



PROGRAMA DE MAGÍSTER EN DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS.
ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS.

HERENCIA DIGITAL. EXISTENCIA Y ÉNFASIS EN EL DERECHO.

AUTOR: CARLOS DURÁN MENCHACA.

11.833.801-4.

PROFESOR GUÍA: SALVADOR MILLALEO HERNÁNDEZ (PH.D).

RESUMEN

En la actualidad el patrimonio de una persona no solamente se compone de bienes, derechos y obligaciones de naturaleza física o con materialización tangible y determinable, sino que también se compone de una serie de activos de naturaleza digital que podrán tener relevancia patrimonial concreta o potencial ya sea para su titular en vida o bien para sus herederos después de sus días. En el presente trabajo intentaremos determinar la existencia de estos activos, su posible naturaleza jurídica, así como establecer la existencia de la identidad digital como la gran fuente de esta nueva faceta en el patrimonio de los individuos y en su caso si es posible que opere la sucesión por causa de muerte respecto de ellos y de qué manera debiese operar. La regulación en la materia, a la fecha, ha propendido a poner el énfasis en la transmisión de la gestión futura de bienes digitales del causante, con delimitadas facultades, sin reconocerle un valor económico que puede ser de relevancia en el patrimonio transmisible de su titular.

Lo que pretendemos con este trabajo es, por una parte, intentar conceptualizar y demostrar la existencia de la identidad digital, constatar su relevancia en la actualidad, más cuando intentemos precisar su contenido. Por otra parte, develar que incluso parte de éste contenido debiese ser susceptible de transmitirse por causa de muerte, dada la relevancia patrimonial, real o potencial que puede detentar, con las consecuentes dificultades de la falta de legislación específica en el caso de nuestro país, no así en algunas legislaciones comparadas.

ABSTRACT

At present, the assets of a person are not only made up of assets, rights and obligations of a physical nature or with tangible and determinable materialization, but also made up of a series of assets of a digital nature that may have concrete or potential heritage relevance. either for its owner in life or for his heirs after his days. In the present work we will try to determine the existence of these assets, their possible legal nature, as well as establish the existence of the digital identity as the great source of this new facet in the patrimony of the individuals and in its case if it is possible that the succession due to death with respect to them and how it should operate. The regulation on the matter, to date, has tended to place the emphasis on the transmission of the future management of digital assets of the deceased, with limited powers, without recognizing an economic value that may be relevant in the owner's transmissible asses.

What we intend with this work is, on the one hand, to try to conceptualize and demonstrate the existence of the digital identity, to verify its relevance at present, more when we try to specify its content. On the other hand, to reveal that even part of this content should be capable of transmitting due to death, given the patrimonial, real or potential relevance that it may hold, with the consequent difficulties of the lack of specific legislation in the case of our country, not so in some comparative laws.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
1. 1 EXISTENCIA DE LA IDENTIDAD DIGITAL.....	7
1. 2 NATURALEZA JURÍDICA.....	7
1. 3 ELEMENTOS QUE LA COMPONEN.....	17
2. BIENES DIGITALES.....	22
2. 1 CUÁLES SON.....	22
2. 1. 1 CUENTAS EN REDES SOCIALES.....	23
2. 1. 2 CORREOS ELECTRÓNICOS.....	24
2. 1. 3 CANALES DE VIDEO.....	26
2. 1. 4 PÁGINAS PROPIAS.....	28
2. 1. 5 BIBLIOTECAS VIRTUALES.....	30
2. 1. 6 CUENTAS CON SISTEMA DE PAGO PROPIO.....	31
2. 2 NATURALEZA JURÍDICA.....	33
2. 3 TRANSMISIBILIDAD DE LOS BIENES DIGITALES. PROBLEMAS PRÁCTICOS.....	48
3. BIENES DIGITALES SUSCEPTIBLES DE SER TRANSMITIDOS POR CAUSA DE MUERTE.....	57
4. CASOS PRÁCTICOS.....	72
4. 1 BECKY PALMER.....	72
4. 2 JUSTIN M. ELLSWORTH.....	73
4. 3 ANNA MOORE MORIN.....	74
4. 4 KARL LINN.....	75
4. 5 ROBERTO GÓMEZ BOLAÑOS (CHESPIRITO).....	76
5. DERECHO COMPARADO Y LEGISLACIÓN CHILENA.....	78
5.1 INTERNACIONAL.....	78
5.1.1 BRASIL.....	79
5.1.2 EE.UU.....	84
5.1.3 ESPAÑA.....	85
5.1.4 FRANCIA.....	88
5.2 CHILE.....	90
6 ANÁLISIS DEL CASO FACEBOOK.....	92
6.1 CARACTERÍSTICAS.....	94
6.2 CONTACTO DE LEGADO.....	95
6.3 CÓMO SE HACE.....	96
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....	98
BIBLIOGRAFÍA.....	102
ANEXOS.....	108

1. INTRODUCCIÓN

Desde la aparición de Internet y, concretamente desde la aparición de aplicaciones interactivas como Facebook, Twitter, Youtube o Instagram, entre otras, muchos hábitos han cambiado en el mundo de la web y de las personas en general. La publicación de información que se vierte en estos soportes virtuales va configurando o construyendo una identidad apartada de la natural, esto es, una especie de identidad virtual o digital. La identidad, en términos generales, caracteriza a un individuo en el universo real, su personalidad, su carácter, lo que los demás perciben de nosotros, constituyéndose en rasgos distintivos de cada cual.

Por otra parte, en la web, todo lo que se hace, va dejando una huella difícil de borrar y en ese plano se construye una verdadera identidad, una identidad digital que hoy es tan real como la natural, tanto así que se toman decisiones trascendentes sobre la base de esta identidad o de estos rasgos distintivos como en el ámbito laboral, por ejemplo, en que existen aplicaciones específicas para vincularse profesionalmente con otros, como es el caso de LinkedIn a nivel mundial o Zonajobs en Argentina, las cuales, más allá de ser meras fuentes receptoras de antecedentes profesionales, son el primer paso en la exploración de antecedentes *en línea* de la persona natural que está detrás de la información. Así, será muy frecuente que un empleador junto con constatar la veracidad de los datos expuestos por el postulante a un trabajo, verifique también su comportamiento en aplicaciones sociales virtuales de las que sea titular ese individuo y, en general, todo tipo de información que se pueda indagar en la red. Se analizarán sus conductas en Facebook, Twitter, Instagram, etc., y no hablamos de otra cosa que la consecuencia de la construcción de la propia identidad en el ámbito digital del sujeto en cuestión, la cual, sin duda alguna, forma parte o complementa la identidad natural.

El uso de estas aplicaciones y, por ende, el conjunto de rasgos que se depositan en ellas deben llevar al usuario a plantearse ciertas interrogantes, tales como, qué tipos de contenido va a publicar, quién puede ver lo que se publica, qué se pretende informar al mundo respecto de uno mismo, qué se ve cuando se mira a si mismo, o si se está exhibiendo lo que se quiere mostrar.

Las respuestas a estas preguntas irán configurando nuestra imagen digital o identidad virtual y, por otra parte, serán las que permitan a terceros como Google, por ejemplo, construir un perfil nuestro o hacerse una idea de nosotros para tomar decisiones de tipo publicitarias, entre otras (tratamiento del *big data*, conocido también como el “petróleo del siglo XXI¹”). Cuando sembramos datos o celebramos convenciones digitales, sembramos y construimos también nuestra identidad digital. Pero, ¿cómo la podemos definir?.

Identidad digital.

Según señalan Aparici, R. Y Osuna Acedo, S. (2013), la identidad digital o identidad 2.0 es todo lo que manifestamos en el ciberespacio e incluye tanto nuestras actuaciones, como la forma en la que nos perciben los demás en la red².

Todas las actividades, acciones e incluso omisiones que se realizan dentro del espacio digital, conforman nuestra imagen o perfil digital. Por tanto, es imprescindible tener siempre en cuenta que a través de esto, los demás nos verán de un modo u otro en el ciberespacio.

Aparici, R. y Osuna Acedo, S. argumentan que, “para gestionar la identidad digital, se hace necesario gestionar los siguientes elementos: visibilidad, posicionamiento web, reputación y privacidad en Internet”³. La identidad digital no necesariamente coincidirá con la identidad o perfil natural del individuo más cuando éste ex profeso lo planea así, sin embargo, a la larga, esas acciones terminarán construyendo y constituyendo la identidad o perfil digital de la persona en cuestión. Habrá también quienes, no teniendo acceso a la cultura digital, no puedan gestionar una identidad virtual o digital, lo que se constituye en un problema de brecha digital que puede redundar en una exclusión del grupo social de ese individuo.

¹ ICT 2013 Event – Session on Innovating by exploiting big and open data and digital content / Vilnius 7 November 2013 Comisión Europea, <http://blogs.repsol.com/innovacion/big-data-el-petroleo-del-siglo-xxi/>

² APARICI, R. Y OSUNA ACEDO, S. (2013). *La Cultura de la Participación*. Revista Mediterránea de Comunicación, vol. 4, nº 2, 137-148.

³ APARICI, R. Y OSUNA ACEDO, S. (2013). *La Cultura de la Participación*. Revista Mediterránea de Comunicación, vol. 4, nº 2, 137-148

1.1 EXISTENCIA DE LA IDENTIDAD DIGITAL

En razón de lo señalado precedentemente, no cabe duda que la existencia de la identidad digital es un hecho. Quienes interactuamos con aplicaciones de carácter relacional, inevitablemente, estamos dando forma a una estructura que nos refleja, que nos pertenece y nos termina caracterizando, así como también nos termina abriendo o cerrando posibilidades digitales, conforme la conducta y comportamiento que vayamos presentando en ese ámbito.

Cabe señalar que la naturaleza de los servicios que permiten la construcción de la identidad 2.0, genera que ésta opere tanto para personas naturales, como también para personas jurídicas, organizaciones, grupos de personas o inclusive grupos de familiares o una familia determinada, extendiéndose así el campo de existencia virtual más allá de las simples personas naturales. Con todo, cada persona debiese tener una identidad digital propia e inseparable de su persona.

La creación o existencia de la identidad digital se traduce en buenas cuentas en la habilidad de gestionar con éxito la propia visibilidad, reputación y privacidad en la red, componentes fundamentales del conjunto de habilidades informacionales y digitales, las cuales se han vuelto fundamentales para vivir en la sociedad de hoy y que terminan dando vida a la identidad digital de cada individuo⁴.

1.2 NATURALEZA JURÍDICA

Para intentar determinar cuál es la naturaleza jurídica de la identidad digital, será útil establecer un paralelo con cuáles son los elementos identificadores del individuo en tanto persona natural, lo que de manera sintética lo distingue de los demás conformando su personalidad y en definitiva su identidad de ser humano único. Para identificar a una persona natural se utilizarán signos distintivos tales como el nombre, el lugar y la fecha de nacimiento, la fotografía en la cédula de identidad y la propia cédula de identidad, la cual tendrá un número identificador exclusivo para cada

⁴ GIONES V. AINA, SERRAT I B. MARTA. 2010. La gestión de la identidad digital: una nueva habilidad informacional y digital. [en línea] BiD: textos universitaris de biblioteconomia i documentació, juny, núm. 24. 2013] <http://www.ub.edu/bid/24/giones2.htm> [14 de julio de 2017].

individuo. Estos elementos constituirán o diferenciarán a un individuo de otro, sin perjuicio de ser todos iguales en dignidad y derechos en cuanto sujetos de derecho o personas. El sujeto de derecho es un centro de imputación ideal de derechos y obligaciones, titular *per se* de ciertos atributos propios y necesarios para su existencia tales como la nacionalidad, el nombre, la capacidad de goce, el estado civil, el patrimonio y el domicilio⁵.

El sujeto virtual que nace producto de la interacción con el mundo digital, a diferencia de lo que ocurre con el sujeto material o persona natural, difícilmente podrá detentar “en calidad de atributos propios y naturales” los elementos señalados, pero lo que sí es indiscutible es el hecho que ese sujeto virtual corresponde a un individuo físico y creador del mismo, por lo que, al hablar de naturaleza jurídica de la identidad virtual, nos tendremos que conformar por ahora con los elementos concretos a los cuales podemos hacer alusión.

Podríamos ser más extensivos en la interpretación y entender a la identidad digital como una especie de atributo de la personalidad, inseparable de la persona natural de la que se desprende o deriva. En ese entendido, todos somos titulares de una identidad digital independientemente del hecho que se le dé efectiva operatividad a la misma o bien se ejerza desde la pasividad, o incluso desde la inactividad. Los atributos de la personalidad son ciertos elementos necesariamente vinculados a toda persona e indispensables para el desenvolvimiento de ella como sujetos de derecho.⁶ Todas las personas, por ser tales, poseen estos elementos independientemente de la forma cómo se ejerzan o lo que contengan.

Pues bien, dada la realidad tecnológica actual y la indudable existencia de una identidad o perfil digital en cada uno de nosotros -independientemente del ejercicio que le demos- podríamos pensar que lo más propio, por ahora, en cuanto a intentar clasificar o develar la categoría jurídica de esa identidad, sería considerarla o asemejarla a un atributo más de la personalidad, o sea, un elemento necesariamente vinculado a toda persona indispensable para el desenvolvimiento de ella como sujeto

⁵ ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, Tratado de Derecho Civil, edición 2005 página 403.

⁶ ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, Tratado de Derecho Civil, edición 2005 página 403.

de derecho e inseparable de todo ser humano más allá del uso, actitud o configuración que se haya realizado de la misma. Todos, por ejemplo, tenemos un patrimonio, independientemente de su contenido, si se compone de activos y pasivos o sólo de pasivos o únicamente de activos o si carece de bienes y obligaciones pecuniarias. Lo mismo podría ocurrir con la identidad digital; se tiene o posee por el solo hecho de ser persona, independiente del ejercicio o características que su titular plasme en ella.

Cabe preguntarse, entonces, si los menores de edad e incluso los recién nacidos, pueden ser portadores de tal atributo, o sea, si pueden tener identidad digital y la respuesta podría ser que sí pero carente todavía de autonomía propia y en estado de pasividad. En una primera etapa podría ser solamente un derivado de la identidad de sus padres o de quien los tenga a su cargo, así como ocurre con el domicilio como atributo de la personalidad, que el recién nacido lo tiene pero deriva del de su padre o de quien lo tiene bajo su cuidado. Dependiendo del grado de desarrollo de cada menor, de su autonomía progresiva y del uso que haga de Internet, la identidad digital se irá construyendo con posibilidad de monitoreo por adultos, hasta llegar a la autonomía completa, la que se alcanzará con la mayoría de edad en tanto sujeto de derecho plenamente capaz para ejercer derechos y adquirir obligaciones por sí mismo, sin la representación ni el ministerio de otra persona.

Podríamos preguntarnos si la identidad digital sería un atributo de la personalidad distinto de los que conocemos o bien deriva de uno de ellos. Tanto las personas naturales como las jurídicas poseen los atributos de la personalidad o de la persona. Tales son: la capacidad, la nacionalidad, el nombre, el domicilio, el patrimonio y el estado civil ⁷.

- a. La capacidad: se le define como la aptitud que tiene todo sujeto de derecho para adquirir derechos y obligaciones jurídicas, dividiéndose en capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La primera la tiene todo sujeto de derecho *per se*, pues precisamente esa la aptitud de contraer derechos y obligaciones. La capacidad de ejercicio, en cambio, es aptitud del sujeto de derecho para ejercer por sí mismo los derechos de que es titular y también para cumplir por sí mismo sus deberes y obligaciones jurídicas, sin

⁷ Papi Beyer, Mario; Manual de Introducción al Derecho, Editorial Universidad Miguel de Cervantes, Santiago, 2013, p.49.

intervención de terceros. Luego, no todas las personas poseen capacidad de ejercicio y quienes no la tienen, deben actuar en la vida jurídica por medio de representantes o bien autorizados en los casos en que aquello sea procedente.

- b. Nacionalidad: es el vínculo jurídico que liga o une a una persona con un Estado determinado, creando entre ambos derechos y obligaciones recíprocos. La persona natural puede tener la nacionalidad correspondiente al lugar en que ha nacido (*ius solis*), o bien la de sus progenitores, de acuerdo a la doctrina del *ius sanguinis*. Este atributo tiene las siguientes características: 1. toda persona debe tener una nacionalidad; 2. Toda persona debe tener solo una nacionalidad, aunque este principio tiene excepciones; 3. La nacionalidad es renunciable.
- c. El nombre: es el conjunto de palabras que sirven para identificar a un sujeto de derecho, de una manera breve y formal y que todo el resto de los sujetos puede llegar a conocer. En las personas naturales está compuesto por el “nombre patronímico” o apellido y el nombre propio o de pila. El patronímico depende de las relaciones de familia que el sujeto tenga con sus progenitores, mientras que el nombre de pila lo determina la persona que inscribe el nacimiento en el Registro Civil respectivo. Las personas jurídicas tienen el nombre que determinen sus asociados y del cual se deja constancia en sus estatutos. Se le denomina “razón social”.
- d. El domicilio: conforme al artículo 59 del Código Civil chileno, el domicilio es la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. En cuanto a las personas jurídicas, el domicilio será el establecido en el correspondiente estatuto.
- e. El patrimonio: es el conjunto de derechos y obligaciones jurídicas de una persona, apreciables en dinero, incluyéndose así, tanto el activo como el pasivo del sujeto. En las personas jurídicas el patrimonio es independiente y separado del de las personas naturales que la forman.
- f. Estado civil: sólo lo poseen las personas naturales y conforme dispone el artículo 304 del Código Civil chileno, “es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas

obligaciones civiles”. Esta definición se critica por cuanto estaría, más bien, definiendo la capacidad de goce. Según Mario Papi, la definición más acertada es la de Antonio Vodanovic, quien lo singulariza como “la realidad permanente que un individuo ocupa en la sociedad y que depende de sus relaciones de familia”⁸.

Habiendo enunciado los atributos de la personalidad, y teniendo en consideración la doctrina civil chilena en cuanto estima que estos son cualidades de relevancia jurídica que corresponden a toda persona por el hecho de ser tal, el profesor Hernán Corral Talciani, señala que de los atributos de la personalidad pueden surgir derechos, cargas y obligaciones, pero son la fuente de esos derechos y no los derechos mismos. Critica, asimismo, el hecho que se enuncie la nacionalidad como atributo, por que señala que no se está teniendo en cuenta el Estatuto de Apátridas, regulado por el derecho internacional. También nos dice que otros atributos no son inherentes ni esenciales a todas las personas, por ejemplo, las personas jurídicas carecen de estado civil. El nombre no es asignado a la persona por nacer. La capacidad sólo se entiende atributo si se la restringe al goce en su aspecto más general⁹.

A la luz de esta exposición sobre lo que usualmente se entiende por atributos de la personalidad, pero también de las críticas que se hacen a dicha enunciación clásica, podríamos adelantar que la identidad digital no encuadra satisfactoriamente en ninguna de esas categorías, por lo que, o bien debiésemos considerarla como un atributo nuevo y distinto de los ya conocidos o, explorar más allá de ellos la naturaleza jurídica que mejor la defina.

Visión de la identidad digital desde la perspectiva de los derechos de la personalidad.

Según Corral Talciani, los derechos de la personalidad “son aquellas facultades que por ser inherentes a la persona son protegidas por el ordenamiento jurídico como

⁸Papi Beyer, Mario, *ibidem*, p. 51.

⁹ Corral Talciani Hernan, *Curso de derecho Civil. Parte General*, Editorial Legal Publishing Chile, 2018, p. 352.

una extensión de la protección otorgada a la personalidad y en razón de su inviolable dignidad”¹⁰.

Sus principales características son:

1. Originarios: esto significa que se adquieren desde el origen de la persona y por el solo hecho de tener esa calidad.
2. Universales: los tienen todas las personas y estas no pueden ser privadas de ellos mientras dure su existencia y no se extinga por la muerte.
3. Son Erga Omnes: se ejercen de manera general frente a todas las demás personas. Todos los demás deben respetarlos. No tienen un deudor determinado.
4. Extrapatrimoniales: no integran el patrimonio porque no pueden ser medidos económicamente.
5. Personalísimos: están estrictamente sumidos en la persona que es su titular. De esta última característica derivan la de imprescriptibilidad, intransferibilidad, intransmisibilidad e irrenunciabilidad¹¹.

Cabe preguntarse si estamos ante un catálogo abierto o cerrado de derechos de la personalidad. Según Corral, parece claro que el catálogo de derechos de la personalidad debe permanecer abierto a nuevas formulaciones, sobre todo tratándose de una categoría forjada por la doctrina y la jurisprudencia. Ejemplifica señalando que con Internet y las redes sociales aparece la necesidad de proteger el honor y la intimidad de la persona frente a nuevas amenazas. Por consiguiente, el catálogo de derechos de la personalidad, aunque requiere cierta estabilidad, no puede permanecer estático e inmóvil y debe irse adaptando a las nuevas realidades sociales, siempre con la finalidad de proteger más y mejor a las personas¹².

El mismo autor señala que es necesario diferenciar los derechos de la personalidad de la categoría más amplia y diversificada de los Derechos Fundamentales o DDHH, entendiendo que los derechos de la personalidad son solo aquellos derechos humanos o fundamentales que tienen por objeto proteger directamente la dignidad de la persona

¹⁰ Corral Talciani Hernán, *Ibídem*, p. 352.

¹¹ Corral Talciani Hernán, *Ibídem*, p.353.

¹² *Ibídem*, p.357.

en sus bienes más básicos e indispensables. Los derechos que dicen relación con la organización social, política, laboral o económica de una sociedad, siendo fundamentales, no pueden considerarse propiamente derechos de la personalidad.

Enumeración de los derechos de la personalidad¹³.

- a. Derecho a la vida. Este derecho exige respetar la vida de toda persona humana, cualquiera sea la etapa de desarrollo en que se encuentre. Impone al Estado y al ordenamiento jurídico el deber de proteger la vida de las personas, sancionando los atentados contra ella. Tiene reconocimiento constitucional en el art. 19 n°1 de la CPR.
- b. Derecho a la integridad corporal: se atenta contra este derecho cada vez que se lesiona injustamente alguna parte de la constitución corporal de la persona, ya sea en su dimensión física o psicológica. Reconocida por la CPR en el art. 19 n°1.
- c. Derecho a la libertad de pensamiento y de expresión: no sólo es necesario respetar el libre pensamiento de la persona si no también la posibilidad que dicho pensamiento sea expresado, manifestado o comunicado en las relaciones sociales. Surge así, la libertad de expresión de la cual se desprende el derecho de opinar, de informar y de enseñar. La CPR art. 19 n°6, asegura a las personas la libertad de conciencia, la manifestación libre de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos. La libertad de enseñanza se garantiza en el art. 19 n°11. La libertad de opinar e informar sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio la dispone el art. 19 n°12.
- d. Derecho al honor: se entiende por tal, la facultad de toda persona a que se le trate con el respeto y la consideración que deriva de su dignidad esencial. Está consagrado en el art. 19 n°4 de la CPR que asegura a todas las personas el respeto y protección a la honra propia y de su familia.
- e. Derecho a la vida privada: se le conoce como derecho a la intimidad o privacidad. Aunque el ser humano es un animal social, necesita de espacios cerrados o reservados a la curiosidad de terceros ajenos para desarrollar una

¹³ Ibídem, p.357.

vida completamente satisfactoria. Si todo fuera público y accesible a cualquiera, no serían posibles comunidades como la familia, las relaciones de amistad, etc. Éste derecho se diferencia del derecho al honor, en cuanto lo que protege no es la reputación de la persona, si no la reserva de sus actuaciones. Lo recoge la CPR en dos formas: una genérica y una especial. La genérica la señala el art. 19 nº4 cuando dice que se asegura a todas las personas el respeto y la protección a la vida privada. La forma especial se contiene en el nº 5 del mismo artículo que aplica este derecho a ciertas esferas que son especialmente vulnerables a atentados intrusivos: el hogar y las comunicaciones. Se dispone entonces que se asegura a todas las personas “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”.

- f. Derecho al nombre, a la imagen y a la identidad: Corral agrupa en este apartado varios derechos que dicen relación con la identidad de la persona, ya sea en su dimensión estática o dinámica. Es determinante para el reconocimiento de alguien como ser humano que se proteja como un derecho de la personalidad el hecho que pueda utilizar y ser conocido por un nombre determinado. El derecho a la imagen es de configuración más moderna, ya que los medios tecnológicos por los cuales puede separarse la imagen corporal de una persona los conocemos a partir de la invención de la fotografía, el cine y los medios de comunicación; de esta manera, aunque la imagen no haya sido captada en forma intrusiva, no puede ser utilizada por terceros para fines no autorizados por el titular. Derecho a la identidad propiamente tal: este derecho, dice relación con la facultad de la persona de conocerse y darse a conocer tal como ella es. Incluye la facultad de conocer los orígenes biológicos. Estos derechos no tienen consagración explícita en la CPR aunque algunos de ellos pueden quedar comprendidos en el artículo 5 inciso 2 de la misma, ya que se trata de derechos garantizados por Tratados Internacionales. Así, el derecho al nombre aparece tanto en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (art.24.2), como en la Convención de los Derechos del niño (art.7.1). En esta última se contiene el derecho a conocer, en la medida de lo posible, a ambos padres; siendo esta una de las formas que asume el derecho a la identidad. El derecho a la imagen no cuenta con respaldo normativo claro en nuestro

ordenamiento jurídico, pero la jurisprudencia lo ha reconocido, a veces, conectado con el derecho a la vida privada o con el derecho al honor y en ocasiones considerándolo un bien incorporal sobre el cual recae un derecho de propiedad (art.19 nº24 CPR).

- g. Derecho al control de la información digital y el derecho al olvido digital: las nuevas tecnologías, según Corral, van produciendo la cristalización de modalidades originales de derecho que pretenden tutelar a la persona. La automatización en bases de datos informáticas, de informaciones que conciernen a los individuos ha forjado un derecho al control de la información personal, llamado también a veces “derecho a la autodeterminación informativa”. Podría considerarse implícitamente comprendido en el derecho a la vida privada del art. 19 nº4 de la CPR, en todo caso, su protección tiene un texto legal cual es la ley 19.628 de 1999. El derecho al olvido comenzó a ser tratado como una modalidad del derecho a la vida privada. En Europa se comienzan a presentar, sobre la base de las normativas de protección bases personales, recursos para que se elimine o borre de las fuentes o, al menos, de los buscadores; ciertas noticias de su pasado que hoy le causan perjuicio sin que haya un interés público vigente que justifique su divulgación. Se comenzó a desprender de estos fallos, que Google está sometido a la regulación sobre el procesamiento de datos personales, ordenándosele eliminar de la lista de resultados en la búsqueda por el nombre de una persona vínculos a páginas web pertenecientes a terceros, cuando el interesado así lo requiera, salvo que la divulgación esté justificada por un interés público (caso 131/2012, Tribunal de Justicia de la Unión. Europea). En Chile, la Corte Suprema, en los autos rol 22243-2015 y rol 39972-2017 ha aceptado con mayor o menor amplitud el derecho a que se eliminen referencias a noticias en buscadores digitales e incluso que se desintegren de motores de búsqueda. No sucede lo mismo en el caso de EEUU, donde se piensa que debe predominar la libertad de expresión y de información por sobre las posibles molestias o agravios de personas que no quisieran hechos de su vida pasada¹⁴. Como reconoce el autor citado, estamos frente a un derecho en proceso de formación, no obstante a que

¹⁴ Corral Talciani Hernán, *Ibíd*em, p.364.

dentro de esta formación se pueda considerar la existencia de la identidad digital como un derecho capaz de ser tutelado por la vía, hasta ahora, del control de la información personal y el olvido digital. Dicho de otra manera, si ya la jurisprudencia ha tomado decisiones sobre la base de los derechos invocados, podríamos entender que tácitamente reconoce la existencia de la identidad digital como un derecho en sí mismo, susceptible de ser controlado y configurado por su titular. Los ordenamientos jurídicos al contemplar mecanismos legales destinados al control de la información personal y al olvido digital, están reconociendo que además de estos derechos el individuo cuenta con la posibilidad de auto determinar su identidad digital, evidenciándola así, como un derecho autónomo y que es susceptible de ser protegido y delimitado. Así las cosas, es razonable y válido decir que la naturaleza jurídica de la identidad digital sería un derecho de la personalidad que al día de hoy, podríamos amparar en el derecho al control de la información personal y al olvido digital.

