



PRESENTE Y FUTURO DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA EN EL CIBERESPACIO A NIVEL INTERNACIONAL¹

PRESENTE E FUTURO DAS MEDIDAS DE INVESTIGAÇÃO TECNOLÓGICA NO ESPAÇO CIBERNÉTICO A NÍVEL INTERNACIONAL

PRESENT AND FUTURE OF TECHNOLOGICAL RESEARCH MEASURES IN CYBERSPACE AT THE INTERNATIONAL LEVEL

Irene González Pulido²

RESUMEN: La ciberdelincuencia se ha consolidado como una amenaza en todos los niveles territoriales, el aumento y la evolución de este tipo de criminalidad dificulta su persecución y represión por parte de los operadores jurídicos. En este contexto, la normativa no avanza y se adapta a los avances tecnológicos al mismo ritmo que lo hacen los delincuentes. Debido a ello, se realiza un exhaustivo análisis de la relevancia de la asistencia mutua en materia penal en estos casos, así como de la necesaria previsión legal en el marco internacional y a nivel nacional de las diligencias de investigación tecnológicas que se adecúen a las nuevas modalidades delictivas y al desarrollo de las tecnologías disruptivas, incluyendo la regulación de las más novedosas; como pueden ser medidas que incluyan la monitorización remota de equipos o dispositivos informáticos. Todo ello, contemplando la importancia de la salvaguarda de los derechos y garantías inherentes al proceso penal para garantizar la eficacia de las investigaciones. En base a dicho análisis se realizarán unas reflexiones finales en las que se apostará por la incorporación de las medidas más novedosas en el marco de un Convenio internacional específico.

PALABRAS CLAVE: Proceso penal; diligencias de investigación; nuevas tecnologías; ciberdelincuencia; asistencia mutua en materia penal.

RESUMO: A ciberdelinquência estabeleceu-se como uma ameaça em todos os níveis territoriais, o aumento e evolução deste tipo de crime dificulta aos operadores do direito a sua perseguição e repressão. Nesse contexto, as regulamentações não avançam e se adaptam aos avanços tecnológicos no mesmo ritmo que os criminosos. Por isso, procede-se a uma análise exaustiva da pertinência do auxílio mútuo em matéria penal nestes casos, bem como da necessária previsão legal no quadro internacional e nacional dos procedimentos tecnológicos de investigação adaptados às novas modalidades. infrações e o desenvolvimento de tecnologias disruptivas, incluindo a regulamentação das mais novas; como medidas que incluem monitoramento remoto de equipamentos ou dispositivos de informática. Tudo isso, contemplando a importância de resguardar os direitos e garantias inerentes ao processo penal para garantir a efetividade das investigações. Com base nesta análise, serão feitas algumas reflexões finais em que se apoiará a incorporação das medidas mais inovadoras no quadro de um acordo internacional específico.

¹ Artigo recebido em 11/12/2022, sob dispensa de revisão.

² Investigadora postdoctoral en Derecho procesal. Contrato de investigación “Margarita Salas” (Universidad de Salamanca – Universidad de Extremadura). Salamanca, España. E-mail: irenegopu@usal.es



PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal; diligências investigativas, novas tecnologias; ciberdelinquência; assistência mútua penal.

ABSTRACT: Cybercrime has established itself as a threat at all territorial levels, and the increase and evolution of this type of criminality makes it difficult for legal operators to prosecute and repress it. In this context, regulations do not advance and adapt to technological advances at the same pace as criminals do. Due to this, an exhaustive analysis is made of the relevance of mutual assistance in criminal matters in these cases, as well as the necessary legal provision in the international and national framework of the technological investigation procedures that are adapted to the new criminal modalities and the development of disruptive technologies, including the regulation of the most innovative ones, such as measures that include the remote monitoring of computer equipment or devices. All this, contemplating the importance of safeguarding the rights and guarantees inherent to the criminal process to ensure the effectiveness of investigations. Based on this analysis, some final reflections will be made in which the incorporation of the most innovative measures in the framework of a specific international convention will be discussed.

KEYWORDS: Criminal Procedure; investigative inquiries, new technologies; cybercrime; criminal mutual assistance.

1. INTRODUCCIÓN: COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL INTERNACIONAL NECESARIA ANTE LA CIBERDELINCUENCIA

La ciberdelincuencia es una tipología delictiva dinámica y en continuo aumento en todos los niveles territoriales, son muchos los informes tanto cuantitativos como cualitativos que nos permiten realizar esta afirmación³. Nos encontramos ante una delincuencia que se sirve de los últimos avances tecnológicos, de todas las mejoras y ventajas que ofrece el ciberespacio y que, además, evoluciona adecuando los *modus operandi* para conseguir un mayor éxito delictivo.

Por otro lado, desde hace décadas, la legislación no avanza y se ajusta a la tecnología al mismo ritmo que se adaptan los delincuentes, lo que obstaculiza la lucha contra estas modalidades delictivas. Además, las características de este tipo de criminalidad, ligadas a las particularidades del ciberespacio, dificultan que los operadores jurídicos se puedan servir de las herramientas que tradicionalmente se utilizaban en el medio *offline* para investigar y enjuiciar las nuevas formas delictivas que se perpetran en el medio *online*.

³ Véase, por ejemplo: MINISTERIO DEL INTERIOR. SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD. DIRECCIÓN GENERAL DE COORDINACIÓN Y ESTUDIOS. Informe sobre la cibercriminalidad en España. Ministerio del Interior, Gobierno de España, 2021. NIPO 126-19-018-9; CENTRO CRIPTOLÓGICO NACIONAL. Ciberamenas y tendencias. Septiembre de 2022. CCN-CERT IA-24/22; EUROPOL. Internet Organised Crime Threat Assessment. 2021. ISSN: 2363-1627; entre otros.



En particular, es destacable que el aumento de este tipo de criminalidad se ha acelerado en los últimos años, lo que unido al desarrollo de diversas tecnologías disruptivas puede comprometer la actuación policial y judicial en el ciberespacio. Por esta razón debemos atender a las nuevas herramientas tecnológicas de las que deberán disponer las autoridades competentes, así como a las necesarias previsiones legales que deberán estar vigentes para garantizar, en todo caso, la efectividad de sus investigaciones y del proceso penal en su totalidad. Todo ello, sin dejar al margen la necesaria protección de los derechos y garantías en este entorno cibernético, en concreto, debiendo reforzar la protección de estas ante la práctica de medidas que supongan una injerencia en los derechos fundamentales de las personas investigadas, así como de terceras personas afectadas por el alcance de la Red.

En la investigación que nos ocupa tenemos que destacar el factor espacial que caracteriza al ciberespacio, ya que en este entorno no existen fronteras, lo cual ofrece a este tipo de delincuentes una actuación transnacional inmediata⁴. Internet se ha configurado como un medio descentralizado y se ha apostado por su universalidad, siendo su contenido accesible desde cualquier lugar del mundo. Sin perjuicio de las brechas digitales que puedan existir en atención principalmente al acceso a los recursos materiales y técnicos necesarios para conectarse a esta Red de redes.

Además de permitir un alcance transnacional a los delincuentes, también debemos atender a que las dificultades para averiguar el punto geográfico desde el que se ha ejecutado la acción delictiva aumentarán debido al desarrollo de las herramientas que favorecen el anonimato en Internet; entre otras, siendo destacables las redes de la *Darkweb*, las redes de *bots*, las tecnologías de cifrado, etc. Esto generará problemas, por ejemplo, para determinar la jurisdicción estatal⁵ e incluso la competencia a nivel Estatal⁶.

