo significa que la autorización debe ser concedida directamente por el titular del dato, sino también de manera específica, no puede estar comprendida dentro de las condiciones generales del servicio. El proveedor de un servicio de comunicación pública en línea debe informar al usuario del destino de los datos que le afectan en caso de su muerte y permitirle elegir si desea comunicar sus datos a un tercero (artículo 40-1. IV de la Ley 78-17, tras la modificación por la Ley 2016-1321). Asimismo, el controlador deberá justificar, sin costo para el solicitante, que ha llevado a cabo las operaciones requeridas para el cierre de las cuentas de usuario del difunto, así como el procesamiento adicional de datos personales (artículo 40-1. II de la Ley 78-17, tras la modificación por la Ley 2016-1321).

En la RUFADAA, se propone que, cuando el acto dispositivo utiliza el instrumento en línea o cualquier otro de los concebidos —dígase testamento, poder u otra forma de registro del acto dispositivo sobre los activos digitales—, se anula cualquier disposición que sea contraria y que se establezca en un acuerdo de términos de servicio⁸. No obstante, se entiende que el fiduciario está sujeto a los mismos términos y condiciones que los suscritos por el usuario con el proveedor de servicios, por lo cual no se suscribe un nuevo acuerdo de términos y condiciones, así como tampoco se puede entender que existan otros derechos o que estos puedan ser ampliados⁹.

Sin embargo, la propuesta contentiva en la RUFADAA no deja de ser polémica. Resulta particularmente problemática la decisión del proveedor de servicios de determinar si brinda un acceso total al catálogo de cuentas del usuario, lo que implica permitir este acceso de manera parcial o solo proporcionar una copia del registro del activo al que el usuario podría haber accedido de estar vivo al momento de la solicitud realizada por el fiduciario¹⁰. El proveedor de servicios está facultado

8 RUFADAA, §4: «(c) A user's direction under subsection (a) or (b) overrides a contrary provision in a terms-of-service agreement that does not require the user to act affirmatively and distinctly from the user's assent to the terms of service».

9 RUFADAA, §5: «(a) This [act] does not change or impair a right of a custodian or a user under a terms-of service agreement to access and use digital assets of the user. (b) This [act] does not give a fiduciary or designated recipient any new or expanded rights other than those held by the user for whom, or for whose estate, the fiduciary or designated recipient acts or represents».

10 RUFADAA, §6: «(a) When disclosing digital assets of a user under this [act], the custodian may at its sole discretion: (1) grant a fiduciary or designated recipient full access to the user's account; (2) grant a fiduciary or designated recipient partial access to the user's account sufficient to perform the tasks

51

LA DISPOSICIÓN
POST MORTEM
DE LOS BIENES
DIGITALES:
ESPECIAL
REFERENCIA A SU
REGULACIÓN EN
AMÉRICA LATINA

THE POST-MORTEM
DISPOSITION
OF DIGITAL
ASSETS: SPECIAL
REFERENCE TO ITS
REGULATION IN
LATIN AMERICA

para decidir si esto es necesario para que el fiduciario pueda realizar las actividades para las que ha sido designado¹¹. Según la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, esta posibilidad se halla determinada por el modelo de negocio que tenga el proveedor de servicios, que le permite preferir un método sobre otro (RUFADAA, p. 13 de la nota preliminar).

En la legislación española de datos personales, no existe una disposición similar a las anteriormente comentadas que regule en este tema la relación con los proveedores de servicios. No obstante, habrá que esperar a la promulgación del Real Decreto en virtud del cual se establezcan los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y su registro. En dicho decreto se regularán las principales obligaciones que a los efectos del cumplimiento de la voluntad del titular de los datos personales deberán cumplir los prestadores de servicios.

El artículo 96.2 de la LOPDPDD solo obliga al proveedor de servicios a proceder sin dilación en el supuesto que se le comunique la solicitud de eliminación del perfil. Esta obligación difiere del criterio sostenido por la Agencia de Protección de Datos española, adoptado bajo los dictados de la anterior Ley de Protección de Datos Personales. Para dicha entidad, la cancelación del dato no tenía por qué ser inmediata, dado que esta posibilidad estaba relacionada con la calidad del dato y, por lo tanto, este podía ser conservado cuando fuera necesario para el cumplimiento de la finalidad que justificaba su tratamiento (AEPD, 2017).