Veamos si la identidad digital participa de las características que le hemos atribuido a los derechos de la personalidad: 1. La identidad digital sería originaria, por cuanto se adquiere desde el inicio de la persona independientemente de la actividad que se le dé. 2. La identidad digital sería universal por cuanto la detentan todas las personas durante su existencia y no se extingue con la muerte. 3. La identidad digital sería erga omnes, puesto que se ejerce de forma general frente a todas las demás personas. 4. La ID sería extrapatrimonial, en tanto no integra el patrimonio, ya que no puede ser medida económicamente, sin perjuicio de que sus manifestaciones concretas puedan tener valor monetario. 5. La ID sería personalísima toda vez que está estrictamente sumida en la persona de su titular. Hemos dicho que de esta última característica de los derechos de la personalidad derivan la imprescriptibilidad, intransferibilidad, intransmisibilidad e irrenunciabilidad, sin perjuicio de lo que en el presente trabajo se propone en el sentido de que la transmisibilidad debiese operar respecto de las manifestaciones que tienen consecuencias patrimoniales que deriven de la ID, cual sería el caso de contar

con saldos a favor en *criptomonedas* o de pretender la transmisión de aplicaciones digitales, como las Redes Sociales.

- h. Derecho moral de autor sobre la propiedad intelectual: la mayor parte de los derechos derivados de la propiedad intelectual son de carácter patrimonial y por eso no califican como derechos de la personalidad. Sin embargo, el derecho del autor a reclamar la paternidad de la obra (derecho moral de autor), es un derecho no patrimonial que no puede renunciarse ni transferirse. Por ello, la doctrina suele incluirlo dentro de la categoría de los derechos de la personalidad. Entre nosotros, está reconocido por la ley 17.336 en sus artículos 14 a 16, con la particularidad que puede transmitirse por causa de muerte al cónyuge y a los sucesores ab intestato.

1.3 ELEMENTOS QUE COMPONEN O CONFIGURAN LA IDENTIDAD DIGITAL¹⁵:

VISIBILIDAD

La visibilidad en la web puede ser, según el caso concreto, un objetivo en sí mismo. Consiste en el conjunto de estrategias que desarrollan los usuarios de Internet encaminadas a lograr notoriedad, reconocimiento, reputación y difusión en el mundo digital. Se traduce en lo que se proyecta a terceros en el mundo digital. Esta visibilidad debiese entenderse como el producto de una gestión consiente encaminada a obtener un resultado determinado en el mundo digital.¹⁶

POSICIONAMIENTO WEB

El posicionamiento web dice relación con el resultado que, con el tiempo, se va obteniendo, de la estrategia desplegada, encaminada a lograr visibilidad en la web, así como su revisión constante para mantener y mejorar la visibilidad. Lo anterior puede incluir la contratación de servicios ofrecidos por empresas y particulares destinadas al efecto.

REPUTACIÓN

¹⁵ <https://lcidentidaddigital.wordpress.com/category/elementos/> [28 julio 2019].

¹⁶ <https://lcidentidaddigital.wordpress.com/category/elementos/> [28 julio 2019].

La reputación online es la consecuencia de la cercanía, prestigio o grado de conocimiento de una persona o marca en Internet. Es construida a través del tiempo y es consecuencia de cada acción que se realiza en el ciberespacio. Por lo general la reputación será consecuencia de la evaluación en línea que los demás usuarios realicen respecto de alguna acción digital desplegada por el titular.¹⁷

PRIVACIDAD EN INTERNET

La privacidad en Internet se refiere a la capacidad que detenta el usuario de controlar a quienes accedan a su información y a qué información se accede, cuáles son los datos que ponemos a disposición de terceros cuando accedemos a sus sitios web o descargamos sus aplicaciones, qué datos estamos dispuestos a compartir como contraprestación al acceso de un determinado servicio o aplicación. En este sentido habrá situaciones que dependan del usuario, de los cuidados que tome al navegar por internet o de su voluntad de compartir o no un determinado dato de su propiedad, pero también habrá situaciones en que el individuo carezca de esa posibilidad de decisión y deba compartir datos requeridos para la operatividad de ciertas acciones o aplicaciones.

INFORMACIÓN GENERADA POR EL INDIVIDUO E INFORMACIÓN GENERADA POR TERCEROS

Lo anterior dice relación con las interacciones realizadas por los individuos conectados a la red, sea que estén compartiendo información o contenidos propios, sea que consuman contenidos generados por terceros, o bien compartan a su vez estos contenidos generados por terceros.

APLICACIONES DE QUE SE ES TITULAR

Esto dice relación con los elementos o productos digitales con los cuales interactúa la persona natural titular que contrata servicios en red, sean o no gratuitos, celebrando contratos de adhesión con los creadores o desarrolladores de las aplicaciones o productos digitales respectivos. Se incluyen aquí las cuentas de redes

¹⁷ <http://www3.gobiernodecanarias.org/medusa/ecoescuela/seguridad/identidad-digital-profesorado/elementos-de-la-identidad-digital/> [28 julio 2019].

sociales, los correos electrónicos, los canales de video, las páginas web propias, entre otros.

Dichos elementos dicen relación con los contratos que la persona natural, a nombre propio o actuando en representación de una persona jurídica o de un grupo de personas, celebre con terceros, esto es, con los distintos proveedores de aplicaciones o servicios digitales, por lo que en esa condición podríamos entender a la identidad digital como una especie de contenedor de cosas virtuales desde el punto de vista jurídico, cosas digitales que pueden prestar una utilidad a su titular, o bien derechamente integrar el patrimonio por tener un valor pecuniario.

Así, la identidad digital estaría compuesta o se materializaría en bienes digitales concretos, que le prestan una utilidad a su titular -aplicaciones por ejemplo- los cuales habrán ingresado al patrimonio de éste a través de la suscripción del respectivo contrato de adhesión con el proveedor de las mismas.

Luego, la identidad digital, en la medida que contenga o se manifieste en la titularidad de aplicaciones digitales, que provendrán de contratos de adhesión, podríamos entenderlas jurídicamente como “cosas incorpóreas” de las que trata el párrafo segundo del título primero del libro segundo del Código Civil Chileno, consistente en “derechos personales” provenientes de las respectivas convenciones digitales que los ponen en operatividad. Los contratantes contraen obligaciones correlativas, aunque sean gratuitas o se pague un precio o renta por ellas. Las obligaciones correlativas, esto es, los efectos de esos contratos, ingresan en sus respectivos patrimonios.

Cuando una persona “abre una cuenta” de alguna de las aplicaciones o elementos digitales que se ofrecen en Internet, esto es, descargar en un soporte digital el *software* respectivo que le dará operatividad a la aplicación propiamente tal, simultáneamente celebra un contrato de licencia que autorizará el uso debido de los programas computacionales involucrados y también conviene un contrato de adhesión con el proveedor de la aplicación en cuestión, en virtud del cual acepta una serie de términos y condiciones que, a su vez, contienen obligaciones correlativas para las partes que los ejecutan. Estas obligaciones bilaterales por la naturaleza de las prestaciones de que se trata (digitales, intangibles y componentes de la identidad

digital de su titular) debiesen entenderse como transmisibles por causa de muerte, para lo cual, no solamente se requiere voluntad interpretativa por tratarse de contratos atípicos o innominados, sino también voluntad legislativa que regule la materia tipificándolos, reconociendo la identidad digital y la inevitable posibilidad de que pueda tener contenido patrimonial transmisible post mortem, debiendo entenderse, por ende, como legítima la necesidad de que la legislación interna regule ciertos efectos de los contratos de adhesión que los usuarios celebran en el ámbito digital para la obtención de determinadas aplicaciones, independientemente del origen geográfico de los proveedores y de lo que establezcan los “términos y condiciones” de cada aplicación digital en particular, sobre todo, en lo que dice relación con la continuidad del uso de las mismas luego de la muerte de su titular.

El artículo 581 del Código Civil chileno, el cual transcribimos a continuación, podría circunscribir, en nuestra opinión, más todavía la situación en comento:

“Art. 581. Los hechos que se deben se reputan muebles. La acción para que un artífice ejecute la obra convenida, o resarza los perjuicios causados por la inexecución del convenio, entra por consiguiente en la clase de los bienes muebles”¹⁸

Esta norma es clara en cuanto a señalar que los hechos que se deben se reputan muebles y cuando ejemplifica, al estimar que la inexecución de un convenio, o dicho de otra manera, la acción destinada a resarcir eventuales perjuicios por la inexecución de un convenio, entran en la clase de los bienes muebles, o sea la naturaleza jurídica de los hechos derivados de una convención entre las partes se consideran bienes muebles para la legislación chilena así como también se considera mueble la acción destinada a dar operatividad a la respectiva convención en caso que fuese necesario.

Así las cosas, los efectos de los contratos de adhesión, esto es, los derechos y obligaciones que emanan para las partes contratantes de una aplicación digital, así como las acciones para exigir su cumplimiento, son de naturaleza mueble. Luego, la aplicación propiamente tal debiese incluirse entre los bienes de esta categoría, en tanto efectos del contrato contenedor de intereses transmisibles por causa de muerte por

¹⁸ CÓDIGO CIVIL CHILENO. Artículo 581

haberse radicado en el patrimonio de su titular. Las aplicaciones en sí y los efectos de los contratos a los cuales se adhiere para darle existencia jurídica, serían de naturaleza mueble, participando de ese estatuto jurídico en vida de su titular y *post mortem*, sin perjuicio del contenido patrimonial que contengan -saldos a favor o en contra- o que puedan generar ganancias económicas para su titular, como sería el caso de una cuenta en la red social que genere beneficios pecuniarios vía publicidad.

Considerando lo dicho, podemos concluir que, de los elementos de la identidad digital anteriormente enunciados es dable anotar que la reputación, la visibilidad y el posicionamiento web son elementos de hecho que le pueden dar valor a la misma, pero no determinan su existencia. No obstante, la privacidad, la información generada por el individuo o por terceros y las aplicaciones de que se es titular (como manifestación de esta) podemos considerarlas consubstanciales a su entidad. Dicho de otra manera, la ID tendrá existencia a pesar de la reputación, la visibilidad o el posicionamiento web que haya sido posible gestionar respecto de ella, pero dificultamos poder visualizar su existencia en ausencia de los 3 últimos elementos.

Despejados los elementos que componen la ID sea que hablemos de ella como un continente ideal de las cosas incorpóreas que la componen (atributo de la personalidad), o bien la consideremos un derecho de la personalidad; su manifestación concreta y de potenciales consecuencias patrimoniales, se plasmará en contratos, de los que emanan obligaciones correlativas para las partes. Dichas obligaciones, que están en la categoría de “hechos que se deben”, de conductas determinadas, esperadas por parte del proveedor y receptor de servicios digitales, de conformidad con la norma legal citada, al encontrarnos frente a hechos que se deben, emanados de una convención válidamente celebrada, estamos frente a “hechos que se reputan muebles” y, como ya señalamos, pueden, además, tener contenido o interés patrimonial concreto para el titular y por ende para sus herederos, por lo que, los efectos de esas convenciones digitales se debiesen transmitir por causa de muerte, lo que, idealmente requeriría de legislación eficaz en la materia para otorgar certeza jurídica al efecto.

2. BIENES DIGITALES

Como señalamos recientemente la ID está compuesta por una serie de manifestaciones concretas. Por una parte, estará compuesta por toda la información que, respecto de la persona, circule en internet -de carácter no patrimonial- y por otra parte estará compuesta por los derechos adquiridos por el titular contratando con compañías que comercializan bienes digitales tales como aplicaciones digitales, nombres de dominio, colecciones musicales o literarias u otros, todos los cuales prestan una utilidad a su titular. Jurídicamente serían bienes intangibles o incorporeales, es decir, estamos en presencia de una identidad digital compuesta también por cosas incorporeales que prestan utilidad a su dueño por lo que deben entenderse como bienes incorporeales radicados en su patrimonio, provenientes todos de la celebración de una convención, entre su titular y un desarrollador de una respectiva plataforma electrónica, cuyos efectos se radica en sus respectivos patrimonios.

El Código Civil chileno en su Libro Segundo, párrafo segundo de su título primero, trata los derechos personales emanados de las convenciones, que producen efectos para las partes, consistentes en obligaciones de hacer, en este caso particular. Por ende, las partes entre sí contraerán obligaciones correlativas que cumplir, constituyéndose éstas en “hechos que se deben”, traducidos en conductas determinadas esperadas por parte del proveedor y del receptor de servicios digitales.

Conforme a la norma del artículo 581 del Código Civil chileno, como se ha señalado, “los hechos que se deben se reputan muebles”, lo cual nos entrega, desde ya, una orientación argumentativa para dilucidar la naturaleza jurídica de los bienes digitales, o de los efectos de los contratos de adhesión que les dieron vida, los que, en tanto bienes del causante, deberían ser susceptibles de transmitidos por causa de muerte.

2.1 ¿CUÁLES SON LOS BIENES DIGITALES?

Los bienes, elementos o productos digitales, no son otra cosa que los servicios, materializados en aplicaciones digitales, que se contratan en la web, sean o no

gratuitos, servicios que emanan de un contrato de adhesión celebrado con el respectivo prestador de los mismos. Serían la manifestación de la esfera digital de una persona natural. Para efectos de este estudio, señalaremos como bienes digitales los siguientes: cuentas en redes sociales, correos electrónicos, canales de video, páginas web propias, bibliotecas virtuales y cuentas con sistema de pago propio.

2.1.1 CUENTAS EN REDES SOCIALES

Las redes sociales son una estructura integrada por personas, entidades u organizaciones, las cuales se encuentran conectadas entre sí por una o varios tipos de relaciones como amistad, parentesco, relaciones económicas o intereses comunes entre otras posibilidades¹⁹.

El ingreso a una red social o dicho de otra forma, la obtención de una aplicación de red social, se traduce en el registro que debe realizar en ella su creador o titular aceptando con uno o varios *clicks* los términos y condiciones que ésta ofrece como obligatorios y que se debe estar de acuerdo en cumplir. Por un lado, se aceptarán las condiciones detalladas de la prestación del servicio y por otro, se aceptarán las políticas de uso de la aplicación en lo que dice relación con temas de propiedad intelectual, políticas de privacidad y en normas de conducta que se deben asumir en el uso del producto virtual, con las respectivas consecuencias o sanciones a su inobservancia o infracción. La referida aceptación de condiciones de uso implica la celebración de un contrato de adhesión con el oferente del producto digital. El consentimiento entre oferente y adquirente se manifiesta mediante la aceptación del destinatario de las condiciones que determina el desarrollador sin poder ser discutidas.

Según el profesor Jorge López Santa María los contratos libremente discutidos son aquellos en donde las partes han deliberado en cuanto a su contenido y los contratos por adhesión aquellos cuyas cláusulas son redactadas por una sola de las partes²⁰. Es en este último tipo de contratos es donde se instalan los contratos de obtención de cuentas o aplicaciones en redes sociales. El usuario final carece de todo

¹⁹ <https://www.definicionabc.com/social/red-social.php> [12 de julio de 2017].

²⁰ LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. "Los Contratos. Parte General". Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición actualizada. 1998. Pág. 148 y 150.

tipo de capacidad negociadora, su participación en la formación del consentimiento se limita a aceptar o no las condiciones preestablecidas y propuestas por el prestador, no existiendo posibilidad alguna de modificar, adicionar o excluir alguna cláusula o término ofrecido.

La celebración del contrato de adhesión para la obtención de la cuenta de red social a la que se quiera acceder, implica la celebración de un contrato bilateral que, por una parte, hace ingresar al patrimonio del suscriptor sus efectos, poniendo a disposición del mismo una estructura digital para desarrollar y personalizar dentro de lo permitido la aplicación propiamente tal, y por otra parte, estos efectos hacen nacer derechos y obligaciones correlativas exigibles a los contratantes las cuales nacerán “los hechos que se deben” y que jurídicamente se reputarán ingresados al patrimonio de su titular en carácter de mueble.

La transmisibilidad de los efectos del contrato celebrado con un proveedor de redes sociales debiese ser posible por cuanto los efectos del contrato de adhesión celebrado para su obtención han ingresado al patrimonio de su titular quien además le habrá podido otorgar valor agregado a través de la personalización y posicionamiento que haya logrado alcanzar en la web. Desde esa perspectiva pareciere justa la posibilidad de que los herederos del causante puedan dar continuidad a los efectos de esos contratos. En todo caso pensamos que esta transmisión, sobre todo en el caso de redes sociales debiese ser además producto de la voluntad explícita de su titular por cuanto aparte del aspecto netamente patrimonial se involucra la prolongación de la identidad digital e imagen del mismo. No debiese ser transmisible, sin embargo, todo el contenido íntimo y privado del titular, como lo es, la mensajería privada en atención a que, no solamente se vulnerarían los derechos del titular, sino que también, los de los terceros que alguna vez establecieron comunicación con éste.

2.1.2 CORREOS ELECTRÓNICOS

En términos informáticos, el correo electrónico, e-mail, o email es un servicio de red que permite que dos o más usuarios se comuniquen entre sí por medio de mensajes que son enviados y recibidos a través de un computador o dispositivo afín²¹

²¹ <https://www.definicionabc.com/tecnologia/correo-electronico.php> [12 de julio de 2017].

Se llama correo electrónico por la analogía que se hace con el correo postal tradicional. Los dos tipos de correos sirven para enviar y recibir mensajes y/o archivos funcionando ambos también sobre la base de un modelo de almacenamiento y reenvío no requiriéndose, por ende, conexión simultáneamente para poder transmitir o recibir información.

La mayoría de las aplicaciones de correo electrónico que se ofrecen en el mercado son de carácter gratuito y sus principales proveedores a nivel mundial son Gmail, Outlook.com Hotmail y Yahoo mail. Existen también cuentas de correo electrónico pagadas ofrecidas generalmente por las compañías de acceso a Internet o por los registradores de dominios web.

Al igual que en el numeral anterior referido a las redes sociales, la obtención de una cuenta de correo electrónico implicará la celebración de un contrato de adhesión entre el adquirente de la aplicación y el proveedor de la misma. El usuario final carece de todo tipo de capacidad negociadora, su participación en la formación del consentimiento se limita a aceptar o no las condiciones preestablecidas y propuestas por el prestador no existiendo posibilidad alguna de modificar, adicionar o excluir alguna cláusula o término ofrecido.

De dicho contrato bilateral de adhesión surgirán obligaciones correlativas que las partes radicarán en su patrimonio, constituyéndose dichas obligaciones en hechos que se deben y que, como ya hemos señalado, serán reputados de muebles para efectos de clasificarlos jurídicamente.

Cabe hacer presente una característica particular que presenta el correo electrónico respecto de las demás aplicaciones digitales, es el hecho que, para acceder a cualquier aplicación digital, siempre será pre requisito contar con una cuenta de correo electrónico propia, es decir, el correo electrónico es una especie de requisito habilitante para el acceso y posterior obtención de una prestación virtual o bien digital determinado.

De existir transmisibilidad de este tipo de bien digital debiese ser manifestada en testamento, por implicar una continuidad de la identidad digital del titular, y aquella

parte de los efectos del contrato de adhesión que se debiesen transmitir es la referente al traspaso de la casilla propiamente tal, esto es, el nombre del correo electrónico pero no del contenido anterior de la misma, por cuanto este forma parte de la esfera íntima y privada de su titular y de los involucrados en las comunicaciones contenidas en la aplicación. Puede ser de interés para los herederos conservar y/o utilizar la casilla de correo electrónica del titular, no para suplantar su identidad sino para evitar que se pueda volver a crear una cuenta de igual nombre, por ejemplo, o bien para seguir dando uso a una casilla de correo electrónico que cuente con cierto afianzamiento en la web que haga útil su continuidad.

2.1.3 CANALES DE VIDEO

Un canal de video es una aplicación a través de la cual el usuario que dispone de ella puede, no solamente revisar videos de terceros aportados a la plataforma, sino que además puede realizar una configuración personal de su cuenta de usuario, transformándola en un canal audiovisual propio de transmisión diferida y/o directa vía *streaming*.

La aplicación más conocida en la actualidad es Youtube, consistente en un servicio a través del cual se pone a disposición por parte del proveedor de una plataforma digital en la que se encuentran alojados productos audiovisuales aportados por terceros o aportados por el propio titular de la cuenta.

Un usuario de Youtube que activa la plataforma como canal de contenidos generados directamente con videos propios o indirectamente con videos creados con material de terceros (sin infringir la propiedad intelectual), tendrá la posibilidad, en su configuración personal, de optar por la obtención de ingresos económicos respecto de los videos que sean subidos a su canal personal. Se debe configurar expresamente esta opción y de ser así se autoriza al proveedor de la aplicación para que despliegue globos publicitarios sobre los videos (permitidos por Youtube) que generarán ganancia económica para el titular conforme al número de visitas que registre. En el caso de tratarse de usuarios de Youtube *premium* (suscripción pagada) no habrá despliegue de tales globos publicitarios en la pantalla en la que se realice la visualización por cuanto en esta categoría de usuario desaparecen los globos publicitarios lo que no quiere

decir que las vistas que realicen éstos no generen utilidades para el dueño del canal, al contrario, generan aún más utilidades económicas por cuanto las vistas que haga un usuario *premium* de un video son pagadas con cargo a los fondos que generan este tipo de usuario. La media de pago actual es de un dólar por cada mil vistas.²²

Además de la posibilidad de optar por la obtención de ingresos de la manera señalada precedentemente los suscriptores pueden realizar aportes en dinero a los canales que deseen y que tengan activada la opción de recibir aportes lo cual se constituye en otra forma de obtención de ganancias económicas de interés sucesorio.

Para los herederos del titular de una canal de Youtube, la posibilidad de hacerse dueños de los ingresos económicos que puedan seguirse generando a través de ese canal será de interés patrimonial indiscutible. Incluso puede que ni si quiera sea necesario generar nuevos contenidos, es decir, que con el contenido existente o los videos que ya forman parte del canal se puedan seguir generando ganancias económicas provenientes de los globos publicitarios o de las visitas de los usuarios *premium*. Es más, pareciera ser que en la transmisibilidad por causa de muerte de un canal de esta naturaleza se podría prescindir de la voluntad explícita de su titular en cuanto a la continuidad por cuanto no necesariamente dicha continuidad será la prolongación de la identidad digital del mismo.

Podría tratarse, por ejemplo, de un canal que esté compuesto por material compilatorio de contenidos de terceros como sería el caso de un canal de deportes que se componga de videos de goles. En este caso el hecho de que ese canal continúe activo y generando ingresos después de la vida de su titular no pareciere ser una prolongación de su identidad digital. Distinto sería el caso en que los videos que componen el canal fueren de contenido generado por su titular en el cual éste se identifica públicamente frente a los usuarios. Pareciera que aquí sí habría una continuidad de la identidad digital en la gestión *post mortem* que los herederos puedan hacer de esta aplicación. En todo caso mantendremos la recomendación en cuanto a que la transmisibilidad debiese ser posible en la medida que exista declaración expresa de su titular vía testamento o al menos habiéndose manifestado dicha voluntad en la misma aplicación a través de la forma ofrecida por el desarrollador al efecto.

²² <https://www.youtube.com/watch?v=ZDgDhvjuOaE> [16 de agosto de 2017].

2.1.4 PÁGINAS WEB PROPIAS. REGISTRO DE NOMBRES Y DOMINIO

Los nombres de dominio los podríamos definir como una dirección electrónica alfanumérica que identifica a un computador conectado a Internet. Corresponden a la relación jurídica que existe entre el ente regulador y el titular del mismo que se expresa en la obtención de un nombre identificador concreto mediante la celebración de un contrato de adhesión con la entidad oficial que corresponda.

Para el ente regulador NIC Chile un nombre de dominio es un identificador usado para designar a un computador, o a un conjunto de computadores en la red.²³

Respecto de este tipo de activo digital se ha intentado determinar doctrinariamente cuál sería su naturaleza jurídica y al efecto se han sostenido dos grandes teorías. La primera de ellas circunscribe a los nombres de dominio dentro de los bienes sobre los cuales se puede tener un derecho real. La segunda teoría se apoya en los derechos personales, es decir, en los contratos entendiéndose que lo que existe es una prestación de servicios entre la entidad registradora y el titular del nombre de dominio.

La primera de las posiciones ha sido criticada por cuanto se entiende que los derechos reales son solamente aquellos que crea el legislador por lo que las partes no podrían irrogarse la facultad de crear un derecho real específico no reconocido en la ley ni siquiera invocando la autonomía de la voluntad.

La segunda de las posiciones se funda en los derechos personales o efectos de la celebración del contrato de adhesión que suscribe el titular del nombre de dominio con la entidad registradora. En el caso chileno será con NIC Chile con quien se celebrará el referido contrato, el cual nacerá a la vida del derecho al momento de aceptar la reglamentación establecida.

²³ <http://nic.cl/ayuda/faq/gen-07.html> [06 de junio de 2017].

Hemos señalado que los nombres de dominio son un identificador usado para designar a un computador o a un grupo de computadores, pero en la práctica es discutido si esta característica de “identificador” solamente se circunscribe a los computadores de origen o también se puede circunscribir a personas, empresas o instituciones como un signo distintivo propio. De esta manera, se habla de la existencia de “*secondary meaning*” o “distintividad sobrevenida” que se produce cuando un nombre de dominio representa a los usuarios de la red una idea clara, inmediata y distintiva respecto de alguna persona natural o de algún bien o servicio en particular²⁴.

De esta manera, el análisis que se ha hecho de este tipo de activo digital es de gran utilidad por cuanto:

1. La discusión respecto de su naturaleza jurídica puede servir de pauta o fundamento análogo en su caso para despejar lo relativo a los demás bienes digitales en la materia. Al menos en este caso se han establecido posiciones claras. Por una parte, una posición que cree ver un derecho real en la relación entre el titular y el ente registrador y, por otra parte, una posición que se inclina por ver un derecho personal radicado en el patrimonio del titular producto del contrato de adhesión que suscribió con el regulador. A juicio nuestro esta es la posición con mejor perspectiva jurídica.

2. Otra conclusión a la que se puede llegar o utilidad que se puede vislumbrar es que en la materia se reconoce a través del concepto de “distintividad sobrevenida” que un nombre de dominio puede tener un reconocimiento propio y relevante que le confiera una valorización pecuniaria específica y que pudiese ser de interés susceptible incluso de ser transmitido por causa de muerte dado que se entiende que tuvo y tiene impacto en el patrimonio del titular. En otras palabras un nombre de dominio puede transformarse en una marca en sí misma, de alto impacto comercial y de ser propiedad de una persona natural la forma a que ésta pueda aspirar a su transmisibilidad por causa de muerte debiese ser fundándose por una parte en que es valorable económicamente (podría vender el registro en vida al precio que estimara) y por otra parte en que la titularidad respecto del dominio proviene de la celebración de un

²⁴ CHARLA COLEGIO DE ABOGADOS “Los nombre de dominio a la luz de la nueva reglamentación de nic Chile”, profesora María José Arancibia Obrador. Abril de 2015, páginas 4 y 5.

contrato de adhesión con el ente registrador del cual se desprenden derechos personales para las partes los cuales se radican en sus respectivos patrimonios.

2.1.5 BIBLIOTECAS VIRTUALES

Las bibliotecas virtuales son una colección de archivos digitales dispuestos en una plataforma a la que tiene acceso el usuario que ha pagado por dicho acceso o se ha hecho dueño de archivos permanentes contenidos en ella, como en el caso de las colecciones de obras musicales o audiovisuales. Constituyen parte del patrimonio de su titular, dado que éste ha pagado u obtenido las licencias legales, tanto para el acceso como para el uso en calidad de dueño de los archivos de que se trate la compilación. Tanto su obtención como su mantención provendrán de la celebración de un contrato de adhesión entre un proveedor y un usuario final.

Su transmisibilidad pareciera indiscutible a la luz de las normas del derecho sucesorio, sin perjuicio de no serlo por una restricción impuesta por el proveedor en atención a que entiende que el titular es dueño de una licencia de uso específico y personal que se extinguiría con su muerte, lo que no ocurriría por ejemplo con los libros en papel de la biblioteca personal del causante, en circunstancias que en ambos casos ha pagado un precio por los libros y éstos tienen un valor pecuniario después de sus días. Se podría pensar como solución el hecho de que si el titular imprime sus colecciones digitales o traslada a algún soporte digital sus obras digitales audiovisuales, esos objetos físicos que se ha procurado el titular como consecuencia de las acciones descritas, formarían parte ahora de su patrimonio y por ende se transmitirían por causa de muerte, pero a lo que acá apuntamos es a la transmisión del activo digital en las mismas condiciones y con las mismas prerrogativas en que fue adquirido por el titular originario.

