

HERENCIA DIGITAL, TÉRMINOS Y CONDICIONES DE USO Y PROBLEMAS DERIVADOS DE LA PRAXIS SOCIAL. UN ANÁLISIS DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

DIGITAL INHERITANCE, TERMS AND CONDITIONS OF USE AND SOCIAL PRAXIS. AN APPROACH FROM LEGAL THEORY

Rafael Rodríguez Prieto y Fernando Martínez Cabezudo

Universidad Pablo de Olavide
rrodpri@upo.es, fmarcab@upo.es

Recibido: Noviembre de 2017
Aceptado: Diciembre de 2017

Palabras clave: Sucesión, Derecho Civil, Internet, Redes Sociales.
Keywords: Inheritance, Civil Law, Internet, Social Network.

Resumen: En esta investigación partimos de la inadecuación del actual sistema de derecho sucesorio en el entorno digital para llegar a realizar una crítica del abuso de la posición dominante que realizan algunos de los actores más importantes de Internet. Mediante la problematización de la actuación de las grandes compañías, la praxis social y el propio ordenamiento jurídico se discute si la actual forma de contratación de servicios digitales para la interacción social dispuesta en base a acuerdos de adhesión es respetuosa con las garantías jurídicas de nuestro ordenamiento. De esta manera, en última instancia, presentamos una reflexión sobre la propia inserción democrática de la praxis social en la Red y el modo de explotación económica que se lleva a cabo en esta.

Abstract: In this research, our starting point is the inadequacy of the current system of inheritance law respect to the digital environment to build a critic of the abuse of the dominant position held by some of the most important players of the Internet. A critical approach on corporate responsibility, social praxis and legal system, is put up for discussion in terms of contract law and digital system based upon an agreement *inter partes* which could contain invalid elements in the framework of legal system. In this way, we finally present a reflection on the very democratic insertion of social praxis in the Net and the way of economic exploitation that takes place in this.

Para Ana

I. Introducción

Carlos García Gual nos relata en su último libro la forma en que mueren los héroes en la mitología griega. El gran helenista toma unas palabras de Redfield en la introducción para reflejar que aunque todos los hombres nacen para morir solo el guerrero debe enfrentarse a ello en su vida social. La comunidad se asegura mediante el combate que es la negación de la comunidad, lo que implica que en nombre de la comunidad el guerrero debe penetrar en el reino de la fuerza. El guerrero protege al mundo humano contra la fuerza, ya que está obligado a usarla y sufrirla. Es el héroe cívico que siglos más tarde ensalza Pericles, en un célebre discurso fúnebre, que es uno de los textos fundamentales sobre la esencia y razón de la democracia (García Gual, 2016: 13).

El derecho es hijo de este razonamiento. Es la negación del combate, pero su conquista y preservación precisa del mismo. Solo mediante procesos de luchas, se han logrado conquistar derechos que de otra forma, no hubiera sido posible arrebatar a aquellos que ostentaban el poder. Ya Ihering, en su célebre trabajo afirmaba con rotundidad que el derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo; la mejor manera de juzgar a un pueblo era por su reacción cuando se vulnera su Derecho (Ihering, 2003).

Es un lugar común afirmar que Internet nos ha abierto infinidad de posibilidades. Este hecho también ha supuesto su proceso de mitificación. Al fin y al cabo, no es más que una tecnología con sus limitaciones y capacidades que pueden ser

usadas para diversos fines. Sin embargo, se la ha tratado de forma a veces ingenua y otras de manera irreal (Rodríguez y Martínez, 2016). Su desarrollo ha sido espectacular. Los poderes públicos parecen haberse contagiado de esta visión romántica. Y esto lo decimos por las carencias regulatorias que se observan en este sector. Uno de los últimos ejemplos prácticos es el de la llamada “economía colaborativa” y los problemas que genera su implantación en sectores como el transporte o el alojamiento¹.

Una de las más evidentes es la sucesión digital. ¿Qué sucede con nuestro legado en la Red al fallecer? ¿Cómo se gestionaría esa herencia digital? ¿Quién lo haría? Son preguntas a las que no se da solución desde las instancias clave de los Estados democráticos de derecho. Este trabajo tiene dos objetivos: por un lado, argumentar la necesidad de que sean los parlamentos competentes los que tengan la facultad de establecer los derechos y obligaciones de las personas tanto físicas como jurídicas. Por otro, abrir la puerta a un debate social sobre el futuro de la Red y el papel de la ciudadanía y las instituciones.

Ana tenía una enfermedad de esas que son difíciles de diagnosticar y murió hace unos años. Era una persona muy inteligente y con aficiones e inquietudes que

1. Se aplica la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Inicialmente, la categoría de servicios de la sociedad de la información aparece en la Directiva 2000/31/CE que se transpuso por la ley anteriormente citada. Pero su regulación no es pacífica. De hecho, ya existe jurisprudencia que reconoce servicios de Uber como de transporte, por lo que se observa competencia desleal. El 17 de febrero de 2017 la Audiencia Provincial de Madrid ratificó la suspensión cautelar de su servicio entre particulares UberPop.

plasmaba en su Facebook. Sus amigos la recuerdan, pero no necesitan que Facebook lo haga cuando se acerca el aniversario de su nacimiento. A sus amigos, usuarios de la red social, les sale un desagradable mensaje referido a un cumpleaños que jamás se celebrará. Hace un año (durante el segundo semestre del curso 2015/2016), le propuse a un grupo de estudiantes a los que impartía Derechos Humanos y Valores Democráticos la redacción de un borrador de un proyecto de ley que regulara la sucesión digital. Que englobara aspectos como la sucesión en los perfiles en redes sociales, pero también el patrimonio que adquirimos durante nuestra vida cibernética, así como detalles, que podrían pasar más desapercibidos, como las cuentas en las casas de apuestas. Todo ello se realizó con la ayuda del profesor Fernando Martínez, con el que he escrito durante varios años un libro dedicado a establecer una metodología para el análisis del poder en Internet.

Los resultados parciales en forma de un manifiesto se llevaron al Parlamento de Andalucía y atrajo la atención de medios de comunicación². La reflexión colectiva propiciada por la experiencia supuso el establecimiento de un punto de partida para un camino que todavía recorreremos. En este texto se justificará la necesidad de una regulación de esta naturaleza y se propondrán las líneas maestras del contenido que debiera contener dicha regulación.

2. <http://www.20minutos.es/noticia/2743556/0/estudiantes-profesores-upo-promueven-ley-sucesion-digital/>; <http://www.rtve.es/alacarta/audios/entre-parentesis/entre-parentesis-usuarios-internet-piden-ley-para-controlar-su-legado-cibernetico-17-05-16/3611223/>

2. Justificación y estado de la cuestión

A comienzos del capítulo quinto de su imprescindible obra *El derecho como obstáculo al cambio social*, el jurista chileno Eduardo Novoa Monreal afirmaba que “el derecho de nuestra época como sistema normativo social, carece de aquellos atributos que en otras épocas pudieron, tal vez, enorgullecer a los juristas, y que se presenta como un cuerpo confuso de reglas llenas de defectos e insuficientes para satisfacer las necesidades reales de la sociedad moderna” (Novoa Monreal, 1981: 68). Internet ha cambiado nuestras vidas. Sin embargo, en escasas ocasiones parecemos cuestionarnos si nuestro derecho ha respondido de forma proporcional al reto de Internet o si existe una deliberación pública sobre cómo debiera ser su futuro para que esta herramienta sirviera a los valores de la democracia y los derechos humanos.

Partimos de la idea de que “todo modelo social, y el jurídico particular, es una estructura dinámica y no estática: el movimiento le es inherente, dirigido en el sentido de uno o más fines (...)” (Reale, 1997: 111). Esta afirmación adquiere una singular dimensión en el objeto de estudio que se propone. Las propias bases jurídicas sobre las que se sostiene el derecho internacional han sido desbordadas por los ciberataques y la ciberguerra que acontece a diario en Internet³. Es honda la preocupación de destacados especialistas en esta disciplina por la obsolescencia de las herramientas tradicionales de análisis para cuestiones como la injeren-

3. Una muestra singular de ello es el ataque del virus WannaCry el día 12 de mayo de 2017.

cia en asuntos internos de los Estados o aspectos similares.

Existe además un curioso contraste entre la hiperregulación de sectores de la vida social –sin ir más lejos, las diferentes normativas universitarias- y las carencias que afectan a Internet. Existen ámbitos como la ciberseguridad donde se han realizado algunos avances en los últimos años. En este sentido, cabe citar la Comunicación conjunta del Consejo y de la Comisión de 2000 (COM/2000/890 final), la Directiva marco para la lucha contra los cibercataques y la armonización del derecho penal de los Estados miembros y cooperación en la persecución penal, COM(2002)173 final, que entró en vigor en octubre de 2003 o la reciente (UE) 2016/1148 de 6 de julio de 2016 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. También resulta relevante el Convenio de Budapest de 8 de noviembre de 2001. Sin embargo, en otros ámbitos la situación está muy lejos de ser óptima. El ejemplo más evidente es la posición de los usuarios que contratan bienes y servicios en la Red.

Se señalará que existen los términos y condiciones de uso que es necesario aceptar. Un contrato de adhesión en el que debemos mostrar nuestra conformidad o disconformidad en un click. Es como si fuéramos a nuestro bar favorito y se nos pidiera que aceptáramos unos términos y condiciones de uso del servicio establecidos por ellos mismos y sin la supervisión o la reglamentación de instancias administrativas y representativas de los intereses ciudadanos. Siguiendo con esta comparación, puede que en este bar se nos ofreciera el derecho a demandar al establecimiento si la mayonesa estuviera en mal estado y enfermamos, pero solo

este derecho lo podríamos ejercer ante los juzgados de California (EE.UU.). Si esto fuera así, nos sonaría extraño y abusivo. Sin embargo, esta es la práctica que se desarrolla en la Red. Solo se nos ocurre un sector en la vida social y jurídica comparable a este: el bancario. Y si existe un objeto que precisa una regulación urgente es el caso de la gestión de nuestro legado en Internet.

Martín Reale señala tres ejes de la relación entre Derecho y tecnología, tecnología e impacto en las personas con discapacidad; un segundo eje sobre buscadores de internet e impacto en derechos constitucionales y un tercer eje ligado al efecto de la tecnología en la administración de justicia (Martín Reale, 2017). Los derechos constitucionales que con tanto esfuerzo se conquistaron no pueden continuar siendo erosionados a beneficio de cierta mitología tecnológica que nos repite que todo va bien. Internet no puede continuar siendo un espacio del que las instituciones democráticas no conozcan. Aunque como se ha señalado, existe una preocupación por aspectos como la ciberdelincuencia o la protección de datos, estamos lejos de un esfuerzo regulatorio que permita a la ciudadanía, mediante los parlamentos, el establecimiento de un “Estado de ciberderecho” que establezca condiciones semejantes para los actores de la Red a las que gozan aquellos que desarrollan su actividad en el espacio no cibernético. Ejemplos como los abusos en los contratos de adhesión de prestadores de servicios en la Red o las diferentes formas para evadir impuestos por grandes compañías de Internet representan dos de las fallas más evidentes. una vez más, le paralelismo con el sector bancario es evidente: el caso de las preferentes en España es una muestra de ello. Pero

quizá el desafío más grande es desarrollar un marco regulatorio que devuelva a los consumidores una estatus ciudadano del que actualmente carecen en la Red. Tal y como recuerda Karl Larenz, la imprescindible limitación del poder no solo se plantea frente a aquellos que detentan una parcela de poder estatal, sino a los poseedores de un considerable poder económico en las sociedades industriales, especialmente aquellas grandes empresas con una posición de predominio en el mercado (Larenz, 1990: 161).