De hecho, la respuesta al cumplimiento de las solicitudes realizadas en relación con la eliminación de datos personales es hoy otro de los temas que reviste especial interés en la regulación de los proveedores de servicios. La eliminación del rastro digital puede devenir en una tarea compleja cuando se han realizado actividades de posicionamiento en buscadores, de indexación en Google y en herramientas de webmasters (Domínguez Merino, 2016, p. 65). En los Estados Unidos, se propone que el proveedor de servicios pueda cobrar un monto razonable por el costo del «cargo administrativo» que ello supone y, según la denominación utilizada en la sección 6b) de la propuesta de norma, por el hecho de permitir el acceso a los activos digitales (RUFADAA). Según la

with which the fiduciary or designated recipient is charged; or (3) provide a fiduciary or designated recipient a copy in a record of any digital asset that, on the date the custodian received the request for disclosure, the user could have accessed if the user were alive and had full capacity and access to the account».

11 RUFADAA, §6: «(d) If a user directs or a fiduciary requests a custodian to disclose under this [act] some, but not all, of the user's digital assets, the custodian need not disclose the assets if segregation of the assets would impose an undue burden on the custodian. If the custodian believes the direction or request imposes an undue burden, the custodian or fiduciary may seek an order from the court to disclose: (1) a subset limited by date of the user's digital assets; (2) all of the user's digital assets to the fiduciary or designated recipient; (3) none of the user's digital assets; or (4) all of the user's digital assets to the court for review in camera».

National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, este cargo es análogo al que cualquier empresa puede evaluar para tareas administrativas fuera del curso ordinario de su negocio para cumplir con una orden judicial (RUFADAA, p. 13).

En el supuesto de que el usuario haya dispuesto un acceso parcial de los activos (o así sea solicitado por el fiduciario), el proveedor de servicios no está obligado a realizar tal segregación si se convierte en una carga indebida para él. En este caso, ante la discrepancia producida, habrá que solicitar —según lo previsto en la sección 6d)— una orden del tribunal para realizar la correspondiente divulgación de manera parcial (RUFADAA). La propuesta realizada puede provocar múltiples interpretaciones, aunque siempre será necesario tener en cuenta criterios objetivos como la cuantía del monto y la disponibilidad tecnológica con la que se cuente para realizar dicha eliminación o separación. Sin duda, ello favorece los intereses de los proveedores de servicios y su capacidad para determinar cuando existe o no el denominado «monto razonable».

V. EFICACIA DE LAS DISPOSICIONES: EL PAPEL DEL REGISTRO

Por último, es necesario abordar la importancia del registro de estas disposiciones para lograr su efectiva materialización. No basta con el reconocimiento jurídico de poder otorgar o autorizar actos de voluntades digitales con eficacia *post mortem*, si este no es complementado con la eficacia jurídica del registro que haga viable la ejecución de dicha voluntad. En Francia, por ejemplo, las instrucciones generales deberán ser registradas ante un tercero digital de confianza, certificado por la Comisión Nacional de Informática y Libertades, mientras que las directivas específicas son registradas ante los controladores de datos relevantes (artículo 40-1.II de la Ley 78-17, según su modificación por la Ley 2016-1321). Sin embargo, para explicar la trascendencia que la actividad registral tiene, es necesario tomar en consideración la situación que actualmente presenta la Ley de Voluntades Digitales de Cataluña.

La norma prevé, en su artículo 10, una disposición adicional, en virtud de la cual se regula la existencia de un «Registro de voluntades digitales», al propio tiempo que establece su régimen de acceso y emisión de certificación. El acceso queda reservado al otorgante y, una vez muerto este, a las personas que acreditaran interés legítimo, siempre y cuando se demuestre que no se había otorgado otro tipo de disposición de última voluntad. Ello aplica con respecto a la solicitud de un certificado relativo a la existencia o no de documentos inscritos. Según la normativa, si no se dispuso otra cosa por el causante, la solicitud se puede extender a la identificación de las personas designadas para la ejecución de las voluntades digitales, aunque ello no significa

53

LA DISPOSICIÓN
POST MORTEM
DE LOS BIENES
DIGITALES:
ESPECIAL
REFERENCIA A SU
REGULACIÓN EN
AMÉRICA LATINA

THE *POST-MORTEM*
DISPOSITION
OF DIGITAL
ASSETS: SPECIAL
REFERENCE TO ITS
REGULATION IN
LATIN AMERICA

que estas personas tendrán acceso al contenido de dichas voluntades inscritas. Esta facultad es exclusiva de aquellas personas que han sido nombradas para cumplir con el respectivo encargo. El registro también puede, de oficio —siempre y cuando tenga constancia de la muerte del otorgante—, poner en conocimiento de quienes deben ejecutar su última voluntad la existencia de estas disposiciones.