En el año 2012 se conoció la noticia de que el actor Bruce Willis estaba estudiando con sus abogados la posibilidad de demandar a Apple puesto que quería legar sus colecciones musicales a sus hijas y se encontró con una realidad que no le permitiría hacerlo por los términos de uso de las licencias en que había convenido voluntariamente a través de un contrato de adhesión con la firma titular de iTunes. Desestimó llevar el caso a Tribunales pero su ejemplo trajo consigo la develación de

una realidad jurídica hasta ese momento no muy conocida por los usuarios y es el hecho de que en el caso de este tipo de activos digitales no estamos “comprando” su contenido, sino “arrendándolo” o usándolo autorizadamente cada vez que accedemos a él²⁵.

Centrémonos en los dos proveedores más grandes de contenidos digitales: Amazon para los libros (Kindle) y Apple para música (iTunes)²⁶. Ambas empresas venden sus productos con derechos que los hacen “no transferibles” lo que implica que forman parte del patrimonio de su titular sólo en vida de éste y no después de sus días. Prohíben ceder o transmitir los contenidos contratados además de limitar el número de dispositivos en que se pueden usar.

Bajo las anteriores premisas y en el hipotético caso de que las bibliotecas físicas desaparezcan con los siglos por deterioro u otras causas, o que los soportes musicales se extingan por las mismas razones, la transmisión del conocimiento y de la cultura se verá desnaturalizada como consecuencia de la imposibilidad del traspaso de estos bienes de generación en generación habida consideración de que la preservación digital del conocimiento como está dispuesta hoy por cláusulas que podrían ser abusivas no sólo para el titular sino que para la sociedad toda, nos puede conducir a una dificultad general del mundo del conocimiento y la cultura.

De considerarse estos activos como susceptibles de ser transmitidos por causa de muerte cabe hacer presente la ventaja de la fácil detectabilidad en cuántos activos del causante por cuanto bastaría que los herederos pidieran la información a los proveedores de estos servicios a fin de determinar la existencia y extensión de activos digitales a nombre de quien representan y así solicitar los traspasos o claves de acceso respectivas. Es más, pareciera ser que en esta clase de activos digitales fuere prescindible la voluntad expresa de su titular en cuanto a la transmisión de los mismos dado que por un parte serían patrimonio determinable y tangible y por otra parte no representan ni reflejan una continuación de la identidad digital del mismo que requiera de gestión susceptible de ser detallada por el titular.

2.1.6 CUENTAS CON SISTEMA DE PAGO PROPIO

²⁵ <http://www.eveliux.com/mx/La-compra-de-libros-y-musica-digital.html> [26 agosto 2019].

²⁶ <https://latindot.com/duro-de-heredar/> [26 agosto 2019].

Aquí nos referimos al usuario que realiza transacciones con monedas de pago virtual de adquisición previa a la realización del gasto o pago que se realice con ellas. Implican una adquisición pagada de ciertos protocolos en los que se apoya, que permiten realizar transacciones futuras pagadas con validación previa. El caso más conocido en la actualidad de este tipo de aplicaciones es BITCOIN.

Se le define como una moneda virtual e intangible apta para ser utilizada como medio de pago. Al igual que lo que ocurre con el dinero que tenemos en nuestro banco los BITCOIN aumentan o disminuyen de nuestra cuenta personal según realicemos ingresos o gastos, la única diferencia es que no existe la posibilidad de monetizarlos, como ocurre por ejemplo, cuando retiramos dinero de un cajero automático²⁷

En definitiva, se trata de cuentas provistas de dinero para ser gastado digitalmente a través de la red, luego y sin perjuicio de su intangibilidad, constituyen patrimonio real -o saldo- para su titular, tal como se habrá estipulado en el respectivo contrato de adhesión celebrado por las partes.

En estos casos, pareciera que la dificultad en la transmisibilidad pudiera estar morigerada por la facilidad que debiese haber en la determinación de los saldos a favor del titular, sin embargo, la dificultad en la materia, comienza con el desconocimiento de los causahabientes de la existencia de estas inversiones y al igual que en el numeral anterior estimamos que la voluntad explícita del titular para efectos de la transmisibilidad carecería de importancia por cuanto no reflejaría una continuidad de la identidad digital del mismo sino que refleja derechamente patrimonio susceptible de ser transmitido por causa de muerte.

Para el notario español José Carmelo Lopis²⁸, especialista en derechos digitales, las monedas virtuales forman parte del patrimonio sucesorio. Reconoce que a la fecha no tienen la consideración de dinero de curso legal, sin embargo de lo cual, se las debe considerar como un derecho susceptible de valoración económica y por ende transmisible por causa de muerte. Señala que forman parte del patrimonio hereditario

²⁷ <http://computerhoy.com/noticias/internet/que-es-bitcoin-como-funciona-donde-compran-5389> [06 de junio de 2017].

²⁸ <http://www.notariallopis.es/blog/i/121/73/herencias-con-bitcoin-un-caso-de-futuro> [26 agosto 2019]

de sus titulares por lo que habría que partir de la base de la transmisibilidad de esos derechos conforme a las reglas sucesorias generales adecuándonos a las peculiaridades propias del objeto transmitido: su carácter y almacenamiento electrónico, y la existencia de claves privadas. Estima que por una cuestión práctica es aconsejable realizar testamento al efecto a objeto que los herederos conozcan su existencia. La inexistencia de testamento no obsta su transmisibilidad pero debemos considerar que los bitcoins, independiente de su cuantía, no son bienes que puedan ser conocidos, notorios, comunes y de fácil acceso al heredero. A fin de evitar esta opacidad patrimonial es que se recomienda que su titular otorgue testamento en que conste la existencia de estos derechos patrimoniales.

En cuanto a la existencia de claves privadas como particularidad de este tipo de activos cabe señalar que la dificultad que se vislumbra por el hecho del carácter privado y personal de las claves. El revelarlas en cualquier otro documento que no sea un testamento (por las garantías de seguridad y secreto que ofrece) podría poner en riesgo la inversión al punto de perderse. Hace presente este autor que incluso las claves deberían ser dejadas en un documento aparte del testamento, reservado al acceso de la totalidad de los herederos por la vía de la obtención de sus respectivas copias. Tendrían acceso a este documento los asignatarios finales de ese patrimonio digital.

A nuestro parecer, la recomendación que se hace en cuanto a otorgar testamento para programar el destino de estos activos, debiese ser solo eso, una recomendación, por cuanto nada obsta su transmisibilidad en ausencia de la declaración de voluntad del causante en este sentido. Se trata de activos determinables y cuantificables integrantes del patrimonio de su titular.

2.2 NATURALEZA JURÍDICA

En el capítulo anterior, al referirnos a los Nombres de Dominio hemos constatado que al menos, respecto de este tipo de activos digitales, se ha dado una discusión jurídica en cuanto a determinar su esencia. Dicha discusión puede ser de gran utilidad para la determinación de la naturaleza jurídica de los nombres de dominio,

de las cuentas en redes sociales de que se es titular así como la de los canales de Youtube en cuanto a la cuenta misma o plataforma que permita su uso futuro. Lo anterior dadas las similitudes existentes en cuanto a la forma como se obtienen así como los fines para los cuales se realiza dicha adquisición, con sus respectivos matices.

A propósito de la discusión señalada, me permito citar el contenido del artículo publicado por el profesor Marcos Morales Andrade en la Revista Chilena de Derecho Informático de la Universidad de Chile acerca de la naturaleza jurídica de los nombres de dominio y sus consecuencias en el derecho nacional. Se señala en el mismo que, a nivel comparado, existen tres grandes posturas que intentan explicar la naturaleza jurídica de los nombres de dominio y consecuentemente los derechos que su titular detenta sobre ellos:

a. Tesis del bien autónomo.

Esta postura tiene origen en EEUU y, según ella, los nombres de dominio serían bienes inmateriales con contenido patrimonial sobre los cuales pueden ejercerse derechos. Podrían consecuentemente transferirse, gravarse y embargarse. A nuestro juicio -por ende- también debiesen poder transmitirse. Su sustento legal arranca de la ACPA (Anticyberquatting Consumer Protection Act. vigente desde el 29 de noviembre de 1999 y que modificó la Trade Mark Act. de 1946). Esta normativa prohíbe la inscripción, tráfico o uso de nombres de dominio idénticos o confundibles con marcas registradas y permite el ejercicio de acciones *in rem* en el evento que el titular del nombre del dominio sea desconocido pudiendo, en tal caso, el demandante actuar directamente con respecto al nombre de dominio y con prescindencia del titular demandado. La regulación de la ACPA demostraría entonces, según esta tesis, que los nombres de dominios son autónomos, desligados del contrato de registro. Se agrega también el argumento de que si los nombres de dominio no fueren bienes en sí mismos

no podría explicarse la existencia y proliferación de sitios web dedicados a comprarlos, venderlos o subastarlos.²⁹

b. Tesis del contrato de prestación de servicios.

Esta postura sostiene que los nombres de dominio serían únicamente la manifestación de un contrato de prestación de servicios entre el titular y la entidad registradora y, por tanto, no serían bienes, ni tampoco derechos con relación a un bien. Se origina en el fallo del caso “Umbro.com”, por la Corte Suprema del estado de Virginia, del año 2000, en el cual Umbro International, Inc. demandó a la entidad registradora Network Solutions Inc. (NSI), para que hiciera efectivo un embargo sobre dominios disputados. En primera instancia se determinó que los dominios eran propiedad intangible, sujeta a embargo, lo cual no fue acogido por la Corte Suprema de Virginia, la que consideró, en fallo dividido, que un nombre de dominio sólo es un contrato de prestación de servicios entre titular y la entidad registradora y no es un bien en sí mismo ni un derecho con relación a un bien susceptible de embargo. No es una postura unánime en la Jurisprudencia de EEUU. Los defensores de esta tesis señalan que lo que se “vende” o “subasta” en la web, no son bienes si no que solamente se trataría de cesiones de derechos.³⁰

c. Tesis de los signos distintos.

Esta visión, sería una variante de la tesis del bien autónomo. Equipara los nombres de dominio con los signos distintivos de la empresa (marca o nombre comercial) por cuanto desempeñarían funciones distintivas propias de estos. Otro sector de esta doctrina equipara los nombres de dominio con los rótulos de establecimientos comerciales, ya que el sitio web correspondiente al nombre de

²⁹ MORALES ANDRADE, MARCOS, “ Naturaleza Jurídica de los Nombres de Dominio y sus consecuencias en el derecho chileno”, Revista Chilena de Derecho Informático, nº5. 2004, pág 72.

³⁰ Ibidem, pág. 73.

dominio permitiría el contacto entre la empresa y el cliente de manera análoga a la función que desempeña el rótulo en el establecimiento comercial.³¹

- Naturaleza jurídica del nombre de dominio en el derecho nacional.

En Chile las posturas doctrinarias no presentan mayor diferencia con respecto a la dogmática comparada, aunque en opinión de Morales, el debate se ha desnaturalizado por la introducción en la temática del derecho de propiedad. En nuestro medio se sustentan las tesis del bien autónomo y la de contrato de servicios pero desde la perspectiva del derecho de propiedad. Así, conforme a una primera corriente, los nombres de dominio serían bienes autónomos, objeto del derecho de propiedad.

La otra vertiente de pensamiento, esto es, la que dice que es un contrato de prestación de servicios, ha recibido mayor aceptación, aun cuando tampoco ha logrado aislarse de la temática del derecho de propiedad. Según ellos, el nombre de dominio se confunde con los derechos personales que emanan del contrato de prestación de servicios entre el titular y NIC Chile, titular que tendría propiedad sobre su derecho personal, de manera que cuando en la práctica se vende un nombre de dominio, en rigor, se trata de una cesión de derechos personales que emanan del contrato con NIC Chile sin que ello signifique un traspaso del nombre del dominio propiamente tal.³²

Por último, también existen seguidores de la tesis de los nombres de dominio como signos distintivos atípicos, identificadores de productos y servicios, similares a las marcas comerciales. Morales cita como exponentes a Sánchez Serrano, Medina Jara, Donoso y Sandoval y señala, asimismo, que en buenas cuentas estos autores se inclinan por la tesis de los derechos personales, ya que, si se los califica como signos distintivos, debería reconocerse necesariamente su naturaleza de bienes con existencia y subsistencia independiente de la relación jurídica contractual.

Para Morales, son numerosos los reparos que pueden esgrimirse contra la tesis del derecho de propiedad sobre los nombres de dominio y tal vez por ello, es que la

³¹ Ibidem, pág. 74.

³² Ibidem, pág. 75. Morales cita como defensores de esta doctrina a Carey, Carrasco, Donoso, Sánchez Serrano y Sandoval.

tesis que los equipara a derechos personales que emanan del contrato de registro sea la más aceptada. Sin embargo, señala, que varios defensores de ésta comparten, a la vez, la creencia que los nombres de dominio son signos distintivos atípicos, no habiéndose generado una discusión acerca de la incompatibilidad entre una y otra postura.

También dice que debido a la introducción en el debate de la mirada del derecho de propiedad, la discusión estaría mal enfocada, puesto que, de uno u otro modo, las posturas extremas giran en torno a si el titular del nombre de dominio tiene o no derecho de propiedad sobre éste en sí mismo o sobre el derecho de propiedad, sobre el derecho personal emanado del contrato, centrando la discusión exclusivamente en ese derecho real, no poniendo el foco en si el nombre de dominio puede o no considerarse como un objeto sobre el cual sea factible ejercer derechos.

Morales indica que en nuestro medio no sería aceptable la tesis del derecho de dominio, en atención a que la estructura jurídica de adquisición de la propiedad estaría regulada desde la CPR en su artículo 19, nº 24 inciso segundo, el que dice que “solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad”, con lo cual se consagraría una reserva legal en la configuración del derecho de propiedad.

Consecuente con lo anterior, si los nombres de dominio fueren bienes susceptibles del derecho de propiedad, debiera existir entonces algún modo de adquisición contemplado con rango legal que les fuere aplicable y conforme a los modos de adquirir el dominio según el Código Civil se concluiría que ninguno de ellos resultaría aplicable en estos asuntos. No habría cabida para adquisiciones originarias ni tampoco hay tradición, ya que, dicha institución sería propia de la adquisición derivativa, siendo que en el acto de registro de un nombre de dominio no existe transferencia de ninguna naturaleza y tampoco un bien objeto de dominio preexistente, sin perjuicio de que pueda sostenerse que este argumento solamente vale para el registro originario del nombre de dominio, pero no para las eventuales futuras transferencias, en cuyo caso habría una adquisición derivativa a disposición de la tradición del nombre de dominio.

En ese mismo sentido se sostiene que este hipotético descargo es insostenible en virtud del principio de que nadie puede adquirir más derechos que su antecesor y si

el titular originario no es dueño del nombre dominio, objeto de la supuesta tradición, mal podría transferir dicho derecho a favor de otro.³³

Asimismo, Morales señala no compartir la corriente que califica los nombres de dominio como signos distintivos “atípicos” de empresas, productos y servicios. Señala que si bien debe reconocerse que estos cumplen muchas veces funciones distintivas, esto no es necesariamente así en todas las ocasiones, ni es su propósito *per se*, por lo que parece impropio sostener que los nombres de dominio sean intrínsecamente tales signos distintivos.

Conforme a la normativa chilena, tampoco podríamos llegar a concluir aquello, puesto que la ley 19.039, sobre Propiedad Industrial no menciona a los nombres de dominio en la categoría de los signos distintivos. Lo anterior no obstaría que mediante la ley se les pudiera dar ese carácter a los nombres de dominio, partiendo del supuesto que la Constitución Política, al garantizar la propiedad industrial no propone un catálogo cerrado o taxativo. Así las cosas, señala Morales, la Carta Fundamental en su artículo 19, numeral 25 inciso tercero, dispone que “se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas por el tiempo que establezca la ley”. Sin embargo, este autor sostiene que no parecería conveniente incluir los nombres de dominio en el catálogo de signos distintivos puesto que entiende que, si bien, la función que desempeña un hecho u objeto jurídico puede resultar útil para su categorización dentro de la estructuras jurídicas preexistentes, ello no significa que tal función sea, necesariamente, consubstancial a su entidad.

Dicho lo anterior, se concluiría necesariamente que la postura que asimila el nombre de dominio a los efectos del contrato entre su titular y NIC Chile es la única viable en nuestro ordenamiento jurídico, dado que no es posible adecuar la entidad del nombre de dominio a las categorías jurídicas actualmente existentes en nuestro derecho.

El autor citado nos dice que para comprender los alcances de la naturaleza jurídica del nombre de dominio en nuestro sistema jurídico es necesario analizar los efectos del vínculo contractual entre el titular y NIC Chile en cuanto tengan incidencia

³³ FERNANDO ROZAS VIAL, Los Bienes Editorial Jurídica Cono Sur, 1998 pág. 118 Y 119.

para la configuración o delimitación de los derechos del titular. Hay consenso en nuestro medio, según él, en calificar dicho vínculo como un contrato de prestación de servicios regido por el derecho privado, sin perjuicio de que exista una reglamentación de carácter público que lo regula pero que no es ejercicio de potestad reglamentaria, por lo que, al tratarse de una convención que genera derechos y obligaciones, resulta jurídicamente correcto asignarle la categoría de contrato, el cual participa de las características de un contrato de adhesión ya que sus cláusulas son establecidas unilateralmente por NIC Chile y están contenidas en un formato que no puede ser modificado ni discutido por el solicitante. Como consecuencia de esto, las cláusulas contenidas en el contrato de registro deben interpretarse a favor del adherente, tal como lo ordena el artículo 1566 inciso segundo del Código Civil. Otra consecuencia sería la aplicabilidad de la ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, particularmente su párrafo 4 del Título 2, artículos 16 y ss. en cuya virtud se dejarían en entredicho algunas cláusulas de la reglamentación vigente, como aquella que permite a NIC Chile modificar o reemplazar unilateralmente dicho contrato las veces que sea necesario (cláusula 22 del Reglamento de NIC Chile)³⁴ lo que, conforme al artículo 16 letras a y c de la ley 19.496 ³⁵, no producen efecto alguno por ser abusivas.

Además de ser un contrato de adhesión se lo puede caracterizar como de tracto sucesivo puesto que las obligaciones, al menos para NIC Chile, consisten en prestaciones continuas durante cierto espacio de tiempo.

Si analizamos los efectos de este contrato de registro podremos configurar los derechos que detenta el titular del nombre de dominio a partir de la extensión de ellos, la cesibilidad y estabilidad de los derechos del titular así como su terminación y efectos posteriores.

· Efectos del contrato de registro

³⁴ “22. NIC Chile podrá modificar esta Reglamentación, incluyendo sus Políticas y Procedimientos. (...)”.

³⁵ (Anexo 1)

- Extensión de los efectos de contrato: como consecuencia de la celebración del contrato de registro, su titular adquiere un derecho de uso exclusivo para individualizar e identificar un computador determinado conectado a internet. La entidad registradora contrae la obligación correlativa de administrar el nombre de dominio vinculándolo a la dirección numérica IP señalada por el solicitante.³⁶ Si bien es cierto los contratos producen efectos entre las partes que lo celebran, hay cierto tipo de convenciones que igual existen respecto de terceros, los que se ven afectados por el denominado “efecto reflejo” o “expansivo” de los contratos, pudiendo al efecto el titular de un nombre de dominio oponer a estos terceros su derecho de uso exclusivo. Así las cosas, emana de este contrato una situación jurídica para los terceros que nadie puede desconocer otorgándole vigencia *erga omnes*.³⁷

- Cesibilidad de los derechos del titular: Morales nos dice que estaría reconocido el carácter comerciable del nombre de dominio, en atención a que la cesibilidad de los derechos del titular es admitida expresamente en la RNCh (Reglamentación para el Registro de Nombres del Dominio .CL de NIC Chile), particularmente en su artículo 16 que regula el cambio de titular de un nombre de dominio, el cual señala: *“el cambio de titular de un nombre de dominio tendrá lugar, en caso de cesión, sucesión por causa de muerte o por resolución de autoridad jurisdiccional, de acuerdo a las disposiciones del procedimiento respectivo”*. La misma norma dispone que *“para dar curso al cambio de titular de un nombre de dominio por muerte del titular, se requerirá la presentación del certificado de la inscripción del decreto judicial o de la resolución administrativa que otorgue la posesión efectiva. En caso de pluralidad de herederos, el dominio quedará a nombre del representante que deberán designar al efecto”*.

Consecuencia de lo anterior, es que mediante la cesión, el titular transfiere por acto entre vivos sus derechos personales contenidos en el contrato de adhesión

³⁶ Ibidem, pág. 84.

³⁷ LÓPEZ, op. Cit. Tomo II, Pág.360-361, citado en el artículo ibidem, pág 84.

celebrado con NIC Chile, derivando al adquirente los mismos derechos y obligaciones que tenía como tal.

Resulta interesante constatar que la reglamentación precedentemente citada, aparte de reconocer la posibilidad de cambiar al titular de un nombre de dominio a través de una cesión de derechos (lo que probaría su propiedad respecto de los mismos), reconoce que el cambio de titular puede obedecer o tener su origen en la sucesión por causa de muerte, requiriendo para tal efecto, la respectiva documentación judicial o administrativa que así lo constate. Es más, al exigir la documentación administrativa o judicial en torno a la posesión efectiva -certificado-, deja abierta la posibilidad a que la transmisión de este activo digital pueda provenir de una sucesión tanto testada (resolución judicial) como intestada (resolución administrativa) lo que, en todo caso, evidencia que un nombre de dominio es un activo transferible por cuanto forma parte del patrimonio de su titular, o dicho de otra manera, los efectos del contrato de adhesión suscrito entre el causante y NIC Chile se radican en su patrimonio al momento del registro y son transmisibles por causa de muerte por reconocimiento expreso y reglamentario de la entidad registradora.

Visto lo anterior, es de suyo razonable sostener que este mismo criterio pueda aplicarse a cualquier otro activo digital que participe de características análogas a los nombres de dominio;

-Estabilidad de los derechos del titular: Existe una cláusula contenida en la RNCh, que pareciera atentar contra la estabilidad de esta convención: el numeral 22 señala que *“NIC Chile podrá modificar esta reglamentación, incluyendo sus políticas y procedimientos”*, lo que podría poner en riesgo lo ya pactado, pero como hemos señalado, en la medida que las modificaciones irroguen perjuicio para su titular, dicha cláusula no producirá efecto alguno, por ser abusiva, conforme al artículo 16 letra A de la ley 19496.

-Terminación del contrato: los derechos personales emanados del contrato de registro pueden tener el carácter de perpetuos para su titular en la medida que se cumpla con la carga de la renovación oportuna del respectivo nombre de dominio, sin perjuicio de

lo cual, nada obsta que el contrato pueda ser objeto de terminación por mutuo acuerdo de las partes o por la sola voluntad del titular.

No en todas las aplicaciones o activos digitales existe como requisito para la obtención del registro, la obligatoriedad de realizar un pago único o periódico al proveedor o desarrollador de las mismas, luego, la perpetuidad no siempre estará condicionada a la realización o no de determinado pago.

El contrato de registro puede terminar también, a *contrario sensu*, por no renovar oportunamente el nombre de dominio, o bien por la solicitud de revocación que toda persona natural o jurídica puede pedir, si estima afectados sus derechos por la inscripción de un nombre de dominio determinado.³⁸

Por otra parte, según expresa Morales, se debe responder negativamente a la pregunta de si NIC Chile puede poner término unilateral al contrato, añadiendo que el titular está facultado a accionar en caso de negativa al cumplimiento de la obligación de administración del nombre de dominio, pudiendo pedir el cumplimiento forzado de las obligaciones, con indemnización de perjuicios, si fuere el caso. En virtud de la norma de defensa de los derechos de los consumidores que hemos citado precedentemente, tampoco NIC Chile podría terminar unilateralmente el contrato o tomar la decisión unilateral de no renovar el nombre de dominio de su titular.

Finalmente, es procedente la terminación de este contrato por incumplimiento de la obligación del titular de las tarifas de renovación, según la cláusula 5 del RNCh.

A la luz de lo dicho, se puede concluir que para el caso de los nombres de dominio ha sido suficiente la autorregulación y la normativa administrativa sin la intromisión de la potestad legislativa, lo que pudiese evidenciar la falta de necesidad de normas positivas estatales en este ámbito.

Sin embargo, la irrupción exponencial de otros bienes digitales, más allá de los nombres de dominio y a veces con características propias o distintas, podrían hacer aconsejable una regulación legislativa en un mediano plazo, en aras de la protección de los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones que involucran bienes digitales de todos los tipos.

³⁸ Cláusulas 5 y 18 del RNCh.

Dicho lo anterior respecto de la naturaleza jurídica de los nombres de dominio y en el entendido que la analogía en relación con los demás activos digitales sería oportuna, entenderemos, al hablar de la naturaleza jurídica de tales bienes que estamos frente a “cosas incorpóreas” de las que trata el párrafo segundo del título primero del libro segundo del Código civil chileno consistentes en “derechos personales” provenientes de las respectivas convenciones digitales que los ponen en operatividad. Los contratantes contraen obligaciones correlativas y/o cargas en su caso. Por tratarse de hechos que se deben (establecidos en los contratos de adhesión) su naturaleza jurídica será de carácter mueble. Respecto de estos hechos que se deben, o efectos del contrato, existiría un derecho de propiedad radicado en el patrimonio de su titular, patrimonio susceptible de ser enajenado en vida del mismo y no se vislumbra, por qué no, susceptible de ser transmitido por causa de muerte

La operativa para la adquisición de activos digitales pareciera ser siempre la misma; se celebran contratos electrónicos de adhesión con las diferentes aplicaciones ofrecidas. En dichos contratos el usuario, sin perjuicio de carecer de capacidad negociadora o alteradora de los servicios ofrecidos, así como contrae obligaciones también adquiere derechos y por ende las herramientas para poder cautelar debida y jurídicamente dichos derechos. O sea, si bien, por una parte, se aceptan las condiciones impuestas por el proveedor de la aplicación, por otra parte, se adquieren una serie de derechos que se radican en el patrimonio del individuo y que gozan de cautela jurídica, como hemos explicado.

El profesor Fernando Rozas Vial en su obra “Los Bienes” (1998) señala que cuando la obligación es “de hacer”, el derecho y la acción para exigir su cumplimiento son muebles porque los hechos que se deben se reputan muebles. La acción para que el artífice ejecute la obra convenida o resarza los perjuicios causados por la inexecución del convenio, entra por consiguiente en la clase de los bienes muebles³⁹. El artículo 581⁴⁰ del Código Civil chileno -que ya transcribimos en lo precedente- circunscribe, en nuestra opinión, más todavía la naturaleza jurídica en comento.

³⁹ FERNANDO ROZAS VIAL, Los Bienes Editorial Jurídica Cono Sur, 1998 pág. 38.

⁴⁰ Código Civil Chileno. Artículo 581.

Dicha norma es clara en cuanto a señalar que los hechos que se deben se reputan muebles y cuando ejemplifica, en cuanto estimar que la inexecución de un convenio, o la acción destinada a resarcir eventuales perjuicios por la inexecución de un convenio entran en la clase de los bienes muebles, o sea, la naturaleza jurídica de los hechos derivados de una convención entre las partes se consideran bienes muebles para la legislación chilena, así como también se considera mueble la acción destinada a dar operatividad a la respectiva convención en caso de ser necesario.

Así las cosas, los efectos de los contratos de adhesión, esto es, los derechos y obligaciones que emanan para las partes que contrataron una aplicación digital, así como las acciones para exigir su cumplimiento, son de naturaleza mueble y se radican en el patrimonio de su titular. O sea, las aplicaciones en sí asemejadas a los efectos de los contratos a los que se adhiere para darle existencia, son de naturaleza mueble, participando de ese estatuto jurídico en vida y post mortem de su titular. Todo, sin perjuicio de que independientemente de la aplicación propiamente tal como contrato, pueda existir o haber generación de contenido patrimonial a favor del titular como sería el caso de una cuenta en la aplicación Instagram que genere ganancias económicas para su titular. Así, al postular la idea de la transmisibilidad de la aplicación de que se trate lo hacemos en el entendido que lo que se transmite son los efectos del contrato de adhesión que celebró su titular con el proveedor respectivo sin perjuicio de que además ese activo digital en particular sea capaz de generar recursos económicos, los que entendemos como una consecuencia de la gestión que se le haya dado por parte de su titular al mismo y que de transmitirse la aplicación a los herederos del causante podrá seguir generando ganancias económicas para sus continuadores.