La idea de Larenz es extremadamente pertinente en la actualidad. Tal y como señala Robert McChesney, Google tiene cerca del 70% de su mercado. Además, posee el 97% de la cuota de búsqueda a través de móviles. Microsoft Windows es usado por el 90% de los ordenadores a pesar del Mac de Apple y Linux. Apple vía iTunes controla el 87% del mercado de descargas de música. El 90% de los beneficios de los smartphones se los reparten entre Apple y Samsung (McChesney, 2013: 130-131). La concentración en los diferentes mercados como una evidente y constatable evolución del capitalismo contemporáneo tiene su reflejo más preciso en Internet. En unos pocos lustros, este sector ha sufrido uno de los episodios de concentración empresarial y de creación de verdaderos gigantes –como Google o Facebook– más relevantes de la historia del capitalismo.

La sucesión y gestión de nuestro legado digital podría ser una forma de comenzar un giro hacia un *Estado de Ciberderecho*. Un punto de partida que todo el mundo pueda entender y compartir sus objetivos. No importaría la cultura, ni la posición social o ideológica. Todos somos conscientes de la muerte y nos preguntamos qué sucederá con aquello que dejamos atrás,

ya sea personal o material. De ahí que la mayoría de las personas pueda entender la necesidad de esta regulación y aprobar su contenido. Pero especialmente en las sociedades democráticas, este hecho adquiere una singular importancia por la necesidad de que sean los ciudadanos, a través de las instituciones y las normas que se han dado, los que controlen procesos socioeconómicos que les afectan directamente.

Lógicamente, el segundo elemento de esta propuesta jurídica es el democrático. Conocemos por los medios de comunicación algo de los planes de negocio de las grandes empresas de Internet (la última fusión, la compra de una gran empresa por otra o el nuevo modelo de iPhone), pero nada sabemos del Internet que desean los ciudadanos. No ha habido una deliberación global sobre el presente o futuro de la Red. Los Estados democráticos parecen no estar interesados en las cibernecesidades de la ciudadanía, a tenor de las carencias regulativas mencionadas. Se trataría de sentimientos conscientes sobre *algo que falta* (Heller y Feher., 1989: 170). Todo ello unido, a la carencia de una educación efectiva sobre la Red en todos los niveles, hace que el desconocimiento y la falta de conciencia de la relevancia de nuestra cibervida sean hechos preocupantes (Rodríguez Prieto, 2013). Una regulación como la que se propone no solo ayudaría a generar una legislación democrática sobre la sucesión en Internet, sino también a expandir la conciencia ciudadana sobre la Red.

Internet es un espacio que precisa de regulación. Es tan amplio y complejo que será el gran reto del siglo XXI. Por este motivo, es necesario iniciar una tarea difícil, pero muy necesaria: la regulación de la Red. Los Estados mediante sus insti-

tuciones democráticas deben garantizar unos derechos a los usuarios de Internet. El control de lo que pasará con nuestro legado cuando muramos es una necesidad concreta y específica que la ciudadanía, tanto española como del resto del mundo con acceso a la Red, puede compartir. También se debe tener en cuenta que existe la necesidad de aunar los avances tecnológicos con los Derechos Humanos. Ningún derecho es gratis. Obtenerlos ha llevado siglos. Sin embargo, se pueden perder en cuestión de unos pocos años. La regresión en derechos sociales de los últimos lustros debería invitarnos a reflexionar, si no puede estar sucediendo algo similar con los derechos civiles, que se creían inviolables y conseguidos de una vez para siempre. Cuando se controla y vigilan nuestros movimientos gracias a aplicaciones instaladas en nuestro ordenador, y nos acostumbramos a que esto suceda, las cosas no van bien.

Si se quiere proteger la democracia, es imprescindible que nos preguntemos por la tecnología. La tecnología es política y, como tal, debe ser discutida y objeto de una deliberación en común que nos conciencie de que en el mundo virtual no podemos desvestirnos como ciudadanos para ponernos los harapos de meros súbditos. Internet no debiera ser una tierra hostil para los derechos y las obligaciones. Sin embargo, muchos, hoy en día, continúan pensando que los servicios que nos ofrecen en Internet son gratis. Pagamos con nuestros datos y con nuestra intimidad. Las grandes empresas obtienen espectaculares beneficios. El dato es procesado y almacenado. Es la industria de nuestro tiempo.

Esta “inmadurez digital” es motivo de una extendida falta de conciencia acerca de los posibles efectos lesivos de Internet

sobre derechos básicos. Existe una tendencia de los ciberusuarios a compartir en la Red toda clase de informaciones personales y datos relativos a su intimidad y a su propia imagen. En este trabajo se analizará el carácter abusivo de algunas prácticas relacionadas con los contratos de adhesión. Es imprescindible que se garanticen los derechos de las personas en Internet, ya que el desequilibrio actual supone un gravísimo quebranto de nuestra posición como ciudadanos.

Varios son los casos que han evidenciado la falta, y también la necesidad, de regulación legal en cuanto a testamentos digitales. Uno de los más sonados vincula a Bruce Willis. El actor manifestó su voluntad de dar en herencia a sus hijas la biblioteca de canciones que había adquirido por medio de iTunes, plataforma musical de Apple. Sin embargo, de acuerdo con los términos y condiciones de uso, iTunes no permite compartir con terceros las canciones adquiridas por sus usuarios. Este trabajo pretende abrir la posibilidad de que la sucesión digital, y en general la gestión de los derechos personales en Internet, quede arbitrado por una ley fruto de una deliberación democrática. El ciudadano, como productor/usuario de contenidos en la Red, debiera tener garantizado su derecho sobre lo que ha creado o sobre el patrimonio que ha adquirido y desea que disfruten sus causahabientes. El reconocimiento del derecho a dejar en herencia el contenido virtual que hemos producido a lo largo de nuestra vida o al que hemos accedido, previo pago de su importe, podría ser un primer paso para una aún más ambiciosa regulación de la Red.

En definitiva, cuando se presentó a los estudiantes esta idea, muchos de ellos no parecían entender su oportunidad o incluso su necesidad. Hace un par de

cursos, los mismos profesores instaron a los estudiantes de Teoría del Derecho a diseñar una campaña en Twitter para que pagara los impuestos que realmente le corresponden. Fue una experiencia con la que los estudiantes adquirieron conocimientos de la legislación tributaria y de la ingeniería fiscal que existen para evitar tributar de forma justa. Al mismo tiempo, los estudiantes reflexionaron sobre redes que habitualmente se usan de manera acrítica. En este sentido, se da por sentado que usamos servicios en Internet de forma gratuita, pero raramente se reflexiona sobre su verdadero costo, en términos de privacidad y de datos que suministramos a las empresas privadas. Lo mismo sucede con la legislación. Nadie lee los Términos y Condiciones de uso de esos contratos draconianos, sin embargo, se da por sentado de que existe una regulación que establece una serie de reglas. En lo que no se suele pensar es que estas normas benefician a unos y desasisten a otros. Se obvia que esta reglamentación privada podría ser sustituida por una pública y que emane de la voluntad de los ciudadanos que en elecciones libres eligen a unos representantes que componen un parlamento. En suma: que la democracia se situó por encima de comportamientos neofeudalistas y arbitrarios.

Habida cuenta de lo señalado previamente, este es el momento de pasar al estudio de cómo ha sido la reacción de los diversos Estados ante los problemas que estamos tratando. Sin duda, uno de los asuntos que más se pone de relieve son las interacciones del derecho de acceso de los familiares, por un lado, y un supuesto derecho de privacidad que sobreviviría al causahabiente; también la disponibilidad u obligatoriedad de los textos que instrumentan estas cuestiones resultará un

dato de capital importancia para entender cuál será la intensidad en la aplicación y extensión de la ley.

Así, trataremos de exponer cuáles han sido las respuestas que han ido generando los Estados para afrontar el problema de sucesión digital. Para ello haremos un recorrido de las principales propuestas, de esta manera, atenderemos a los desarrollos legislativos en EEUU y la UE; el anteproyecto para la reforma del Derecho Civil Catalán –con una muy somera referencia a la ley francesa de la República Digital- para la inclusión de las llamadas últimas voluntades digitales; y el anteproyecto de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). Las interacciones de cuestiones que acontecen en el ámbito del Derecho Internacional Privado, que desbordan los límites que se ha marcado en nuestro Ordenamiento, todavía permanecen latentes.

a) Desarrollos legislativos en Estados Unidos: UFADAA y Leyes Estatal

En EEUU la cuestión de la herencia y los bienes digitales está en plena ebullición. La cuestión es compleja porque se entrecruzan varios problemas derivados de la propia configuración de su ordenamiento. En primer lugar, las cuestiones relativas al acceso de los herederos a los bienes digitales es parte del derecho estatal, es decir, de los respectivos legisladores de cada Estado Miembro de la Unión lo que implica que no nos podemos referir a un solo texto, sino que tendremos que estudiar una multiplicidad de ellos. En este trabajo le prestaremos una especial atención a Delaware dada la repercusión que ha causado en el colectivo académico. En segundo lugar, la existencia de leyes fe-

derales que tienen una fuerte relación en lo relativo al acceso de terceras personas las cuentas de redes sociales, en concreto nos referimos a la *Stored Communications Act* (SCA).

Para poder comprender cómo se está encarando un reto como este, hay que atender a la *United Law Commision (ULC)* y su *Uniform Fiduciary to Digital Assets Act* (UFADAA). La ULC es una asociación sin ánimo de lucro que no pertenece a la Administración, su propósito es la elaboración de proyectos para la armonización de la legislación de los diferentes Estados sobre puntos considerados de especial interés⁴. En lo relativo a los temas tratados en este texto nos interesa destacar la UFADAA que está sirviendo a los Estados que legislan sobre la materia como un marco común. Sin embargo, hay que apuntar que el proyecto de la ULC es más ambicioso de lo que las legislaciones muestran (Watkins, 2014: 193-194).