Sin embargo, este «Registro de voluntades digitales» fue declarado inconstitucional por el Pleno del Tribunal Constitucional español el 17 de enero de 2019, en respuesta al recurso de inconstitucionalidad 4751-2017 promovido por el presidente del gobierno español contra los artículos 6 (en cuanto introduce el artículo 411.10.3.b del libro cuarto del Código Civil de Cataluña), 8 (en cuanto introduce el artículo 421.24.1 del libro cuarto del mismo Código), 10 y 11 y la disposición final primera. La sentencia del alto foro español declaró inconstitucional y nulo el artículo 10 de la Ley 10/2017 del Parlamento de Cataluña, que introdujo la disposición adicional tercera del libro IV del Código Civil de Cataluña anteriormente comentada. Ello, a su vez, determinó la declaración de la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 411.10.3.b) del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, redactado por el artículo 6 de la Ley 10/2017, específicamente en la expresión, «si la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad, [mediante] un documento que debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales». Asimismo, se declaró inconstitucional el artículo 421.24.1 del libro cuarto del mismo Código en la redacción dada por el artículo 8 de la Ley 10/2017, en la expresión «y, en defecto de estos instrumentos, en un documento de voluntades digitales, el cual necesariamente debe especificar el alcance concreto de su actuación. Este documento debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales» (Tribunal Constitucional, Sentencia 7/2019).

Siendo la causa de la inconstitucionalidad la competencia o no de las Comunidades Autónomas para regular la ordenación de los Registros Públicos, es lógico que la declaración de inconstitucionalidad y consecuente nulidad no afecten, en los dos últimos supuestos, el resto de los enunciados del precepto sobre los que no cabe apreciar exceso competencial, como afirma la propia sentencia (Tribunal Constitucional, Sentencia 7/2019). Por ende, nada impide que se otorguen documentos de voluntades anticipadas válidos, puesto que la inscripción registral de este documento no es la que otorga eficacia jurídica a las previsiones del causante para poder disponer *mortis causa* de sus bienes digitales.

La trascendencia que adquieren los registros para la eficacia de dichas disposiciones es argumentada en el voto particular discrepante formulado por la magistrada Encarnación Roca Trías a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad. Según la magistrada,

la sentencia le atribuye una naturaleza civil a este, cuando a su juicio es solo administrativa, por lo que la Generalitat de Cataluña ostenta competencia legislativa para crearlo y ordenarlo. Según Roca Trías, la sentencia «no establece un canon respecto a qué debe entenderse como materia civil a los efectos de determinar la naturaleza del registro», el cual no «reconoce derechos subjetivos de ningún tipo», así como tampoco «existe función calificadora alguna del registrador», puesto que sus fines son solo los de publicitar o dar a conocer la existencia de tales voluntades, a los efectos de proporcionar la respectiva seguridad en el tráfico jurídico. Coincidiendo con la magistrada, debemos reconocer que en este tipo de acto la inscripción registral no tiene carácter constitutivo, puesto que su fin no va más allá de «ordenar la gestión de la huella digital para después de su muerte a personas que han optado por no otorgar disposiciones testamentarias» (Tribunal Constitucional, Sentencia 7/2019, Voto particular discrepante que formula la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, §§ 4-5).

Con anterioridad al fallo del Tribunal Constitucional español, autores como García Herrera apuntaban que la creación de un registro separado de actos de última voluntad no constituía una solución óptima (2018a, 2018b). Sin embargo, para analizar la viabilidad o inviabilidad de la figura, es imprescindible tener en cuenta la forma en la que se ha previsto el ejercicio de la facultad dispositiva. Según Solé Resina, la inconstitucionalidad del precepto debía ser considerada improcedente dado que el registro estaba relacionado con el ejercicio de derechos personalísimos de carácter no patrimonial y, por tanto, no susceptibles de transmisión *mortis causa*. Para Solé Resina, la inscripción de este documento no afecta los derechos personales o patrimoniales de su autor, así como tampoco sus relaciones con terceras personas (2018, p. 438).