⁴ Véase, por ejemplo: VIVÓ CABO, S. “La globalización del delito: ciberdelincuencia”. *La Ley Penal*, n° 132, mayo-junio 2018; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., BLANCO CORDERO, I. “Problemas de derecho penal internacional en la persecución de delitos cometidos a través de Internet”. *Actualidad Penal*, n° 7, Editorial La Ley, 2002; entre otros.

⁵ BARRIO ANDRÉS, M. “Hacking, cracking, grooming y otras conductas ilícitas en internet en el Código Penal español”. *La Ley Penal*, n° 121, del 1 de julio al 1 de agosto de 2016.

⁶ La atribución de la competencia ha sido reconocido como uno de los grandes problemas de la ciberdelincuencia. Véase, por ejemplo: BUENO DE MATA, F. “Tratamiento procesal de los escraches a través de Internet”. *La Ley Penal*, n° 107, marzo-abril 2014.



En atención a estas características, a las que se suman otras como puede ser el factor temporal, la complejidad delictiva, el elevado volumen de información, etc., va a ser frecuente que surja la necesidad de recurrir a herramientas de cooperación, intercambio de información y reconocimiento de resoluciones a nivel internacional para la investigación de formas delictivas graves y complejas que se cometen en el ciberespacio; como puede ser la ciberdelincuencia organizada, las redes de explotación sexual infantil en línea, los ciberataques contra infraestructuras críticas y estratégicas, etc.⁷. Además, podemos encontrar casos en los que de otro modo los ciberdelitos no podrían esclarecerse garantizando la efectividad del proceso penal, respetando el derecho interno de cada Estado y las relaciones internacionales existentes entre ellos.

En este sentido, consecuencia del citado aumento de la ciberdelincuencia y, unido a ello, producto del incremento de la victimización en el ciberespacio, se ha apostado por implementar instrumentos de cooperación que favorezcan lo que han denominado como “respuesta eficaz de la justicia penal”; que incluye las investigaciones y enjuiciamientos eficaces en el marco de los procesos penales incoados por motivo de la comisión de este tipo de delitos⁸. En particular, se ha identificado que la necesidad de impulsar una mayor cooperación internacional debe ir ligada al aumento la seguridad jurídica en este ámbito⁹, por lo que en el presente estudio se va a realizar un análisis de la situación actual centrado en el nivel territorial en el que tiene influencia el Consejo de Europa y en el instrumento por excelencia referente en materia de ciberdelincuencia publicado en este mismo ámbito.

Asimismo, en atención al aumento de la tecnificación del crimen en Internet y de los recursos que pueden favorecer la comisión de hechos delictivos graves en el

⁷ La cooperación se recoge como recomendación para subsanar los obstáculos en materia de investigación en el último informe IOCTA de Europol se señala: Increased international cooperation in investigations may also shorten the waiting time in some cases, as international partners might be able to obtain information more quickly. Also, increased international cooperation, for example in blockchain analyses, could lead to deconfliction and minimise cases where multiple authorities are chasing the same leads. Still, such cooperation is not always feasible and improved legal alignments are needed”. EUROPOL. Internet Organised Crime Threat Assessment. 2021...op.cit.

⁸ Como se ha recogido expresamente en el preámbulo del Segundo protocolo adicional del Convenio de Budapest, apuntando: “to enable an effective criminal justice response”. COUNCIL OF EUROPE. Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced cooperation and disclosure of electronic evidence. Strasbourg, 12 de mayo de 2022.

⁹ Véase preámbulo del Segundo protocolo adicional del Convenio sobre la Ciberdelincuencia. *Ibidem*.



ciberespacio se analizará cuál es la situación prevista en la actualidad en la normativa internacional y hacia dónde debería evolucionar para consolidar un marco jurídico en el futuro que garantice que las autoridades policiales y judiciales van a poder solventar con medidas de investigación tecnológicas eficaces todos los obstáculos que surgen producto de la configuración de Internet y de la evolución tecnológica. Entre las diligencias de investigación tecnológicas más novedosas apostaremos, siguiendo el criterio del legislador español, por medidas más invasivas que permitan realizar investigaciones integrales con todas las garantías para casos en los que los recursos tradicionales no permitan la práctica de investigaciones completas y eficaces.

2. TENDENCIA DE LOS INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN APROBADOS EN EL MARCO DEL CONSEJO DE EUROPA: ESPECIAL ATENCIÓN A LA INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA DE LA CIBERDELINCUENCIA

En el marco del Consejo de Europa se han aprobado diferentes instrumentos que impulsaron la cooperación judicial. Atendiendo a los Estados que conforman su alcance geográfico y, en algunos casos, considerando que nos encontramos ante el cumplimiento de las previsiones que se realizan a nivel internacional, relativas al desarrollo de tratados bilaterales o multilaterales¹⁰, deberemos hacer una sucinta mención a la normativa que ha sido desarrollada en el contexto de las Naciones Unidas, a pesar de que algunos de los instrumentos que analizaremos en el marco del Consejo de Europa preceden a parte de la actividad legislativa analizada en el contexto internacional.

La evolución de la cooperación judicial, también en el marco de las Naciones Unidas, ha estado determinada por la búsqueda del fortalecimiento de la lucha contra las formas de delincuencia grave y organizada, condicionada asimismo por la transformación y tecnificación del crimen. Desde el primer momento destacó la preocupación por la internacionalización del delito y se detectó la necesidad de implementar medidas de

¹⁰ CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. “La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, nº 2, Porto Alegre, 2017, pp. 511-536.



cooperación eficaces que permitieran la colaboración e investigación transfronteriza. De este modo se reflejó en la Convención Única de Estupefacientes de 1961 y en el Convenio sobre sustancias sicotrópicas de 1971¹¹.

En este mismo sentido, en la Convención de 1988, se identificó que, ante determinados tipos delictivos que se consolidaban como amenazas internacionales¹², era fundamental recurrir a la ya citada cooperación¹³, a la creación de equipos conjuntos, al intercambio de información, de personal y de expertos, junto a otras modalidades de cooperación¹⁴. En el estudio que nos ocupa, debemos señalar de nuevo que la ciberdelincuencia, desde el origen de Internet también se ha ido consolidando como una amenaza a nivel global, incluso aumentando la complejidad y la transnacionalidad que ya se identificaba en las formas de delincuencia organizada *offline* tradicionales.

Por otro lado, en este mismo marco destaca como referente la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ya que en ella se convirtió en una prioridad la actuación contra todo tipo de delincuencia grave y organizada. Esta Convención de Palermo fue un impulso hacia la aproximación de legislaciones, también en el ámbito del derecho procesal, constituyéndose como base

¹¹ Véase: NACIONES UNIDAS. Convención Única de 1961 sobre estupefacientes. Enmendada por el Protocolo de 1971 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes que incluye las Listas; las Actas finales y las Resoluciones aprobadas respectivamente por la Conferencia de las Naciones Unidas de 1961 para la aprobación de una Convención Única sobre Estupefacientes y por la Conferencia de las Naciones Unidas de 1972 para examinar enmiendas a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes; y también, NACIONES UNIDAS. Convenio sobre sustancias sicotrópicas. 1971.