La recepción del texto no ha sido pacífica, aunque al menos 26 Estados han elaborado legislaciones en el sentido de la ULC, a la UFADAA se le ha opuesto el llamado Privacy Expectation Afterlife and Choices Act (PEAC) realizado por NetChoice⁵, compuesta por empresas relativas al comercio electrónico, que incluyen sujetos tan importantes como Google, Facebook o Ebay (Costello, 2016). Hay algunas cuestiones principales que tenemos que tener en consideración, además del propio carácter propositivo del documento:

4. <http://www.uniformlaws.org/Narrative.aspx?title=About%20the%20ULC>

5. <https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj0ieO6joLYAhXD6RQKHRecCnoQFggoMAA&url=https%3A%2F%2Fnetchoice.org%2F&usg=AOvVaw1IjbyaXi2O7XIR0Cs6Zce1>

sobre qué bienes digitales (*digital assets*) se extiende la regulación y cómo se instrumenta la regulación y cuáles son sus principales críticas.

Para enfrentarnos a la primera cuestión existen diversas opiniones respecto a la clasificación de los bienes, las dos mayoritarias se proponen por la distinción de los distintos tipos de servicio al que nos estemos refiriendo (Watkins, 2014: 199-214) o por la naturaleza de los datos a los que se quiere acceder (Haworth, 2014: 537-535). Por su mayor sistematicidad e interés explicativo nos quedaremos con la segunda opción. De esta manera, podemos entender que dentro del contexto de la UFADAA podríamos entender que existen cuatro tipos de bienes: a) Los que se refieren al acceso a la información, tales como números de cuenta o la información de registro en las páginas, sin perjuicio de que la protección que pueda tener la información a la que se accede sea diferente (Haworth, 2014: 537) b) Bienes digitales tangibles, no se refiere a que exista una tangibilidad física, sino a los archivos informáticos (desde fotos a documentos de texto) que puedan ser nombrados y transferidos a un tercero. Estos más allá del valor de uso que tenía los anteriores implican un valor financiero, cultural o sentimental. c) Bienes digitales intangibles, esta categoría se distancia de las anteriores porque se refiere a la información posteada en los perfiles de usuario o comentarios a sus publicaciones, los retwits de Twitter o los “likes” de Facebook, es decir, esos datos que van marcando nuestra presencia *online* (Haworth, 2014: 538). Serían los datos e informaciones que podrían ser requeridos para que se dieran de baja o fueran borrados. d) Metadatos, se refiere a los datos almacenados electrónicamente

dentro de un documento o web que contienen información sobre el historial de acceso, localización, datos borrados, códigos... etc. Para estos dos últimos tipos el acceso es realmente difícil de conseguir y más aún el borrado de los mismos. Esto podría ser importante en casos como la cesión de cuentas de juegos como *War of Warcraft* y juegos *on line* similares donde el valor monetario de estas puede suponer un interés legítimo para los herederos. Además, en otros casos como los comentarios a artículos publicados en la Red recordamos que en EEUU no existe ningún tipo de regulación sobre el derecho al olvido que sería una manera de poder lidiar con alguno de estos problemas.

Las disposiciones de la UFADAA se concentran en los dos primeros tipos, sin llegar a regular un punto tan crítico para la actual economía digital como lo son los datos personales, la verdadera energía que alimenta la gran máquina de coleccionar información que ha supuesto la monetización de estos que produce el *big data*. La regulación propuesta se centra en la concesión de un acceso fiduciario a un tercero delegado por el testador que depende del tipo de bien digital al que se refiera. En el primer borrador de la UFADAA el carácter de este acceso era extensivo y el cual fue modificado en la segunda versión del mismo dado la crítica se derivaba del PEAC de NetChoice. Señalaban que este solo es posible si el testador lo había especificado, si no, el problema devendría por un problema no resuelto referente a la interpretación de la *Electronic Communications Privacy Act* del legislador federal (Donaldson, 2017: 66-74). En el primer borrador el acceso fiduciario era considerado un “*default power*”, lo que implicaba que no se necesitaba de autorización judicial para el acceso, sin embargo, en

su segunda versión esto cambiaría estableciéndose la obligatoriedad de hacer una petición ante el tribunal civil correspondiente para que se analice y en caso afirmativo se dé traslado de ella al proveedor de servicio para que la atienda en la forma y modo requerido. Este cambio ha impedido la adopción de una de las medidas más importantes del texto, ya que la posibilidad de acceso directo cambia por una acción judicial que implicará que los familiares tengan que entrar en procedimientos que se pueden complicar (Haworth, 2014: 547).

En la actualidad, al menos una veintena de Estados han adoptado legislaciones al respecto, muchos de ellos siguiendo algunas de las recomendaciones de la ULC (Capel, 2016: 1225-1229). No obstante, la irrupción en 2015 del PEAC de *NetChoice* y la correspondiente respuesta en la revisión de la UFADAA han hecho que sea muy difícil constituir un mínimo común entre los diferentes textos. Siguiendo a Donaldson, podemos clasificar en 5 tipos diferentes el acceso que conceden las diferentes legislaciones, sin embargo, dentro de estos grupos también existen diferencias puntuales respecto al proceso (Donaldson, 2017: 63). El nivel más restrictivo implicaría que solo se concede para la correspondencia electrónica, es importante poner de relieve que California estaría dentro de este tipo, y habida cuenta la importancia que tiene el Tribunal de Santa Mónica (ver supra) será un dato a tener en cuenta. En el siguiente nivel, el acceso se amplía ligeramente a datos grabados y archivados electrónicamente, lo cual podríamos interpretar como fotos o archivos que quedan guardados en la nube. En el siguiente también se incluirían las cuentas de las redes sociales además de lo anterior. Existe también el

ejemplo, como el caso de Indiana, donde se concede un acceso limitado pero en el tiempo, en nuestro ejemplo serían hasta 60 días después de la muerte del causante. Y por último los Estados, como Delaware o Virginia, que han adoptado casi íntegramente las proposiciones de *NetChoice* o de la ULC.

Así parece que pese a que la intención del PEAC y de UFADAA era el intento de armonización de la ley el panorama es mucho más diverso de lo que cabría esperar. Sin embargo, existe una especie de condición fundamental que hace que la discusión en torno a esta cuestión quede en segundo plano cuando tenemos en cuenta la interacción con los conocidos Términos de Uso de cada uno de los proveedores de servicio. Como Capel se encarga de recordar: “(...) *the law will not apply where it is contradicted by a service provider's end user license agreement.*” (2016: 1229). Es decir, pese a todo lo dicho, siempre que exista una contradicción con el acuerdo de adhesión firmado con el proveedor la ley cede en favor de este. Un caso paradigmático sería el de los servicios de archivo y computación en la nube que ofrece Apple, en cuyo acuerdo figura expresamente la imposibilidad de traspaso *mortis causa* (Watkins, 2014: 211).

b) Unión Europea: Privacy by Design (PbD)

Uno de los puntos importantes a la hora de establecer cual es el estado de la cuestión desde un observador situado en España es la legislación emanada de la Unión. El concepto al que nos referimos: “privacy by design”, está contenido dentro del nuevo Reglamento General para la Protección de Datos Personales (RGPD),

sin embargo, este no agota aquí su importancia, nos recuerda Herran Ortiz al analizar el primer artículo: “(...) *siendo así que entonces la presente norma no solo tutela el derecho a la protección de datos personales, sino cualesquiera derechos y libertades fundamentales de la persona que pudieran verse afectados por el tratamiento de los datos personales.*” (2016: 180). Pese a lo anterior, en este apartado nos concentramos en la privacidad por diseño y dejaremos algunos aspectos determinantes para el comentario sobre el Legislador español, ya que son elementos que se encuentran recogidos en el anteproyecto de la nueva LOPD que entrará en vigor en 2018.

El concepto de PbD que instituye el RGPD se desarrolla en su artículo 25. Podríamos rastrear las ideas del profesor Lawrence Lessig al respecto de la significación del código de programación como la base teórica de la PbD. Una de las proposiciones de este es que debemos entender que, en el caso de los programas informáticos, el código funciona de manera análoga a la Ley. Cuando se vehicula el uso de los derechos a través del mundo digital la realización fáctica de estos depende más del código en sí mismo que de lo dicho en el texto de la ley, en palabras de Lessig: “*The controls over access to content will not be controls that are ratified by courts; the controls over access to content will be controls that are coded by programmers.*” (2004: 152). El Legislador europeo ha implementado esta consideración en el artículo 25 haciendo que ese control decidido a nivel político se imbrique con el control de facto que implica la programación. En dos apartados el artículo desgana las implicaciones de este nuevo criterio. Aunque existen varias aproximaciones al concepto y principios de la PdD (Cavou-

kian, 2010: 290-291; Schaar, 2010), en relación al trabajo que aquí presentamos es especialmente interesante el texto del Reglamento. En el 25.2 se da un concepto de PbD que tiene una especial relación con el acceso a los bienes digitales que pudieran tener un supuesto albacea digital, heredero o cualquier otra persona que legalmente interviniera, reza el precepto:

“El responsable del tratamiento aplicará las medidas técnicas y organizativas apropiadas con miras a garantizar que, por defecto, solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento. (...) Tales medidas garantizarán en particular que, por defecto, los datos personales no sean accesibles, sin la intervención de la persona, a un número indeterminado de personas físicas”

En la redacción del RGPD cobra especial importancia la mención de “por defecto”. De la forma en que se configura el texto, obliga al prestador de servicios a que en la comunicación con el usuario -sin que este tenga que pedir nada especial- el código de programación esté diseñado para que el usuario tenga que especificar el consentimiento del tratamiento de los datos según el fin que se les vaya a dar. Además, en la segunda parte se explicita que el acceso a los mismos tiene que contar con la intervención de la persona.

En las cuestiones relacionadas con el negocio sucesorio en el ámbito digital, esta previsión cuenta con una notable trascendencia. Si los proveedores de servicios digitales tienen que implementar en el código que controla las aplicaciones estas medidas, implicaría -además de la anonimización y tratamiento al que se refiere el 25.1- la comunicación sobre la autorización del acceso por tercero en caso de fallecimiento de todos y cada uno de los

contenidos que publique. Podríamos imaginar que al subir un texto, foto o video, mandar un mensaje de correo electrónico o incluso mantener un perfil en una red social determinada, se preguntara al usuario qué hacer en caso de la petición de acceso, modificación o eliminación por parte de alguien legitimado para hacerlo en base al cumplimiento de las disposiciones testamentarias del mismo. En este caso, tendría una gran influencia en el artículo 3 de la futura LOPD, donde se desarrollan preceptos explícitos sobre el acceso de terceras personas *mortis causa*. Aunque no es el objeto de este trabajo, podemos plantearnos una curiosa reflexión: si alguien recibe una carta, la deja en una caja con llave, no le ha comunicado a nadie su existencia y no quería que fuera leída por nadie, si tras su muerte el legítimo heredero de este bien la abriese nadie podría denunciarlo por violar el secreto de las comunicaciones. Sin embargo, si “digitalizamos” este ejemplo y lo llevamos al entorno que hemos colegido de la regulación del RGPD, sería posible caer en una violación de los derechos establecidos.