La importancia de clasificar a los bienes que componen la identidad digital como derechos personales, por ende bienes muebles, emanados de convenciones de las que se desprenden obligaciones correlativas para los contratantes, radica en la posibilidad de sostener que, en tanto bienes muebles, no solamente podrían ser enajenados por su titular en vida de este, sino que además, debiesen poder ser transmitidos por causa de muerte más aún cuando se les pueda reconocer la capacidad de seguir generando valor económico consecuencia de la gestión digital realizada por su titular.

Francisco Rosales (2016)⁴¹ reconoce valores claros y propios de la identidad virtual. Por un lado, reconoce la existencia de personas y empresarios que realizan o estructuran sus negocios a través de su identidad virtual en las respectivas páginas web de sus empresas y por ende se puede proyectar un futuro económico al respecto. Por otra parte, la importancia de la gestión que se realice de esta identidad virtual lo que se traducirá en mayor o menor valor económico futuro de la misma. Por último, reconoce también la innegable existencia de activos ciento por ciento digitales de contenido económico determinado e independiente de la actividad desplegada por su titular lo como sería el caso de contar con saldos a favor en criptomonedas o ser poseedor de bibliotecas digitales compuestas de obras por las que se ha pagado para su descarga.

Dicho lo anterior y a la luz de lo que señalamos respecto de la naturaleza jurídica se desprende la posibilidad de homologar los efectos jurídicos allí delimitados con los efectos jurídicos y criterios a aplicar en aplicaciones en redes sociales. Se vislumbra así mismo como necesario regular por medio de la ley la transmisibilidad por causa de muerte de los activos, sea con el objeto de simplemente dar continuidad a la identidad digital del causante, o bien sea con el objeto de, junto con dar continuidad a la identidad digital del causante, obtener los réditos o ganancias económicas que dicha continuidad pueda ofrecer.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de los canales de Youtube dependiendo del material que contengan los videos subidos por el titular, podrán estar protegidos por las reglas del derecho de autor y no habrá entonces necesidad de regulación específica en la materia. Sin embargo esta situación dice relación con el contenido mismo que se ha depositado en el canal pero para los efectos de este trabajo nos interesa determinar la naturaleza jurídica del canal en sí mismo, o plataforma, independiente de su contenido. Si bien es cierto, los videos creados por youtubers se consideran obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual, cuando su autor los sube a la plataforma se le otorga al prestador una licencia de explotación económica de dichas obras. Youtube en la cláusula 8ª de sus términos y condiciones de uso lo explicita señalando que cuando el titular de la cuenta pública o

⁴¹ LEÓN, RICARDO OLIVA, *Testamento ¿Digital?* Juristas con futuro, 2016

carga un contenido en la plataforma, está otorgando una licencia mundial, no exclusiva, para utilizar, reproducir, distribuir, realizar obras derivadas, mostrar y ejecutar ese contenido. Así mismo se estará otorgando una licencia mundial en favor de cada usuario para acceder a su contenido a través del servicio y para utilizar, reproducir, distribuir, realizar obras derivadas, mostrar y ejecutar ese contenido. Además de lo anterior Youtube señala que las licencias antes mencionadas quedarán canceladas cuando el titular elimine o borre sus videos⁴².

De esta manera podemos ver que si bien es cierto la plataforma no se hace dueña de los videos ni de su contenido, se hace titular de una licencia de explotación la cual puede quedar sin efecto automáticamente y por mera voluntad del usuario por el solo hecho de bajar ese contenido. Luego, si se reconoce esta soberana voluntad del usuario para administrar estas licencias (de contenido patrimonial) nada debiese obstar para que se reconociera así mismo la posibilidad de que el titular del canal disponga del mismo para después de sus días manifestándolo así expresamente vía testamento en el caso que implique una continuidad de su identidad digital. Lo interesante para los herederos, en el caso de un canal que genere recursos económicos, no será necesariamente el heredar la titularidad de los derechos intelectuales que emanan del contenido aportado por el titular, lo interesante será poder continuar usando y explotando ese canal en particular, la cuenta en si misma, con contenido nuevo incluso pero con una audiencia ya fidelizada por su creador original. Por lo anterior estimamos que comparte naturaleza jurídica con el nombre de dominio respecto del cual lo que opera es la transferencia o transmisión del nombre de la página en particular independiente de su contenido.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de los correos electrónicos diremos que es un medio de comunicación que permite la transmisión de datos, flujo o distribución de material protegido por el derecho de autor, transacciones económicas y correspondencia en general⁴³. Dependiendo de la perspectiva desde la cual se analice el correo electrónico posee una múltiple naturaleza:

⁴² YOUTUBE, Términos y Condiciones, cláusula octva.

⁴³ <https://delitosinformaticos.com/delitos/correo.shtml> [26 agosto 2019].

1. Como correspondencia o comunicación, tiene la misma naturaleza del correo tradicional, con la diferencia que las comunicaciones se transmiten por la red. Desde este punto de vista, goza de la privacidad garantizada a nivel constitucional. De ahí que, en principio y como norma básica, es inviolable y no puede ser interceptado, abierto, manipulado, retenido o violentado de cualquier forma, sin autorización judicial o sin consentimiento de su titular. Así las cosas, y como señala el n°5 del art.19 de la CPR, el correo electrónico tiene garantizada su inviolabilidad, lo que implica el reconocimiento de este activo digital como una forma de correspondencia protegida, tanto de los datos recibidos como de los datos enviados. Nuestra propuesta de transmisibilidad de este activo digital, a nuestro juicio no colisiona con esta garantía, puesto que se postula la transmisión del nombre de la casilla propiamente tal, más no del contenido del correo electrónico. La transmisión de la casilla como tal, a nuestro juicio, tiene fundamento en argumentos prácticos como son el hecho de que esa casilla estará registrada en los demás activos digitales del causante cuyos proveedores requieren de ella para la existencia del activo del que se trate.

2. Como conjunto de datos: el correo electrónico es un conjunto de datos del usuario y como tal su manipulación se encuentra supeditada a las normas relativas a la protección de datos personales. Conforme a esta naturaleza jurídica, no debiese operar la transmisibilidad del correo como portador de datos transmitidos en los mensajes electrónicos pues el correo electrónico condensa datos del individuo cuya manipulación podría poner en vulnerabilidad su derecho a la auto determinación informativa.

3. Correo como transmisor de derechos protegidos por derecho de autor: en este sentido el análisis va al enfoque del derecho de autor, en tanto es un medio de comunicación por el que se pueden transmitir obras literarias, científicas o artísticas. El Email transporta material que ha sido digitalizado, lo que hace fácil su difusión. La digitalización consiste, en resumen, en la conversión de cualquier modalidad de información a un código binario decodificable por un computador que lo convertirá de nuevo en el mensaje original. La cuestión que se plantea es si tal acción es o no un atentado contra la integridad de la obra. El texto en sí mismo del correo electrónico, aun sin la transmisión de una obra protegida por derecho de autor, goza de protección de esta naturaleza. Sería una carta personal pero en formato digital que requerirá ser

original y contener las características de la identificación de la personalidad. La exigencia de la originalidad limitará esta protección, por cuanto estos mensajes son, con frecuencia, obras muy sencillas y de escaso o nulo valor artístico, científico o literario y, por de pronto, carentes de tal originalidad. En resumen, si el correo electrónico conlleva alguno de estos elementos que le hagan merecer protección de derecho de autor, será esta legislación la que determinará el estatuto que se le debe aplicar.

Por último, en lo que dice relación con la naturaleza jurídica de las colecciones de obras digitales y de las monedas con sistema de pago propio consideramos que estamos frente a activos determinables y cuantificables económicamente, de naturaleza mueble y que se debiesen regir por las reglas sucesorias ordinarias partiendo de la base que las limitaciones en la transmisión que puedan poner los proveedores amparados en que el titular no era dueño del activo sino que detentaba una licencia de uso respecto del mismo (dichas limitaciones contenidas en los contratos de adhesión respectivos), debiesen considerarlas nulas por controvertir las normas generales del derecho sucesorio, o al menos abusivas no sólo para su titular sino que lo pueden ser también para toda la sociedad por la dificultad futura que puede haber en la transmisión del conocimiento y la cultura. Lo anterior se debiese tutelar con normativa legal explícita al efecto.

2.3 TRANSMISIBILIDAD DEL PATRIMONIO DIGITAL VÍA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE. PROBLEMAS PRÁCTICOS.

Una vez reconocido el hecho de la relevancia patrimonial que puede traer aparejada una determinada gestión de la identidad digital del individuo conteniendo esta activos digitales determinables obtenidos a través de la suscripción de contratos de adhesión y una vez entendido el hecho de que los titulares de los mismos detentan derechos personales ingresados a su patrimonio en relación con esos mismos contratos, creemos que la transmisibilidad de los mismos debiese presentar ciertas particularidades, que veremos en el siguiente capítulo, en atención a que, como ya hemos comentado, la gestión futura de estos activos, en la mayoría de los casos, implicará una prolongación o extensión de la identidad digital del causante la que

debiese contar con mecanismos de control por parte del titular originario. Dicho en síntesis, creemos necesaria la expresión de voluntad explícita en cuanto a la transmisibilidad de los efectos de los contratos de adhesión de activos digitales en la medida que la gestión post mortem de los mismos implique una prolongación de la identidad digital del causante como lo sería una cuenta en Instagram a su nombre. Distinto será el caso de activos digitales que no impliquen gestión de la identidad digital de su titular como el caso de saldos a favor en criptomonedas, por ejemplo, en cuya situación estimamos que la transmisión de los mismos debiese operar independientemente de la manifestación de voluntad de su titular dado que son bienes integrantes de su patrimonio y su futuro rescate no implica gestión alguna en relación con su identidad digital. En todo caso, sea del activo digital de que se trate y con el objeto de que los herederos adquieran los efectos de las convenciones que le dan operatividad, deberá operar la sucesión por causa de muerte teniendo presente que tanto la determinación del patrimonio digital del causante así como la relación futura de los herederos con las empresas proveedoras no estarán exentos de dificultades prácticas y jurídicas.

La transmisibilidad de este tipo de activos digitales pone de manifiesto que las reglas generales del derecho sucesorio, aisladamente consideradas no permiten determinar el destino de aquellos contenidos digitales o de aplicaciones en general que los prestadores ponen a disposición del usuario con el que celebraron un contrato. En ese sentido, la profesora María José Santos Morón, catedrática de derecho civil de la Universidad Carlos III de Madrid se refiere a la intransmisibilidad derivada de los acuerdos contractuales, indicando que una cuestión a considerar es la posible intransmisibilidad establecida en el contrato celebrado por el usuario y el prestador de servicio de internet. Los bienes digitales que tienen naturaleza patrimonial y valor económico en sí mismo, forman parte, en principio, de la herencia, como sería el caso de bitcoins, nombres de dominio, puntos en programas de fidelización de empresas de transporte u hoteles, etc. ; pero puede ocurrir que el causante, aparente titular de ese bien, no ostente sobre el mismo un derecho de propiedad si no un derecho de carácter meramente obligacional (licencia de uso). Esto ocurrirá en los casos, por ejemplo, de música, video y libros digitales. Lo que el usuario adquiere en realidad, no es la propiedad del archivo o contenido digital si no un derecho a usarlo de acuerdo a las

condiciones del contrato de adhesión. Ahora bien, opina esta autora que el hecho de que el derecho del titular consista en una licencia de uso no es obstáculo *ab initio*, para que sea transmisible por causa de muerte. El problema radicará en que frecuentemente los “términos de uso” determinan la intransmisibilidad del derecho adquirido por el usuario o su extinción con la muerte del mismo. Asimismo, sostiene que estas condiciones generales debiesen determinar la temporalidad y no la transmisibilidad de los bienes digitales y que esas reglas debiesen considerarse nulas por razones de orden público al vulnerar principios fundamentales del derecho sucesorio. Lo dicho implica que aun tratándose de bienes digitales de carácter patrimonial, el heredero solamente podrá adquirir su titularidad cuando el causante tuviese sobre tales bienes la propiedad o un derecho de crédito de carácter indefinido y no limitado temporalmente, conforme a los términos del contrato de adhesión celebrado ⁴⁴. En lo que a nosotros respecta, nos limitaremos a enmarcar el asunto desde la visión del derecho sucesorio chileno

Para la legislación chilena, la sucesión por causa de muerte constituye un modo de adquirir el dominio de los bienes del difunto por parte de sus causahabientes o herederos una vez que el causante ha fallecido.

El profesor Pablo Rodríguez Grez en su libro de Derecho Sucesorio⁴⁵ (2002) señala que la sucesión por causa de muerte supone la extinción legal o natural de una persona para que, de esa forma, los bienes continúen con su circulación natural a los herederos determinados por ley o por la voluntad del testador, en su caso.

Señala el profesor Rodríguez⁴⁶ (2002) que lo que caracteriza a la sucesión por causa de muerte es la transmisión inmediata, instantánea y por el solo ministerio de la ley, de los derechos y obligaciones de la persona fallecida a los herederos. Este efecto obedece al hecho de que no es posible aceptar la existencia de un patrimonio sin titular, por ello, los bienes que conforman el haz hereditario, se traspasan del causante al heredero, sin solución de continuidad. Manifiesta también, que es pertinente cuando la ley habla de transmisión y no de transferencia dado que ésta última supone un acto

⁴⁴ Santos Morón María José, La denominada “herencia digital”. ¿necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado. En Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 10, nº1. Marzo 2018, p.413 -438.

⁴⁵ PABLO RODRÍGUEZ GREZ, Derecho Sucesorio, Editorial Jurídica 2002, pág. 20.

⁴⁶ PABLO RODRÍGUEZ GREZ, Derecho Sucesorio, Editorial Jurídica 2002, pág. 28.

entre vivos, además de la concurrencia de un título y de un modo de adquirir el dominio. La transmisión, en cambio, opera siempre en virtud de la ley y no comprende solamente los bienes y derechos transmisibles, sino también las obligaciones, excepto aquéllas *intuito personae*.

El artículo 951 del Código Civil chileno, ubicado en su título I del libro III, expresa que se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular. El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto. El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo⁴⁷.

Asimismo, la norma señala que las asignaciones a título universal se llaman herencias y las asignaciones a título singular, legados. El asignatario de herencia se llama heredero y el asignatario de legado, legatario⁴⁸.

Cuando la herencia está compuesta por bienes materiales con existencia física, la ley o el testamento resolverán fácilmente su transmisión por causa de muerte. Cuando la herencia se compone de bienes incorpóreos pero no digitales, en ciertos casos, habrá legislación especial que solucione el problema, como sería la transmisión del derecho de autor. Sin embargo, cuando la herencia esté compuesta, además, por bienes de naturaleza digital, el heredero o legatario enfrentará dificultades para materializar sus derechos de tal cómo será la determinación concreta de los mismos, o las dificultades en el acceso que puedan oponer los proveedores amparándose en las cláusulas aceptadas libremente por el usuario como podría ser el pretender establecer la intransmisibilidad de los efectos de esos contratos.

María José Santos Morón (2018)⁴⁹ afirma que es una cuestión muy importante a tener en cuenta es precisamente la intransmisibilidad derivada de acuerdos contractuales. Señala que los bienes digitales que tienen naturaleza patrimonial y valor económico en sí mismos formarían parte, en principio, de la herencia del causante

⁴⁷ Código Civil Chileno. Artículo 951.

⁴⁸ Código Civil Chileno. Artículo 954.

⁴⁹ SANTO MORÓN, MARÍA JOSÉ, *La denominada herencia digital*. Universidad Carlos III, 2018, Madrid

(*bitcoins*, nombres de dominio), pero puede ocurrir que el titular no tenga un derecho de propiedad respecto de ese bien o sobre los efectos del contrato de adhesión que lo originó sino una licencia de uso como ocurriría en el caso de las colecciones de música o de libros digitales. De acuerdo al proveedor, lo que adquiere el usuario, no es la propiedad del archivo, sino un derecho a usarlo de acuerdo a la convención celebrada. Según Santos Morón, el problema sucesorio no estaría dado por determinar si ese derecho de uso es heredable -lo que en su concepto sí lo sería- sino que estaría dado por el contenido de los términos y condiciones de uso, las cuales establecen, por lo general, la intransmisibilidad del derecho adquirido por el usuario al momento de su muerte. Este tipo de situaciones son las que se deben regular legislativamente, a fin de evitar el abuso del proveedor del servicio -sobreponiendo los intereses de los usuarios por sobre los de los proveedores- prohibiéndoles modificar el espíritu legislativo sucesorio que cada nación soberana se pueda otorgar, al imponer como momento límite de extinción de la prestación el de la muerte del usuario.

Cuando analizamos el contrato de adhesión que se celebra con NIC Chile para la obtención de un nombre de dominio vimos que era aplicable en la materia la Ley de Defensa de los Consumidores, en particular su artículo 16, que deja sin efecto las posibles cláusulas abusivas que pueda contener. Luego, podemos entender que esta debe ser la manera de solucionar los problemas de abusos que se puedan presentar por parte de los suministradores de servicios digitales o proveedores de aplicaciones personales.

En España, expone Javier Gonzáles Granado (2016)⁵⁰, la personalidad civil se extingue por la muerte del causante. Desaparecerían en ese momento los derechos personalísimos o vitalicios por falta de sujeto, según señala. Los demás elementos integrarían la herencia de la persona, que asumirán como propia los herederos. Reconoce este autor además, la existencia de la memoria *defuncti* como un “eco inextinguible de la personalidad humana”, lo cual reconoce que se constituye como un valor jurídico autónomo que no forma parte de la herencia, sin perjuicio de otorgárseles tutela legal del mismo a los continuadores legales, por cuanto se les habilita para velar por la memoria del fallecido. Entre estos demás elementos que

⁵⁰ LEÓN, RICARDO OLIVA, *Testamento ¿Digital?* Juristas con futuro, 2016. En este artículo se cita la opinión de González Granado.

integrarían la herencia, se ubicarían los activos de naturaleza digital de carácter patrimonial y, por ende, cuantificables económicamente para efectos de determinar el patrimonio del causante.

Señala así mismo González, que no existe una herencia digital como un conjunto de relaciones especiales separada de la herencia física. Los saldos a favor o activos pendientes de entrega, así como los efectos de los contratos de adhesión radicados en el patrimonio del titular, formarán parte de la masa activa de la herencia, tal como lo harán los demás bienes físicos del causante. Afirma que lo mismo cabe entender respecto de los archivos adquiridos en vida por el causante (sean obras musicales o audiovisuales). Por consiguiente, señala que los herederos adquirirán bienes digitales y analógicos y que corresponderá a los mismos su futura gestión y disposición.

Como hemos comentado, otro problema práctico que enfrentarán los herederos será la determinación fidedigna de los activos digitales del causante, por lo que, el otorgamiento de testamento, aparte de poder dirigir la gestión futura de los mismos, podrá solucionar la determinación tanto de su existencia como de los alcances económicos involucrados, así como la individualización de los prestadores con los que se ha contratado en cada caso.

Ante esta dificultad práctica en la determinación de los activos digitales de un causante el profesor Ricardo Oliva León (2016)⁵¹ propone una solución también práctica. En concreto, propone explorar un modo de exigir a las empresas que venden bienes digitales y custodian datos personales, verificar cada cierto tiempo, si sus clientes están vivos o no y, cuando tomen conocimiento de su deceso, informar a sus familiares o a la autoridad competente, de la existencia de bienes o derechos digitales a favor de su cliente. Mejor aún, señala: tales empresas deberían incluir de modo obligatorio en sus formularios de contratación *online*, la petición de indicar el nombre de la persona que administrará la cuenta y los bienes digitales del usuario para cuando se produzca su fallecimiento, sin perjuicio de que posteriormente, vía testamento, se pudiera designar un albacea y/o un legatario de los mismos.

⁵¹ LEÓN, RICARDO OLIVA, *Testamento ¿Digital?* Juristas con futuro, 2016

Por otra parte y desde la perspectiva de facilitar la gestión patrimonial de los herederos, en su caso, el abogado José Ramón Moratalla (2016)⁵² propone también una solución práctica, siempre en el entendido de la existencia de un testamento como vía idónea de la transmisión de la gestión digital. Propone la creación de un registro oficial *ad hoc* de herencias y legados digitales que estuviese accesible a los causahabientes y al resto de interesados que cuenten con interés legítimo en la herencia digital. Con ello -señala- nos beneficiaríamos de la seguridad jurídica preventiva que se brinda desde la figura del ministro de fe que certifica la voluntad del testador y, por otra parte, habría certeza en cuanto a las dimensiones del patrimonio digital de carácter patrimonial del testador, así como claridad respecto de su última voluntad, en cuanto a la gestión post mortem de su identidad digital.

Dicho lo anterior y dicho lo relacionado con la naturaleza jurídica recomendada de los bienes digitales en estudio, debemos concluir que éstos son transmisibles por causa de muerte a los herederos del titular, por cuanto forman parte de su patrimonio no corporal, pero de naturaleza patrimonial, en ciertos casos y mueble para efectos legales. Son transmisibles tanto a título universal como a título singular, por cuanto respecto de la primera situación, el heredero sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles y dichos bienes también pueden ser los de naturaleza digital-patrimonial. Respecto de la segunda situación, esto es, cuando el heredero sucede a título singular podrán ser transmitidos por la vía del legado, constituyéndose así, en posibles asignatarios y/o mandatarios de administración de bienes digitales específicos, como los que hemos analizado o los que existan en el futuro, o bien, asignatarios del contenido patrimonial de los mismos.

Son transmisibles, en tanto bienes muebles de propiedad del causante, en atención a que, como hemos señalado, en vida habrá celebrado contratos de adhesión con los titulares o administradores de aplicaciones digitales de la más variada naturaleza cuyos efectos se encuentran radicados en su patrimonio. Además, el causante podrá ser titular del contenido patrimonial concreto, de aparentemente indiscutible transmisibilidad, como saldos a favor en aplicaciones, licencias de uso digital, etc.. De dichos contratos emanan obligaciones correlativas para los

⁵² MORATALLA, JOSÉ RAMÓN *La herencia y la transmisión mortis causa del patrimonio digital*, Revista de derecho actual, Vol.2, 2016.

contratantes, es decir, hechos que se deben, los que, en tanto cuales, se reputan muebles por aplicación de la norma del artículo 581 del Código Civil chileno, previamente transcrito. El anterior podría ser un argumento, pero la realidad dice otra cosa, por cuanto en la mayoría de los términos y condiciones que se aceptan al contratar con una aplicación determinada, estará predeterminado el destino de la misma al fallecimiento de su titular, lo que, por lo general, se traducirá en el cese de los servicios. El desafío en la materia es contar con legislaciones internas o supranacionales que determinen en forma clara el destino post mortem de su titular, de este tipo de bienes o contenedores de información, determine su naturaleza jurídica y obligue a los proveedores de este tipo de servicios a respetar la soberana legislación que los países o agrupaciones de ellos, se autodeterminen.

Así las cosas, sería deseable que el titular de aplicaciones digitales de la más variada índole, al momento de fallecer, pudiese transmitir por causa de muerte a sus herederos, los efectos jurídicos de los contratos de adhesión celebrados con la empresa titular del producto virtual así como el contenido generado en cada caso. Así se transmitiría la gestión de continuidad de la aplicación de que se trata, dado que el contenido patrimonial que ésta contenga -saldos a favor- no debiese presentar dificultades legales al reconocerse como parte del patrimonio transmisible del causante. Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que debiese operar la transmisión de esta clase de bienes -gestión futura de las aplicaciones- en la medida que exista sucesión testada, es decir, que el titular original de estos derechos o aplicaciones haya expresado su voluntad de transmitirlos en un testamento, asignando a personas específicas la continuidad y tratamiento de la aplicación en cuestión, como hemos señalado. De no existir cláusulas testamentarias al efecto, estimamos que no debiese haber continuidad o transmisión sin restricciones de las aplicaciones de que se trate. Lo anterior, sin perjuicio que la transmisión del contenido patrimonial de naturaleza digital, debiese ser parte de la herencia, indiscutiblemente.

Pareciera ser, entonces, que la manera más aconsejable y precisa de realizar la transmisión de bienes o contenidos digitales es mediante el otorgamiento de un testamento por parte del titular con el propósito de determinar la forma en que desea que se plantee la gestión futura de los contenidos y aplicaciones de naturaleza no física. Lo anterior creemos que debiese tener aplicación en la medida que la

transmisión del activo digital implique también una continuidad de la identidad virtual personal de su titular puesto que en caso contrario pareciera no ser necesaria la existencia de un testamento que plasme esta voluntad de transmisión por cuanto habrá casos en que los activos digitales a transmitir serán de fácil determinación patrimonial y la obtención de ellos por parte de los herederos no implicará una gestión futura de la imagen del causante como sería el caso, por ejemplo, que este sea titular de saldos a favor en dinero virtual.

Francisco Rosales (2016)⁵³ introduce, en esta línea, el concepto de “albacea digital”, llamando así al encargado de velar por la memoria digital del causante, lo cual desde luego presupone la existencia de un testamento, por cuanto es el acto jurídico mediante el cual se designa a los ejecutores testamentarios. Define al albacea digital como el encargado de gestionar nuestros archivos digitales y nuestras identidades virtuales. Será un mero gestor, con lo cual no recibirá, según señala, nuestra identidad digital, cuestión que corresponde al heredero. Señala que, de existir herederos, carecería de toda potestad y sentido por cuanto primaría el concepto de continuador legal de la personalidad del causante del heredero por sobre el concepto de gestor o ejecutor.

Visto lo anterior, pareciera ser que se puede ir distinguiendo entre bienes digitales con o sin contenido patrimonial concreto. De ser así, parece indiscutible que el contenido patrimonial del causante expresado en aplicaciones digitales que lo contienen debiese ser transmitido por causa de muerte como sería un saldo a favor en criptomonedas o una colección literaria de naturaleza electrónica. Lo que ofrecerá más dificultad será el destino y gestión de aquellos bienes digitales no susceptibles de avalúo económico concreto, como sería la titularidad de una cuenta en Instagram o de otra aplicación análoga. Sin embargo, como se señaló, el titular habrá aportado contenido de diversa índole, que podrá haber generado un interés masivo en dicha cuenta y, por ende, transformándola en apta para generar utilidades económicas que, en su caso, podrán constituir, incluso, la fuente de ingresos de su titular, por ende, su posesión más preciada. En esos casos, pareciera ser justo que pudiese operar la transmisibilidad de la gestión de la cuenta, máxime si es apta y capaz de ser fuente

⁵³ LEÓN, RICARDO OLIVA, *Testamento ¿Digital?* Juristas con futuro, 2016

generadora de recursos de indiscutible interés para los continuadores legales del titular.

Hay quienes ven como simple solución para la continuidad de los productos digitales *post* vida de su titular el hecho de que éste comparta sus claves de acceso directamente con alguien de su confianza o bien que, a través de un testamento cerrado, las deje registradas con instrucciones de entrega al legatario elegido. Sin embargo, dada la regulación que cada red social contempla en la materia será posible que, pese a esta entrega de claves de acceso a un tercero de confianza, en la medida que se le acredite a la red social respectiva o aplicación digital, que su titular ha fallecido, se podrá poner término a la aplicación cerrándola definitivamente sin compartir los archivos contenidos en ella, como consecuencia de la aplicación de las políticas de privacidad contenidas en los términos y usos que el titular, ahora fallecido, libremente aceptó en su momento.

3. BIENES DIGITALES SUSCEPTIBLES DE SER TRANSMITIDOS POR CAUSA DE MUERTE. FORMA EN QUE DEBIESE OPERAR LA TRANSMISIÓN

En el capítulo anterior, aparte de visualizar las dificultades prácticas que podrían enfrentar los herederos a la hora de poner en operatividad sus derechos de tales, esbozamos la idea de que la transmisión de los activos digitales de un individuo debiese hacerse a través del otorgamiento de testamento en el entendido que la transmisión de éstos implique la continuidad de su imagen o identidad virtual. Hemos dicho que en otros casos no creemos necesaria esta manifestación de voluntad puesto que si existen activos digitales cuantificables en dinero y que correspondan, por ejemplo, a compras o saldos a favor del causante, no se vislumbran diferencias con bienes físicos o dineros contenidos en cuentas de otra naturaleza, por lo que su transmisión no involucrará gestión futura de su identidad debiendo aplicarse al efecto las normas de sucesión general.