¹² Por motivo de la existencia de dichas Convenciones se hace referencia a la existencia de “un sistema cuasi universal de prevención y represión de la utilización de estupefacientes”, apostando por la respuesta internacional ante este tipo de delincuencia que tradicionalmente ha sido considerada una amenaza a nivel global. CARDONA LLORENS, J., PUEYO LOSA, J., RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, SOBRINO HEREDIA, J.M., AZNAR GÓMEZ, M., RÍOS RODRÍGUEZ, J. *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

¹³ Como señala SÁNCHEZ AVILÉS, en la Conferencia internacional sobre el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas, en 1987, se detectó que “existía un relativo consenso respecto a que el tráfico ilícito de drogas era una cuestión que trascendía las jurisdicciones nacionales y que requería de la cooperación internacional”. SÁNCHEZ AVILÉS, C. *El control de drogas. Normas internacionales, desafíos nacionales. El caso de la política de drogas en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

¹⁴ NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. 1988.



jurídica para la cooperación y la investigación penal transfronteriza¹⁵. Aunque en el articulado de la citada Convención no se hace referencia a la ciberdelincuencia, tampoco se excluye su utilización, siendo relevante la inclusión del concepto “delitos cibernéticos” de un modo expreso en las guías y documentos de aplicación de la Convención que han sido elaborados con posterioridad¹⁶. Además, en la actualidad, la relación de la delincuencia organizada con la tecnología es evidente.

A pesar de la apuesta en la citada Convención por la cooperación y de la previsión de la utilización de “técnicas especiales de investigación”, como la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas, es decir, a pesar de reconocer que la tecnología va a ser necesaria para la investigación de estas formas delictivas complejas¹⁷, no se apostó en este nivel de las Naciones Unidas por la elaboración de un documento específico en materia de ciberdelincuencia que pudiera servir de marco jurídico para la lucha contra cualquier modalidad delictiva que se cometa en el ciberespacio. No obstante, todo ello, sin perjuicio de que en el marco de las Naciones Unidas sí se han ido identificando las actividades delictivas en el ciberespacio como amenaza internacional y se ha detectado la necesidad de recurrir a la cooperación y a los avances tecnológicos para su investigación y enjuiciamiento¹⁸.

A continuación, pasando al marco de análisis principal del presente artículo, el relativo al Consejo de Europa, es necesario referenciar brevemente los dos Convenios que, con carácter pionero, regularon los procedimientos de extradición y las solicitudes

¹⁵ Como señala MUÑOZ RUIZ, persigue una finalidad tanto desde la perspectiva penal como procesal: “El fin último de este acuerdo internacional es el acercamiento de los países en definir qué es el delito transnacional, toda vez que se trata de un flagelo que requiere de la necesaria cooperación de los Estados”. MUÑOZ RUIZ, J. *Respuesta jurídico-penal al crimen organizado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

¹⁶ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Consultado en: https://www.unodc.org/documents/treaties/Legislative_Guide_2017/Legislative_Guide_S.pdf (Última consulta: 01/12/2022).

¹⁷ Véanse artículos 20, 24 y 29 de la Convención. NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. 2000.

¹⁸ Véase, por ejemplo: ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS Y LA UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES. Plan de Acción. 12 de mayo de 2004. Documento WSIS-03/GENEVA/5-S; ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS Y UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES. Agenda de Túnez para la sociedad de la información. Cumbre Mundial sobre la sociedad de la información. 28 de junio de 2006; entre otras.



de asistencia judicial en materia penal. A pesar de que será principalmente determinante la actividad que se desarrolló con posterioridad al año 2000 en materia de investigación de los ciberdelitos consideramos oportuno, para la realización de un estudio íntegro, analizar cuál fue la tendencia seguida en este nivel territorial, ya que la misma marcará el devenir de los instrumentos presentes y futuros que serán necesarios en el marco de lucha de las nuevas formas de ciberdelincuencia.

En primer lugar, destaca el Convenio Europeo de Extradición, de 1957, cuya aprobación se debió a la preocupación existente por la identificación del delincuente, persiguiendo el objetivo de evitar que eludieran la acción de la justicia y atendiendo a las dificultades encontradas en la investigación de los hechos delictivos de mayor gravedad¹⁹. Se incluyó en dicho Convenio la entrega de personas que deben ser enjuiciadas o bien de aquellas que deben cumplir una pena, estableciendo los límites y los criterios oportunos²⁰.

Por lo tanto, desde este contexto regional, se impulsaron herramientas de cooperación que permitían la entrega a la Parte requirente de aquel que hubiera cometido un delito que llevase ligado una pena o medida privativa de libertad, cuya pena máxima sea al menos de un año de duración, o bien que debiera cumplir una pena o medida, de al menos cuatro meses de duración. Manteniéndose en los instrumentos posteriores este tipo de delimitaciones. Asimismo, en este mismo instrumento, se incluyó la previsión respecto al tránsito y a la posibilidad de entrega de objetos relevantes en el marco de un proceso penal²¹.

Destaca que para la emisión y ejecución de este tipo de solicitudes de extradición debían considerar la gravedad de las conductas. En este caso, se incorporó el límite

¹⁹ No sería hasta 1982 cuando España lo ratificase, no obstante, como señala BUENO ARÚS, F. desde su aprobación sirvió como base para el desarrollo de Convenios de extradición que fueron negociados por España después de la aprobación del Convenio y antes de su adhesión. BUENO ARÚS, F. “Notas sobre el Convenio de Extradición entre España e Italia firmado en Madrid el 22 de mayo de 1973”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 30, fasc/mes 3, 1977, pp. 549-573. ISSN 0210-3001.

²⁰ Véase, por ejemplo: BELLIDO PENADÉS, R. *La extradición en derecho español*. Madrid: Civitas, 2001; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. *Las garantías procesales en el espacio europeo de justicia penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014; VELASCO NÚÑEZ, E. “Cooperación judicial internacional en materia penal”. Parte de: *Extranjería y cooperación judicial internacional*. Madrid: Editorial CISS, 2010; entre otros.

²¹ Instrumento de ratificación de 21 de abril de 1982, del Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957. «BOE» núm. 136, de 8 de junio de 1982, páginas 15454 a 15462.



mínimo de duración de la pena o de la medida y la exigencia de que fueran privativas de libertad²². Por lo tanto, se comenzó a vincular la gravedad de los hechos con el recurso a estas herramientas de cooperación.

Se regularon los motivos de denegación de la extradición, entre los que se incluyó la solicitud de extradición por delitos políticos y militares y se consideró, en algunas circunstancias, la denegación cuando nos encontremos ante delitos fiscales o ante otros que sean perseguidos por pena capital²³. No obstante, como se prevé en el documento de ratificación español, los delitos de contenido político como los de terrorismo sí que podrían derivar en este tipo de prácticas. Asimismo, otras circunstancias podrían implicar la denegación de la extradición: la nacionalidad, el lugar de comisión del hecho delictivo, el cumplimiento de principios esenciales como el *non bis in idem* o el de especialidad²⁴.

No se realizaron en el citado documento menciones expresas a la delincuencia grave y organizada, aunque podían tener cabida algunos de estos hechos, atendiendo al límite temporal previsto. De igual modo, teniendo en cuenta las fechas clave de desarrollo de las TIC y del impulso de Internet, no se hizo referencia a la ciberdelincuencia o a las actuales tecnologías emergentes.

Desde un primer momento, se persiguió agilizar la cooperación en detrimento del desarrollo de nuevos acuerdos bilaterales y multilaterales²⁵. Además, en consonancia con lo que ocurría en el marco de las Naciones Unidas, se aprovechó para reforzar la colaboración con entidades policiales internacionales ya en funcionamiento, como lo es Interpol, así como a instar a la utilización de herramientas tecnológicas que, en el

²² Se considera este “sistema abierto” como un logro fundamental en el ámbito de la cooperación. Como señala LÓPEZ ORTEGA, J.J.: “Al haberse optado por suprimir la exigencia de doble incriminación [...], se ha recuperado un sistema que fue el característico de los Convenios bilaterales de extradición, elaborados a finales del siglo XIX, al que ahora se vuelve, olvidando que su sustitución por el sistema abierto, que inspira el Convenio europeo de extradición (1957), constituyó un logro fundamental en el ámbito de la cooperación penal internacional”. LÓPEZ ORTEGA, J.J. “La orden de detención europea: Legalidad y jurisdiccionalidad de la entrega”. *Jueces para la democracia*, n° 45, 2002, pp. 28-33. ISSN 1133-0627.