Lo interesante de esto es que parece que la legislación está empezando a crear una cesura entre la legislación de lo digital y otra de lo analógico similar a la separación entre relatividad y la mecánica cuántica, que podemos observar en la física. Las teorías que describen los movimientos y la configuración de la materia y energía a nivel macroscópico son inoperantes en el mundo descrito a nivel microscópico. Esto no solo lo podemos observar en el caso objeto de estudio. Con los Derechos de Autor sucede algo similar. Si alguien robara un CD de una tienda se enfrentaría una falta por hurto menor. No obstante, si se descargara ilegalmente las canciones que están incluidas en el mismo CD se

tipificaría como un delito contra la propiedad intelectual, con unas penas mucho más severas. Parece que al igual que con las reglas de la mecánica cuántica y la relatividad general, el cambio de ámbito implica una cierta diferencia en las condiciones que hace más difícil las posibles analogías.

c) **Ámbito jurídico nacional: LOPD y proposición catalana de últimas voluntades digitales**

Por último tenemos que hacer un breve inciso en el estado de la cuestión en territorio español. Como hemos adelantado antes, hay aspectos de la nueva LOPD derivados de la transposición del Reglamento General que son realmente importantes para poder ir observando qué forma está tomando la cuestión en nuestro ordenamiento.

Resulta de sumo interés hacer una mención a la iniciativa del Parlamento de Cataluña al respecto, si bien, hay que tener en cuenta que nos situamos ante un territorio con su propio derecho foral. Los pasos que se den pueden marcar de una manera determinante la solución que se acabe adoptando en los territorios de derecho común. Además, como se ha ya señalado, cuando hablamos de herencia de los bienes digitales, el acceso a los mismos y su propia gestión, no solo nos estamos refiriendo a una realidad regulada por el derecho sucesorio. Existen cuestiones que nacen con la privacidad, con el internacional privado o con la praxis social y cultural que hacen que si solo se ataque el problema desde un único ángulo se lleguen a soluciones demasiado reduccionistas (Ruda, 2017: 236-237). Sin perjuicio de lo anterior destacamos dos puntos importantes del proyecto catalán por un

lado, las figuras reconocidas dentro del texto, y por otro, la gestión de los bienes digitales *post mortem*⁶.

Una de las primeras cuestiones que sobresalen del anteproyecto es que si bien distingue entre la figuras clásicas del derecho sucesorio -heredero, legatario o albacea- sin modificar el régimen general catalán, añade otra de nueva creación, un “persona designada” para llevar a cabo las últimas voluntades, pero que no se contempla dentro del título sucesorio (421-2.2 CCCat). Esta figura no tiene un contenido mínimo, el legislador autonómico ofrece un listado en forma de *numerus apertus* ejemplificando las posibilidades del mismo, de esta manera, no se crea una figura que se asegure del borrado de las cuentas o perfiles del causante, como observa Ruda su misión también puede ser mantener vivo el recuerdo en el medio digital del fallecido destinando parte de la herencia de la herencia a los futuros gastos de esta tarea (Ruda 2017: 231). Si nos fijamos en cómo se establece la gestión de los bienes vemos un claro paralelismo con el texto revisado de la UFADAA, es decir, los designados no ganan un poder instantáneo de ejecución -el “*default power*” del

6. La ley francesa por una República Digital -Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique- es una norma amplia y general que establece algunas previsiones sobre el derecho de toda persona a expresar y hacer cumplir su voluntad sobre el futuro de la información personal *on line* publicada tras su fallecimiento (Article 63: Art. 40-1. – I. – *Les droits ouverts à la présente section s'éteignent au décès de leur titulaire. Toutefois, ils peuvent être provisoirement maintenus conformément aux II et III suivants.* «II. – *Toute personne peut définir des directives relatives à la conservation, à l'effacement et à la communication de ses données à caractère personnel après son décès. Ces directives sont générales ou particulières.*)

que hablábamos antes- sino que tendrán que probar ante el prestador de servicios su condición. Sin embargo, en lo relativo a la prueba encontramos una diferencia que redundará en una mayor agilidad del procedimiento, y es que bastará con el documento sucesorio de manifestación de últimas voluntades. El profesor Ruda nos advierte de que la falta de previsión de dichos instrumento implicará que se tengan que inscribir en un registro público, o crear uno nuevo específico para este cometido (2017: 234).

Por último, continuando la senda que ha tomado el legislador autonómico catalán, en el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal se han tomado soluciones similares. Si no se introducen cambios hasta su aprobación final, en el artículo 3 *Datos de las Personas Fallecidas* se establecen los principios. Marcando diferencias con lo anterior la nueva LOPD no reconoce la figura de la “persona designada”, ya que el 3.1 solo habla de herederos y si la especialidad de aquella era que no formaba parte del título sucesorio difícilmente lo podremos entender aquí. Además, en consonancia con el Reglamento General europeo, se recuerda que el fallecido podrá prohibir expresamente el acceso a determinados contenidos, o cuando una ley así lo dispongo. Aunque falta el Real Decreto que desarrolle los requisitos y condiciones para acreditar su validez, el segundo apartado del artículo 3 especifica que se podrá designar un albacea testamentario que podrá acceder a los datos personales para su recopilación, rectificación o supresión. Antes citábamos las observaciones del profesor Ruda respecto a la posibilidad de que la “persona designada” realizara funciones de conservación de la memoria del fallecido. En este caso

no aparece explícitamente, pero el texto contempla funciones de rectificación que, en cierta medida, producen actos de conservación de esta. No tiene el sentido de “memorial virtual” que podría tener una página web conmemorativa, pero las dos vías cumplen con la función preservación de los recuerdos en el mundo digital.

3. Problemática entre los derechos sucesorios y de autor y determinadas prácticas de algunos gigantes de la Red: reflexiones en torno a la seguridad jurídica y la praxis social

Los seres humanos somos realmente buenos usando cosas que no sabemos cómo funcionan exactamente. Somos asombrosamente hábiles a la hora de adaptar nuestra conducta para responder al entorno inmediato sin comprender exactamente cómo se producen los eventos a los que reaccionamos. Durante el gótico fuimos capaces de levantar edificios de alturas formidables sin tener un concepto de gravedad.

A nuestro actuar en la Red le pasa algo similar a lo que se señala. Los ciudadanos damos respuestas a lo que encontramos pero sin llegar a plantearnos las implicaciones profundas de nuestras acciones. Sin embargo, a diferencia de los maestros constructores del siglo XIII, no estamos ante un espacio natural, sino uno que es imaginario, inventado, inmaterial, que se configura por los intercambios que suceden en una vasta e informe invención. Esto no es baladí, afortunadamente, a diferencia de lo que sucede con la gravedad, los

principios que gobiernan Internet (desde un plano técnico, político, jurídico o económico) no son impuestos por la naturaleza, es decir, no son inamovibles ni nos tenemos que adaptar a ellos sino que podemos hacer que estos se adapten a nosotros.

Será posible detectar contradicciones entre diferentes preceptos, es decir, incoherencias normativas. Algo así como la diferencia entre el humor negro que hasta recientes fechas era normal en Internet y las violaciones de los límites del derecho de libre expresión, o ataques al honor que tanto impacto mediático están tomando en la prensa nacional. Aunque esta investigación está lejos de estas cuestiones, presenta la circunstancia común de choque de dos preceptos normo-sociales. Sin embargo, si en el ejemplo se apreciaba un conflicto entre normatividad social y jurídica, que por su ámbito nacional se resolvía mediante un proceso judicial establecido por el derecho de una manera clara y taxativa, en nuestro caso se presentan entrelazados la praxis con las disposiciones de varios ordenamientos jurídicos diferentes, lo que nos conduce a un escenario bastante más complejo.

Proponemos dos ámbitos donde estas interacciones se vuelven más complejas, si bien, advertimos que nuestra perspectiva tomará como punto desde el que dirige la observación el ordenamiento jurídico español. Nos referimos: a) en primer lugar, dos cuestiones relacionadas con las propias condiciones de posibilidad para la seguridad jurídica (Pérez Luño, 1994: xx; Soriano Díaz, 1999: 21), primero, en lo referente a la necesaria claridad e inteligibilidad de las normas aplicables y, segundo, respecto a la coherencia propia del sistema; b) en segundo lugar, advertimos un conflicto importante a la hora de la función integrada de partes del dere-

cho de sucesiones y del de autor en las relaciones jurídico-internacionales, que suponen los diferentes regímenes que se derivan de la firma de los acuerdos de adhesión que ofrecen algunos gigantes de la Red para servicios ampliamente usados. Nos referimos fundamentalmente a redes sociales y algunos dispositivos novedosos, que están ganando un peso específico en el ámbito digital, como el *bitcoin*.

a) Cuestiones relativas a la seguridad jurídica

Antes de empezar propiamente con el desarrollo del apartado, convendría recordar la importancia y la conexión de las ideas de la seguridad jurídica y el desarrollo de las tecnologías telemáticas. Incluso en tiempos tan remotos de Internet como lo eran los principios de la década de los noventa, juristas de prestigio como Antonio Enrique Pérez Luño ya advertían de sus implicaciones. En su monografía *La Seguridad Jurídica* se señalaban dos importantes centros de colisión: por un lado, referido a la seguridad de los datos, que frente a su posible manipulación o destrucción, la seguridad jurídica se coloca como un concepto clave de los sistemas informáticos y una garantía del propio derecho (Pérez Luño, 1994: 10). Y por otro, cuestiones ligadas a la ciencia del derecho en sí misma:

“La crisis de la seguridad se enmarca en un proceso de crisis de adaptación de los conceptos y las categorías jurídicas heredados del pasado a las exigencias de la sociedad tecnológica. En consecuencia, las aportaciones de la Informática Jurídica, es decir, de la disciplina que aborda la proyección de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación al derecho, representan la respuesta inevitable para tratar de resolver

aquellos problemas jurídicos para los que los métodos tradicionales han perdido capacidad operativa.“ (Pérez Luño, 1994: 65),

En este fragmento se destaca la preocupación por el cambio de paradigma que supone la incorporación de las herramientas informáticas en el tráfico jurídico normal. Si suponía una cuestión importante a finales del siglo pasado, hoy en día se torna aún más relevante, si cabe. Precisamente, la cuestión que apunta Pérez Luño sobre la innovación metodológica que impone el cambio de realidad, que suponen las redes, es donde se centra la principal preocupación del trabajo que aquí presentamos. Pese a la discusión doctrinal que pudiera existir sobre si la seguridad es o no un valor superior del ordenamiento jurídico (Soriano, 1999: 23-24), creemos que debemos considerarla como uno de los pilares del funcionamiento del Estado de Derecho. Así, si nuestra preocupación son las zonas de fricción entre la praxis social y el derecho, cuando se desenrollan en Internet, la cuestión de la seguridad es uno de los elementos clave.

Es necesario poner de relevancia dos puntos clave: primero, respecto de la necesaria claridad de las normas que implica la seguridad jurídica; en segundo lugar, plantear una cuestión sobre la propia coherencia del sistema, en relación a algunos acuerdos de adhesión por los que se formalizan las relaciones entre las empresas que prestan servicios conocidos como redes sociales y el estatuto jurídico de los particulares que los firman.