Recordemos que el patrimonio es el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas estimables pecuniariamente que conforman una universalidad de derecho.⁵⁴

⁵⁴ WILLIAMS BENAVENTE, JAIME, Lecciones de introducción al derecho, Ediciones Fundación de Ciencias Humanas, 3ª Edición, Santiago de Chile, 1999, pág. 110.

Esta es la definición clásica del patrimonio, heredada del derecho romano y a la cual adhiere mayoritariamente el derecho chileno. Doctrinariamente, la concepción clásica del patrimonio lo concibe como un atributo de la personalidad. Así las cosas, todo sujeto de derecho tiene un patrimonio y todo patrimonio tiene un titular.

Por otra parte, la doctrina más actual concibe el patrimonio como la afectación de un conjunto de bienes para la realización de un determinado fin.⁵⁵ Existiría, entonces, no un solo patrimonio, sino un patrimonio general y otros separados con fines específicos.

El patrimonio está compuesto por un activo (bienes y derechos evaluables pecuniariamente) y un pasivo conformado por obligaciones y deudas. Los elementos que integran el patrimonio forman una universalidad de derecho, es decir, un todo abstracto que no se confunde con los bienes y obligaciones que lo integran.⁵⁶ Es precisamente, dentro de este “todo abstracto” en el que estimamos se sitúan los bienes digitales, o los derechos personales que emanan de las convenciones que les dieron existencia.

Importa para efectos de este trabajo, analizar el modo en que el patrimonio pasa de una persona a otra cuando el titular del mismo fallece. Esto nos lleva a la sucesión por causa de muerte, como modo de adquirir el dominio de los bienes.

Basado en los artículos 588 y 951 del Código Civil chileno, la sucesión por causa de muerte puede definirse como un modo de adquirir el dominio del patrimonio de una persona difunta, o sea, el conjunto de sus derechos y obligaciones transmisibles, o una cuota de él, como un tercio o un medio, o especies o cuerpos ciertos o cosas indeterminadas de un género determinado. Como características de este modo de adquirir podemos señalar las siguientes:

- Es derivativo. El dominio viene desde un titular anterior del derecho. Se transmite del causante al heredero o legatario.
- Es un modo de adquirir por causa de muerte. Recordemos que los modos de adquirir son los hechos materiales a los cuales la ley atribuye el efecto de hacer nacer o traspasar el dominio de las cosas. En este caso, es el fallecimiento del causante lo que trae consigo la transmisión de su patrimonio.

⁵⁵ *Ibídem.*

⁵⁶ *Ibídem.*

- Es un modo gratuito. No significa un sacrificio económico para el adquirente del dominio. Nada se da a cambio de lo que se recibe.
- Puede ser a título universal o singular, dependiendo si lo que se adquiere es una universalidad jurídica o una cosa determinada.⁵⁷

Según la norma del artículo 1647 del Código Civil, lo que pasa a los herederos es el conjunto de derechos y obligaciones transmisibles del causante, lo que equivale a decir que existen ciertos elementos activos y pasivos del patrimonio del difunto que no se transmiten (derechos y obligaciones intransmisibles) como, por ejemplo: derechos personalísimos –uso y habitación, alimentos, el derecho de usufructo, tampoco las obligaciones intuito persona. A este respecto, podemos señalar que los bienes digitales en estudio no forman parte, ni siquiera por analogía, de los casos que contempla la intransmisibilidad.

Como hemos señalado al referirnos a la identidad digital, y dado que no se vislumbran obstáculos jurídicos de fondo para poder transmitir por causa de muerte bienes digitales, pensamos que de ser factible, debiese ser a través de la figura del legado, al menos para el caso de aplicaciones transmisibles que no necesariamente tengan un contenido económico pero que sí impliquen una continuidad de la identidad virtual de su titular como sería una cuenta de Instagram a su nombre. Se podría prescindir del uso del legado para transmitir bienes digitales, en la medida que nos encontremos nítidamente con un patrimonio digital evaluable económicamente, como sería el caso del titular de una colección de música en una aplicación determinada y que haya significado al titular un pago para ser adquirida.

También sería el caso de un saldo positivo en criptomonedas por ejemplo. En otras palabras, lo que se quiere decir es que en la medida que el bien digital transmisible requiera gestión para su existencia, mantenimiento y por ende, continuidad de la identidad digital de su titular, será necesario tanto que el deseo de la continuidad como las modalidades de ésta sean establecidas a través de una expresión clara de voluntad contenida en un testamento y encargada a persona determinada. En cambio, cuando se trate de la transmisibilidad de bienes digitales por una parte avaluables en dinero y por otra que no requieren de gestión para su

⁵⁷ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, Derecho Sucesorio, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 7ª Edición, Santiago de Chile, 2005, pág. 25.

utilización o goce, no debiese requerirse legado al respecto, sino que debiesen operar las reglas generales de la sucesión abintestato.

Dicho lo anterior en términos prácticos, si se pretende que los herederos sean continuadores de la identidad digital del causante a través de la adquisición por causa de muerte de las aplicaciones de las cuales era titular, sería requisito el otorgamiento de testamento e institución de legatario al efecto, cual sería el caso de que el causante quisiera que se continuara o se prolongara la existencia de una cuenta en Instagram o Facebook que figure a su nombre. El titular de estas aplicaciones podría pretender la continuidad de éstas, después de sus días, ya sea por prolongar su visibilidad digital o bien sea porque le haya estado generando una ganancia económica que estimase útil o necesaria transmitir a sus herederos.

Distinto sería el caso de un titular de aplicaciones con contenido patrimonial concreto y adquirido a título oneroso, en cuyo caso la pretendida transmisibilidad no requerirá de gestión alguna relacionada a la prolongación de la identidad digital del causante si no que lo que importará en dicho caso, es ese contenido patrimonial tangible alojado en alguna aplicación, como sería el caso de colecciones literarias, obras musicales, criptomonedas u otros activos identificables, todo, sin perjuicio de las dificultades que ofrezca su determinación; no cabe duda que al momento del fallecimiento de una persona no será tarea fácil determinar sus activos digitales más allá de los evidentemente visibles y para ello, como también hemos señalado, se han propuesto soluciones de variado tipo como la existencia de empresas de gestión digital o centros de datos que concentren dicha información la cual sea susceptible de ser consultada por los herederos del anterior titular.

Con todo, una vez delimitado el patrimonio digital del causante propondremos a continuación la forma en que estimamos debiese llevarse a efecto la transmisión del mismo a sus herederos.

Los asignatarios de una herencia lo pueden ser tanto a título universal como a título singular. En el primer caso hablaremos de herederos y en el segundo caso de legatarios. Los primeros suceden al difunto en todo su patrimonio o sea en el conjunto

de derechos y obligaciones transmisibles que lo componen, o en una cuota de él.⁵⁸ El heredero no recibe bienes determinados, sino que recibe el patrimonio del causante como universalidad jurídica, sea la totalidad de este o bien una cuota del mismo. Son los continuadores de la persona del difunto, lo representan en todos sus derechos y obligaciones de carácter transmisible.

En atención a lo anterior se dice que el que contrata para sí, lo hace también para sus herederos.⁵⁹ Luego, cuando alguien celebra un contrato está involucrando también a sus herederos por cuanto habrá efectos de dichos contratos, que en caso de fallecimiento de su titular, se radicarán en el patrimonio de sus continuadores legales como sería el caso de la obligación de estos de respetar un contrato de arrendamiento válidamente celebrado en vida por el causante.

Los legatarios o asignatarios a título singular, por su parte, se caracterizan esencialmente por que no suceden al causante en la universalidad del patrimonio, sino que en bienes determinados. El artículo 1104 de Código Civil dispone que los asignatarios a título singular no representan al testador como los herederos y que no tienen más derechos ni cargas que los que expresamente se les confieran o impongan reconociéndoseles sí responsabilidad subsidiaria a la de los herederos en determinados casos.

1. Clasificación de los legatarios⁶⁰

Los legatarios se pueden clasificar en legatarios de especie o cuerpo cierto, o de género. En el primer caso el legatario sucede en una especie o cuerpo cierto al causante como será si el bien se encuentra debidamente individualizado como un automóvil de determinada marca, modelo, color y placa patente. En el segundo caso el legado estará individualizado genéricamente como si en testado deja a una persona diez sacos de trigo o una cantidad de determinada de dinero.

Para el tema que nos ocupa creemos que la manera de transmitir los efectos de los contratos provenientes de las aplicaciones digitales del causante debe ser a través

⁵⁸ Ibid pág. 25.

⁵⁹ Ibid. Pág. 29.

⁶⁰ Ibid. Pág. 33.

de la figura del legado en la medida que impliquen gestión futura de la imagen del causante indistintamente si se trate de un legado de especie o cuerpo cierto o bien de un legado de género. De tratarse de un legado de especie o cuerpo cierto el causante debería especificar cuál es la aplicación concreta que desea transmitir detallándola lo más posible como sería el caso de que en el testamento disponga legar su titularidad en Instagram, individualizando el nombre de la cuenta y demás características que la hagan claramente identificable. Sin embargo, también creemos que pudiese operar la transmisión de las aplicaciones en comento vía legado de género, como sería el caso en que el testador manifieste en su testamento su intención de transmitir por causa de muerte los efectos de los contratos de adhesión de todas las aplicaciones digitales que figuren a su nombre pudiendo especificar un estándar de gestión general aplicable a las mismas. Lo importante es que habrá manifestado su voluntad en cuanto a darle continuidad a su identidad digital al menos en este ámbito.

La importancia de la distinción entre legatario de especie o cuerpo cierto y de legatario de género radica en que el legatario del primer tipo adquiere el dominio de la cosa legada en el momento en que fallece el causante, adquiere por sucesión por causa de muerte, en cambio el legatario del segundo tipo, esto es, el legatario de género, lo que adquiere por sucesión por causa de muerte es un derecho personal para exigir a los herederos la entrega de la cosa legada la que radicará en su patrimonio por la tradición que de ella le hagan los mismos.

El legatario de especie o cuerpo cierto, en tanto se hace dueño de su legado al producirse la muerte del causante, podrá perseguir el bien en cuestión invocando la acción reivindicatoria incluso en contra de los herederos por tratarse de un propietario que no está en posesión de lo que le pertenece. Por su parte, el legatario de género puede invocar solamente su acción personal en contra de los herederos para reclamar el pago de su legado. Carece de acción real el efecto.

Otra distinción relevante a la hora de determinar si estamos frente a un legado de especie o cuerpo cierto o de género, radica en lo relacionado con la adquisición de los frutos por cuanto en el primer caso el legatario se hará dueño de los mismos desde el momento del fallecimiento del causante por cuanto las cosas producen y perecen para su dueño, adquiriéndolos por accesión. No sucede lo mismo en el legado de género

por cuanto en ese caso los frutos no pertenecen al legatario si no desde la tradición que le efectúen los herederos o desde que queden en mora de cumplir el legado.

Para el caso de la transmisión de bienes digitales estimamos que lo anterior puede ser de gran importancia por cuanto en el caso de que el causante haya legado como cuerpo cierto una determinada aplicación que le haya estado generando recursos, como sería su titularidad en una cuenta de Instagram que le produce ganancias por publicidad, dichas ganancias se entenderán radicadas en el patrimonio del legatario desde el momento mismo de la muerte del causante considerando que precisamente el momento de su fallecimiento es un potencial elemento de interés económico para esa cuenta en particular por cuanto dicha situación probablemente sea una fuente de activación de la identidad digital de su titular como sería el caso de la muerte de una figura pública, situación que probablemente genere un interés en sus redes sociales que se traduzca en una mayor valorización incluso de la aplicación en particular.

Cada vez que muere una persona de connotación pública, al menos en los momentos o días inmediatos a este hecho, se desencadena un interés masivo en sus redes sociales lo que probablemente haga aumentar sus seguidores, suscriptores y visitas lo que a su vez se transformará en un atractivo indiscutido para avisadores que ya hayan operado con el causante, o bien que no lo hayan hecho con anterioridad pero que decidan hacerlo a partir de ese momento. Así las cosas el legatario de especie o cuerpo cierto se habrá hecho dueño de los frutos de la aplicación transmitida desde el momento en que fallece el causante con lo cual el posible incremento de los mismos generado por su deceso aprovecharán desde el primer momento a esta clase de legatarios.

A la luz de lo establecido en el artículo 953 del Código Civil, las asignaciones o disposiciones testamentarias deben entenderse como las que hace el testamento de una persona difunta para sucederla en sus bienes. Para suceder a una persona se deben cumplir requisitos de carácter subjetivo y requisitos de carácter objetivo. Las exigencias subjetivas deben concurrir en la persona misma del asignatario mientras que las objetivas determinan la validez o nulidad de las propias asignaciones.⁶¹ Así,

⁶¹ Ibid. Pág 263.

los requisitos subjetivos para suceder al causante son. 1º Ser capaz de suceder. 2º Ser digno de suceder y 3º Ser persona cierta y determinada.⁶²

En cuanto a este último requisito la norma del artículo 1056 del Código Civil señala que todo asignatario deberá ser una persona cierta y determinada, natural o jurídica, es decir, el asignatario debe estar determinado o ser determinable lo cual debe hacerse en el testamento a través de la indicación del nombre del mismo o al menos de señales claras que permitan su identificación. Sin perjuicio de lo anterior la disposición será eficaz a pesar de no estar identificado el asignatario cuando se trate de asignaciones hechas con un objeto de beneficencia, de asignaciones dejadas a los pobres (que se entienden dejadas a la parroquia del testador) y las asignaciones dejadas indeterminadamente a los parientes en cuyo caso la ley entiende que estas corresponderán a los consanguíneos de grado más próximo según las reglas de la sucesión intestada.

Ahora bien, por la naturaleza de los bienes en estudio entendemos que siempre será requisito para la transmisibilidad de los mismos, la determinación exacta de los respectivos asignatarios (persona natural o jurídica) en el entendido que dicha transmisión implicará no solamente la continuidad y vigencia de ese activo digital sino que además traerá aparejada la gestión futura de la identidad digital de su titular por lo que aquel deberá establecer y delimitar dicha gestión en persona o personas naturales o jurídicas determinadas.

La asignación de que se trate, al igual que los asignatarios, debe ser determinada o determinable y en el caso de los legados se exige la determinación de la asignación en sí misma, de los bienes que la forman. En los legados de especie o cuerpo cierto la determinación de la cosa legada debe ser total, esto es, el testamento, en el caso de los activos digitales, deberá señalar si es el caso, con precisión cuál es la cuenta o aplicación que se está transmitiendo al legatario con detalle de quién es la empresa proveedora de la misma así como contener los datos para su indefectible reconocimiento.

Puede darse el caso que los activos digitales se transmitan a través de un legado de género como sería el caso en que el causante decida transmitir los derechos personales que detenta respecto de sus aplicaciones haciendo alusión genérica a

⁶² Ibid. Pág. 263.

estas como si, por ejemplo, expresara que lega todas sus cuentas de aplicaciones de redes sociales a tal o cuales individuos. En este caso deberá haber al menos expresión de los datos que hagan determinable el alcance del legado como sería señalar como se dijo que el causante transmite o desea transmitir sus aplicaciones de redes sociales sin individualizarlas, sin embargo de lo cual será posible determinarlas, aún con esta aparentemente genérica información.

2. Clasificación de las asignaciones testamentarias⁶³

- a. Asignaciones puras y simples y sujetas a modalidades, según que los efectos de la asignación se produzcan inmediatamente o vayan a verse afectados por alguna condición, plazo o modo.
- b. Asignaciones a título universal o herencias y asignaciones a título singular o legados, y
- c. Asignaciones voluntarias o forzosas.

Respecto de esta clasificación y para los efectos de este trabajo cobra interés detenerse en el estudio de las asignaciones sujetas a modalidades puesto que postulamos que la manera de transmitir activos digitales que involucren la continuidad de la identidad digital de su titular debiese en primer lugar ser por la vía del legado (a título singular) y en segundo lugar debiese ser a través de la incorporación de modalidades por parte del causante en la asignación a objeto de que reflejen su real voluntad en cuanto al destino de los bienes digitales en la medida que lo sigan involucrando y manteniendo vigente en el mundo digital después de sus días.

Las asignaciones sujetas a modalidades pueden ser de tres clases:

- A.- Asignaciones testamentarias condicionales.
- B.- Asignaciones testamentarias a día o a plazo.
- C.- Asignaciones modales propiamente tales.

⁶³ Ibid. Pág. 274.

Como señalamos, abordaremos por ahora lo referente a las asignaciones modales propiamente en el entendido que cuando se transmitan activos digitales personalizados debe operar este tipo de asignación según pasamos a explicar:

Las asignaciones modales están tratadas en el párrafo 4º del Título IV, artículos 1089 y siguientes del Código Civil. Señala la norma que “si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la asignación de la cosa asignada”. Sobre la base de lo anterior podemos definir el modo como *la carga que se impone a quien se otorga una liberalidad*⁶⁴.

En el caso de la transmisión de activos digitales para los cuales entendemos necesaria la existencia de testamento al efecto, estimamos indispensable la expresión de voluntad del testador en cuanto a delimitar, a través de esta modalidad, los alcances y efectos que la continuidad de los mismos deba traer aparejada.

El modo presenta ciertas características tales como el hecho de que el artículo 1089 del Código Civil señale expresamente que el modo no es una condición suspensiva, así como también y conforme a la regla del artículo 1095 del Código Civil la obligación modal se caracteriza por ser transmisible, por regla general.

En cuanto a la primera característica, esto es que el modo no es una condición suspensiva debemos entender que el asignatario modal adquiere desde ya y por el solo fallecimiento del causante la asignación sujeta a la carga del modo. En otras palabras, el modo no suspende la adquisición de la cosa asignada.

En cuanto a la segunda característica, esto es la transmisibilidad de la obligación modal, el artículo 1095 del Código Civil dispone que “si el modo consiste en un hecho tal, que para el fin de que el testador se haya propuesto sea indiferente la persona que lo ejecute, es transmisible a los herederos del asignatario” por lo que, salvo que la obligación modal se imponga en consideración a la persona del asignatario, será transmisible.

Respecto de la primera característica vale señalar que en el caso de la transmisibilidad de aplicaciones sociales personalizadas como sería una cuenta de Instagram es importante que exista claridad en cuanto a que aunque la asignación

⁶⁴ Ibid. Pág. 290.

contenga un modo para su operatividad, su asignatario la habrá adquirido desde el fallecimiento de su titular lo que tendrá importancia en la determinación de cuál es el momento a partir del que se ha hecho dueño del bien digital y consecuentemente de los frutos que éste produzca.

En cuanto a la segunda característica, esto es, que la obligación modal pudiese ser a su vez transmisible por el asignatario también cobra importancia para el asunto que nos ocupa por cuanto el testador deberá a nuestro juicio prever esta situación a la hora de otorgar testamento y consignar en el mismo su deseo o voluntad respecto a esta posibilidad de transmisión de la asignación modal por parte de su legatario.

El artículo 999 del Código Civil define el testamento señalando que “ El testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone de todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva”.

En primer término entonces, el testamento es un acto de disposición de bienes⁶⁵ lo que implica que deba contener disposiciones del todo o parte de los bienes de su autor debiendo entenderse como un acto dispositivo de carácter patrimonial sin perjuicio de que la ley permita que contenga declaraciones no dispositivas pudiendo incluso contener solamente éstas últimas en cuyo caso no será inválido solamente que el causante no habrá dispuesto de sus bienes en cuyo caso la ley regulará su destino.

En segundo término el testamento es un negocio jurídico, aunque el artículo 999 lo califique de acto, por cuanto la voluntad del testador apunta a producir los efectos por él deseados los cuales ha tenido en vista al momento de otorgarlo.

En tercer término el testamento es un negocio jurídico *mortis causa* con lo cual la muerte de su autor es el elemento esencial para que produzca los efectos jurídicos previstos por el mismo. Mientras el fallecimiento no ocurra, al menos como acto dispositivo, el testamento no produce efecto alguno, ya que, la muerte en él es causa no sólo del ejercicio, sino de la existencia de los derechos que se desprenden del mismo. Solamente a partir del hecho del deceso del testador las disposiciones efectuadas en el testamento se hacen irrevocables y comienzan a producir sus efectos.

⁶⁵ DOMÍNGUEZ BENAVENTE ,RAMÓN. DOMÍNGUEZ AGUILA, RAMÓN, Derecho Sucesorio, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, Santiago de Chile, 2009, pág. 331.

En cuarto término el testamento se puede caracterizar también por el hecho de no ser un acto o negocio recepticio en el sentido que los beneficiarios con el acto no necesitan conocer la voluntad del testador para que el testamento quede perfecto.⁶⁶ El conocimiento y aceptación del asignatario respecto del testamento es cosa aparte que no influye en su validez.

En quinto término el testamento es un acto personalísimo, esto es, no admite representación, debe ser otorgado personalmente por el testador.

Presenta también como característica el hecho de ser, por definición, un acto revocable. Sólo con la muerte del testador adquirirá el carácter de irrevocable, de ahí que se le conozca como “acto de última voluntad”.

Además de lo anterior también el testamento se caracteriza por ser un acto de carácter gratuito por cuanto el instituido adquiere la asignación sin necesidad de una contraprestación de su parte.

Dadas las características que hemos comentado creemos que el testamento es la forma jurídica más certera para que se pueda dar operatividad a la transmisión por causa de muerte de activos digitales que involucren la continuidad de la identidad en esa esfera de su titular. En cuanto a la forma específica de transmisión que debiese contener el acto jurídico en comento, y como ya lo hemos señalado, estimamos que la más apta, dada las características particulares de los activos digitales, es a través del establecimiento de legados asignados a personas determinadas incluyendo instrucciones particulares relativas a la gestión futura de estos bienes.

Carlos Lluch Cerdá (2016)⁶⁷ al abordar el tema en cuestión, señala que, junto deberse exigir transmitir activos digitales vía testamento, será necesario además algo esencial: asesoramiento.

Este asesoramiento tendría como objeto, en primer lugar, determinar cuáles son los derechos con los que contarían los herederos y cómo hacerlos valer ante los distintos proveedores de alojamiento de contenidos en la nube, problemas de jurisdicción, de acceso a datos, cambio de titular, etc. Son todos temas prácticos que deben tener respuesta previa. También habrá que determinar los archivos o

⁶⁶ Ibid. Pág. 336.

⁶⁷ LEÓN, RICARDO OLIVA, *Testamento ¿Digital?* Juristas con futuro, 2016. En este artículo se cita la opinión de Luch Cerdá.

aplicaciones que tengan naturaleza patrimonial, que reflejen compras digitales o saldos a favor, por operaciones comerciales realizadas por el causante en vida. En otras palabras, junto con la necesidad que planteamos que la transmisibilidad de estos bienes opere vía sucesión testada, también planteamos la necesidad de que, previo a la redacción de un testamento destinado al efecto, debe contarse con un asesoramiento profesional que contemple y prevea todas las situaciones o posibles situaciones con las que los herederos o continuadores se encontrarán a la hora de darle operatividad a la última voluntad del titular y que no todas podrán preverse en el respectivo legado.

3. Concepto de legado

El legado es una asignación mediante la cual el testador transmite a una persona una especie o cuerpo cierto o el derecho a exigir la tradición de una o más especies indeterminadas de cierto género, ya sea a la sucesión, a uno o más herederos o a uno o más legatarios.⁶⁸ Así las cosas, el legatario es un continuador del causante sólo en una o más especies muebles o inmuebles.

Los legados transmiten a los asignatarios o la propiedad de la cosa (legados de especie o cuerpo cierto) o un crédito o derecho personal para exigir de quien corresponda la tradición o pago de la cosa debida.

La ley es amplia en cuanto hace posible el legado en general de la mayor parte de las cosas comerciables. Sin embargo existen cosas que no pueden legarse, dentro de las cuales no se encontrarían, por descarte, los bienes de naturaleza digital o dicho de otra manera, los efectos de los contratos de adhesión que les dieron origen y existencia concreta para su titular. Veamos a continuación cuáles son las cosas que no pueden legarse:

1.- No pueden legarse aquellas cosas que no son susceptibles de ser apropiadas según el artículo 585 del Código Civil (cosas comunes a todos los hombres).

⁶⁸ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, Instituciones de Derecho Sucesorio, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago de Chile, 1993, pág. 177

2.- Tampoco pueden legarse los bienes nacionales de uso público, o de propiedad estatal o municipal conforme a la regla del artículo 1105 del Código Civil.

3.- No pueden legarse, así mismo, las cosas destinadas al culto divino ni tampoco la cosas que forman parte de un edificio y que no pueden separarse de él sin deteriorarlo (artículo 1105 inciso 1º del Código Civil). La idea en este caso es no afectar el valor económico de las cosas.

4.- De conformidad con el artículo 1466 del Código Civil sería nulo, por objeto ilícito, el legado de libros cuya circulación está prohibida por la autoridad competente; ni las láminas, pinturas y estatuas obscenas ni los impresos condenados como abusivos de la libertad de prensa.

5.- Por último, tampoco puede legarse aquellas cosas cuya adquisición está prohibida por la ley, tales como explosivos y armas prohibidas conforme se desprende de lo preceptuado en los artículos 10 y 1466 del Código Civil.

Como podemos ver, los bienes o activos digitales no participan de ninguna de las situaciones o categorías de bienes en que la ley establece la imposibilidad de legarlos, por lo que, desde esa perspectiva nada obstaría a la transmisibilidad por esta vía de esa parte del patrimonio del causante.

Nada obstaría tampoco para que dicha transmisibilidad pudiera provenir de un legado de género o de un legado de especie o cuerpo cierto en la medida en que en ambos casos se establezcan las modalidades para su eficaz gestión y destino. En el primer caso el asignatario se hará dueño de la cosa legada desde el fallecimiento del causante y por consiguiente se hará dueño de los frutos que ésta produzca desde ese mismo momento, aprovechará las eventuales accesiones y asumirá el riesgo de la cosa. En el segundo caso en cambio el legado de género no transmite el dominio de la cosa legada a la muerte del testador pero sí confiere un crédito en favor del asignatario por lo que se dice que la sucesión por causa de muerte puede ser también una fuente de derechos personales.⁶⁹

Cuando al comienzo de este trabajo intentamos determinar cuáles eran los bienes o activos digitales que a la fecha puede detentar en su patrimonio un usuario de internet dijimos que entenderíamos que eran los siguientes: cuentas en redes sociales,

⁶⁹ Ibid. Pág. 182.

correos electrónicos, canales de video, páginas web o nombres de dominio, bibliotecas virtuales y cuentas con sistema de pago propio. Pues bien, respecto a nuestra pretendida necesidad del otorgamiento de testamento para su transmisibilidad con los consiguientes legados al efecto, entendemos que dicha exigencia no debiese ser requisito en todas las categorías de activos digitales por cuanto no todos implicarán una continuidad de la identidad digital de su titular. Tal sería el caso, conforme al listado de activos digitales precedentemente reproducido, de los correos electrónicos (en la medida que el nombre de la casilla no sea el nombre propio del titular porque de ser así la transmisión de la misma implicará continuidad de la identidad digital del causante y en ese caso creemos necesario el otorgamiento de testamento). Lo mismo creemos respecto de la transmisibilidad de bibliotecas virtuales o de saldos en cuentas con sistema de pago propio por cuanto dicha transmisión no se diferencia de la de algún bien físico del causante. No implicarán gestión futura de la imagen del causante con lo cual la expresión de voluntad de éste parece irrelevante a la hora de determinar la posibilidad de ser transmitidos.

En el caso de los nombre de dominio creemos que será necesario distinguir si en nombre de dominio coincide con el nombre propio del causante o lo identifica plenamente, o bien es un nombre neutro cuyo registro está a su nombre. En el primer caso visualizamos la necesidad de exigir testamento para que opere su transmisión por cuanto implicará una extensión de la identidad del causante. En el segundo caso, esto es, respecto a la titularidad que tenga el causante de nombres de dominio que no lo identifiquen como individuo, creemos que en su transmisibilidad debiese ser indiferente la existencia o no de testamento al efecto por cuanto no necesariamente constituirán continuidad de la imagen de su titular.