²³ Esta previsión relativa a la pena capital no será relevante en el presente estudio. Habiéndose detectado ya en 1981 que su previsión iba en contra de la tendencia europea. BUENO ARÚS, F. “Extradición y pena de muerte en el ordenamiento jurídico español”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 34, fasc/mes 2-3, 1981, pp. 399-412. ISSN 0210-3001.

²⁴ Instrumento de ratificación de 21 de abril de 1982, del Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957...op.cit.

²⁵ *Ibidem*. Artículo 28.



momento, aportaban celeridad a estos acuerdos, como lo fue el telégrafo. Por lo tanto, el factor tecnológico también se valoraba como una oportunidad para los operadores jurídicos en este contexto, aunque no existieran en ese momento los servicios que ofrece en la actualidad Internet.

Continuando con las previsiones realizadas en materia de cooperación judicial internacional en el marco del Consejo de Europa, destaca la aprobación en el año 1959 del Convenio de asistencia judicial en materia penal. Este fue acogido por la Unión Europea, siendo su normativa, posteriormente publicada, una mejora de las previsiones realizadas en dicho Convenio²⁶.

Destaca desde su aprobación la defensa del ordenamiento jurídico nacional, así como la salvaguarda de la soberanía, del orden público y de la seguridad estatal. Se regularon en el mismo las comisiones rogatorias que han sido un instrumento esencial para la asistencia judicial, requiriéndose a través de ellas la práctica de medidas de investigación²⁷ y la obtención de pruebas relevantes para el proceso penal, mediando la remisión de objetos u otros documentos requeridos²⁸. No obstante, estas comisiones rogatorias no fundamentarán la investigación tecnológica actual, ya que como se ha reconocido, demoraban los procedimientos frente a los instrumentos que fueron promovidos con posterioridad para agilizar la cooperación judicial²⁹.

²⁶ BUJOSA VADELL, L. “La asistencia judicial en materia penal en la Unión Europea”. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, nº 12, Universidad de San Sebastián, Chile, 2009, pp 73-85.

²⁷ Sin embargo, como señala RODRÍGUEZ LAINZ, se reconoció “inviabilidad práctica del Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal de 1959 para resolver solicitudes de cooperación judicial en materia de interceptación de comunicaciones”. RODRÍGUEZ LAINZ, J.L. “Secreto de las comunicaciones e intervención judicial de comunicaciones electrónicas en el marco de la Unión Europea: Derecho derivado”. Parte de: *Estudio sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: Editorial La Ley, 2011.

²⁸ Instrumento de Ratificación de 14 de julio de 1982 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. «BOE» núm. 223, de 17 de septiembre de 1982, pp. 25166-25174.

²⁹ Como concluye ARANGÜENA FANEGO, C.: “Contar con un único instrumento para canalizar las peticiones de prueba que ahora se cursan a través de las comisiones rogatorias conforme al régimen de los convenios internacionales —con sus innumerables reservas y lentos cauces de transmisión— y el hecho de que en la misma OEI en la que se solicita la prueba pueda también pedirse la medida cautelar que permita asegurarla es un avance incuestionable”. ARANGÜENA FANEGO, C. “Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 58, 2017, pp. 905-939.



A continuación, en el marco del Consejo de Europa, debe destacarse el Convenio de Budapest del año 2001, referente en materia de ciberdelincuencia. No obstante, no sería ratificado hasta años después por la mayoría de los países, por ejemplo, no sería hasta el año 2010 cuando lo hizo España³⁰ y, a pesar de esta demora, no ha sido el último país en adherirse al Convenio. Destaca en este contexto por su especificidad, tanto desde una perspectiva penal como procesal, siendo requerido por los diferentes informes de amenazas cibernéticas el impulso hacia la creación de más normas de estas características. Por lo tanto, sin perjuicio de las ventajas e inconvenientes detectados en la previsión en su articulado de los diferentes tipos de ciberdelitos, atenderemos ahora al contenido relativo a la actuación procesal y, concretamente, a la parte de su articulado que apuesta por la cooperación internacional en materia penal para hacer frente a estas modalidades delictivas³¹.

En particular, destaca la previsión de todo un elenco de medidas necesarias para realizar investigaciones eficaces en este contexto. En primer lugar, atendiendo a la volatilidad de los datos insta a que las Partes apuesten por la conservación de los datos almacenados y de tráfico, así como por la transmisión de los datos de abonados, cuestión que llevaría ligada la actuación de los proveedores de servicios. De igual modo, en segundo lugar, se establecieron los mínimos que deben adoptarse por los Estados para regular el registro de sistemas informáticos y de medios de almacenamiento³².

De igual modo, se identifica por PÉREZ GIL, J. que algunas de las particularidades de las comisiones rogatorias hacen “el sistema demasiado pesado y poco ágil”. PÉREZ GIL, J. “El Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE: ¿un instrumento anclado en coordenadas superadas?”. *Diario La Ley*, nº 6208, Sección Doctrina, Editorial LA LEY, 11 de marzo de 2005, p. 6.

³⁰ Esta demora ha sido objeto de críticas, ya que como señaló VELASCO NÚÑEZ en 2006: “todavía la delincuencia informática encuentra espacios de impunidad, que suman a la posible ineficacia de medios policiales y judiciales un escaso despliegue normativo de instrumentos que no se entiende por qué no se desarrollan, como es el hecho paradigmático de no haber ratificado España el Convenio del Ciberdelito”. VELASCO NÚÑEZ, E. “Aspectos procesales de la investigación y de la defensa en los delitos informáticos”. *Diario La Ley*, nº 6506, 2006.

³¹ Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. «BOE» núm. 226, de 17 de septiembre de 2010, pp. 78847 - 78896.

³² Se ha identificado el Convenio de Budapest como el precursor a los registros que actualmente prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (en adelante, LECrim). IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F.L. “La ciberdelincuencia y las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento criminal: una oportunidad perdida”. *La nueva reforma procesal penal. Derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas* (Coords.: LÓPEZ DE LA TORRE, I., DÍAZ MARTÍNEZ, M.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 309-335.



Se incluye, asimismo, la determinación del ejercicio de la jurisdicción, abogando por el criterio territorial y, en su defecto, por el de personalidad. No obstante, remitiendo, en cada caso concreto, a la valoración en función de la conveniencia, cuando nos encontremos ante los ciberdelitos previstos en su articulado³³. Por lo tanto, en este nivel territorial en materia de ciberdelincuencia se identificó ya la problemática que puede plantear la determinación de la jurisdicción cuando nos encontramos ante un delito de estas características.

Además, más allá de instar a los diferentes países a la adopción de medidas de investigación que pueden favorecer la cooperación, se dedica un capítulo específico a la cooperación internacional, contemplando, por un lado, los principios relativos a la extradición, determinando la pena impuesta y el límite temporal requerido y, por otro lado, incluyendo los principios generales en materia de asistencia mutua. Asimismo, se posibilita el intercambio de información que pudiera ser útil en el marco de una investigación de un modo espontáneo. En definitiva, será relevante como se prevé la utilización de este documento como base jurídica para su práctica ante la ausencia de tratados al respecto³⁴.