Cuando analizamos la seguridad jurídica desde una perspectiva integral, se pueden ver diferentes tipos, que se caracterizan por su mayor o menor grado de intensidad y penetración social (Soriano, 1994: 17-18). Antes de empezar con el desarrollo de una tipología o una especificación

de las manifestaciones de este valor, hay que tomar unas condiciones mínimas de posibilidad. Si bien la doctrina no es pacífica en este extremo y podemos ver diferentes perspectivas, como las observadas en Henkel (2014) o Soriano (1999), la condición de debida claridad a la que nos referíamos anteriormente se repite, de forma más explícita o implícita, en casi todos los teóricos. Siguiendo a Soriano esta '(...) exige su expresión en un lenguaje vulgar, inteligible para todos los sujetos, en correspondencia con la obligación que estos tienen de cumplir el derecho (...)’ (Soriano, 1999: 21).

Teniendo en mente que esto no es una simple indicación metodológica, sino un cimiento básico de uno de los principios fundacionales del Estado de Derecho, es interesante ver lo que sucede con los contratos de adhesión que se firman para acceder a los servicios de diferentes plataformas digitales de uso generalizado como Facebook, Twitter, Instagram o Gmail. En un momento dado podríamos pensar que la debida claridad solo es aplicable a la redacción de leyes, es decir, solo es efectiva en el ámbito del Derecho Público. Sin embargo, como los contratos que se formalizan con este tipo de actores instrumentan derechos fundamentales como el de la propia imagen o el de la libertad de expresión, es necesaria una especial vigilancia, aunque se trate de un asunto de derecho privado. Pese a esto, consideramos que en base a la misma argumentación podremos intuir que también existe un vicio del consentimiento, figura más ubicable dentro del Derecho Privado. Es aquí donde cobra sentido la advertencia de Pérez Luño en torno a la necesidad de adoptar metodologías jurídicas para que vayan más allá del enfoque tradicional y así poder penetrar en los

fenómenos que acaecen en la red en su dimensión más amplia.

El problema que se plantea con este tipo de acuerdo es que son de una complejidad tal que implica tener conocimientos de derecho internacional privado, de la legislación propia del país de origen y del estado de la compañía con la que se contratan los servicios. El grado de tecnificación es tan grande que un estudiante medio de derecho le cuesta poder entender todos los términos en su entera exactitud. La dificultad es mucho mayor si ampliamos la observación a la generalidad de la población, donde el distanciamiento de la terminología jurídica y de su lógica operativa es grande. Esta preocupación la podemos constatar en distintas publicaciones de la Red donde se ofrecen desde guías prácticas que intentan explicar someramente los pormenores y las diferencias de los acuerdos⁷, a entrevistas con expertos que hablan de la incompreensión o desinterés de estos extremos por parte de los usuarios⁸. Resulta curioso que si tenemos en cuenta la existencia de esas guías prácticas para entender los acuerdos es difícil asegurar un desinterés generalizado, más bien, podríamos inferir

7.. <https://www.osi.es/es/actualidad/blog/2015/02/16/lee-antes-de-aceptar-lo-que-no-leemos-de-las-condiciones-y-terminos-de-uso>
<http://www.inboundcycle.com/blog-de-inbound-marketing/los-t%C3%A9rminos-de-uso-lo-que-todos-deber%C3%ADamos-leer-pero-casi-nadie-hace-al-inscribirse-en-una-red-social>
<http://portaley.com/2016/11/condiciones-terminos-uso-las-redes-sociales-estamos-dando-consentimiento/>

8. <http://www.computerworld.es/tendencias/mapa-actual-de-la-proteccion-de-datos-errores-y-riesgos-de-la-era-digital>
<http://blogginzenith.zenithmedia.es/redes-sociales-y-privacidad-somos-conscientes-de-las-condiciones-de-uso/>

una suerte relación dialéctica entre los dos términos.

En cualquier caso, se demuestra la dificultad por parte de grandes sectores de la población para comprender lo que están firmando. Hay que tener en cuenta que en estos acuerdos se imbrican diferentes ramas del derecho que exigen un conocimiento técnico complicado, como el derecho de autor, el de privacidad e intimidad, el de libre expresión y, por supuesto, cuestiones conexas con el derecho sucesorio. Sumado esto a la propia redacción del acuerdo de adhesión es difícil que podamos suponer que el requisito de la debida claridad se cumpla. Si bien ya se ha advertido que este criterio o requisito se utiliza en el área del Derecho Público, dado que se están instrumentalizando derechos fundamentales y de carácter personalísimo es necesario extender la protección al máximo. En cualquier caso, también esta imposibilidad en cuanto a la comprensión íntegra del contrato la podríamos circunscribir a la categoría de vicio del consentimiento del Derecho Civil, dado que de forma casi extensiva se contraen obligaciones sobre las que se desconocen los efectos y conexiones normativas.

Además de la cuestión de la claridad se propone otro punto de fricción respecto a la coherencia del sistema. En los llamados *Términos y Condiciones de Uso* de las grandes redes sociales, es decir, en los pliegos de cláusulas de los acuerdos de adhesión que se firman digitalmente para contratar los servicios que se ofrecen, se incluye de manera generalizada un apartado que remite la solución de los conflictos judiciales a un ordenamiento jurídico concreto. En la mayoría de los casos este es diferente del español. Dada la ubicación de las sedes de los actores con más peso como Google, Facebook o Twitter,

el lugar elegido suele ser el Tribunal de Distrito del Estado de California de EEUU, ya que en su gran mayoría están asentados en la zona de la bahía de San Francisco. Esta cuestión entraña un problema fundamental cuando anida en el seno de un medio telemático ya que supone diferentes ubicaciones geográficas respecto de la dimensión jurídica, pero una sola en cuanto al ámbito donde se desarrollan las interacciones sociales. Es decir, por la propia naturaleza ubicua que adquiere la información en la Red, la adjudicación de la sede de litigio a un ordenamiento concreto siempre resulta problemática. El conflicto que crea esto se debe mirar a la luz del artículo 53.2 de la Constitución, el cual suponen una jurisdicción de especial protección para los Derechos Fundamentales ya que *“Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad.”*. Es decir, si la norma superior de nuestro sistema jurídico escinde de la jurisdicción normal los asuntos relativos a los derechos fundamentales y la dota de una especial protección, no puede permitir a la vez que estos se conduzcan mediante un documento privado que tiene como resultado la pérdida de esta garantía.

Antes de dejar este tema por zanjado, habría que poner un ejemplo real sobre la complicación que puede tener la extensión de los términos en este área. El extracto siguiente está sacado del blog de un notario, un operador jurídico al que le debemos suponer un sobrado conocimiento del derecho civil, por lo tanto un punto de referencia importante para nuestro razonamiento. Las frases que citamos a continuación están extraídas de

un *post* dedicado al comentario del nuevo proyecto de ley de sucesión digital de la Generalitat Catalana, por lo que el enlace con las ideas que venimos desarrollando es pertinente. En concreto nos referimos a: *“Es lo mismo dejar al fallecimiento una copia en soporte físico de Star Wars: El Despertar de la Fuerza que dejar una copia de la misma adquirida en cualquier plataforma online. La única diferencia es que para recibir la primera hay que tenerla físicamente y para obtener la segunda quizás haya que acceder a un servicio online (...)”* (Llopis, 2016). Aquí quedan enunciados dos de los elementos que hemos venido resaltando hasta ahora, me refiero a la gran complejidad que implican las relaciones en Internet y a la necesaria innovación metodológica para poder llegar a una comprensión adecuada de los fenómenos que suceden *online*.

En la cita propuesta hay varias cosas que necesitan explicación. Primero, parece que el autor en su ejemplo no se cuestiona el título por el que se accede a la obra que se va a heredar. Segundo, no se entiende bien si la diferencia que establece es por el formato, es decir, en un caso se referiría a un ejemplar físico de la obra, una película o un disco como objeto material, y en otro a un ejemplar en formato digital, como podría ser un libro en formato ePub o una foto en formato JPG.

Respecto a la primera de las cuestiones, el título es importante, de hecho, es lo definitivo. Muchos prestadores de servicio en Internet como iTunes de Apple que ofrecen música o contenido multimedia a través de la Red no dan la obra en sí, ni siquiera un ejemplar digital de la misma. Lo que ofrecen es el acceso remoto a sus servidores donde se tiene alojada la obra en cuestión. Es algo similar a lo que ocurre con las suscripciones a revistas elec-

trónicas de las bibliotecas universitarias. Realmente, las instituciones no tienen en propiedad los artículos que listan en sus catálogos. Si por un casual una biblioteca sufre un recorte de su presupuesto y debe cancelar la suscripción digital a una base de datos, perderá de su catálogo los artículos a los que antes daba acceso en virtud de esta. Esta situación no pasará con el libro en papel que compra, ya que quedará en su haber hasta su destrucción material. Dado que, en la mayoría de las ocasiones el acceso a sujetos particulares es una autorización personal, no tendría sentido hablar de similitud entre la copia física y la digital cuando estamos en sede de derecho sucesorio. Por otro lado, si el autor se refería a la segunda duda sería un sinsentido, ya que la Ley de Propiedad Intelectual especifica que la obra es independiente de su fijación, es decir, que la protección que establece la ley se extiende a cualquier formato en que se halla expresada la misma. Por lo tanto, es indiferente si la obra está en un soporte magnético, grabada en una superficie de aluminio de un DVD o en papel; pese a esto en el texto no queda claro a qué se refiere. Por lo tanto, resulta más que un ejemplo aclaratorio, una fehaciente muestra de las dificultades técnico-jurídicas que encontramos a la hora de observar el complicado mundo de la Red.

Hay que decir que estas dos dudas representan las dificultades analizadas. Si un notario llega a redacciones confusas, o no especifica en su totalidad la realidad que quiere definir, es porque estas son grandes y la complejidad extrema. Las necesidades del Estado de Derecho se evidencian en algo tan determinante para nuestro sistema como las disposiciones testamentarias y su conexión con la vida social en Internet.

Estamos viviendo en un tiempo de cambio en el que las cosas y los comportamien-

tos no se hayan establecidos de un modo definitivo. Internet, por su propia configuración, es una arena de batalla donde diferentes sujetos intentan establecer una visión determinada en cuanto a su funcionamiento y naturaleza. Sin embargo, es a través de los poderes públicos, y la ley como vehículo de la voluntad popular, como en los Estados democráticos se regulan las normas de convivencia social más determinantes. No podemos dejar que partes tan importantes para el desarrollo de nuestras vidas queden en manos de los sujetos que tienen más poder en la red, es decir, esos grandes prestadores de servicio que imponen las condiciones y los pliegos de cláusulas en los contratos de adhesión.

b) Conflictos normativos y praxis social

La primera lectura del título de este apartado podría resultar contradictoria, ya que también podría comprenderse en él todo lo que hemos señalado hasta ahora. Sin embargo, dado que la naturaleza de los razonamientos que vamos a exponer a continuación es diferente de la seguridad jurídica, en aras de la claridad expositiva, es necesaria esta cesura.