Todavía resta definir en el ordenamiento jurídico español cómo las disposiciones de la normativa autonómica podrán ser aplicadas en relación con lo dispuesto en la recientemente aprobada LOPDPDD, que reconoce la figura del testamento digital y prevé (en su artículo 3.2) la adopción de un real decreto que establezca no solo los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de dichos mandatos e instrucciones, sino también el registro de estos. Hasta este momento, ambas normas jurídicas son inaplicables a falta de la existencia del registro. Como ya hemos apuntado, el registro de los actos relacionados con la disposición *mortis causa* de los bienes digitales solo debe ser un instrumento para la efectiva materialización de la voluntad digital del titular de estos bienes, conceder una relevancia mayor deviene improcedente en un contexto que es cada vez más dinámico, además de atribuirle una importancia superior a la que tiene para dejar constancia de las voluntades digitales.

55

LA DISPOSICIÓN
POST MORTEM
DE LOS BIENES
DIGITALES:
ESPECIAL
REFERENCIA A SU
REGULACIÓN EN
AMÉRICA LATINA

THE POST-MORTEM
DISPOSITION
OF DIGITAL
ASSETS: SPECIAL
REFERENCE TO ITS
REGULATION IN
LATIN AMERICA

VI. CONCLUSIONES

A manera de conclusión, podemos afirmar que la regulación jurídica de la disposición *post mortem* de los bienes digitales es necesaria en la actualidad, dada la importancia que adquiere el ámbito digital en las sociedades contemporáneas, en especial en el contexto latinoamericano. Como se puede colegir, las diferencias entre los modelos latinoamericano, europeo y norteamericano son notorios. Por ello, es necesario el establecimiento de regulaciones claras que precisen el poder de disposición sobre los bienes digitales posterior al fallecimiento del titular, sean estos de carácter personal o no personal. Esta regulación debe ser realizada teniendo en cuenta los siguientes elementos:

1. Existe una multiplicidad de bienes digitales, con diversas características. Unos pueden clasificarse en personales, no personales y de naturaleza mixta. Solo aquellos que son susceptibles de valoración económica podrán ser transmitidos en la herencia digital, creándose dudas en relación con la defensa y protección de aquellos que no tienen este carácter. Las normas de defensa de la memoria pretérita y de protección de datos personales no son suficientes para garantizarla.
2. La transmisión *mortis causa* de los bienes digitales susceptibles de valoración económica no puede obviar la interrelación que tienen con aquellos bienes de contenido personal y que se pueden encontrar o no relacionados con los datos personales. Para poder transmitir los primeros, en virtud de la sucesión, es imprescindible acceder a los segundos. La cuestión no es solo de acceso al contenido de las cuentas y servicios, sino también de garantizar el ejercicio efectivo de esta facultad de disposición ante los prestadores de servicios. En otras palabras: ¿cómo se garantiza que estos verdaderamente cumplan con la voluntad del titular fallecido?
3. El testamento digital no es más que la facultad de disponer sobre los bienes digitales, ya sea en un testamento notarial o en otro tipo de instrumento con eficacia *post mortem* reconocido en el ordenamiento jurídico. En la actualidad, no es posible hablar de un testamento realizado en el ámbito digital —este es un asunto muy distinto—.
4. La finalidad última de este régimen de disposición debe estar condicionada al cumplimiento de la voluntad del titular de los bienes ante los proveedores de servicios. Esta regulación debe tener en cuenta la importancia que este tipo de bienes tiene en la sociedad moderna, y la desigual relación que se establece entre los usuarios y proveedores de servicios en relación con estos bienes. Los términos y condiciones de uso significan un amplio

poder de los proveedores de servicios.

5. En materia de efectividad de la disposición *mortis causa*, desempeña un papel esencial la existencia o no de registros públicos en los cuales quede acreditada la última voluntad del titular de las cuentas y servicios digitales. No solo a los efectos de acreditar quién o quiénes son los legitimados para cumplir con la voluntad del titular, sino también el alcance de esta disposición.

REFERENCIAS

Albaladejo, M. (2002). *Derecho civil I: introducción y parte general* (15ª ed.). Barcelona: Bosch.