Véase, asimismo, como ORTIZ PRADILLO lo califica como “paso clave” en este contexto, indicando que “representa un paso clave en la adaptación de la legislación española a la Sociedad de la información y un excelente instrumento legal de cooperación internacional, pues la trascendencia de la regulación de dicho Convenio no radica en la armonización sustantiva de los distintos ilícitos que pueden ser cometidos a través de equipos informáticos, sino en la regulación procesal de los novedosos poderes de investigación que los Estados deben incorporar en sus ordenamientos”. ORTIZ PRADILLO, J.C. “Nuevas medidas tecnológicas de investigación criminal para la obtención de prueba electrónica”. Parte de: *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*. Madrid: Editorial La Ley, 2012.

³³ Se hace referencia a que introduce “criterios amplios de atribución de jurisdicción”. DE LA ROSA CORTINA, J.M. *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

De igual modo, se identifica como estas previsiones podrían atender a la problemática que se estaba generando en el marco de la investigación de la ciberdelincuencia. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., BLANCO CORDERO, I. “Problemas de derecho penal internacional en la persecución de delitos cometidos a través de Internet”...op.cit.

³⁴ Véase, por ejemplo: DÁVARA RORÍGUEZ, M.A. “Un primer acercamiento a la ciberdelincuencia”. *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 9, Wolters Kluwer, del 15 al 29 de mayo de 2017; SÁNCHEZ BRAVO, A.A. “El convenio del Consejo de Europa sobre cibercrimen: control VS Libertades públicas”. *Diario La Ley*, nº 5528, 22 de abril de 2002; VELASCO SAN MARTÍN, C. *Jurisdicción y competencia penal en relación al acceso transfronterizo en materia de ciberdelitos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015; entre otros.



Es destacable que, más allá de la detección de las modalidades delictivas que debían ser protegidas desde un punto de vista penal, se identifica, en el ámbito procesal, la necesidad de apostar por las TIC como medio para agilizar estos procedimientos³⁵, lo cual es fundamental para hacer frente a la tecnología de la que se sirven los delincuentes.

En general, su articulado se desarrolló con el objetivo de optimizar la investigación y la obtención de pruebas, complementando el Convenio europeo de extradición de 1957 y el Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal de 1959. Se condiciona, desde el momento de su aprobación, el establecimiento de acuerdos futuros entre diferentes Estados miembros, evitando incompatibilidades con dicho Convenio referente en la materia³⁶.

Por lo tanto, destaca el desarrollo normativo que ha tenido lugar en el marco del Consejo de Europa, abogando por la lucha contra la transnacionalidad delictiva y contra las dificultades inherentes a la delincuencia grave. Por un lado, en general, se ha apostado por la cooperación judicial, regulando las comisiones rogatorias que han sido una herramienta recurrente en el ámbito internacional. Y, de igual modo, por otro lado, se ha reconocido la relevancia del factor tecnológico en el marco de la investigación de la ciberdelincuencia, contemplando el desarrollo en este contexto del único Convenio que ha sido promulgado en estos términos, siendo referente debido a su grado de especialización. Sin perjuicio de que se haya apostado por la aprobación de nuevos protocolos para complementar al Convenio de Budapest, como será analizado con posterioridad, teniendo en cuenta principalmente que fue confeccionado hace más de dos décadas.

Asimismo, es destacable que desde que se aprobaron los primeros instrumentos se ha identificado la viabilidad de la utilización de algunas herramientas de cooperación

³⁵ Como señala ORTIZ PRADILLO la apuesta va incluso más allá de la lucha contra la ciberdelincuencia: “las medidas procesales del Convenio tienen un ámbito de aplicación mucho mayor que las medidas sustantivas, pues no sólo se aplican a los delitos informáticos recogidos en aquél, sino también a cualquier delito informático y a cualquier delito no-informático en el que existan evidencias digitales”. ORTIZ PRADILLO, J.C. “Nuevas medidas tecnológicas de investigación criminal para la obtención de prueba electrónica”...op.cit.

³⁶ Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001...op.cit.



atendiendo a criterios preestablecidos; como la gravedad delictiva del hecho objeto de investigación, protegiendo su uso de la arbitrariedad que podría amenazar los derechos y libertades internacionalmente reconocidos. Igualmente, se ha identificado la necesidad de contar con centros especializados que colaboren con las autoridades competentes. Y, por último, es importante el impulso de este tipo de normativa ya que condicionará el desarrollo legislativo en niveles territoriales más reducidos; por ejemplo, a nivel europeo o nacional.

3. NUEVAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA PARA NUEVOS DESAFÍOS CIBERNÉTICOS: ESPECIAL ATENCIÓN AL CONVENIO SOBRE LA CIBERDELINCUENCIA

Como ha sido señalado previamente, la evolución de la tecnología no cesa, ni tampoco lo hace el desarrollo y el aumento de las diferentes tipologías delictivas que se perpetran en el ciberespacio, lo cual va a provocar que los operadores jurídicos necesiten herramientas técnicas avanzadas que favorezcan la investigación eficaz. Las autoridades policiales y judiciales tendrán que solventar los diferentes obstáculos que puedan derivarse por las propias características del ciberespacio; siendo destacable en el presente artículo aquellos que surgen por motivo de la configuración de Internet como entorno sin fronteras, ya que, como se ha adelantado, favorece la actuación transnacional.

En este sentido debemos atender momentáneamente a la apuesta del legislador español en el año 2015 hacia la mejora de la previsión legal de las diligencias de investigación tecnológicas³⁷. A partir de este momento se encuentran reguladas en el Capítulo IV del Título VIII de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen,

³⁷ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015, pp. 90192-90219.



el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos. Esta reforma destacó por incluir expresamente los principios rectores, las disposiciones y salvaguardas que iban a garantizar la adopción de cualquiera de estas diligencias, así como la previsión de los requisitos específicos que debían concurrir para la adopción de aquellas diligencias que fueron consideradas más invasivas; por ejemplo, para la captación y grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos o para la diligencia de registro remoto³⁸. No obstante, aunque nos encontramos ante una reforma acertada, el legislador debía haber cumplido con la exhaustividad necesaria para garantizar la seguridad jurídica que requieren este tipo diligencias que suponen una injerencia sobre los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos.

En particular, es destacable que, con carácter pionero, el legislador español apostó por la novedosa diligencia tecnológica de registro remoto, excediendo al tradicional registro de dispositivos directo y a la intervención de las telecomunicaciones, ambas diligencias con mayor trayectoria práctica. No obstante, sin perjuicio de los déficits legislativos que tuvieron que ser aclarados y completados por las Circulares de la Fiscalía General del Estado y de aquellos extremos que todavía quedan por desarrollar, nos encontramos ante una herramienta que podría ser necesaria para la investigación de los casos de ciberdelincuencia más graves y complejos que comprometen múltiples bienes jurídicos; incluyendo la vida o la integridad física, más allá del ámbito material. Debido a ello, aunque todavía no se ha consolidado su utilización a nivel nacional, consideramos oportuno apostar por este tipo de diligencia en los diferentes ordenamientos jurídicos ya que, de otro modo, se podría estar dejando al margen la seguridad jurídica requerida para subsanar los obstáculos que encuentran las autoridades competentes y, en concreto, para poder solventar aquellas dificultades con las que se encontrarán debido al actual desarrollo y a la evolución de la tecnología.

³⁸ Véanse, artículo 588 bis a y siguientes de la LECrim española. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «Gaceta de Madrid» núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.