Nada obsta tampoco que el testador instruya ejecutores testamentarios (albaceas digitales) que velen por el cumplimiento de las modalidades de sus asignaciones sin ser parte en la herencia.

Evidentemente, las propuestas doctrinales anteriores se quedan sólo en eso, en ideas o aspiraciones, dado lo cual, las soluciones de fondo se vislumbran por la vía de la creación de legislación específica en la materia que pueda prevalecer incluso por sobre los términos o condiciones particulares a las que haya adherido el titular de algún

bien digital en su oportunidad y que parta por darle reconocimiento legal a activos de naturaleza digital susceptibles de radicarse en el patrimonio de las personas.

4 CASOS PRÁCTICOS⁷⁰

A continuación veremos algunos casos prácticos en que personas concretas se han visto enfrentadas a resolver problemas de carácter sucesorio en relación con activos digitales de sus causantes en los cuales, más que un aspecto patrimonial presente o futuro de los mismos, los problemas se han centrado en la necesidad de los herederos de tener acceso a información contenida en las aplicaciones de que se trate.

4.1 CASO DE LA CUENTA DE BECKY PALMER

Becky Palmer, joven británica de 19 años de edad que falleció de un tumor cerebral. Antes de fallecer, en la etapa final de su enfermedad, cuando ya no tenía autonomía física era su madre, Louise Palmer, quien la ayudaba en la actividad en su red social Facebook a través de la cual, la joven mantenía contacto con sus amistades y familiares, lo cual era muy importante tanto para la joven como para su madre y familia.

Al fallecer Becky, la madre descubre que dejó de tener acceso al perfil de Facebook de su hija y que la cuenta había sido transformada en memorial. Solicitó a la red social la posibilidad de acceder a la cuenta o perfil de su hija, recibiendo como respuesta que ellos (Facebook) habían transformado esa cuenta en memorial señalándose que permanecerá activo el muro de la aplicación para que amigos y familiares puedan dejar mensajes. Le indican que por políticas de privacidad no se pueden hacer otras modificaciones al perfil⁷¹. Al día de hoy Louise Palmer sigue sin acceso a la cuenta de su hija debiendo conformarse solamente con lo que el perfil

⁷⁰ DESIRÉE PRATI RIBEIRO. La herencia digital y el conflicto entre el derecho a la sucesión de los herederos. Monografía presentada al Curso de Graduación en Derecho, de la Universidad Federal de Santa María (UFMS, RS), como requisito parcial para obtener el grado de Bachiller en Derecho. 2016.

⁷¹https://moemafiuza.jusbrasil.com.br/noticias/179038286/luta-de-mae-por-acesso-ao-facebook-de-filha-morta-expoe-questao-sobre-heranca-digital?ref=topic_feed.

ofrece en tanto cuenta conmemorativa no pudiendo haber incidido en la gestión de la cuenta después del fallecimiento de su hija. Señaló, sin embargo, creer tener derecho sobre todo el contenido depositado por su hija en la referida aplicación⁷², lo considera su herencia.

Al parecer la madre de Becky Palmer no pone el énfasis en la gestión futura de la cuenta de Facebook de su hija sino en el contenido que ya existía en la misma el cual considera que debiese ser susceptible de ser transmitido por causa de muerte en este caso a ella en calidad de legitimaria.

4.2 CASO DE LA CUENTA DE JUSTIN M. ELLSWORTH

También el caso del soldado estadounidense Justin M. Ellsworth, muerto en Irak en 2004 tras la explosión de una mina en una carretera iraquí, en que su familia solicitó acceso a la cuenta de correo electrónico de aquel con el objetivo de preservar el contenido almacenado. El acceso fue negado por la empresa Yahoo, proveedor del correo electrónico, a partir del argumento que el correo electrónico es una comunicación privada y debe respetar la confidencialidad establecida entre la empresa de servicio y el usuario. El caso fue llevado a la justicia por su padre John Ellsworth, específicamente a los tribunales del condado de Oakland quien ordenó a Yahoo hacer entrega del contenido de la cuenta de correo electrónico de Justin.

Específicamente el 20 de abril de 2005 el Magistrado de Sucesiones de Oakland, Eugene Arthur Moore quien luego de escuchar a las partes sentenció que Yahoo debía entregar toda la información requerida por el padre del titular del correo electrónico en calidad de heredero. Le ordenó a la empresa hacerle entrega de un disco compacto e impresiones escritas con todo el material contenido en la cuenta de su hijo. El día 20 de mayo de 2005 el padre de Justin, John Ellswort, informó al Tribunal que había recibido el disco con la información requerida además de tres cajas con cerca de 10.000 correos electrónicos impresos.⁷³ Lo anterior se entendió como el comienzo de una práctica que otros Tribunales pudieran seguir en el sentido de poner

⁷² <https://www.t13.cl/noticia/tendencias/tecnologia/la-madre-a-la-que-facebook-le-niega-acceso-a-la-cuenta-de-su-hija-muerta> [21 junio 2019].

⁷³ <https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/163821/Cummings.pdf> [20 agosto 2019].

a disposición de los herederos el contenido y acceso a las aplicaciones contratadas por el titular original. Sin embargo, no se tradujo la práctica en una política del proveedor Yahoo.com dado que en principio no otorgan acceso a los herederos de los efectos de los contratos de adhesión. Lo harán en la medida que un Tribunal de justicia así se los ordene⁷⁴.

En el caso en comento y al igual que en el caso anterior parece ser que la preocupación o el énfasis que ponen a la transmisibilidad los herederos del causante radicaría no en la gestión futura de la cuenta sino que al acceso del contenido ya generado y alojado en la misma.

4.3 CASO DE ANNA MOORE MORIN⁷⁵

Uno de los casos conocidos sobre herencia digital es aquel en que se pleiteaba el cierre de cuentas luego del fallecimiento de la estadounidense Anna Moore Morin que murió tras ser alcanzada por un vehículo limpiador de nieve en el año 2009.

La página personal de la joven en la red social Facebook pasó a recibir cientos de mensajes de condolencias, lo que con el paso del tiempo, molestó a los familiares de la joven, que siempre veían fotos de la difunta en la red social, haciendo difícil la superación y el olvido de su pérdida. Finalmente se determinó judicialmente el cierre de la cuenta por el sufrimiento que el constante recuerdo acarrea a su familia. En este caso y a diferencia de los otros que hemos comentado podemos constatar que las intenciones de la heredera de la aplicación Facebook, esto es, su madre, tenía como objetivo final el cierre de la misma dada la afectación emocional que le causaba el hecho de que permaneciera abierta recibiendo mensajes y sin posibilidad de realizar gestión alguna al efecto.

No se pretendía gestión futura alguna de los activos digitales de la causante. Por el contrario, la idea que impulsó la gestión judicial de su familia era la de dar cierre

⁷⁴ <http://www.justinellsworth.net/email/detnewsapr.htm> [21 junio 2019].

⁷⁵ DESIRÉE PRATI RIBEIRO. La herencia digital y el conflicto entre el derecho a la sucesión de los herederos. Monografía presentada al Curso de Graduación en Derecho, de la Universidad Federal de Santa María (UFESM, RS), como requisito parcial para obtener el grado de Bachiller en Derecho. 2016.

definitivo a la cuenta en cuestión con lo cual podemos constatar que no siempre existirá interés por parte de los herederos de dar continuidad y vigencia al perfil digital del causante. La decisión puede apuntar en la dirección contraria, esto es, el cierre de las cuentas, lo cual en todo caso creemos que necesariamente implica una decisión que debe emanar de los continuadores legales del titular para lo cual es necesario y práctico darles reconocimiento legal al efecto.

4.4 CASO DE KARL LINN⁷⁶

Este caso se refiere a un reservista de la Infantería de Marina norteamericana de nombre Karl Linn de veinte años de edad, quien a través de su cuenta de correo electrónico enviaba fotos de su misión militar en Irak a sus familiares y conocidos. Además usando la misma cuenta de correo electrónico actualizaba un sitio web con imágenes de sus aventuras (www.karl.linn.net). En una emboscada enemiga, en el mes de enero del año 2005, falleció e inmediatamente su padre Richard Linn señaló que tanto el contenido de la cuenta de correo electrónico como el acceso y material subido al sitio web en que subía actualizaciones de sus actividades debían considerarse como una propiedad de su hijo y por ende debiese ser susceptible de ser transmitida a sus herederos que en este caso eran sus padres. La empresa en cuestión era Mailbank.com.inc, los que respondieron a los requerimientos del señor Linn señalando que, si bien es cierto se identificaban con la situación familiar de los deudos del titular, su primera prioridad sería proteger la privacidad de sus clientes negándose a difundir cualquier información de sus cuentas.

Lo que sí ocurrió es que el padre de Karl Linn recibió ofertas de *hackers* profesionales para vulnerar la seguridad del sitio web de su propio hijo quien desechó las ofertas por entender que tenía derechos legales sobre el contenido de las cuentas de Karl y que por lo tanto su expectativa era poder heredarlo, lo cual nunca se concretó⁷⁷. En el caso en comento el padre de Karl Linn ponía el énfasis en el acceso

⁷⁶ <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A58836-2005Feb2.html> [21 junio 2019].

⁷⁷ <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/batalla-legal-con-padres-de-soldados-nid680920> [21 de junio 2019].

al contenido digital tanto en el correo electrónico como de la página web de su hijo mas no en la gestión futura de la identidad digital.

A diferencia de los casos anteriores el señor Linn argumentaba además que respecto del sitio web de su hijo se le debía reconocer a él la titularidad del mismo por el hecho que en su momento había pagado el nombre de registro con su tarjeta de crédito a petición de Karl sin perjuicio de lo cual la empresa entendió que si bien es cierto que el pago del registro lo pudo haber hecho el padre, era el hijo quien figuraba como titular y generador de los contenidos.

Hasta la fecha no se tienen noticias en cuanto a que el padre haya iniciado acciones legales el efecto, sin embargo, resulta interesante el caso en cuestión por cuanto revela que no necesariamente se reclamarán derechos sobre aplicaciones de los causantes para realizar gestión futura de las mismas, como sería el caso de seguir usando el perfil del usuario del fallecido, sino que habrá casos en los cuales lo relevante para los deudos será exclusivamente el acceso al material ya generado por su titular. Por otra parte, resulta interesante en tanto revela también que para el proveedor del servicio de la página web de que era titular Carl Linn no es relevante para reconocer titularidad el quién haya realizado el pago del nombre de dominio respectivo sino quien ha construido y generado su contenido.

4.5 CASO DE ROBERTO GÓMEZ BOLAÑOS (CHESPIRITO)

En el mes de noviembre del año 2014 falleció el escritor, director y actor mexicano Roberto Gómez Bolaños, conocido mundialmente como Chespirito. Hasta antes de su muerte Chespirito tenía una cuenta en la red social Twitter con el nombre de @ChespiritoRGB con más de seis millones de seguidores. Pues bien, traemos este caso a colación porque resulta interesante constatar que su viuda, la actriz mexicana Florinda Meza, respetó la última voluntad de su marido en el sentido de proceder a cerrar la cuenta antes señalada, cuando este falleciera, porque según ella, así lo habría pedido su titular⁷⁸.

⁷⁸ <https://www.univision.com/entretenimiento/chismes/cierran-la-cuenta-de-twitter-de-chespirito> [12 julio 2019].

Con fecha 26 de diciembre de 2014 apareció en la cuenta de Twitter de Gómez Bolaños el siguiente texto:

“A sus seguidores: Como Chespirito lo pidió, se cierra esta cuenta, agradeciendo infinitamente todo el amor que le entregaron estos años.”

Esta manifestación de voluntad no proviene de un testamento sino de una instrucción privada entre el titular y una persona de su confianza que en este caso resultó ser su cónyuge. En otras palabras, debemos entender que la cónyuge de Chespirito conocía las claves de acceso a la cuenta y de esa manera pudo ingresar a ella con el objeto de cumplir la voluntad de su titular. Lo rescatable a este respecto es el hecho de que por una parte se visualiza que es posible cumplir la última voluntad digital del titular de una cuenta de esta naturaleza pero, en este caso, a través de una situación de hecho consistente en el dar a conocer las claves de acceso a un tercero para que realice esa determinada acción.

Por otra parte queda de manifiesto lo vulnerable que puede ser esa última voluntad, encargada con un simple traspaso de claves, puesto que queda entregado al arbitrio del tercero depositario de las claves de acceso el hecho de cumplir o no con el encargo que se le ha encomendado. Podría pasar en un caso así que, su cónyuge en este caso, no hubiera seguido las instrucciones del titular de la cuenta y la podría haber seguido utilizando y así directa o indirectamente gestionando la identidad digital *post mortem* de alguien que no deseaba. O al revés, no sabemos si la intención de Chespirito era la contraria, esto es que su cuenta siguiera activa, y su cónyuge la cerró por voluntad propia.

En atención a lo mismo creemos que se evidencia la necesidad de la existencia de legislación que regule la transmisión de estos activos de manera tal que haya certeza de las reales intenciones del dueño de la cuenta de que se trate, certeza que podría tener su origen, por ejemplo, en las modalidades que se podría establecer en un legado a través de un acto testamentario.

5. DERECHO COMPARADO Y LEGISLACIÓN CHILENA

5.1 SITUACIÓN INTERNACIONAL

A continuación veremos el panorama internacional principal en cuanto a la regulación en la transmisión de activos digitales.

Se ha distinguido en la doctrina internacional, particularmente por la catedrática de la Facultad de Derecho John Marshall de Atlanta, Rebecca G. Cummings, cuatro generaciones distintas de textos de ley en la materia, o dicho de otro modo, se han distinguido cuatro “generaciones de lenguaje” empleado en las regulaciones internacionales que permiten una comprensión más didáctica de la materia⁷⁹:

1.- Lengua de primera generación:

Se refiere a las legislaciones que han otorgado acceso a bienes digitales del causante, particularmente acceso a su correo electrónico determinando que, a solicitud del representante legal del causante, o por medio de una orden judicial, la empresa proveedora del correo electrónico debe proporcionar “acceso o copias” del contenido de la cuenta a éste.

2.- Lengua de segunda generación:

Se refiere a las legislaciones que permiten al representante legal del causante “tomar control, continuar o terminar” una cuenta de correo electrónico. En este caso las atribuciones del representante son más amplias que en el caso de la lengua de primera generación por cuanto le otorga un margen de gestión que en el primer caso se limitaba solo a la obtención de copias o acceso al contenido. Sin embargo debe seguir contando o bien con el consentimiento del titular previamente manifestado, o bien con una resolución judicial que así lo ordene.

3.- Lengua de tercera generación:

⁷⁹ <https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/163821/Cummings.pdf> [27 agosto 2019].

Al igual que el caso anterior se refiere a “tomar el control, continuar o terminar” una cuenta de correo electrónico pero sin requerir la autorización previa del titular ni tampoco una orden judicial que así lo decrete.

4.- Lengua de cuarta generación:

Se refiere a la posibilidad de los herederos del causante de “tomar el control, continuar o terminar” no solamente de una cuenta de correo electrónico sino que de cualquier activo digital de que sea titular el causante incluyendo sus redes sociales, canales de Youtube u otros análogos.

Veamos a continuación las principales regulaciones internacionales en la materia y determinemos en qué generación de lengua o lenguaje las podemos situar:

5.1.1 BRASIL

Brasil es el país con más desarrollo doctrinario en materia de sucesión por causa de muerte en relación con bienes de naturaleza virtual, pese a no tener una ley vigente específica en la materia, pero cuenta con una ley que regula Internet en sus aspectos operativos y existen proyectos de ley en tramitación para efectos de regular la herencia o legado virtual.

La Ley N°12.965/2014, también llamada Marco Civil de Internet dispone, de manera clara y objetiva, en términos formales y explícitos en su artículo 1º que “establece principios, garantías, derechos y deberes para el uso de internet en Brasil y determina las directrices para la actuación y eventual solución de conflictos que se puedan presentar...”.

Podríamos decir que esta ley es una especie de “Constitución de Internet”, una suerte de marco civil de Internet. Antes de la existencia de esta norma, el Poder Judicial se veía carente de legislación para fundamentar sus decisiones en casos de disputas judiciales, como por ejemplo, cuando se cierra un perfil utilizado en Internet, o lo que sucede con los datos personales de estos antiguos usuarios.

En este sentido, Jesús y Milagro⁸⁰ (2014) comentan que “en Brasil no existía ley específica que tratase de los deberes de los proveedores de acceso, aplicaciones y de los derechos de los usuarios”, cuyas cuestiones aportaran al Poder Judicial en sus decisiones, que comúnmente eran contradictorias y eran juzgadas sobre la base de la aplicación del Código Civil Brasileño, Código de Defensa del Consumidor y otras legislaciones vigentes.

Una de las funciones del Marco Civil Brasileño es generar seguridad jurídica, ofreciendo base legal al Poder Judicial cuando se enfrenta a cuestiones relacionadas con Internet y tecnología de la información, evitando decisiones contradictorias sobre temas idénticos, lo que era muy común con anterioridad. Ante esta innovación, es importante subrayar los fundamentos orientadores de estas relaciones de derechos y deberes relacionados al uso de internet en Brasil: reconocimiento de la escala mundial en la red; conexión íntima con los derechos humanos fundamentales, más precisamente ciudadanía, participación política, defensa del consumidor, libre competencia, entre otros, y la función social de la red, además de la protección de la privacidad de los usuarios, la inviolabilidad de la intimidad y de la vida privada y el secreto de las comunicaciones.

A continuación, revisaremos la redacción de su artículo segundo, que nos ilustra en ese sentido:

“Art. 2 °. La disciplina del uso de internet en Brasil tiene como fundamento el respeto a la libertad de expresión, así como:

- I. El reconocimiento de la escala mundial de la red;
- II. Los derechos humanos, el desarrollo de la personalidad y el ejercicio de la ciudadanía en medios digitales;
- III. La pluralidad y la diversidad;

⁸⁰ DESIRÉE PRATI RIBEIRO; La herencia digital y el conflicto entre el derecho a la sucesión de los herederos. Curso de Graduación en Derecho, de la Universidad Federal de Santa María (UFSM, RS), como requisito parcial para obtener el grado de Bachiller en Derecho.

- IV. La apertura y la colaboración;
- V. La libre iniciativa, la libre competencia y la protección del consumidor;
- VI. La finalidad social de la red”.⁸¹

En relación con la herencia digital, si bien es cierto, el Código Civil de Brasil no contiene disposición alguna sobre la materia, la doctrina en dicho país circunscribe el tema al concepto de “mutación de materiales”, pasándose del soporte físico de los archivos, documentos (y aplicaciones) de una persona a un soporte virtual y de almacenamiento eterno en el tiempo por la indestructibilidad de las formas, lo que no ocurría antes de la era digital. Lo anterior daría lugar a una especie de prolongación eterna de la persona (equivalente a nuestro juicio al concepto de “identidad digital” que hemos analizado en el presente trabajo) titular de esos bienes digitales e incluso a la existencia de empresas destinadas a la conservación de esos materiales como es el caso de Adrive, Apple iCloud Drive, Dropbox, Google Drive, OneDrive, entre otras. Esta virtualización de la memoria habría despertado una necesidad de tutela por parte del derecho, ya que en un momento histórico anterior, jamás se habría pensado sobre el derecho de los herederos en cuanto a los registros personales de esta naturaleza del fallecido.⁸²

Relacionado con lo anterior y dado que el Código Civil de Brasil no contiene regulación en relación con el destino de los almacenamientos de carácter constante, se ha intentado vincular esta propiedad con la propiedad intelectual⁸³ dado que estos archivos o productos habrían nacido como consecuencia de un acto de creación humana y serían, por ende, productos derivados de esa creación, susceptibles de ser transmitidos a los herederos de su creador, más aún si se le relaciona con la Constitución Federal de Brasil al consagrar en su artículo 5º que reputa vitalicios los derechos morales y patrimoniales de la propiedad intelectual del autor.

Con el derecho existente y disponible en Brasil, se intentará solucionar caso a caso las controversias que puedan surgir en relación a estos bienes. Se propone que la

⁸¹ BRASIL, 2014, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm [06 de junio de 2017]

⁸² LIMA, 2013, <[http : bdm.unb.br/bitstream/10483/6799/1/2013_IsabelaRochaLima.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6799/1/2013_IsabelaRochaLima.pdf)>

⁸³ FARIAS Y ROSENVALD, 2011 [06 de julio de 2017 ambas].

mejor solución, por el momento, sería la declaración de última voluntad en un testamento, ya que, nada obstaría que en dicho instrumento se puedan introducir instrucciones específicas a los herederos o legatarios en cuanto al destino de los bienes y aplicaciones digitales del causante. Se podrá instruir directamente por esta vía a familiares o herederos respecto a qué hacer y cómo hacerlo con el legado digital existente pudiendo incluir instrucciones respecto al tratamiento de perfiles o uso y destino de los mismos. Lo anterior no plantea una solución de fondo del asunto, sino más bien consistiría en una especie de “traspaso de claves”, mas no una transmisión jurídica de los derechos y obligaciones derivados de los contratos de adhesión celebrados en la materia por su titular.

O sea, mientras no haya soluciones expresas y concretas en la materia, la fórmula es realizar una interpretación extensiva de la legislación disponible entendiendo que la propiedad de los datos es de su titular, si éste fallece será de sus herederos, quienes son llamados a su tutela como si se tratase de cualquier clase de bien. Si hay testamento todo se facilitará dado que, de lo contrario, habrá dificultad para determinar la extensión y nueva titularidad de esos archivos, lo que obligará a los herederos a realizar acciones judiciales tendientes a establecer la existencia y el destino de los mismos⁸⁴.

En la actualidad en Brasil hay un proyecto de ley (4099-A/2012)⁸⁵ del diputado Sr. Jorginho Mello, que modificaría el Código Civil Brasileiro de 2012, reconociendo expresamente la existencia de bienes de naturaleza digital transmisibles por causa de muerte.(Ver ANEXO 2). El referido proyecto utiliza un lenguaje de cuarta generación por cuanto incluso en ausencia de testamento permite a los herederos: definir el destino de las cuentas del fallecido (no se limita al correo electrónico), transformarlas en memorial, borrar los datos que contenga, o eliminar la cuenta o activo digital de que se trate.

⁸⁴ TUANY SCHNEIDER Pasa Herança digital: um novo enfrentamento. Universidad de Santa Cruz do Sul, UNISC 2016.

⁸⁵ BRASIL, Proyecto de ley No 4099-A / 2012

Existe también un segundo proyecto de ley, creado por Marcial Filho también del año 2012 y que complementa al anterior. (Ver ANEXO 3).

Se puede observar que, si bien es cierto, estos proyectos de ley reconocen la necesidad de administrar estos aspectos digitales del causante, son poco específicos a la hora de establecer los límites y respeto de la privacidad e intimidad del causante, por cuanto en el primer caso, se establece que se les confiere a los herederos del causante, acceso y total control de sus bienes digitales (lenguaje de cuarta generación), sin señalarse nada respecto a los límites que debe haber, en cuanto al acceso a conversaciones privadas del causante, lo cual, no solamente afecta su privacidad e intimidad, sino también la de los terceros que participaron de esas comunicaciones o intercambios de datos. Asimismo, en el segundo caso, si bien es cierto, se detallan de mejor manera las acciones específicas que podrían realizar los continuadores del causante, tampoco se hace referencia en cuanto a los límites comentados para el primer proyecto de ley.

En todo caso, en ninguna de las dos propuestas se abarca la transmisión de estos derechos o bienes digitales desde una perspectiva netamente patrimonial, mirando esta herencia como una forma de transmitir riqueza y no meramente como una forma de transmitirle a los herederos una especie de función fiscalizadora de la imagen del causante o de capacidad de resolver cuestiones prácticas con terceros, que producto de la muerte han dejado de tener interacción digital con el fallecido.

Cabe hacer presente la actual situación de los proyectos de ley señalados. Ambos fueron aprobados por la Comisión de Constitución y Justicia y de Ciudadanía (CCJC) de la Cámara de Diputados, el 20/08/2013, pero sólo el Proyecto de Ley N° 4.099 / 2012 aguarda su aprobación desde octubre de 2013. El Proyecto de Ley N° 4.847/2012 fue archivado⁸⁶.

Tanto Brasil como Chile forman parte del sistema continental de derecho o *Civil Law* en que la ley proviene del Congreso como fuente primaria y es aplicada por los

⁸⁶ DESIRÉE PRATI RIBEIRO; La herencia digital y el conflicto entre el derecho a la sucesión de los herederos. Monografía presentada al Curso de Graduación en Derecho, de la Universidad Federal de Santa María (UFMS, RS), como requisito parcial para obtener el grado de Bachiller en Derecho.

jueces en el caso concreto. Algo diferente ocurre en países como Inglaterra o Estados Unidos, cuyo sistema jurídico-legal se basa en la *Common Law* en que el Poder Judicial está legitimado a crear derechos, o sea, el énfasis no está puesto en la ley positiva como fuente primaria de derechos, sino que, en la sentencia vinculante por medio de los precedentes aptos para crear derecho⁸⁷.

Dado lo anterior, en nuestros sistemas jurídicos se hace necesario legislar lo más acabadamente posible en relación con esta materia, por cuanto los poderes judiciales están carentes de normas de aplicación específica para solucionar las eventuales controversias que puedan surgir con bienes de naturaleza digital, dado que, no hay textos positivos reguladores de la materia y la analogía no siempre será la manera correcta de dar interpretación a situaciones de la mencionada naturaleza.

5.1.2 ESTADOS UNIDOS

Al día de hoy cuenta con legislación en la materia. Específicamente cinco Estados han promulgado leyes que se relacionan con activos digitales. Los primeros fueron Rodhe Island y Connecticut, cuyo alcance se limita al destino de las cuentas de correo electrónico de una persona a su fallecimiento. Por otra parte, un estatuto de Indiana de 2007 incluye entre los bienes del causante los “documentos almacenados electrónicamente del difunto”. Asimismo, un estatuto del año 2010 de Oklahoma cubre una noción más amplia de archivos digitales no limitándolos solamente a correos electrónicos o documentos formales estrictamente. En el año 2011, Idaho aprobó un proyecto de ley basado en el de Oklahoma intentando ampliar el concepto de activos digitales⁸⁸. La transcripción de la normativa referida se encuentra en el ANEXO 4⁸⁹.

De la lectura de las referidas normativas norteamericanas podemos colegir que en los casos de las regulaciones de los Estados de Rodhe Island y Connecticut, el campo de acción del continuador legal del causante se encuentra más bien limitado al

⁸⁷ RAMOS, ELIVAL DA SILVA. - Activismo judicial: parámetros dogmáticos - São Paulo: Saraiva, 2010.

⁸⁸ <http://www.thedigitalbeyond.com/law> [06 de agosto de 2017].

⁸⁹ <http://www.thedigitalbeyond.com/law> [06 de agosto de 2017].

acceso a las cuentas de correo electrónico con fines recopilatorios o administrativos (lengua de primera generación), lo que, por una parte, no resguarda ni limita el acceso a la privacidad e intimidad del titular y, por otra parte, no resguarda los derechos de los terceros involucrados en las comunicaciones. En el caso de las regulaciones vigentes de los estados de Oklahoma y Idaho, tampoco se señala nada en cuanto a los límites que pudiese haber, basados tanto en la privacidad e intimidad del causante, así como en la de los terceros involucrados en las comunicaciones. Sin embargo en el caso de estos dos últimos Estados se permite a los continuadores legales del causante, no solamente el acceso a las comunicaciones, sino que, además, tomar el control y conducir el destino de las diversas aplicaciones cuyo titular ha fallecido (lengua de cuarta generación).

De esta manera, pareciera haber en los dos casos en comento, un mayor acercamiento o visibilización de este tipo de bienes digitales como posibles de ser continuados y, por ende, explotados y /o conducidos por los herederos, lo cual podría hacer presumir la naturaleza patrimonial que se les estaría reconociendo. Sin perjuicio de lo anterior en ninguna de las regulaciones citadas existe referencia en cuanto a la naturaleza jurídica de estos activos digitales así como tampoco existe reconocimiento de valor patrimonial actual o potencial de los mismos, sólo se limitan a establecer el campo de acción de los herederos del causante sin establecer más requisitos que acreditar la calidad de tales lo cual estimamos que en el largo plazo hará que se evidencien incompatibilidades entre el accionar de los herederos con la real voluntad de los causantes en cuanto a la forma de administrar su imagen digital después de sus días.