Banta, N.M. (2016). Death and Privacy in the Digital Age. *North Carolina Law Review*, 94(3), 927-990. Recuperado de <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol94/iss3/4>

Cifuentes, S. (1999). *Elementos de derecho civil: parte general* (4ª ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

CincoDías. (6 de febrero de 2019). El joven empresario de bitcoin que se llevó a la tumba la contraseña de 120 millones. *El País, Economía*. Recuperado de https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/02/04/companias/1549306228_645767.html?id_externo_rsoc=TW_CM

Conway, H. & Grattan, S. (2017). The «New» New Property: Dealing with Digital Assets on Death. En H. Conway & R. Hickey (Eds.), *Modern Studies in Property Law* (vol. 9, pp. 99-116). Oxford: Hart Publishing.
doi: <https://doi.org/10.5040/9781782257578.ch-006>

Domínguez Merino, Ó. (2016). ¿Cómo influye el testamento digital en el SEO? En R. Oliva León & S. Valero Barceló (Coords.), *Testamento iDigital?* (pp. 61-66). Edición especial. España: Juristas con Futuro, Colección Desafíos Legales.

Evangelista de Almeida, J. (2019). *Testamento digital: como se dá a sucessão dos bens digitais*. Porto Alegre, RS: Editora Fi.

García Herrera, V. (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital. *Actualidad Civil*, 7-8, 64-72.

García Herrera, V. (2018a). Disposición *mortis causa* del patrimonio digital. *Diario La Ley*, 9315.

García Herrera, V. (2018b). El tratamiento de datos de personas fallecidas. *Actualidad Civil*, 5.

Llopis Benlloch, J.C. (2016). Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe. En R. Oliva León & S. Valero Barceló (Coords.), *Testamento iDigital?* (pp. 45-52). Edición especial. España: Juristas con Futuro, Colección Desafíos Legales.

57

LA DISPOSICIÓN
POST MORTEM
DE LOS BIENES
DIGITALES:
ESPECIAL
REFERENCIA A SU
REGULACIÓN EN
AMÉRICA LATINA

THE POST-MORTEM
DISPOSITION
OF DIGITAL
ASSETS: SPECIAL
REFERENCE TO ITS
REGULATION IN
LATIN AMERICA

Maldonado Ramos, I. (2018). Y ahora... ¿el testamento digital?. *El Notario del Siglo XXI*, 80(julio-agosto). Recuperado de <https://www.elnotario.es/hemeroteca/practica-juridica/8196-y-ahora-el-testamento-digital>

Márquez Villén, F.J. (2016). Testamento digital: nuevas tecnologías y derecho. *Artículos In Diem* [sitio web]. Recuperado de <https://www.in-diem.com/abogados/noticias/testamento-digital-herencia-nuevas-tecnologias>

Öhman, C.J., & Watson, D. (2019). Are the Dead Taking over Facebook? A Big Data Approach to the Future of Death Online. *Biga Data & Society*, 1-13. doi: <https://doi.org/10.1177/2053951719842540>

Oliva León, R. (2016). Derecho e identidad digital post- mortem. En R. Oliva León & S. Valero Barceló (Coords.), *Testamento ¿Digital?* (pp. 67-82). Edición especial. España: Juristas con Futuro, Colección Desafíos Legales.

Rivera, J.C. (2004). *Instituciones de derecho civil: parte general*. Vol. 2. (3ª ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Rodríguez Prieto, R. & Martínez Cabezedo, F. (2017). Herencia digital, términos y condiciones de uso y problemas derivados de la praxis social: Un análisis desde la filosofía del derecho. *Revista internacional de Pensamiento Político, I Época*(12), 77-104.

Santos Morón, M.J. (2018). La denominada «herencia digital»: ¿necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10(1), 413-438. doi: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4128>

Solé Resina, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo actual. *Anuario de Derecho Civil*, 71(2), 417-440.

Jurisprudencia, normativa y otros documentoss legales

Agencia Española de Protección de Datos [AEPD]. (2016). Resolución R/00293/2017, expediente TD/01930/2016. Recuperado de https://www.aepd.es/resoluciones/TD-01930-2016_ORI.pdf

Agencia Española de Protección de Datos [AEPD]. (2017). Procedimiento nº.: TD/01859/2016, Recurso de Reposición Nº RR/00428/2017. Recuperado de https://www.aepd.es/resoluciones/REPOSICION-TD-01859-2016_ORI.pdf