En este sentido, debemos dedicar unas líneas a acotar la novedosa diligencia que ha querido regular el legislador español y a la que se denominó registro remoto³⁹. Como se señala en el artículo 588 septies a de la LECrim española:

“El juez competente podrá autorizar la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos, siempre que persiga la investigación de alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.*
- b) Delitos de terrorismo.*
- c) Delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente.*
- d) Delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional.*
- e) Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación”.*

Una de las principales particularidades de estas diligencias tecnológicas, como se extrae de la literalidad de la previsión legal de la LECrim, es el carácter secreto que debe ser inherente a su práctica para garantizar la efectividad de la misma⁴⁰. Esta diligencia destaca por ofrecer la posibilidad de monitorizar los equipos informáticos, siendo una medida de investigación dinámica, en tiempo real⁴¹. No obstante, debido a ello también se caracteriza por ser muy invasiva o intrusiva⁴². En atención a estas características el

³⁹ Véanse, artículos 588 septies a hasta 588 septies c, así como las disposiciones comunes previstas en los artículos 588 bis a y ss de la LECrim española. *Ibidem*.

⁴⁰ Se adopta en una pieza separada secreta, conforme a lo previsto en el artículo 588 bis d., y, debido a ello, se ha denominado por GÓMEZ SIERRA, P.L. como “el registro en remoto silencioso de equipos informáticos”. GÓMEZ SIERRA, P.L. “Medidas especiales de lucha contra el crimen organizado. La monitorización silenciosa de equipos informáticos”. *La Ley privacidad*, nº 7, primer trimestre de 2021.

⁴¹ VELASCO NÚÑEZ, E., SANCHIS CRESPO, C. *Delincuencia informática*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

⁴² Se identifica por la doctrina el intrusismo y la gran injerencia que se produce sobre los derechos fundamentales del investigado y de terceras personas, prologándose, incluso en el tiempo. Véase: BACHMAIER WINTER, L. “Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015”. *Boletín del Ministerio de Justicia*. Estudio doctrinal núm. 2195, enero 2017; BUENO DE MATA, F. “Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”. *Diario La Ley*, nº 8627, de 19 de octubre de 2015; DELGADO



legislador español ha apostado por establecer un *numerus clausus* de delitos ante los que podrá adoptarse esta medida, además del necesario cumplimiento de los principios rectores recogidos en el artículo 588 bis a; principio de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Atendemos a esta previsión legal como pionera, sin perjuicio de que ha sido criticada la ya citada falta de exhaustividad del legislador y se han tenido que concretar algunos aspectos a través de la Circular 5/2019 de la Fiscalía General del Estado, de 22 de marzo⁴³.

Volviendo de nuevo al marco del Consejo de Europa, en concreto al Convenio sobre la Ciberdelincuencia como instrumento clave en esta materia, se centrará la atención en previsión legal de las medidas de investigación tecnológicas y en la viabilidad de la previsión futura en este nivel territorial, en el marco del Consejo de Europa, de las modalidades más novedosas de investigación, como lo es el citado registro remoto.

En el momento de su aprobación, en el año 2001, supuso un impulso muy importante para la cooperación judicial internacional, a pesar de que, como se ha indicado, algunos países han tardado muchos años en ratificarlo. Destacan entre los objetivos del Convenio: facilitar la “detección, investigación y sanción, tanto a nivel nacional como internacional”, conseguir “una cooperación rápida y fiable”, ofrecer las bases “a los legisladores nacionales para la definición de determinados delitos informáticos”, así como “aproximar las legislaciones penales nacionales y permitir la utilización de medios de investigación eficaces en materia de delitos informáticos”. La previsión en materia penal de la ciberdelincuencia resulta fundamental para la adopción de diligencias de investigación tecnológicas, ya que el factor tecnológico inherente a estas modalidades delictivas determinará el cumplimiento de algunos principios esenciales

MARTÍN, J. “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”. *Diario La Ley*, nº 8693, 2 de febrero de 2016; GARCÍA MIGUEL, S. “El uso de las nuevas tecnologías en la lucha contra la delincuencia especializada”. *La Ley Penal*, nº 142, enero-febrero 2020; GÓMEZ SIERRA, P.L. “Medidas especiales de lucha contra el crimen organizado. La monitorización silenciosa de equipos informáticos”...op.cit.; entre otros autores que analizan esta medida y lo señalan.

⁴³ Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre sobre registro de dispositivos y equipos informáticos. «BOE» núm. 70, de 22 de marzo de 2019, pp. 30159-30197.



para la autorización de la práctica de este tipo de medidas de investigación que suponen una injerencia sobre los derechos fundamentales⁴⁴.

No obstante, en el ámbito del Derecho procesal, también se requerirá una previsión legal óptima que permita asegurar la eficacia y la práctica con todas las garantías de las actuaciones de las autoridades competentes, con el objetivo de evitar que queden sin efecto las pruebas electrónicas obtenidas por la falta de su previsión en una legislación de calidad que salvaguarde los derechos, libertades, garantías y principios necesarios. Para ello, la aprobación de un nuevo Convenio o instrumento de estas características podría demorar de nuevo más de una década la trasposición de las medidas que se contemplen en el mismo, ya que los plazos se prolongan más a este nivel internacional, lo cual ocurre en menor medida a nivel de la Unión Europea, aunque tampoco el resultado es inmediato, ya que no siempre es respetado el plazo de transposición previsto por los Estados⁴⁵.

En la actualidad, existe la posibilidad de aprovechar el Convenio por excelencia vigente en la materia, en particular, debemos considerar la reciente aprobación de un segundo protocolo para dar respuesta a la necesidad de reforzar la cooperación judicial y policial internacional, cuestiones previstas en la segunda parte del Convenio de Budapest. Sin perjuicio de que también se haya identificado la necesidad de una reforma a nivel conceptual en el ámbito penal, habiéndose pronunciado expertos y entidades a nivel internacional sobre el riesgo que existe de que este instrumento quede obsoleto, ya que dos décadas después de su aprobación no contempla la realidad objetiva de la ciberdelincuencia.

⁴⁴ Por ejemplo, a nivel estatal, en España, el legislador español en el artículo 588 bis.a.5 de la LECrim española incluyó la valoración del ámbito tecnológico para el cumplimiento del principio de proporcionalidad: “Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho”.

⁴⁵ Como ocurrió recientemente en materia de protección de datos; se fijaba en la Directiva (UE) 2016/680, de 4 de mayo de 2016, como plazo máximo para la transposición el 6 de mayo de 2018 y no fue hasta 2021 cuando se aprobó la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2021.



Ante las negociaciones previas a la emisión del segundo protocolo adicional, en el ámbito procesal, nos encontrábamos ante una oportunidad idónea para analizar los ordenamientos jurídicos nacionales, las divergencias que existen entre estos y abstraer aquellas diligencias que con carácter más novedoso se adecúan a las necesidades que surgen en el marco de las investigaciones cibernéticas. De igual modo, hubiera sido idóneo contemplar de un modo expreso la necesidad de contar con las entidades supranacionales especializadas en la práctica de dichas investigaciones, como Europol y Eurojust, y con la colaboración de otras entidades encargadas de salvaguardar la ciberseguridad, ya que conocen las vulnerabilidades y las incidencias existentes.

Si atendemos brevemente al análisis de la segunda parte Convenio, en la sección segunda relativa al Derecho procesal, se prevén unas disposiciones comunes. En el artículo 14.2 se ha señalado que las tipologías de asistencia previstas en su articulado se pueden utilizar para la investigación y persecución de todo tipo de delitos cometidos por medio de un sistema informático y para la obtención de pruebas electrónicas, por lo tanto, favoreciendo la investigación de los diferentes tipos de ciberdelincuencia⁴⁶. No obstante, para la adopción de determinadas medidas se ha incluido el necesario análisis de la gravedad de los delitos objeto de investigación, cuestión que también ha sido concretada por diferentes Estados a nivel nacional. Por lo tanto, para la investigación de los ciberdelitos más graves, en cuya investigación pueden surgir múltiples obstáculos, se puede recurrir a estas herramientas. Asimismo, estas tipologías delictivas también han sido consideradas en el artículo 2.1.a del Segundo Protocolo adicional, aplicándose para estos casos también las medidas previstas en el mismo.