5.1.3 ESPAÑA

En el mes de febrero del año 2017 se ha dado un primer paso en la materia, a través de una iniciativa del gobierno catalán con la creación de un proyecto de ley de voluntades digitales, que permita a los ciudadanos diseñar sus suscripciones y otorgar poder a los herederos para poder reclamar la información del difunto que esté en manos de empresas de datos. La iniciativa se ha elevado al Parlamento a objeto de que se modifiquen los aspectos correspondientes, en el Código Civil Español.

El proyecto de ley contemplaba cuatro clases o categorías de bienes digitales susceptibles de ser transmitidos (lengua de cuarta generación), las cuales no fueron incluidas en la ley definitiva que tiene vigencia a partir del mes de junio de 2017. (Ley Nº 10 – 2017, enlace en el anexo 6):

- 1.- Comunicaciones electrónicas.
- 2.- Cuentas en redes sociales.
- 3.- Información en la nube.
- 4.- Dominios de la persona fallecida.

Javier de la Cueva, abogado español especialista en derecho digital, señala que la ley es innecesaria por cuanto la legislación actual permite disponer de bienes, derechos y obligaciones para después de la muerte de una persona, por testamento, por lo que, no sería necesaria, planteando también un problema de jurisdicción que se vislumbra, por el hecho de la dificultad que ve, en el hecho que un Estado pueda imponer normas a una empresa que se encuentra en otro lugar del mundo y respecto de la cual, los términos y condiciones han sido conocidos y aceptados por sus usuarios. Señala que se está produciendo así una “dejación de soberanía digital”⁹⁰.

Por su parte, el especialista en la materia Pere Lluís Huguet (2017) señala que la solución a esta presunta falta de soberanía digital, se puede solucionar a través de un acuerdo internacional vía ONU, por ejemplo, que regule la jurisdicción digital, “superando las fronteras”.⁹¹

Analizando comparativamente el panorama internacional descrito, llama la atención que Brasil, pese a no contar con legislación vigente en la materia, es, sin embargo, el país con mayor desarrollo doctrinario en la misma. Tiene un proyecto de ley en curso destinado a la transmisibilidad de los archivos digitales de que es titular una persona, pero pareciera ser un proyecto de ley que canaliza la materia más bien

⁹⁰ https://elpais.com/ccaa/2017/02/28/catalunya/1488289554_457171.html [10 de octubre de 2017].

⁹¹ Ibidem.

desde un punto de vista de “tutelar datos” como fundamento para la transmisibilidad, más que otorgarle una mirada económica o de bienes económicos con valor propio y separado de los datos que se contengan en los mismos. Si bien es cierto, como hemos dicho, Brasil no cuenta con ley específica en materia de transmisibilidad de archivos digitales, es destacable señalar que a la fecha, la resolución de conflictos en la materia, se realiza por parte del Poder Judicial, aplicando los criterios generales contenidos en la ley 12.965 del año 2014 conocida como Marco Civil de Internet, como ya comentamos. Dichos criterios también parecen apuntar a un tema de protección o administración de datos y sobre esa base se ha decidido respecto del destino de los mismos.

A diferencia de Brasil, Estados Unidos cuenta con legislación específica en la materia en cinco de sus Estados: Rhode Island, Connecticut, Indiana, Oklahoma y Idaho. La regulación más pretérita es la del Estado de Connecticut, que en el año 2005 reguló aspectos relacionados con la transmisibilidad de los datos contenidos en los correos electrónicos. En el caso de Estados Unidos se establece la figura de una especie de heredero ejecutor a cargo de decidir el destino de las aplicaciones o cuentas digitales del causante. No se requiere que haya sido nombrado por testamento, bastará que tenga la calidad de heredero para poder asumir esa función.

En el caso de España, al día de hoy cuenta con legislación vigente en la materia, sin embargo (Ley 10/2017). Se requiere de un ejecutor testamentario designado previamente por el causante o titular de aplicaciones digitales en la configuración de su aplicación. O sea, para que opere la transmisibilidad de las aplicaciones digitales, es requisito que el causante haya otorgado o configurado su perfil con esas instrucciones al proveedor de la aplicación, entendiéndose que debe tratarse de herederos legales, no como en el caso del contacto de legado de Facebook que no requiere vínculo legal alguno con el causante. Interesante resulta constatar en el esta ley la incorporación de una suerte de control parental del entorno digital respecto de niños, niñas y adolescentes y personas con sobrevenida discapacidad. También resulta interesante de observar la consideración de la mediación como método de resolución de conflictos en la materia, así como el hecho de que se contempla el “modo” como modalidad susceptible de operar en la transmisión de este tipo de activos.

5.1.4 FRANCIA⁹²

El 7 de octubre de 2016 se promulgó en Francia la “*Loi n° 2016-1321 du octobre 2016 pour une République numérique*” o conocida también como Ley para una República Digital. El objetivo central de esta norma es “favorecer la circulación de datos y del saber”, según se consagra en la misma, así como también proteger a los individuos en la sociedad digital y garantizar el acceso de todos a la red. Es una ley de amplio contenido en tema digitales y de datos pero circunscribiéndolo al tema que nos ocupa, esta legislación regula el llamado “derecho a la muerte digital” (“*mort numérique*”) estableciéndose en su artículo 63.2 la posibilidad de que las personas puedan dar instrucciones relativas a la conservación, la eliminación o la comunicación de sus datos personales después de su muerte. Estas instrucciones o directrices pueden ser generales o particulares y por esencia pueden ser modificadas o revocadas⁹³.

Las directrices generales atañen al conjunto de los datos personales del titular y deben ser depositadas ante un “tercero de confianza” certificado por la Comisión Nacional de la Informática y las Libertades (CNIL). Se exige además que sean inscritas en un registro único regulado por decreto del Consejo de Estado.

Por su parte las directrices particulares son instrucciones que el titular de los datos suministra directamente a determinados prestadores de servicios de internet en relación con los datos de que son responsables. La ley obliga a las empresas de internet a articular medidas y mecanismos para que los usuarios decidan en vida respecto de destino de sus datos después de sus días. Lo anterior debe contenerse en instrucciones específicas dadas por el usuario al efecto no pudiendo desprenderse de la mera aceptación de los términos y condiciones generales que se hayan aceptado en su momento.

En ambos tipos de directrices, sean generales o particulares, el usuario puede designar a una persona de confianza encargada de ejecutar las instrucciones que haya

⁹² https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2018-20041700440 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Las voluntades digitales: marco normativo actual [09 octubre 2019].

⁹³ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033202746&categorieLien=id> [09 octubre 2019].

establecido. Podrá también darse el caso que se dejen solamente las instrucciones pero no se designe a una persona a cargo de llevarlas adelante en cuyo caso corresponderá a los herederos ejecutarlas y demandar a los responsables del tratamiento su puesta en práctica.

Para el caso que el titular de datos no haya establecido las mencionadas directrices podrán los herederos ejercer los derechos que en la materia competan “en la medida necesaria para organizar y reglamentar la sucesión del difunto con el fin de identificar y obtener comunicación de informaciones útiles para la liquidación y partición de la herencia”⁹⁴. Así las cosas, cuando el causante no ha dispuesto otra cosa, los herederos tiene derecho a obtener información relativa a la existencia de cuentas bancarias on line, recibos o facturas enviadas por correo electrónico, saldos positivos en juegos on line y en general información respecto a cualquier activo digital de naturaleza patrimonial.

Se les reconoce también a los herederos la posibilidad de cerrar las cuentas de aplicaciones digitales del difunto así como también oponerse al tratamiento de sus datos personales a futuro. Se establece también en la norma legal citada que toda cláusula contractual incluida en las condiciones generales de uso que limite las prerrogativas reconocidas en la ley deberán tenerse por no escritas.

De esta manera podemos destacar de la legislación francesa vigente en la materia lo siguiente:

- a) No exige que la persona designada por el titular de los datos para ejecutar las instrucciones dejadas por éste sea un heredero.
- b) No hay un reconocimiento expreso de la condición de “bien” susceptible de ser transmitido por causa de muerte respecto de lo que en definitiva se transmite.
- c) En la medida que no se designe persona ejecutora de las instrucciones o directrices que el causante pueda establecer, el ámbito de acción de los herederos en muy limitado en cuanto a lo que no sea de orden estrictamente patrimonial. Es decir, los herederos en este caso podrán recabar información de los activos digitales contables mas no podrán realizar gestión futura alguna

⁹⁴ <http://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/9279-la-sucesion-mortis-causa-en-el-patrimonio-digital-una-aproximacion> [09 octubre 2019].

en relación con los activos digitales de naturaleza no patrimonial como lo serían las cuentas en redes sociales del titular. En dicho caso, sus facultades estarán limitadas a cerrarlas pero no a realizar gestión futuras de las mismas como hemos podido ver en otras legislaciones comparadas. Pareciera ser que el “derecho a la muerte digital” en el caso de Francia es literalmente eso, la inactividad futura de la esfera digital del individuo por parte de sus herederos los cuales son embestidos de facultades más bien destinadas a organizar debidamente la desaparición de la huella digital del causante pero no destinadas a la prolongación de su identidad digital (lengua de primera generación).

5.2 CHILE

A continuación veremos la situación legal en Chile. En la actualidad, existe en tramitación un proyecto de ley en la Cámara de Diputados (ANEXO 5) que, trabajando sobre la base del concepto de “voluntades digitales”, pretende introducir modificaciones a la ley 19.628 de protección a la vida privada (Boletín N° 12231-19 con fecha de ingreso el 08 de noviembre de 2018)⁹⁵. Se propone entender por últimas voluntades digitales, las disposiciones que realice una persona tendientes a que después de sus días, los herederos o la persona designada al efecto, actúen ante los prestadores de servicios digitales con los que el causante tenga cuentas activas. No hay claridad en el proyecto en cuanto a cuáles serían los alcances de la gestión post mortem que podrían llevar a efecto los herederos. De la lectura del mismo, se infiere que las facultades de los continuadores legales del causante estarían circunscritas a hacer efectivas frente a los prestadores, las cláusulas aceptadas en los términos y condiciones de uso, pero aparentemente circunscritas a solicitar el cierre de las cuentas activas del titular. No parece hacerse cargo de una eventual gestión futura y lo que ello trae aparejado, como podría ser el legítimo derecho de seguir percibiendo utilidades económicas, en caso que la aplicación las genere. Sin embargo, la interpretación puede expandirse cuando

⁹⁵ https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12752&prmBL=12231-19 [26 junio 2019].

en la propuesta del que sería el artículo 16 ter de la ley 19.628 se puede leer que, las acciones de ejecución *post mortem* que contempla el proyecto serían meramente ejemplares y por ende no solamente podrían estar destinadas a la gestión para procurar el cierre de las cuentas activas, sino a una gestión más abierta que permita la continuidad de la aplicación y sus eventuales consecuencias. En el caso de la primera interpretación nos acercamos a un lenguaje de segunda generación y en el caso de la interpretación más amplia estaríamos frente a un lenguaje de cuarta generación.

El texto del proyecto señala en su artículo 16 ter que por acto testamentario, el causante podrá disponer el alcance del encargo y de las voluntades digitales que deberían ejecutarse. Continúa señalando que podrá disponer por testamento la comunicación a los prestadores del hecho de la defunción, solicitarles dejar sin efecto las cuentas activas, solicitar que se ejecuten las cláusulas contractuales que sean del caso, o que se activen las políticas contempladas para el caso de fallecimiento del titular de una cuenta. Por último señala que podrá autorizar a los prestadores de servicios digitales a entregar copia de los archivos contenidos en la aplicación a petición de los herederos testamentarios.

Por su parte el artículo 16 dispone que para el caso de no existir manifestación de voluntad al efecto vía testamento, el heredero podrá notificar a los prestadores de servicios digitales la defunción del causante así como también podrá pedir el cierre de sus cuentas y en ningún caso podrá tener acceso a los archivos contenidos en las mismas, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial, la cual deberá ser dada con conocimiento de causa.

Como podemos ver, el proyecto de ley en comento, no establece explícitamente la continuidad de las cuentas activas del causante ni aun cuando medie testamento al efecto. De hecho, la única diferencia que se aprecia para el caso que haya o no testamento es la posibilidad de los herederos de tener acceso a los archivos contenidos en las aplicaciones, no especificándose tampoco qué tipo de archivos, pero en todo caso, no contemplando la posibilidad de la gestión futura de los activos digitales del causante. La norma pareciera más bien enfocada en dar la posibilidad a los herederos de solicitar el cierre de cuentas activas y tener acceso a los archivos que en ellas se encuentren alojados pero no pareciera dar la posibilidad para que los continuadores legales del titular continúen gestionándolas. Luego, no se aprecia en la

especie un espíritu sucesorio que evidencie una transmisión jurídica a los herederos de la aplicación digital o de los efectos del contrato de adhesión que la originó, ni si quiera en el caso que exista testamento. Más bien se vislumbra el traspaso de limitadas facultades respecto a los activos digitales del causante encaminadas solamente a ponerles término y cerrarlos sin posibilidad de gestión futura y sin reconocérseles derechos de ninguna clase en tanto herederos.

	Estado de vigencia	Estado	Testamento	
Brasil	Proyecto	4ª Generación	No	Proyecto desde 2012
EE.UU	Norma vigente	1ª Generación: - Rodhe Island - Coneticut 4ª Generación: - Oklahoma - Idaho	No	2007
España	Proyecto	4ª Generación	Sí	Proyecto desde 2017
Francia	Norma vigente	1ª Generación	No	2016
Chile	Proyecto	2ª Generación	No	Proyecto desde 2018

6. ANÁLISIS DEL CASO FACEBOOK

Según un estudio del investigador Hachem Saddiki, de la Universidad Estadística de Massachusetts, Facebook albergará más cuentas de usuarios muertos que vivos a partir del año 2098⁹⁶. Estaremos frente a un auténtico cementerio digital compuesto mayoritariamente por cuentas inactivas.

Desde el año 2015 en Estados Unidos y desde 2017 en el resto del mundo, Facebook ha incorporado a sus políticas de uso la posibilidad de que el titular de la cuenta pueda elegir de entre la lista de sus contactos un “contacto heredero”, a objeto de que pueda realizar algunas acciones que mantengan activa la aplicación respecto del usuario fallecido, transformándola en una “cuenta conmemorativa”. Dichas cuentas

⁹⁶ https://cadenaser.com/ser/2017/08/14/ciencia/1502717709_382752.html [23 julio 2019].

proporcionan, en tanto conmemorativas, un lugar para que amigos y familiares se reúnan y compartan recuerdos de un ser querido que falleció⁹⁷. En otras palabras, Facebook, si bien es cierto, ha concebido de alguna manera la idea de la transmisibilidad de una cuenta o aplicación digital, lo hace obviando las normas básicas del derecho sucesorio y no pronunciándose respecto de la naturaleza de esta transmisión. Lo anterior por cuanto el titular de la cuenta puede elegir, entre el listado de sus amigos incorporados en esa red social, quién será el gestor futuro de su aplicación y por ende de su identidad digital. Ese “amigo” elegido como contacto de legado (así lo llama Facebook) puede o no ser heredero legal del titular. Basta con estar en el listado de amigos de esa cuenta para poder ser elegido como sucesor de la misma.

Entendemos que este traspaso de titular de la aplicación no es de carácter absoluto, por el contrario, conlleva acciones limitadas a disposición de quien sea el encargado de darle continuidad a la cuenta. No es una transmisión que otorgue las facultades que se le otorgarían a un heredero legal si operara una traspaso jurídico pero sí resulta interesante constatar que al menos Facebook está reconociendo la factibilidad de transmitir a terceros derechos personales que se encontraban radicados en el patrimonio del primer titular lo cual puede ser un argumento a la hora de legislar al efecto en el sentido que Facebook no podrá rebatir a las legislaciones locales y soberanas la factibilidad técnica y legal de, por una parte transmitir el uso de la aplicación y por otra parte respetar la última voluntad de su titular.

Como hemos señalado, al producirse la transmisión de la cuenta de una persona que ha fallecido, ésta adquiere el carácter de conmemorativa lo que implica, por una parte, que quedará establecido en la interface de la misma ese carácter y por otra parte los terceros se enterarán que es una cuenta con características especiales y con un nuevo titular con acciones limitadas.

Al no tratarse de un traspaso jurídico de la aplicación o de los efectos del contrato que le dio origen, se evidencia que se tratará de una transferencia con circulación futura limitada en el sentido que el “contacto de legado” no podrá transmitir, a su turno, la cuenta a un tercero ni menos a alguno de sus herederos. En otras

⁹⁷ <https://www.facebook.com/help/1506822589577997/> [22 de mayo de 2017].

palabras, la cuenta de Facebook tiene limitada su transmisión -que ya es limitada en cuanto a las facultades que otorga- a una única vez, esto es, a la vez que se le transmite al contacto elegido con el cual terminará indefectiblemente la existencia de la aplicación dada las limitaciones que caracterizan su gestión y dado que no se reconoce como un bien transmitido por causa de muerte al contacto heredero.

6.1 CARACTERÍSTICAS

Las cuentas conmemorativas tienen las siguientes características:

1. Aparecerá en la interface de la aplicación la frase “En memoria de” junto al nombre de su titular.
2. Según la configuración de privacidad de la cuenta, los amigos pueden compartir recuerdos en la biografía conmemorativa como hacer comentarios o enviar fotos.
3. El contenido que haya compartido el titular en vida permanecerá en Facebook y será visible al público al que se le haya compartido.
4. Estas cuentas no aparecen en espacios públicos, como las sugerencias de “personas que quizás conozcas”, los recordatorios de cumpleaños o los anuncios publicitarios.
5. Nadie puede iniciar sesión en una cuenta conmemorativa salvo el contacto de legado pero con acciones limitadas.
6. El contacto de legado está facultado para cerrar la cuenta. No es un albacea o un legatario modal que se vea obligado a respetar la carga que implica la continuación de la gestión futura.
7. El contacto de legado no puede realizar actividades comerciales en la cuenta aunque en vida de su titular haya generado ingresos económicos. De tratarse de una transmisión jurídica de la aplicación no debiera haber inconveniente que se puedan seguir generando ganancias económicas con la cuenta puesto que serían jurídicamente frutos producidos por la aplicación de los cuales debiesen hacerse dueños los continuadores legales de su titular.
8. Una vez que la cuenta se convierte en conmemorativa, no se puede eliminar su contenido.

El contacto de legado está limitado a realizar solamente las siguientes acciones en relación con la cuenta legada en la medida que la mantenga activa:

- a) Cambiar la foto de perfil y la foto de portada del titular.
- b) Escribir en una publicación hecha con anterioridad en la biografía del titular.
- c) Responder a nuevas solicitudes de amistad.

Sin perjuicio de instaurar un contacto de legado, el titular de la cuenta así como un familiar, en caso de que éste fallezca, podrán pedir el cierre de la cuenta después de los días del mismo. En el caso del titular, lo podrá hacer en vida en su configuración de seguridad optando por la opción de “eliminación de la cuenta tras su fallecimiento”. En el caso de un familiar o tercero, lo podrá hacer después del fallecimiento, enviando el certificado de defunción a la compañía, solicitando la desactivación de la cuenta. En ambos casos la cuenta quedará inactiva, salvo como dijimos, que su titular haya elegido un contacto de legado y que éste le dé continuidad.

6.2 CONTACTO DE LEGADO

Un “contacto de legado” es una persona a la que se elige de entre la lista de amigos para que se encargue de la cuenta si ésta se convierte en conmemorativa, quien podrá realizar las acciones señaladas precedentemente las que incluyen solicitar la eliminación de la cuenta. El contacto de legado no puede iniciar sesión en la cuenta, no puede eliminar o cambiar publicaciones o fotos antiguas ni otras cosas que se hayan compartido en la biografía. Tampoco podrá leer los mensajes privados o directos ni tampoco puede eliminar amigos de la lista de contactos.

Facebook exige que para poder seleccionar un contacto de legado, el elegido debe ser mayor de 18 años de edad. Ese es el único requisito exigido por la compañía.

6.3 CÓMO SE HACE

Se puede agregar, cambiar o eliminar a este contacto en la Configuración General de la cuenta. Para agregar un contacto de legado se debe hacer clic en Configuración, Administrar Cuenta, elegir al contacto de legado de la lista de amigos y por último Enviar.

¿Qué sucede en la actualidad con las demás redes sociales al fallecimiento de su titular?

- Facebook: Permite la elección de un contacto de legado con las limitaciones señaladas.
- Google⁹⁸: Si se detecta un año de inactividad en una cuenta de esta compañía, borrarán todo el contenido asociado a ese titular, o bien notificarán a un tercero de confianza elegido por éste en la configuración de su cuenta a objeto de ofrecerle el contenido asociado a ese titular inactivo. La figura se llama “administrador de cuentas inactivas”. Lo anterior en todo caso, no implica una transmisión de las aplicaciones del titular al administrador elegido, es más, ni si quiera presupone la muerte del dueño del perfil puesto que pudiendo estar vivo, si registra un año de inactividad en alguna cuenta, se pondrá en operatividad del procedimiento de notificación al tercero elegido quien en todo caso carecerá de toda facultad de gestión futura respecto de los activos digitales en cuestión
- Twitter: Sólo permite la activación o desactivación del perfil. La cuenta se mantendrá activa seis meses después que se reporte la muerte. Permite que los familiares bajen todos los "tweets" públicos y soliciten la exclusión del perfil, pero para que eso sea efectuado existe un proceso más complejo, el cual exige que se envíen varios documentos a la empresa en los Estados Unidos, y aún si el nombre del usuario en Twitter no sea el mismo nombre del certificado de defunción es necesario comprobar que el registro pertenece al difunto.⁹⁹

⁹⁸ <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=es-419> [23 julio 2019].

⁹⁹ <http://www.abc.es/tecnologia/redes/20140702/abci-sucede-cuentas-redes-muertes-201407012051.html>.

- Hotmail: Se requiere de orden judicial para la entrega de contenidos al requirente. No contempla transmisión ni de archivos ni del perfil propiamente tal.
- LinkedIn: La cuenta se excluye del listado de cuentas activas tras la confirmación del fallecimiento del usuario¹⁰⁰.
- Instagram: Según las políticas de privacidad de esta red social, la cuenta se cierra si se le comunica a la empresa el fallecimiento del titular de una cuenta. También puede ser transformado en memorial con la comprobación del fallecimiento y llenado de solicitud en línea pero no se contempla una transferencia en la gestión de la cuenta a terceros sean o no herederos del titular.¹⁰¹

Así las cosas, podemos constatar que Facebook es la única red social o aplicación en general que en la actualidad ofrece una especie de continuidad de la identidad digital de sus titulares, con las características y limitaciones ya estudiadas, pero que en todo caso dicha continuidad no es fruto de una transmisión por causa de muerte de derechos radicados en el patrimonio del causante, sino que es fruto de una decisión unilateral de la compañía de dar una opción a sus usuarios de elegir, en una limitada medida, el destino de ese activo digital en particular. Tengamos presente que esta red social al implementar este sistema de contacto de legado no hace ningún tipo de previsión explícita que haga alusión a herederos o a la sucesión como continuadores del perfil. Para incrementar más la complejidad, este mecanismo de designación del contacto de legado la compañía lo 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 queda situado el mecanismo expresado en los mismos sino que en otra sección.

¹⁰⁰ <http://www.bufetemestre.com/testamento-digital-patrimonio-digital/>

¹⁰¹ INSTAGRAM, Políticas de Privacidad (8).

Los términos “conmemorativa” o “contacto de legado” no forman parte de nuestro derecho sucesorio por lo que se sostiene que Facebook establece sus propias normas sucesorias¹⁰².

Los herederos no son considerados por Facebook como gestores del legado digital del causante, ni si quiera tiene que recurrir a ellos para el caso que siga explotando una cuenta de una persona fallecida. Pareciera ser que la compañía cuenta con soberanía absoluta para imponer sus reglas, lo que unido a la modalidad de transmisión que contempla para las cuentas de sus usuarios, develan situaciones que merecen ser atendidas por las legislaciones locales a fin de resguardar los derechos de sus ciudadanos. Estas situaciones dicen relación con, en primer término, la evidente complejidad en la comprensión de los términos y condiciones a los cuales se adhiere al abrir una cuenta, se incluye aquí la incorporación de elementos tales como la introducción de jurisdicciones internacionales diferentes a las naturales para conocer los eventuales conflictos entre las partes. En segundo término se devela también la carencia de un marco regulatorio que de manera expresa ofrezca seguridad a los usuarios respecto de sus derechos y los equilibre con los del prestador. En tercer término devela la carencia de conciencia digital de la ciudadanía lo que implica tanto una cuestión educativa, como de promisión por parte de los poderes públicos del uso de la Red de una manera responsable e informada¹⁰³.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Si al día de hoy fallece una persona en Chile, a la luz de la legislación vigente se hace muy difícil tanto la determinación del aservo digital del causante así como el destino del mismo. Si se trata de bienes digitales de cuantificación patrimonial como saldos a favor en aplicaciones, colecciones musicales o literarias, por ejemplo, resultará del todo difícil tanto su determinación (existencia y montos) así como también resultará difícil el lidiar con la naturaleza jurídica que las condiciones o términos de uso le han establecido unilateralmente al activo digital en particular dado que generalmente

¹⁰² PRIETO RODRÍGUEZ, Rafael y MARTÍNEZ CABEZUDO, Fernando, *Herencia digital, términos y condiciones de uso y problemas derivados de la praxis social*, 2017

¹⁰³ PRIETO RODRÍGUEZ, Rafael y MARTÍNEZ CABEZUDO, Fernando, *Herencia digital, términos y condiciones de uso y problemas derivados de la praxis social*, 2017

se establece en dichas condiciones la calidad de licenciatario de uso por parte del titular del activo limitando el uso y beneficios a la vida de éste sin posibilidad de transmisión por causa de muerte. Por su parte, si se trata de activos digitales de naturaleza no patrimonial, al menos en su génesis, el rol de los continuadores legales del titular es más limitado aún. Prácticamente se circunscribe a poder comunicar al prestador de la aplicación en cuestión el fallecimiento del titular a fin de que se proceda al cierre de la misma o se la convierta en una cuenta conmemorativa como es el caso de Facebook e Instagram. En el caso de las demás aplicaciones o activos digitales derivados de Google las cuentas se borrarán después de un año de inactividad detectada salvo que se haya nombrado por el titular, dentro de la misma aplicación, un administrador de cuentas inactivas con muy limitadas capacidades las cuales en ningún caso implican la gestión futura de las cuentas. Lo mismo ocurre en el caso de Twitter con la diferencia que la cuenta será cerrada 6 meses después a que se reporte el fallecimiento del titular sin dar posibilidad alguna a los herederos a intervenir con posterioridad en ella.

Dado el hecho que en nuestra legislación nacional no hay regulación en la materia, así como también teniendo en consideración la creciente relevancia que está adquiriendo el tener la posibilidad de gestionar plenamente los activos digitales de una persona fallecida, estimamos que sería útil regular legislativamente la situación por intermedio de normas que, por una parte le reconozcan la categoría de “bienes” a las aplicaciones de que se es titular y así ser susceptibles de ser transmitidos por causa de muerte, y por otra parte, impongan requisitos a esta transmisibilidad como sería el caso de exigir la manifestación de voluntad del causante vía testamento en el que se pueda legar la gestión futura de su identidad virtual con límites determinados.

Podría pensarse que el asunto se solucionaría con un simple “traspaso de claves” , sin embargo, no se vislumbra como una opción segura y sustentable en el tiempo, ello por cuanto, por una parte, se estará frente al riesgo que al constatarse fehacientemente la muerte del titular, la aplicación digital deje de prestar los servicios que le prestaba al titular de la clave, ahora fallecido, siendo que esas son las políticas vigentes y, por otra parte, como lo advierte la abogada brasileña especialista en derecho digital Patricia Peck Pinheiro, se caería en el riesgo de poder configurar un ilícito penal como lo es la usurpación de identidad, ya que, se continuaría

administrando la aplicación digital como si su titular estuviese vivo usando sus claves de acceso.

Seremos de la idea que la transmisibilidad de elementos digitales debe hacerse por la vía del testamento, es decir, el titular de bienes digitales deberá diseñar el destino de los mismos en la medida que involucren continuidad de su identidad e imagen. En cambio, creemos que para la transferencia de activos digitales cuantificables patrimonialmente y que no impliquen continuidad de la identidad virtual de su titular debiesen operar las normas generales de sucesión intestada.