La praxis social a la que nos estamos refiriendo la podríamos resumir en una actuación general por parte de la ciudadanía de incorporar el uso de las plataformas digitales, sin llegar a plantearse las implicaciones profundas de las relaciones jurídicas que establecen. Este hecho fue referido en el comienzo del epígrafe cuando hablamos de los maestros constructores del gótico y su escaso conocimiento de la gravedad, más allá de los efectos prácticos. Si con esto en mente nos acercamos a los problemas que surgen en la práctica, extraeremos interesantes puntos de análisis que nos llevan a pensar, más aún si cabe, en

la urgencia de implementar una legislación específica que acabe con ello.

Dado que la construcción del razonamiento que pasamos a elaborar necesita de unas premisas básicas las expondremos primero en forma de lista para después ver su interrelación.

1. Nos referimos a situaciones donde los acuerdos que se firman por los servicios se ofrecen en forma de contrato de adhesión, y en sus cláusulas se incluye la obligación de reclamar ante una jurisdicción alejada a la de la tradición jurídica continental europea⁹. Fundamentalmente nos referiremos a actores con sede en los Estados Unidos; el choque que relatamos se produce fundamentalmente en el encuentro de dos maneras diferentes de entender el derecho.
2. Siguiendo el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la doctrina más aceptada (Bercovitz, 2009), entendemos que el Derecho de Autor en la legislación española está dividido en dos haces de facultades diferentes: las morales y las de explotación económica. Hay dos características importantes de estas dos dimensiones que queremos rescatar para la construcción que se está efectuando: a) la prescripción de las facultades económicas tiene un plazo fijo, toda la vida del autor y 70 años después de su muerte (28.2 TRLPI)¹⁰; mientras que las morales en lo relativo al punto 3 y

9. V. ejemplos en <https://www.facebook.com/legal/terms/update> <https://twitter.com/tos?lang=es> <https://www.google.es/intl/es/policies/terms/regional.html>

10. Como caso paradigmático utilizamos el del autor individual en obra individual por su valor explicativo, pero las condiciones que ponemos serían

4 del 14 TRLPI¹¹ son imprescriptibles dado que "(...) *sin límite de tiempo, a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. En su defecto, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos.*" (15 TRLPI). b) Si atendemos al carácter, las facultades morales son personalísimas, irrenunciables e inembargables (14 TRLPI); sin embargo, las económicas por su propia naturaleza son dispositivas (17 TRLPI). Así, en lo referente a los derechos morales, cuando sucede una transmisión *mortis causa* lo que ocurre realmente es que se cede el ejercicio a un tercero para la protección de la obra respecto de su integridad y reconocimiento de la autoría. Es decir, nace un derecho en favor de un tercero basado en la condición personalísima que la ley otorga al titular original.

3. Lo que se acaba de mencionar es predicable prácticamente de todos los ordenamientos de inspiración continental europea. Sin embargo, en los de inspiración anglosajona no es así. Desde que apareciera el Estatuto de Anne en 1709 los regímenes jurídicos de la *commonwealth* nunca aplicaron nada parecido al contenido moral del Derecho de Autor, sin embargo, en Francia, desde 1791, la cuestión sobre la existencia de unas facultades mora-

válidas, ajustando los plazos, para las otras modalidades de obra y de autor que la ley establece.

11. "3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.

4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación."

les más allá de los de mera explotación era una de los principales ideas del debate (Sabada, 2008: 31-33). Esta diferencia persiste, y si bien, en lo relativo a las facultades de económicas el Convenio de Berna establece un régimen armonizado a nivel internacional, debido a la inclusión del artículo 6 bis no sucede lo mismo para las morales, ya que merced a este precepto, dependen del reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico nacional.

Teniendo en cuenta estas tres consideraciones y la praxis social anteriormente referida, son dos las zonas conflictivas que se pueden problematizar: una en relación a la pérdida de derechos personalísimos y otra referida a la obligación de renuncia de derechos. Como se puede observar, no son defectos leves de forma los que proponemos, sino circunstancias que podrían **hacer nulos de pleno derecho** gran parte de los acuerdos por los que se crean los perfiles, cuentas de correo o suscripciones a webs. Creemos que la única forma de atajar los defectos encontrados sería una ley de sucesión digital que proveyese de mecanismos claros y efectivos a la ingente cantidad de personas que producen, se comunican o crean a través de estos canales.

En lo relativo a la pérdida de derechos personalísimos con un rápido vistazo de los tres puntos se puede deducir que en lo respectivo a la compaginación de los ordenamientos anglosajones y continentales habrá problemas. Poniéndolo en contexto: tenemos que A (nacional y residente español) se quiere hacer un perfil en la plataforma B para lo que se ve obligado a aceptar los términos que la compañía le ofrece sin poder negociar. B, en el pliego de condiciones que presenta a los solicitantes especifica que la sede para cualquier litigio que se tenga sobre el acuerdo

será la Corte Suprema del Estado de California en los Estados Unidos de América. Dada la disparidad en el trato en cuanto a las facultades morales del derecho de autor en los dos países, se puede colegir que debida a la ausencia de negociación que preside los acuerdos de adhesión B está obligando a A a renunciar *de facto* a las facultades morales. Recordamos que la diferencia fundamental entre las dos dimensiones del derecho de autor es que unas son disponibles, las de explotación económica, y otras son inalienables y personalísimas, los morales. De esta manera, y de forma generalizada, la combinación de la imposición de unos términos dictados por la parte más fuerte y la pasividad de los poderes públicos crea una situación de indefensión manifiesta. Téngase en cuenta que la conexión con el negocio sucesorio es grande dados los puntos tres y cuatro del 14 TRLPI, es decir, no solo se está perjudicando la actuación de A al no poder, por ejemplo, retirar una obra publicada en la plataforma de B por cambio de sus convicciones (14.6 TRPLI); tampoco podrán sus causahabientes ejercitar la gestión *postmortem* de los puntos tercero y cuarto del mismo artículo.

Puede que esto parezca un caso de laboratorio o una especulación académica que poco sentido tiene más allá de la discusión técnica, pero si lo encarnamos en un ejemplo que pudiera suceder con relativa facilidad se comprenderá mejor. Imaginemos que alguien sube un video a una plataforma americana de contenido en *streaming* que permite reutilizar los contenidos subidos entre los usuarios. El video consiste en una caída muy aparatosa pero en la que finalmente, debido a un giro imprevisible de coordinación y agilidad, nuestro protagonista evita el torzazo. Posteriormente, un tercer usuario totalmente ajeno al primero edita el video

eliminando el final y lo incluye en una recopilación que sube a la plataforma con el título “Las caídas de los tíos más imbéciles de la Red”. Si nuestro primer usuario hubiera muerto, no habría manera alguna de reclamar la eliminación del video por desfiguración de la obra, el autor no subió una acción torpe donde se reía de sí mismo, sino algo más vanidoso donde quedaba como un portento. Si esta acción se hubiera dado con una compañía con sede en España no habría habido ningún problema para que sus familiares, o el causahabiente designado, reclamaran ante la justicia la eliminación en base al 14.4 TRLPI. Sin embargo, como sucedería en la vida real, en el acuerdo firmado se especificaba la remisión al tribunal californiano, lo que hace que la propia imposición del contrato de adhesión conlleva la renuncia de derechos personalísimos e inalienables, que tendría que hacer nulo de pleno derecho el acuerdo. Otra vez más insistimos, la redacción de una ley de sucesión digital que contemplara estos extremos es una solución posible que podría terminar con el entuerto.

Por otro lado, y como consecuencia lógica de ello, hemos apuntado que también podríamos observar que esta forma de contratación implica una renuncia a derechos que no se ajusta a la ley. Nuestro Código Civil especifica que para que se produzca la renuncia de derechos tiene que ser de manera expresa y taxativa, por lo tanto no cabe interpretación tácita de la misma (6 Cc). En concreto respecto a la renuncia de derechos sucesorios la STS 25/2005 apunta: “(...) *la jurisprudencia de esta Sala es reiterada y uniforme en declarar que las renunciaciones no se presumen; que han de resultar de manifestaciones expresas a tal fin, o de actos o conductas que de modo inequívoco, necesario o indudable lleven a la afirmación de que ha existido*

una renuncia.”. La expresión de la Sala de lo Civil del Supremo es clara: en la medida que la transmisión mortis causa es uno de los negocios jurídicos más determinantes en nuestro ordenamiento el Tribunal hace hincapié en su especial protección, la cual se ve reforzada por la necesidad de que cualquier renuncia en este área tenga que ser incontrovertida y explícita.

Las implicaciones de esta sentencia son decisivas. Los acuerdos de adhesión que incluyan cláusulas como las comentadas respecto a la obligación de litigar en jurisdicciones que no protegen el contenido moral del derecho de autor, e imposibilitan la transmisión mortis causa de las facultades del 14.3 y 4 son problemáticos. No solo se alienan derechos de la personalidad de la parte más débil, sino que se obliga a una renuncia que tanto en la dimensión del tomador del servicio como el de sus causahabientes, cuando los haya, es ocultada dolosamente en el fondo de un complicadísimo marasmo jurídico. Al verse obligado a litigar en una jurisdicción que no reconoce estos derechos por vía de una forma contractual que niega específicamente la negociación entre las partes se impone, unilateralmente, una renuncia tácita sobre un derecho irrenunciable. Al entrelazarse estas dos circunstancias el perjuicio en lo que respecta al ejercicio y reconocimiento de derechos es evidente. En el siguiente epígrafe se justificarán las afirmaciones que se han realizado, con la consulta de algunas cláusulas de los términos y condiciones de uso de empresas muy significativas del sector.

c) Algunas referencias a los términos y condiciones de uso

En el caso de Facebook se instaura el “tuteo” como forma de comunicación entre el usuario y la red social. Este hecho es

común a otros términos y condiciones de uso en empresas de la Red. Es como si la empresa pretendiera establecer una superficial cordialidad y cercanía con su cliente. Pero mucho mejor sería, que esta empresa respetara uno de los principios básicos del Estado de Derecho y un derecho fundamental que es el de la tutela judicial efectiva. Así, resulta del siguiente párrafo que transcribimos de forma literal:

“Resolverás cualquier demanda, causa de acción o conflicto (colectivamente, “demanda”) que tengas con nosotros surgida de o relacionada con la presente Declaración o con Facebook únicamente en el tribunal del Distrito Norte de California o en un tribunal estatal del Condado de San Mateo, y aceptas que sean dichos tribunales los competentes a la hora de resolver los litigios de dichos conflictos.” (<https://es-es.facebook.com/legal/terms/update>)

Que los usuarios españoles de esta empresa tengan que acudir a una jurisdicción extranjera y en otro continente para resolver sus conflictos lesiona gravemente sus derechos. Pero incluso se llega más lejos en la asunción de cualquier responsabilidad aparejada al servicio al declarar que

“NO GARANTIZAMOS QUE FACEBOOK SEA SIEMPRE SEGURO O ESTÉ LIBRE DE ERRORES, NI QUE FUNCIONE SIEMPRE SIN INTERRUPCIONES, RETRASOS O IMPERFECCIONES. FACEBOOK NO SE RESPONSABILIZA DE LAS ACCIONES, EL CONTENIDO, LA INFORMACIÓN O LOS DATOS DE TERCEROS Y POR LA PRESENTE NOS DISPENSAS A NOSOTROS, NUESTROS DIRECTIVOS, EMPLEADOS Y AGENTES DE CUALQUIER DEMANDA O DAÑOS, CONOCIDOS O DESCONOCIDOS, DERIVADOS DE O DE ALGÚN MODO RELACIONADOS CON CUALQUIER DEMANDA QUE TENGAS INTERPUESTA CONTRA TALES TERCEROS. SI ERES RESIDENTE DE CALIFORNIA, NO

SE TE APLICA EL CÓDIGO CIVIL DE CALIFORNIA §1542 , SEGÚN EL CUAL: UNA DISPENSACIÓN GENERAL NO INCLUYE LAS DEMANDAS QUE EL ACREEDOR DESCONOCE O NO SOSPECHA QUE EXISTEN EN SU FAVOR EN EL MOMENTO DE LA EJECUCIÓN DE LA RENUNCIA, LA CUAL, SI FUERA CONOCIDA POR ÉL, DEBERÁ HABER AFECTADO MATERIALMENTE A SU RELACIÓN CON EL DEUDOR.” (en mayúsculas en la página web, id.)