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1011/08. Referencia: expediente PE-029. Revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria No. 27/06 Senado – 221/07 Cámara (Acum. 05/06 Senado)..., 16 de octubre de 2008. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/032017/C-1011-08.pdf>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-798/07. Referencia: expediente T-1628346. Acción de tutela interpuesta por Olga Murcia de Camacho contra Mundial de Cobranzas Ltda., 27 de setiembre de 2007. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-798-07.htm>

Decreto número 1377 de 2013, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1581 de 2012. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 27 de junio de 2013. Recuperado de https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-4274_documento.pdf

Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña. *Boletín Oficial del Estado [BOE]*, 173, 21 de julio de 2017, 63631-63638. BOE-A-2017-8525. ELI: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2017/06/27/10>

Ley 12.965 del 23 de abril de 2014, ley que establece los principios, garantías, derechos y deberes para el uso de Internet en Brasil. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm

Ley 13.709 del 14 de agosto de 2018, Ley General de Protección de Datos Personales. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm

Ley 25.326. Ley de Protección de los Datos Personales [Argentina]. Sancionada el 4 de octubre de 2000 y promulgada parcialmente el 30 de octubre de 2000. Recuperado de https://www.oas.org/juridico/pdfs/arg_ley25326.pdf

Ley 2016-1321. Loi 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique [Francia]. *Journal Officiel de la République Française [JORF]*, 0235, 8 de octubre de 2016, texto 1. NOR: ECFI1524250L. ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/10/7/ECFI1524250L/jo/texte>

Ley de Protección de Datos Personales (anteproyecto) [Argentina]. Versión elaborada luego de analizar los aportes y comentarios recibidos, durante la consulta pública de febrero de 2017, sobre el anteproyecto de Ley de Protección de Datos Personales. Recuperado de https://argentina.gob.ar/sites/default/files/anteproyecto_reforma_ley_proteccion_de_los_datos_personales_nueva_version.pdf

Ley Estatutaria 1266, por la cual se dictan las disposiciones generales del *habeas data* y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones. 31 de diciembre de 2008. Recuperado de <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%201266%20de%2031%20de%20diciembre%202008.pdf>

Ley Estatutaria 1581 de 2012, por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. 17 de octubre de 2012. (Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 1377 de 2013, Reglamentada Parcialmente por el Decreto 1081 de 2015. Ver sentencia C-748 de 2011). Recuperado de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=49981

Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares [Estados Unidos Mexicanos]. *Diario Oficial de la Federación [DOF]*, 5 de julio de 2010. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>

59

LA DISPOSICIÓN
POST MORTEM
DE LOS BIENES
DIGITALES:
ESPECIAL
REFERENCIA A SU
REGULACIÓN EN
AMÉRICA LATINA

THE POST-MORTEM
DISPOSITION
OF DIGITAL
ASSETS: SPECIAL
REFERENCE TO ITS
REGULATION IN
LATIN AMERICA

Ley Orgánica 3/2018, del 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales [LOPDPPD]. *Boletín Oficial del Estado [BOE]*, 294, 06 de diciembre de 2018, 119788-119857. BOE-A-2018-16673. ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3>

Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (121/000013). Congreso de los Diputados [España]. XII Legislatura. *Serie A: Proyectos de Ley*, 13-1, 24 de noviembre de 2017, pp. 1-45.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 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). *Diario Oficial de la Unión Europea [DOUE]*, 119, 04 de mayo de 2016, 1-88. DOUE-L-2016-80807

Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (2015) [RUFADAA]. Ley del Congreso de los Estados Unidos redactada por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, asimismo aprobada y recomendada para su aplicación en todos los Estados en la conferencia anual 124. Williamsburg, Virginia, 10-16 de julio de 2015. Con notas y comentarios. Recuperado de <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=112ab648-b257-97f2-48c2-61fe109a0b33&forceDialog=0>

Tribunal Constitucional [España]. Pleno. Sentencia 7/2019, del 17 de enero de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 4751-2017. Interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña. *Boletín Oficial del Estado [BOE]*, 39, 14 de febrero de 2019, 14535-14552. BOE-A-2019-2033. ECLI:ES:TC:2019:7.

Tribunal Supremo [España]. Sala de lo Penal. Sentencia 326/2019, del 20 de junio de 2019. Recurso de casación 998/2018. Roj: STS 2109/2019 - ECLI: ES:TS:2019:2109.

Recibido: 15/05/2019
Aprobado: 05/08/2019