Específicamente recomendamos la exigencia de la figura del legado de tipo modal para darle operatividad a la transmisión, dado que, a través de esta figura legal la propiedad se lega para fines específicos, predeterminados por el causante en el acto testamentario.

Asimismo, se recomienda que la transferencia de aquellos bienes digitales que impliquen mensajería asociada, sea limitada, es decir, que implique la imposibilidad para su destinatario de tener acceso a los mensajes o correos electrónicos del titular, a fin de respetar el derecho a la intimidad que estaba garantizado en vida del mismo salvaguardando tanto sus propios derechos como los de los terceros involucrados en las comunicaciones.

El profesor Rafael Rodríguez Prieto de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, es de la opinión de que “La herencia digital es el primer paso en el camino de la regulación democrática de la Red” y sus palabras toman sentido cuando pensamos que las autoridades tienen el deber de dotar de un marco jurídico a los bienes digitales armonizándolos con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados constitucionalmente. El legislador no puede obviar los cambios sociales a riesgo de caer en la desprotección de los ciudadanos. Los nuevos intereses sociales necesitan de la garantía de la norma para pasar a ser bienes jurídicos reconocidos y dignos de protección.

Los poderes públicos están llamados a preservar la efectividad de los principios constitucionales en todos los ámbitos de existencia del estado, incluyendo la Red. A su turno, tienen el deber de establecer los mecanismos que permitan la solución de controversias en las jurisdicciones naturales no debiendo aceptar la imposición de empresas privadas que obligan a litigar con ellos en la jurisdicción que ellos

determinen. Por último, y en concordancia con los procesos de integración internacional constante de que son parte los Estados, los poderes públicos deben motivar también el desarrollo de convenios internacionales que refuercen o reconozcan la protección de los derechos humanos en el espacio digital.

BIBLIOGRAFÍA

Textual:

- APARICI, R. Y OSUNA ACEDO, S. (2013). *La Cultura de la Participación*. Revista Mediterránea de Comunicación, vol. 4, nº 2.
- GIONES V. AINA, SERRAT I B. MARTA. 2010. La gestión de la identidad digital: una nueva habilidad informacional y digital. [en línea] BiD: textos universitarios de biblioteconomía i documentació, juny, núm. 24. 2013]
- ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, Tratado de Derecho Civil, edición 2005.
- CHARLA COLEGIO DE ABOGADOS “Los nombre de dominio a la luz de la nueva reglamentación de nic Chile”, profesora María José Arancibia Obrador. Abril de 2015.
- CÓDIGO CIVIL CHILENO.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. “Los Contratos. Parte General”. Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición actualizada. 1998.
- MORALES ANDRADE, MARCOS, “Naturaleza Jurídica de los Nombres de Dominio y sus consecuencias en el derecho chileno”, Revista Chilena de Derecho Informático, nº5. 2004.
- FERNANDO ROZAS VIAL, Los Bienes Editorial Jurídica Cono Sur, 1998.
- LÓPEZ, op. Cit. Tomo II.
- LEÓN, RICARDO OLIVA, *Testamento ¿Digital?* Juristas con futuro, 2016.
- PABLO RODRÍGUEZ GREZ, Derecho Sucesorio, Editorial Jurídica 2002.
- SANTO MORÓN, MARÍA JOSÉ, *La denominada herencia digital*. Universidad Carlos III, 2018, Madrid
- MORATALLA, JOSÉ RAMÓN *La herencia y la transmisión mortis causa del patrimonio digital*, Revista de derecho actual, Vol.2, 2016.

- WILLIAMS BENAVENTE, JAIME, Lecciones de introducción al derecho, Ediciones Fundación de Ciencias Humanas, 3ª Edición, Santiago de Chile, 1999.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, Derecho Sucesorio, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 7ª Edición, Santiago de Chile, 2005.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, RAMÓN. DOMÍNGUEZ AGUILA, RAMÓN, Derecho Sucesorio, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, Santiago de Chile, 2009.
- RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, Instituciones de Derecho Sucesorio, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago de Chile, 1993.
- DESIRÉE PRATI RIBEIRO. La herencia digital y el conflicto entre el derecho a la sucesión de los herederos. Monografía presentada al Curso de Graduación en Derecho, de la Universidad Federal de Santa María (UFSM, RS), como requisito parcial para obtener el grado de Bachiller en Derecho. 2016.
- TUANY SCHNEIDER Pasa Herança digital: um novo enfrentamento. Universidad de Santa Cruz do Sul, UNISC 2016.
- PAPI BEYER, MARIO; Manual de Introducción al Derecho, Editorial Universidad Miguel de Cervantes, Santiago, 2013, p.49.
- CORRAL TALCIANI, HERNAN, Curso de derecho Civil. Parte General, Editorial Legal Publishing Chile, 2018, p. 352.
- PRIETO RODRÍGUEZ, RAFAEL Y MARTÍNEZ CABEZUDO, FERNANDO, Herencia digital, términos y condiciones de uso y problemas derivados de la praxis social, 2017.
- SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ, La denominada “herencia digital”. ¿Necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado. En Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 10, nº1. Marzo 2018, p.413 -438.

Páginas Web:

- <http://www.ub.edu/bid/24/giones2.htm> [14 de julio de 2017]
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm [06 de junio de 2017]
- http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6799/1/2013_IsabelaRochaLima.pdf
- <http://blogs.repsol.com/innovacion/big-data-el-petroleo-del-siglo-xxi/>
- <http://www.bufetemestre.com/testamento-digital-patrimonio-digital/>
- INSTAGRAM, Políticas de Privacidad
- <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=es-419> [23 julio 2019].
- <http://www.abc.es/tecnologia/redes/20140702/abci-sucede-cuentas-redes-muertes-201407012051.html>.
- <https://www.facebook.com/help/1506822589577997/> [22 de mayo de 2017].
- https://cadenaser.com/ser/2017/08/14/ciencia/1502717709_382752.html [23 julio 2019].
- https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12752&prmBL=12231-19 [26 junio 2019].
- https://elpais.com/ccaa/2017/02/28/catalunya/1488289554_457171.html [10 de octubre de 2017].
- <http://www.thedigitalbeyond.com/law> [06 de agosto de 2017].
- <https://www.univision.com/entretenimiento/chismes/cierran-la-cuenta-de-twitter-de-chespirito> [12 julio 2019].
- <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/batalla-legal-con-padres-de-soldados-nid680920> [21 de junio 2019].

- <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A58836-2005Feb2.html> [21 junio 2019].
- <http://www.justinellsworth.net/email/detnewsapr.htm> [21 junio 2019].
- https://moemafiuza.jusbrasil.com.br/noticias/179038286/luta-de-mae-por-acesso-ao-facebook-de-filha-morta-expoe-questao-sobre-heranca-digital?ref=topic_feed.
- <https://www.t13.cl/noticia/tendencias/tecnologia/la-madre-a-la-que-facebook-le-niega-acceso-a-la-cuenta-de-su-hija-muerta> [21 junio 2019].
- <https://lcidentidaddigital.wordpress.com/category/elementos/> [28 julio 2019].
- <http://www3.gobiernodecanarias.org/medusa/ecoescuela/seguridad/identidad-digital-profesorado/elementos-de-la-identidad-digital/> [28 julio 2019].
- <https://es.statista.com/estadisticas/600712/ranking-mundial-de-redes-sociales-por-numero-de-usuarios/> [12 de junio de 2018].
- <https://www.definicionabc.com/tecnologia/correo-electronico.php> [12 de julio de 2017].
- <https://www.definicionabc.com/social/red-social.php> [12 de julio de 2017].
- <http://nic.cl/ayuda/faq/gen-07.html> [06 de junio de 2017].
- <http://computerhoy.com/noticias/internet/que-es-bitcoin-como-funciona-donde-compran-5389> [06 de junio de 2017].
- <https://www.youtube.com/watch?v=ZDgDhvjuOaE> [16 de agosto de 2017].
- <http://www.eveliux.com/mx/La-compra-de-libros-y-musica-digital.html> [26 agosto 2019].
- <https://latindot.com/duro-de-heredar/> [26 agosto 2019].
- <http://www.notariallopis.es/blog/i/121/73/herencias-con-bitcoin-un-caso-de-futuro> [26 agosto 2019]
- YOUTUBE, Términos y Condiciones, cláusula octva.

- <https://delitosinformaticos.com/delitos/correo.shtml> [26 agosto 2019].
- <https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/163821/Cummings.pdf> [27 agosto 2019].
- https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2018-20041700440 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Las voluntades digitales: marco normativo actual [09 octubre 2019].
- <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033202746&categorieLien=id> [09 octubre 2019].
- <http://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/9279-la-sucesion-mortis-causa-en-el-patrimonio-digital-una-aproximacion> [09 octubre 2019].

ANEXOS

ANEXO 1

Artículo 16 de ley de defensa del consumidor- No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que :

a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen; (...) c) Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables.

ANEXO 2

“PROYECTO DE LEY
CAMARA DE DIPUTADOS
PROYECTO DE LEY No. 4.099-A, DE 2012 (del Sr. Jorginho Mello)

Modifica el art. 1.788 de la Ley N° 10.406, de 10 de enero de 2002, que "instituye el Código Civil", de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Legislativo y de la Comisión de las Comunidades Europeas.

DESPACHO:
A LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA Y DE CIUDADANÍA:

El Congreso Nacional decreta:

- Art. 1º Esta ley modifica el art. 1.788 de la Ley no 10.406, de 10 de enero de 2002, que "establece el Código Civil", a fin de disponer sobre la sucesión de los bienes y cuentas digitales del autor de la herencia.
- Art. 2º. El art. 1.788 de la Ley no 10.406, de 10 de enero de 2002, se aplicará más el siguiente párrafo único:
- "Art. 1.788. Párrafo único. Se transmitirán a los herederos todos los contenidos de cuentas o archivos digitales de titularidad del autor de la herencia. "(NR).
- Art. 3º. Esta ley entrará en vigor en la fecha de su publicación.

JUSTIFICACIÓN

El Derecho Civil necesita ajustarse a las nuevas realidades generadas por la tecnología digital, que ahora ya está presente en gran parte de los hogares.

Se han llevado a las Tribunales situaciones en las que las familias de personas fallecidas desean acceder a archivos o cuentas almacenadas en servicios de Internet y las soluciones han sido muy dispares, generando tratamiento diferenciado y muchas veces injustos en situaciones similares.

Es necesario que la ley civil trate del tema, como medida de prevención y pacificación de conflictos sociales.

Lo mejor es hacer que el derecho sucesorio alcance esas situaciones, regularizando y uniformizando el tratamiento, dejando claro que los herederos recibirán en la herencia el acceso y total control de esas cuentas y archivos digitales.

Creemos que la medida perfecciona y actualiza la legislación civil, por lo que llamamos a los nobles pares a aprobar esta proposición.

Sala de Sesiones, el 20 de junio de 2012. Diputado JORGINHO MELLO.

Art. 1.788. Muriendo la persona sin testamento, transmite la herencia a los herederos legítimos; lo mismo ocurrirá en cuanto a los bienes que no sean comprendidos en el testamento; y subsiste la sucesión legítima si el testamento expira, o se juzga nulo.

Art. 1.789. Si hay herederos necesarios, el testador sólo podrá disponer de la mitad de la herencia”.

ANEXO 3

“PROYECTO DE LEY No. 4.847, DE 2012 (del Sr. Marçal Filho).

Añade el Capítulo II bis y los arts. 1.797-A a 1.797-C a la Ley no 10.406, de 10 de enero de 2002.

DESPACHO:

El Congreso Nacional decreta:

Art. 1 - Esta Ley establece normas sobre la herencia digital.

Art. 2º Se añade el Capítulo II bis y los arts. 1.797-A a 1.797-C a la Ley no 10.406, de 10 de enero de 2002, con la siguiente redacción: Capítulo II bis De la Herencia Digital.

"Art. 1.797-A. La herencia digital se defiende como el contenido intangible del fallecido, todo lo que es posible guardar o acumular en espacio virtual, en las condiciones siguientes:

- I. Contraseñas;
- II. Redes sociales;
- III. Cuentas de Internet;
- IV. Cualquier bien y servicio virtual y digital de titularidad del fallecido.

Art. 1.797-B. Si el fallecido, que tiene capacidad para testar, no lo ha hecho, la herencia será transmitida a los herederos legítimos. Art. 1.797-C. Cabe al heredero:

- I. Definir el destino de las cuentas del fallecido;
- II. Transformarlas en memorial, dejando el acceso restringido a amigos confirmados y manteniendo sólo el contenido principal o;
- III. Borrar todos los datos del usuario o;

IV. Quitar la cuenta del usuario antiguo.

Art. 3 - Esta ley entrará en vigor en la fecha de su publicación.

JUSTIFICACIÓN:

Todo lo que es posible guardar en un espacio virtual - como canciones y fotos, pasa a formar parte del patrimonio de las personas y, consecuentemente, de la llamada "herencia digital".

El periódico TEC de la ciudad de S.Paulo trajo un reportaje sobre herencia digital a partir de datos de una investigación reciente del Centro para Tecnologías Creativas y Sociales del Goldsmiths College (Universidad de Londres). El estudio muestra que el 30% de los británicos consideran sus posesiones en línea como una pertenencia.

"Herencia digital": el 5% de ellos ya están incluidos en testamentos que heredarán su legado virtual, es decir, vídeos, libros, música, fotos y correos electrónicos.

En Brasil, ese concepto de herencia digital todavía es poco difundido. Pero es necesario una legislación apropiada para que las personas al morir puedan tener sus derechos resguardados a comenzar por la simple decisión de a quién dejar la contraseña de sus cuentas virtuales y también su legado digital.

Cuando no hay nada determinado en testamento, el Código Civil prioriza a familiares de la persona que murió para definir el destino de las aplicaciones.

De esta forma, el presente Proyecto de Ley pretende asegurar el derecho de los familiares en gestionar el legado digital de aquellos que ya se han ido.

Ante lo expuesto, esperamos contar con el apoyo de nuestros ilustres pares para la aprobación de este proyecto de ley.

Sala de Sesiones, el 12 de diciembre de 2012. Diputado MARZAL FILHO
PMDB / MS".

ANEXO 4

“Rhode Island:

Aprobado: 1 de mayo de 2007.

Vigente desde: 1 de mayo de 2007.

SECCIÓN 1. Se enmienda el Título 33 de las Leyes Generales titulado "PRÁCTICA Y PROCEDIMIENTO DE PRUEBAS" añadiendo al mismo el siguiente capítulo:

CAPÍTULO 33-27:

ACCESO A LA CUENTA DE CUENTAS POR CORREO ELECTRÓNICO DE LOS FALLECIDOS:

33-27-1. Este capítulo se conocerá y se podrá citar como la "Ley de cuentas de correo electrónico de acceso a los fallecidos".

33-27-2. Definiciones:

- "Proveedor de servicios de correo electrónico" significa cualquier persona que:
(A) es un intermediario en el envío o recepción de correo electrónico; y (B) proporciona a los usuarios finales de servicios de correo electrónico la capacidad de enviar o recibir correo electrónico.
- "Cuenta de correo electrónico" significa:
(A) todo el correo electrónico enviado o recibido por un usuario final de servicios de correo electrónico prestados por un proveedor de servicios de correo electrónico que está almacenado o registrado por dicho proveedor de servicios de correo electrónico en el curso regular de proporcionar tales servicios;
(B) cualquier otra información electrónica almacenada o registrada por dicho proveedor de servicios de correo electrónico que esté directamente relacionada con los servicios de correo electrónico provistos a dicho

usuario final por dicho proveedor de servicios de correo electrónico, incluyendo, entre otros, información de facturación y pago .

19 33-27-3. Acceso al correo electrónico de los difuntos. - Un proveedor de servicios de correo electrónico deberá proporcionar, al albacea o administrador del patrimonio de una persona fallecida que tenía su domicilio en este estado en el momento de su fallecimiento, acceso o copias de los contenidos de la cuenta de correo electrónico de dicha persona. Puede ser a través de:

(A) una solicitud por escrito para dicho acceso o copias hechas por dicho albacea o administrador, acompañada de una copia del certificado de defunción y una copia cate de nombramiento como albacea o administrador;

(B) una orden del tribunal de legalización que por ley tiene jurisdicción del patrimonio de dicha persona fallecida, designando a dicho ejecutor o administrador como un agente para el suscriptor, según se define en la Ley de Privacidad de Comunicaciones Electrónicas, 18 USC 2701, en nombre de su patrimonio, y ordenando que el patrimonio indemnice primero al proveedor del servicio de correo electrónico de toda responsabilidad en el cumplimiento de dicho pedido.

33-27-4. Violación de la ley federal. - Nada en este capítulo se interpretará como que exija a un proveedor de servicios de correo electrónico que divulgue información infringiendo cualquier ley federal aplicable.

33-27-5. Separabilidad. - Si alguna disposición de este capítulo o la aplicación de la misma a alguna persona o circunstancia se considera inválida, dicha invalidez no afectará a otras disposiciones o aplicaciones del capítulo, que se pueden aplicar sin la disposición o aplicación no válida, y para este fin las disposiciones de este capítulo se declaran divisibles.

SECCIÓN 2. Esta ley entrará en vigor en el momento de su aprobación. IndyApproved: 6 de marzo de 2007Efectiva: 1 de julio de 2007IC 29-1-13-1.1. Documentos almacenados electrónicamente de los fallecidos. Sec. 1.1.

(a) Como se usa en esta sección, "custodio" significa cualquier persona que almacena electrónicamente los documentos o información de otra persona.

(b) Un custodio deberá proporcionar al representante personal del patrimonio de una persona fallecida, que tenía su domicilio en Indiana en el momento de la muerte de la persona, acceso o copias de cualquier documento o información de la persona fallecida almacenada electrónicamente por el custodio al recibir el custodio de:

(1) una solicitud escrita de acceso o copias realizadas por el representante personal, acompañado mediante una copia del certificado de defunción y una copia certificada de las cartas testamentarias del representante personal;

(2) una orden de un tribunal con jurisdicción testamentaria de la herencia de la persona fallecida.

(C) Un custodio no puede destruir ni disponer de los documentos o información almacenados electrónicamente de la persona fallecida durante dos (2) años después de que el custodio recibe una solicitud u orden bajo la subsección (b).

(D) Nada en esta sección se interpretará como que requiere que un custodio divulgue información:

(1) en violación de cualquier ley federal aplicable;

(2) a los cuales el custodio no hubiera permitido el acceso a la persona fallecida en el curso ordinario de los negocios.

Connecticut:

Aprobado: 24 de junio de 2005.

En vigencia desde: 1 de octubre de 2005.

Ley pública No. 05-136:

UN ACTO RELATIVO AL ACCESO A LAS CUENTAS DE CORREO ELECTRÓNICO DE LOS FALLECIDOS:

Decrétese por el Senado y la Cámara de Representantes en Asamblea General convocada:

Sección 1. (NUEVO) (Efectivo desde el 1 de octubre de 2005)

(a) Para los propósitos de esta sección:

- "Proveedor de servicios de correo electrónico" significa cualquier persona que
(A) sea un intermediario en el envío o recepción de correo electrónico,
(B) proporcione a los usuarios finales de servicios de correo electrónico la capacidad de enviar o recibir correo electrónico;

- "Cuenta de correo electrónico" significa:
(A) Todo el correo electrónico enviado o recibido por un usuario final de servicios de correo electrónico prestados por un proveedor de servicios de correo electrónico que está almacenado o registrado por dicho proveedor de servicios de correo electrónico en el curso regular de proporcionar tales servicios;
(B) cualquier otra información electrónica almacenada o registrada por dicho proveedor de servicios de correo electrónico que esté directamente relacionada con los servicios de correo electrónico provistos a dicho usuario final por dicho proveedor de servicios de correo electrónico, incluyendo, entre otros, información de facturación y pago.

(b) Un proveedor de servicios de correo electrónico deberá proporcionar, al ejecutor o administrador del patrimonio de una persona fallecida que tenía su domicilio en este estado en el momento de su fallecimiento, acceso o copias de los contenidos de la cuenta de correo electrónico de dicha persona fallecida al recibir el proveedor del servicio de correo electrónico de:

- Una solicitud por escrito de dicho acceso o copias realizadas por dicho ejecutor o administrador, acompañada de una copia del certificado de defunción y una copia certificada del certificado de designación como albacea o administrador;

- Una orden del tribunal de sucesiones que por ley tiene jurisdicción sobre el patrimonio de dicha persona fallecida.

(c) Nada en esta sección se interpretará como que exija a un proveedor de servicios de correo electrónico que divulgue información infringiendo cualquier ley federal aplicable.

Oklahoma:

Aprobado: 21 de abril de 2010.

Vigente desde: 1 de noviembre de 2010.

Autoriza esta norma a un ejecutor o administrador a tener el control de ciertas redes sociales, *microblogging* o cuentas de correo electrónico del difunto; proporcionar la codificación. Se establece que el ejecutor o administrador tendrá el poder, cuando esté autorizado, para tomar el control, conducir, continuar o terminar cualquier cuenta de una persona fallecida en cualquier sitio web, redes sociales, *micobligging* o correo electrónico.

Idaho:

Aprobado: 16 de marzo de 2010.

Vigente desde: 1 de julio de 2011.

Permite a los herederos del causante tomar el control, conducir, continuar o terminar cualquier cuenta del difunto en sitios webs, redes sociales o cualquier otro servicio electrónico”.

Anexo 5

PROYECTO DE LEY:

- Agréguese al Título II de la ley n° 19.628 de protección a la vida privada, los siguientes artículos:

- **Artículo 16 bis:** Por últimas voluntades digitales, se comprenderán las disposiciones que realice una persona para que después de sus días, los herederos, o la persona que al efecto sea designada por testamento, actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas.

- **Artículo 16 ter:** Por acto testamentario, el causante podrá disponer el alcance del encargo y de las voluntades digitales que deberán ejecutarse. Así, y solo por vía ejemplar, podrá disponer por testamento la comunicación a los prestadores de servicios digitales el hecho de la defunción, solicitar a dichos prestadores dejar sin efecto sus cuentas activas, solicitar que se ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas. Por último, y de proceder, podrá autorizar a que se pueda pedir una copia de sus archivos digitales alojados en sus servidores.

- **Artículo 16 quáter:** En caso que el causante no haya dispuesto testamentariamente acerca de sus voluntades digitales, el heredero podrá notificar a los prestadores de servicios digitales la defunción. De igual forma, podrá requerir a los prestadores de servicios digitales que se cancelen sus cuentas activas y que además se ejecuten las cláusulas contractuales que sean del caso, o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas. Lo anterior, se realizará de acuerdo con los contratos que el causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales, o de acuerdo con las políticas institucionales que éstos posean.

De igual forma, para el caso en que el causante no lo haya dispuesto expresamente por acto testamentario, la persona a quien corresponda ejecutar las voluntades digitales del causante, no podrá tener acceso a los contenidos de sus cuentas y

archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial, la cual deberá ser dada con conocimiento de causa.

ANEXO 6. Ley 10 – 2017 Cataluña

<https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2017/06/27/10>

ANEXO 7. Entrevistas

A objeto de realizar un estudio de campo en la materia en el sentido de contar con el testimonio de personas titulares de bienes digitales de significancia pública, se procedió a entrevistar personalmente a las siguientes personas:

1. Alejandra Valle Salinas, periodista, chilena, especializada en espectáculos, se desempeña profesionalmente en el diario digital El Mostrador y en el canal de televisión La Red S.A. Reporta dos cuentas relevantes de su propiedad¹⁰⁴:

- 1.- Twitter: 510.000 seguidores. (@siloconvalle)
- 2.- Instagram 240.000 seguidores. (@siliconvalle)

Al ser consultada si reconoce la existencia de una identidad digital paralela a su existencia natural señala que sí. Reconoce la propia y reconoce que como madre de alguna manera le ha creado una identidad digital a su hija menor configurada y monitoreada por de ella como madre, sin perjuicio de reconocer un avance progresivo en la construcción propia y autónoma identidad de la menor .

Declara ser usuaria de redes sociales con alta presencia en las mismas destacando sus cuentas activas en: Twitter (510.000 seguidores), Instagram (240.000 seguidores) y Facebook. “Las uso en ese orden” agregando que “en Instagram la calidad de los usuarios es mejor” aludiendo a que en Twitter habría más cuentas falsas.

Reconoce que le asigna un valor económico a estas plataformas (sobre todo a Instagram) por cuanto señala ser embajadora de diferentes productos, exposiciones y recibe pagos por promociones de diversa naturaleza.

¹⁰⁴ La entrevista realizada por Carlos Durán Menchaca. Se hizo el día 9 de septiembre de 2017 a las 17 horas en el domicilio de la entrevistada.

Dice que con anterioridad a esta entrevista no había pensado con claridad que estas cuentas eran una propiedad suya, pero ahora las considerará absolutamente así y desde luego les asigna un valor económico.

Nunca se había cuestionado la heredabilidad de sus aplicaciones, pero encuentra muy buena la inquietud que se le plantea al respecto, señalando en definitiva “sí me interesaría que pudiese haber un traspaso de esto, pero dirigido previamente por mí”.

De ser así, le gustaría poder elegir a la persona que siga manejando sus cuentas en redes sociales para asegurarse de que se continuará con la identidad digital construida hasta hoy por ella y evitar así distorsiones o malos usos en la materia.

Los ingresos económicos que los bienes digitales generen después de su fallecimiento, le interesarían que fuesen constitutivos de herencia y que tengan como destinatarios a sus herederos. Señala también que le gustaría tener la opción de heredar a sus seguidores a otra cuenta, teniendo en mente alguna institución de beneficencia o relacionada a ideas que le interesen defender a ella.

Señala que pondría limitaciones a la transmisión de sus cuentas en redes sociales, las que dicen relación con el hecho de limitar a los herederos o legatarios, el acceso a la mensajería privada contenida en las mismas. Señala que eso pertenece a la esfera de la intimidad y se debe respetar.

2. Juan Andrés Salfate Torrealba, publicista chileno, conductor de televisión, se desempeña profesionalmente en el canal de televisión La Red S.A. Reporta dos cuentas relevantes de su propiedad¹⁰⁵ :

1.- Twitter: 1.360.000 seguidores. (@RinconSalfate)

2.- Instagram 150.000 seguidores. (Juan Andrés Salfate Torrealba)

¹⁰⁵ La entrevista realizada por Carlos Durán Menchaca. Se hizo el día 13 de septiembre de 2017 a las 15 horas en dependencias de la estación televisiva La Red.

Declara ser usuario de redes sociales con alta presencia en las mismas, destacando sus cuentas activas en: Twitter (1.360.000 seguidores) e Instagram (150.000 seguidores).

Ante la pregunta de que si se siente dueño de sus aplicaciones señala tener pleno sentido de propiedad respecto de sus cuentas en redes sociales, propiedad que siente que le genera una responsabilidad frente a la sociedad. Indica que si le cerraran una cuenta sentiría que se atenta en contra de su derecho de propiedad: “no me pasaron un terreno vacío, solamente me abrieron una puerta para que yo construyera algo”.

Nunca se había planteado qué ocurriría con sus cuentas a su fallecimiento. Le interesa la continuidad de las aplicaciones eligiendo en vida a la persona determinada, sintiendo la necesidad de dejarlo por escrito. Le es indiferente si la persona elegida es o no familiar o heredero; le interesa elegir a alguien que proyecte las ideas que han construido su identidad digital, manifestando que, incluso, es muy probable que esa función la realice de mejor manera un seguidor o tercero ajeno a su familia.

Ahora bien, si las cuentas fuesen aptas para seguir generando ingresos económicos después de su fallecimiento, le interesaría que dichos fondos fueran a dar a sus herederos legales.

Encuentra muy relevante el plantearse el tema de la continuidad de las aplicaciones señaladas, después de sus días, distinguiendo entre el manejo de las mismas (que podría ser hecho por un tercero no heredero elegido por él) y los ingresos que se generen en ellas (en cuyo caso le interesa que tengan como destinatarios a sus herederos).

Dice que querría dejar todo por escrito y detallado, a fin de evitar que se produzcan malas utilizations de estos bienes y que puedan terminar distorsionando su identidad digital. Al igual que la entrevistada anterior, pondría restricciones a la transmisión de sus cuentas en redes sociales, las que dicen relación con el hecho de limitar a los herederos o legatarios el acceso a la mensajería privada contenida en las mismas. Señala que eso pertenece a la esfera de la intimidad y se debe respetar.