Es como si el albañil que contratamos no se hiciera responsable de los posibles derrumbes ligados a su trabajo o el ejemplo del bar que no se hace responsable de la comida que nos sirve. Cuando los poderes públicos permiten a las empresas establecer una autoregulación tan favorable para sus intereses y tan lesiva para los usuarios, además de excepcional en términos de derechos fundamentales, nos podemos enfrentar a hechos como los descritos más arriba.

En lo referido a la sucesión de la cuenta en esta red social, no realiza ningún tipo de previsión explícita que tenga que ver con herederos o con la sucesión. Para incrementar la complejidad, las previsiones que establece la compañía en caso de fallecimiento del usuario las sitúa dentro de la sección del servicio de ayuda y política de la empresa. Esta última se considera parte de los términos y condiciones de uso, pero no quedan expresadas en los mismos, sino en otra sección.

Se usan conceptos como “conmemorativa” o “contacto del legado”, que no forman parte de nuestro derecho sucesorio. Por así decirlo, Facebook establece sus propias normas sucesorias. En este sentido, existe la opción de pasar la cuenta a “conmemorativa”, que se considera la política de la empresa. Este concepto para Facebook se traduce en que la cuen-

ta continuaría de una manera especial en caso de fallecimiento del titular. El contacto del legado será la persona seleccionada por el titular de la cuenta para que administre la cuenta si esta se convierte en conmemorativa, previa solicitud. Una vez que la cuenta se convierta en conmemorativa, el contacto de legado “tendrá las siguientes opciones”, que no derechos:

“Fijar una publicación para tu perfil (por ejemplo, para compartir un último mensaje en tu nombre o proporcionar información sobre el funeral). Responder a nuevas solicitudes de amistad (por ejemplo, viejos amigos o familiares que no estuvieran todavía en Facebook). Actualizar la foto de tu perfil y de tu portada. También podrás permitir a tu contacto de legado que descargue una copia de lo que hayas compartido en Facebook. Es posible que en el futuro añadamos nuevas funciones para los contactos de legado” (id.).

Este contacto de legado no podrá ni entrar en la cuenta del titular, ni eliminar o cambiar publicaciones o fotos antiguas ni otras cosas compartida en la biografía, leer mensajes o eliminar personas de la lista de amigos. Imaginemos el caso de una mujer asesinada por su marido y que tuviera a este entre sus “amigos” de Facebook. Después de su muerte, podría darse la macabra e insultante circunstancia de ser su “amigo”.

Como se ha señalado, los herederos no son contemplados por Facebook como gestores del legado del finado. Si se desea retirar la cuenta, el procedimiento se complica. Como los herederos no tienen derecho a entrar ha de ser Facebook el que la retire. Para ello un representante del fallecido debe ponerse en contacto con Facebook y presentar una documentación que acredite tanto la muerte del titular como la capacidad de la persona para representar los intereses del fallecido, junto con la solicitud.

No se ha podido comprobar la dificultad de cerrar una cuenta en este caso. Lo que resulta chocante es que Facebook se arroge tantos derechos e incluso se reserve la posibilidad de seguir obteniendo beneficios de cuentas de fallecidos. Este hecho nos lleva en establecer un paralelismo entre estas compañías y el Barón Samedi, que en la tradición vudú tenía poder para controlar los cuerpos de los muertos. Deberían ser los poderes públicos los que establecieran a Facebook los términos en que debieran actuar en estos casos y no al contrario, sin mencionar el acceso de la compañía a una documentación tan relevante.

Facebook resume bien la desprotección del ciudadano. En el caso de otras redes como Twitter, la situación no mejora. Las previsiones en caso de fallecimiento vuelven a estar en una sección de “políticas y reportes”. En esta red social incluso el formulario que hay que enviar, para recibir más instrucciones, se encuentra solo en inglés. En este caso, la situación es todavía peor. Dificulta hasta el extremo el acceso de un familiar interesado en que se retire la cuenta de un fallecido.

Estas empresas no solo tienen vía libre para negociar con nuestros datos y apropiárselos, sino que además pueden explotarlos después de nuestro fallecimiento, sin tener que rendir cuentas a nuestros herederos por ello. En el caso de Google-YouTube, tampoco existe referencia a herederos o a lo que sucedería con el legado de nuestro trabajo en la red de vídeos y otros servicios de la compañía cuyo nombre cambió hace unos años por Alphabet. Llama la atención la común y continuada falta de asunción de responsabilidades por parte de estas compañías. En particular, YouTube no manifiesta ni garantiza que:

“Fijar una publicación para tu perfil (por ejemplo, para compartir un último mensaje en su utilización de los Servicios cumplirá

sus requisitos, su utilización de los Servicios será ininterrumpida, puntual, segura o libre de errores, la información que obtenga como consecuencia de su utilización de los Servicios será correcta o fiable, y se corregirán los defectos del funcionamiento o de las funcionalidades de cualquier software que se le proporcione como parte de los Servicios.” (<https://www.youtube.com/static?gl=ES&template=terms&hl=es>)

En el caso de Google, existe una referencia en los términos y condiciones de uso en la siguiente forma: “*Estas condiciones rigen la relación entre Google y tú, y no generan ningún derecho del que pueda ser beneficiario un tercero.*”¹². Esta cláusula nos podría indicar que en caso de muerte no se deriva ningún derecho para los herederos del fallecido. Como en las otras ocasiones, hay que buscar en la sección de ayuda, para encontrarnos con una declaración que señala textualmente que “*Si una persona fallece, podemos trabajar con sus familiares más cercanos y sus representantes para cerrar su cuenta en caso necesario.*” Nos preguntamos qué puede significar la vaga idea de “podemos trabajar”. Nos parece que es un concepto jurídico indeterminado.

En la parte final de la página se nos da la opción de seleccionar una opción de cerrar la cuenta de una persona fallecida. Cuando pulsamos nos sale un formulario en el que se mezclan preguntas en español e inglés y se afirma que “*la decisión de aceptar una solicitud relacionada con la cuenta de un usuario fallecido se tomará tras revisarla minuciosamente.*” Se nos solicita nuestro DNI, certificado de defunción y un genérico “otros documentos”. Una vez más, la desprotección del ciudadano y el abuso en términos de privacidad emergen como factores claves.

12. <https://www.google.com/intl/es/policies/terms/>

En suma, podemos señalar que los puntos de conflicto se sitúan en tres niveles diferentes:

En primer lugar el de la complejidad de la comprensión de los términos y condiciones de uso que establecen las suministradoras de bienes y servicios del sector. La extensión y la dificultad de comprensión de los términos jurídicos se incrementan con la inclusión de elementos tales como la introducción de jurisdicciones diferentes a la habitual, términos extraños al ordenamiento jurídico del Estado donde residimos o la inclusión de la política de la empresa entre los términos y condiciones, lo que supone una ampliación de los mismos.

El segundo consistiría en carencia de un marco regulatorio que de manera expresa, clara y *erga omnes* ofrezca seguridad a los ciudadanos sobre sus derechos sucesorios en Internet. La garantía de estos derechos queda bajo el control de las empresas, en una especie de relación de neofeudalización y vasallaje, más allá del proceso jurídico que inaugura el Estado nación donde elementos tales como el Estado de Derecho juegan un papel esencial.

El tercer nivel sería la falta de concienciación digital de la ciudadanía. Ello implica tanto una cuestión educativa, como de promoción por parte de los poderes públicos del uso de la Red de una manera responsable.

4. Consecuencias de la regulación. Democracia y Estado de Derecho

La cuestión de la sucesión digital precisa de atención por parte del legislador. Los conflictos que genera la situación actual no han hecho más que empezar. Dejar al arbitrio de contratos de adhesión as-

pectos como los estudiados implica una anomalía en las propias bases del Estado de Derecho. Este se sustenta en un sistema legislativo e institucional vinculado a una constitución. Las autoridades no solo están sometidas a la ley, también tienen el deber de dotar de un marco jurídico sometido a los derechos fundamentales reconocidos y garantizados constitucionalmente a bienes jurídicos como los estudiados. Tal y como señala Bobbio, las normas jurídicas son proposiciones prescriptivas que tienen un significado (Bobbio, 1991, pp. 56-57). Estas emergen de las relaciones sociales y los cambios que se producen en las mismas. El legislador no puede obviarlos a riesgo de caer en la desprotección de los ciudadanos y el establecimiento de garantías que preserven los derechos fundamentales que constituye un elemento básico del ordenamiento jurídico. Como es de sobra conocido los intereses sociales precisan de esta garantía para ser bienes jurídicos.

En la sucesión digital nos encontramos con dos tipos de problemas: por un lado, se plantea el inconveniente de la existencia de actores que se han propuesto ocupar el lugar que le correspondería al Estado en la regulación de la gestión del legado digital. Los términos y condiciones de uso es la forma en la que se autoregulan. Pero aun existe otro elemento que es cuando ni tan siquiera existe una regulación. Estos hechos contrastan poderosamente con los mimbres con los que se constituye el Estado de Derecho. Las empresas prestadoras de servicios en Internet en España carecen de una regulación a las que someterse y que garantice los derechos de los herederos. Solo existen trazos vinculados a los intereses de esas empresas que en ningún modo pueden garantizar derechos con arreglo a la democracia y a los derechos fundamentales.

Esta deficiencia no solo existe en nuestro país. Los procesos de integración regional aconsejarían un derecho sucesorio digital armonizado en el seno de la UE. De esta manera, derechos como el de la tutela judicial efectiva, privacidad o la propia libertad de expresión podrían ser garantizados de una manera más efectiva. La herencia digital sería solo un primer paso en el camino de la regulación democrática de la Red.