De igual modo, debe destacarse que se insta a la protección de los derechos, de las libertades y de los principios elementales para el funcionamiento de la cooperación judicial internacional. Como ocurre en los diferentes niveles territoriales, se señala

⁴⁶ En el apartado segundo del artículo 14 se prevé que: “2. Salvo que se establezca específicamente otra cosa en el artículo 21, cada Parte aplicará los poderes y procedimientos mencionados en el apartado 1 del presente artículo a:

a) Los delitos previstos de conformidad con los artículos 2 a 11 del presente Convenio;
b) otros delitos cometidos por medio de un sistema informático; y
c) la obtención de pruebas electrónicas de un delito”.



expresamente que los instrumentos de cooperación salvaguarden los derechos y garantías previstos a nivel nacional y supranacional; en este caso, en el artículo 15, se alude al derecho interno y se señalan el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas⁴⁷. Con carácter general, se hace mención a todos los instrumentos aprobados en este mismo sentido y se hace hincapié, asimismo, en la importancia de garantizar el principio de proporcionalidad en el marco de aplicación de las diferentes medidas previstas en el Convenio. De este modo, se garantiza la protección no solo de las garantías del proceso penal, en general, sino también de los derechos del investigado en particular, los cuales serán objeto de injerencia con la práctica de las diligencias de investigación tecnológicas. Injerencia que se producirá con mayor intensidad si se adoptan medidas como el registro remoto; respecto al que se podría prever su práctica si se establece la base legal en el Convenio o en un instrumento de similares características.

En el mismo artículo 15, apartado segundo, se ha recogido brevemente la condición de la supervisión judicial, aunque con carácter general alude a cualquier otra forma de supervisión⁴⁸. Se señala, de igual modo, la importancia de la motivación de la decisión por la que se permite la utilización de estas modalidades de investigación y cooperación, el necesario establecimiento del alcance y de los límites de las mismas; incluyendo la limitación de la duración. Por lo tanto, se recoge la necesidad de acotar la investigación, no debiendo estar sujeta a la arbitrariedad y aleatoriedad, por lo tanto, en consonancia con las previsiones realizadas en el resto de los niveles territoriales.

En el Capítulo III del Convenio, relativo a la cooperación internacional, se recoge en el Título I una alusión a los principios esenciales que deben cumplirse. En primer lugar, se reconoce en el artículo 23 la necesidad de actuar conforme a la normativa internacional,

⁴⁷ Cuestiones que de nuevo se han puesto de manifiesto expresamente en el preámbulo del Segundo Protocolo adicional al Convenio.

⁴⁸ Como concluye PÉREZ GIL en su análisis sobre le Convenio: “esta norma no deberá convertirse en un vehículo que ampare, propicie o sirva de cobertura para intolerables formas de invasión gubernamental en la esfera privada de los ciudadanos al margen del oportuno control jurisdiccional”. PÉREZ GIL, J. “Medidas de investigación y de aseguramiento de la prueba en el «Convenio sobre el Cibercrimen»”. *Actualidad Penal*, n° 36, Editorial La Ley, del 29 de septiembre al 5 de octubre de 2003.



a través de acuerdos y en base al derecho nacional con el objetivo de investigar los ciberdelitos que se recogen en el Convenio⁴⁹.

En el mismo capítulo, como ha sido brevemente reseñado, en segundo lugar, en el artículo 24 se atiende a la extradición, reconociendo la viabilidad de esta práctica cuando nos encontremos ante casos de ciberdelincuencia⁵⁰. A nivel europeo, la extradición fue sustituida por el sistema de órdenes de detención y entrega. No obstante, es relevante su previsión en este nivel internacional más allá de las fronteras europeas. En este sentido, atendiendo al objeto del presente estudio, podemos afirmar que la extradición puede complementar, principalmente con carácter posterior, una eventual práctica de una diligencia de investigación tecnológica, como lo es un registro remoto, pero que no debería ser anterior a la misma ya que desvirtuaría la naturaleza secreta de la misma.

De igual modo, en tercer lugar, se apuesta en dicho capítulo por la concesión de asistencia mutua para la obtención de pruebas en formato electrónico que esclarezcan ciberdelitos, para lo que se requiere la adopción de medidas legislativas por parte de los Estados y, asimismo, el cumplimiento de la normativa vigente en los diferentes niveles territoriales.

En este mismo tercer título, en el artículo 26, se contempla la posible comunicación de información de un modo espontáneo. Destaca en la presente investigación que en el citado artículo se reconoce que esta comunicación espontánea puede contribuir al inicio de un proceso, bien de una investigación con la consecuente práctica de diligencias, o bien al inicio de una cooperación transnacional que favorezca la lucha contra la ciberdelincuencia. Por lo tanto, esta previsión también podría tener lugar como paso previo a la práctica de diligencias tecnológicas. Pero, sin embargo, no se ha previsto en el citado articulado la base jurídica necesaria para la concreta adopción del registro remoto, lo cual será analizado en profundidad en el siguiente epígrafe.

⁴⁹ En el artículo 23 del Convenio se hace referencia a los “los delitos relacionados con sistemas y datos informáticos o para la obtención de pruebas electrónicas de los delitos”. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001...op.cit.

⁵⁰ Véase análisis de las “nuevas reglas de cooperación internacional” previstas en el Convenio en: SÁNCHEZ BRAVO, A.A. “El convenio del Consejo de Europa sobre cibercrimen: control VS. Libertades públicas...op.cit.



En el título cuarto, ante la ausencia de tratados, acuerdos o legislación vigente relativa a la asistencia mutua, se ofrece a las Partes requirente y requerida las disposiciones necesarias, en los artículos 27 y 28 del Convenio, para llevar a cabo la cooperación necesaria en el marco de la investigación de un ciberdelito. Sin perjuicio de las disposiciones especiales previstas en la sección 2 del Convenio y que serán analizadas a continuación.

En este sentido, centraremos la atención en que la incorporación a su articulado de diligencias como el registro remoto podría subsanar, a corto plazo la ausencia de regulación nacional de las medidas de investigación tecnológicas más novedosas e, incluso, a largo plazo, condicionar la cooperación con terceros Estados no Parte de la UE. Debemos considerar el alcance internacional del Convenio y, por ello, la repercusión del mismo más allá de la Unión Europea. Aunque esta afirmación se realiza sin perjuicio de que el instrumento debe ser ratificado y que el Estado con el que se practique la cooperación debe poseer unas garantías mínimas que no comprometan la eficacia de una investigación compleja.

3.1. Medidas de investigación reguladas en el convenio de Budapest: ¿precursoras del registro remoto a nivel internacional?