En 2015, la Decisión 2000/520/CE, de la Comisión Europea, de 26 de julio de 2000 fue anulada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia referida al Caso Schrems (C-362/14). Esta sentencia dejó sin efecto el acuerdo "Safe Harbour", que implicaba que las compañías estadounidenses pudieran transferir los datos que recogían de sus usuarios europeos a Estados Unidos para tratarlos o almacenarlos. Ese tratamiento de los datos personales de los ciudadanos de la Unión fue considerado no de acuerdo al derecho.. Esta sentencia fue muy importante para la preservación de los ideales sobre los que se constituye la UE. No obstante, los tribunales no pueden sustituir a los órganos legislativos en su tarea. Han de ser estos últimos los que asuman las responsabilidades que tienen contraídas con los ciudadanos en la salvaguarda de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Los poderes públicos tienen tanto la obligación como la oportunidad de utilizar la regulación de la sucesión digital como epicentro de un debate sobre la imprescindible regulación en Internet. Desgraciadamente, la ciudadanía no se ha expresado aun. Lo usa y se expresa en él, pero eso es muy diferente de tomar decisiones que condicionen su desarrollo y garanticen los derechos humanos en la Red.

Los Estados se están enfocando en el control de la ciberdelincuencia y el ciberte-

rorismo en Internet. Ciberataques como los acaecidos el 12 de mayo de 2017 muestran la vulnerabilidad de empresas y administraciones públicas. Desde 2004 la Agencia Europea para la Seguridad de las Redes y de la Información (ENISA) mediante el Reglamento 460/2004, cuyas competencias se ampliaron el 2010 gracias a la COM (2010) 52110 –con efectos en 2013 (el Reglamento 580/2011 amplió su vigencia inicial hasta septiembre de 2013) trata de garantizar que estos episodios no se produzcan o lo hagan de la forma menos dañina posible. Sin embargo, no prestan suficiente atención a la concepción de la propia red como un vehículo de intercambio social de ideas y conocimientos. Es curioso que este fuera el objetivo primario de los pioneros de Internet. Alguien podría decir que estos mismos entendieron que la Red podría ser una plataforma que se sustrajera a los poderes del Estado con el fin de expandir el libre pensamiento. Lamentablemente, el desarrollo de las tendencias y procesos en la Red nos abocan a un control formal por parte de autoridades estatales con la excusa del terrorismo, y a un control informal por parte de las grandes empresas transnacionales del sector y la gestión del *big data*. Todo ello puede ser peor en un escenario en el que no exista la neutralidad o sea fuertemente erosionada. Podríamos dirigirnos hacia un marco en que unas pocas aplicaciones canalizan el acceso de los usuarios a una Red que antaño los dotaba de inmensas posibilidades.

Los parlamentos y la ciudadanía debieran ser actores principales en una transformación en la concepción de Internet. Este cambio pasa por la aceptación de que la Red es una responsabilidad de todos. También del reconocimiento de que la regulación es una de las vías fundamentales para sustraer la Red al poder de grandes em-

presas y vincularla a los derechos humanos. La regulación también es la llave para garantizar los derechos de los ciudadanos respecto al control o vigilancia que se realice desde instancias gubernamentales.

La normatividad en la Red implicaría el despliegue de formas institucionales mediante las que se configurara el comportamiento en el espacio cibernético. De esta manera, se regulan las conductas sociales de forma tasada y se garantizan de forma efectiva derechos que, de otra forma, quedarían a expensa de un acuerdo interpartes que no garantizan los derechos de los ciudadanos en aspectos como el objeto de este trabajo, ya sea porque no se menciona o porque, mencionado, queda al arbitrio de la empresa prestadora.

Los poderes públicos tienen las obligaciones de preservar la efectividad de los principios constitucionales en todos los ámbitos territoriales del Estado, siendo la Red un espacio no ajeno a los mismos. A la vez tienen el deber de establecer los mecanismos que permitan la deliberación democrática de hechos de especial trascendencia para el futuro de nuestra sociedad. Así mismo, y de acuerdo con los procesos de integración, pueden proponer al resto de los Estados el desarrollo de convenios que refuercen la protección de los derechos humanos en el espacio cibernético.

Pero quizá el aspecto más interesante de esta cuestión es que se nos muestra con claridad la fragilidad de los derechos garantizados y la necesidad de ser conscientes que su continuidad y fortalecimiento depende de una acción decidida de los poderes públicos y, por supuesto, la ciudadanía. Si podemos aprender algo de estos términos y condiciones de uso que ignoran o abusan de algo tan relevante como la gestión de nuestro legado en la

Red es la facilidad con la que se pueden perder derechos. Si obtenerlos son procesos históricamente onerosos, no exentos de magníficas dificultades, perderlos puede ser solo cuestión de que unos no asuman sus responsabilidades como legisladores, y otros no comprendan que como ciudadanos tienen el deber de ser conscientes de los riesgos que entrañan para sus derechos fundamentales las prácticas de grandes empresas. Los términos y condiciones de uso están presididos por una exoneración de la responsabilidad de estas compañías prácticamente sin límites y por otra parte, por una conducta predatoria de estas corporaciones hacia los usuarios y de apropiación gratuita de su propiedad intelectual.

Estado de Derecho, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, derechos humanos son conceptos básicos de nuestra disciplina. La Filosofía del Derecho está en disposición de actualizarlos con el fin de ayudar a la sociedad en una tarea que compromete la propia supervivencia de la misma.

5. Conclusiones

Se han de distinguir dos tipos de conclusiones. En primer lugar aquellas que se derivan directamente de esta investigación respecto a la regulación de la sucesión en Internet. En segundo lugar, las que se enfocarían en relación a Internet en sí como plataforma tecnológica.

Uno de los hallazgos fundamentales de este trabajo es la carencia de encaje de los términos y condiciones de uso de las grandes empresas del sector con los derechos fundamentales y, por tanto, nuestro ordenamiento jurídico. Este hecho en sí, sería suficiente para que los poderes públicos adoptaran políticas regulatorias que incluyeran la herencia digital.

La regulación es imprescindible en la garantía y preservación de pilares fundamentales como la seguridad jurídica o la privacidad que afectan al objeto de este trabajo. Los herederos debieran tener en la Red derechos similares a los que les son reconocidos en otros ámbitos de la realidad jurídica en cuanto a la gestión del legado del difunto y la adquisición de bienes o derechos.

En un segundo orden de conclusiones, se ha de señalar que una regulación de Internet por parte de legisladores democráticamente elegidos es uno de los grandes retos de nuestro siglo. Desgraciadamente, se ha privado a la sociedad hasta ahora de buena parte de su protagonismo en la gestión y diseño del ciber mundo. Como cualquier otro espacio de la vida social, el derecho debe ordenar la convivencia y gestionar los conflictos que se producen. Se precisa de una voluntad política decidida que lleve a la práctica la necesaria asunción de una responsabilidad colectiva que se resume en la cuestión: ¿qué Internet queremos?

Bibliografía

- Bercovitz, R. (2009) *Manual de Propiedad Intelectual*, Valencia. Tirant lo Blanch.
- Capel, E. H. (2016) "Conflict and solution in Delaware's fiduciary access to digital assets and digital accounts Act, *Berekeley Technology Law Review*, vol. 30, pp. 1211-1243.
- Cavoukian, A., Polonetsky, J. y Wolf, C. (2010) "SmartPrivacy for the Smart Grid: embedding privacy into the design of electricity conservation", *Identity in the Information Society*, vol.3, no. 2, pp. 275-294.
- Costello, M. W. (2016) "The "PEAC" of digital estate in the United States: should states "like" that", *Suffolk University Law Review*, vol. 49, No. 3.

- Crouch, C. (2011) *The Strange Non-Death of Neoliberalism*, Cambridge, Polity.
- Bobbio, N. (1991) *Teoría General del Derecho*, Madrid, Debate.
- Díaz, E. (1974) *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus.
- Donaldson, H. (2017) "Aftermath of the fight over fiduciary access to digital assets: the Revised UFADAA and its implications for legislators and professional advisors", *Tax Development Journal*, vol. 7, pp. 58-82.
- García Gual, C. (2016) *La muerte de los héroes*, Madrid, Turner.
- Haworth, S. D. (2014) "Laying your online self to rest: evaluating the Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act", *University of Miami Law Review*, vol. 68, pp. 535-559.
- Heller, A. y Fehér, F. (1989) *Políticas de la Postmodernidad*, Barcelona, Península.
- Henkel, H. (2014) *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Montevideo, Editorial B.
- Herrán Ortiz, A., I. (2016) "Aproximación al derecho a la protección de datos personales en Europa. El reglamento general de protección de datos personales a debate", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, no. 8, pp 179-200.
- Larenz, K. (1990) *El derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas.
- Lessig, L. (2004) *Free Culture. How big media uses technology and the law to look down culture and control creativity*, New York, The Penguin Press.
- Llopis, J. C. (2016) *Proyecto sobre herencia digital en Catalunya*, [Online]. Disponible en: <http://www.notariallopis.es/blog/i/1386/73/proyecto-sobre-herencia-digital-el-catalunya> [29/03/2017]
- Martín Reale, J. (2017) *Tecnología, Derecho y Sociedad*, Buenos Aires, Edición del Autor.
- McChesney, R. W. (2013) *Digital Disconnect. How Capitalism is Turning the Internet Against Democracy*, New York, The New Pres.
- Novoa Monreal, E. (1981) *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI.
- Pérez Luño, A. E. (1994) *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel.
- Reale, M. (1997) *Teoría Tridimensional del Derecho*, Madrid, Tecnos.
- Rodríguez Prieto, R. y Martínez Cabezano, F. (2016) *Desmontando el mito de Internet. Restricción de contenidos y censura digital en la Red*, Barcelona, Icaria.
- Rodríguez Prieto, R. (2013) "Educar en Internet: una propuesta para la construcción democrática de la red", 8, pp. 161-176.
- Ruda González, A. (2017) "Vida más allá de la muerte (digital). La protección de las voluntades digitales en la reforma del Derecho Civil catalán", en VVAA, *Managing Risk in the Digital Society*, pp. 226-239, Barcelona, Huygens Editorial. Disponible en: https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewikjqjy9IbYAhUIORoKHQaEAYkQFggrMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.huygens.es%2Fbooks%2FIDP_2017.pdf&usg=AOvVawORxhNw33zVXsrTrzg1ziOX [13/11/2017]
- Sábada, I. (2008) *Propiedad Intelectual. ¿Bienes Públicos O Mercancías Privadas?*, Madrid, Los Libros de la Catarata.
- Schaar, P. (2010) "Privacy by design", *Identity in the Information Society*, vol.3, no. 2, pp. 267-274.
- Soriano Díaz, R. L., 1990: *Valores jurídicos y Derechos Fundamentales*, Sevilla, Ediciones MAD.
- Watkins, F. A., 2014: "Digital properties and death: What will your heirs have access to after you died?" *Buffalo Law Review*, vol. 62, pp. 193-235.