A continuación, para profundizar sobre las cuestiones previamente reseñadas se analizarán las medidas que deben adoptar los Estados parte para optimizar la investigación y la obtención de pruebas electrónicas en casos de ciberdelincuencia⁵¹:

En primer lugar, respecto a la conservación rápida de datos informáticos almacenados y de datos sobre el tráfico, debemos remitirnos a los artículos 16, 17 y 18 del Convenio. En este caso, se insta a que las Partes adopten medidas que favorezcan la conservación de datos, su revelación de un modo rápido e incluso que prevean las

⁵¹ Véase análisis de las medidas del Convenio, por ejemplo, en: CUADRADO SALINAS, C. “Registro informático y prueba digital. Estudio y análisis comparado de la ciberinvestigación criminal en Europa”. *La Ley Penal*, nº 107, marzo-abril 2014; DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. “Un primer acercamiento a la ciberdelincuencia”...op.cit.; PÉREZ GIL, J. “Medidas de investigación y de aseguramiento de la prueba en el «Convenio sobre el Cibercrimen»”...op.cit.; entre otros.



obligaciones de las personas y proveedores encargados de su custodia o almacenamiento. En particular, destaca el artículo 18, a través del que se solicita que los Estados regulen que las autoridades puedan ordenar a una persona la comunicación de datos que encuentran en un sistema informático o en un medio de almacenamiento.

Todo ello, sin perjuicio de que deberán acogerse a las previsiones de los artículos 14 y 15 que recogen que las Partes puedan limitar la utilización de estas medidas para unas determinadas categorías de delitos. Asimismo, se destaca entre las diferentes previsiones la necesaria protección de los derechos y libertades, así como la salvaguarda de la normativa vigente a nivel nacional en esta materia.

En este contexto, destaca el carácter secreto que se preserva en el artículo 16.3 del Convenio, asegurando la eficacia de esta medida. En este mismo sentido que se regula el secreto de los encargados de la custodia y conservación de datos se podría prever para la práctica del registro remoto a nivel internacional⁵².

Para el tratamiento de la asistencia mutua de la conservación rápida de datos informáticos se ha optado por su inclusión en el marco de medidas provisionales. De este modo, conforme a lo previsto en el artículo 29 del Convenio, dicha conservación se ejecutará con vistas a la práctica de registros, aunque no prevé expresamente la modalidad de los mismos. Se incluye, como ya mencionábamos, la existencia de una intención posterior de “presentar una solicitud de asistencia mutua con vistas al registro o al acceso de forma similar, la confiscación o la obtención de forma similar, o la revelación de los datos informáticos almacenados”.

En el momento de aprobación del Convenio ya se identificó la importancia de detallar las solicitudes para su adopción, las cuales tienen que incluir: la autoridad competente, el delito en cuestión, los datos objeto de conservación, la relación existente entre los datos y el delito, la necesidad de su conservación, información relativa a la ubicación de los datos, de la persona o de la entidad que se encargue de la custodia de los mismos. Del contenido de la solicitud es necesario destacar que no se requiere

⁵² No obstante, como señala PÉREZ GIL sería necesario para evitar el detrimento de las garantías procesales que se incluya: “la notificación de su práctica tan pronto como deje de suponer un peligro para la investigación”. PÉREZ GIL, J. “Medidas de investigación y de aseguramiento de la prueba en el «Convenio sobre el Cibercrimen»”...op.cit.



necesariamente la identificación del autor o autores de los hechos delictivos investigados. Aspecto que refleja que ya se adelantaban con estas previsiones a algunos obstáculos de la investigación en el ciberespacio como lo es la dificultad para determinar la autoría con carácter previo a la investigación. Por lo tanto, la práctica del registro remoto a nivel internacional también debería incluir estas opciones, ya que se podrá utilizar para esclarecer la autoría de un ciberdelito.

Asimismo, estas medidas consideradas provisionales, efectuadas al margen del infractor, podrían contribuir a preservar las pruebas electrónicas, complementando otras diligencias de investigación, incluso aquellas con las características del registro remoto.

No obstante, esta medida no se aplicará en todos los casos, se han previsto algunos motivos de denegación; cuando nos encontremos ante delitos políticos o relacionados, así como cuando se considere que la ejecución de una conservación de estas características pueda atentar contra la seguridad, el orden público o contra otros intereses especiales.

En general, siempre que la ejecución no ocasionara las consecuencias previamente referenciadas, la conservación de datos podría contribuir de un modo positivo a la obtención de prueba electrónica a partir de un registro remoto. Debemos acotar que no nos encontraríamos en este caso ante medidas cautelares personales, previstas en el ordenamiento jurídico nacional, en España, ya que no se dirigen contra una persona para la protección de la efectividad del proceso penal, a pesar de que existe un hecho delictivo y existe riesgo de destrucción de pruebas y efectos del delito. En definitiva, nos encontraríamos con medidas que, con carácter previo, en el marco de la fase de investigación, podrían contribuir a diligencias más complejas e invasivas que requieren el cumplimiento de un elevado número de requisitos y el desarrollo detallado de solicitudes de adopción, debido a la invasión de derechos fundamentales que implica su práctica.

De igual modo, si se prevé la ineficacia de las medidas de conservación, se recoge en el apartado sexto del artículo 29 del Convenio que la Parte requerida deberá comunicar a la Parte requirente dicha situación. Esta circunstancia podría condicionar la celeridad para la adopción de otra diligencia con mayor efectividad, evitando en todo caso la pérdida de pruebas relevantes para el proceso penal en curso.



Ni en dicho Convenio de 2001, ni tampoco en las últimas previsiones añadidas con el Segundo Protocolo adicional se hace referencia expresa al registro remoto, pero, como se ha analizado, encontraremos referencias al registro de un modo genérico⁵³. Sin embargo, si atendemos a las particularidades propias del registro remoto debemos mencionar algunas previsiones generales que podrían dar cabida a la regulación de diligencias de estas características en este contexto.

Continuando con el análisis de las medidas que se prevén en el Convenio, en segundo lugar, en el artículo 19, se insta a la regulación de medidas por las Partes para que las autoridades puedan “registrar o tener acceso de una forma similar” a sistemas informáticos, partes de los mismos o medios de almacenamiento masivos de datos, incluyendo los datos en ellos almacenados⁵⁴. La previsión incluye “en su territorio”, es decir, limita esta actuación a nivel nacional.

Se contempla, además, la posibilidad de ampliar el registro, cuando se estime que los datos necesarios para la investigación se encuentran en un segundo sistema informático ubicado en su territorio y que es accesible desde el primero que fue objeto de registro. Al contemplar esta cláusula y aclarar que se requiere un acceso lícito a otros equipos nos encontramos con una diligencia equivalente al registro directo o de dispositivos de almacenamiento masivo⁵⁵, sin incluir específicamente las características de monitorización del registro remoto.

Asimismo, se contempla la necesidad de adoptar medidas para que se puedan confiscar, obtener, conservar, realizar copias, preservar la integridad o suprimir los datos informáticos a los que se tiene acceso a través del registro. La realización de copias para

⁵³ Los registros, como señala PÉREZ GIL: “son precisamente los medios de obtención y aseguramiento de las fuentes de prueba más frecuentes en relación con la delincuencia en la que los sistemas informáticos desempeñen un papel relevante”. PÉREZ GIL, J. “Medidas de investigación y de aseguramiento de la prueba en el «Convenio sobre el Cibercrimen»”...op.cit.

⁵⁴ Esta medida se introdujo porque, como señala CUADRADO SALINAS: “no tiene sentido seguir aplicando normas diseñadas para un registro domiciliario a un registro informático, de forma que es necesaria una reforma legislativa que adapte la normativa a las nuevas circunstancias”. Sin perjuicio de que, como se ha analizado en la presente investigación, ambas diligencias puedan complementarse. CUADRADO SALINAS, C. “Registro informático y prueba digital. Estudio y análisis comparado de la ciberinvestigación criminal en Europa”...op.cit.

⁵⁵ Prevista desde el artículo 588 sexies a hasta el 588 sexies c de la LECrim española.



garantizar la identidad y la integridad de los datos será necesaria para su posterior validación en sede judicial, por lo tanto, esta cuestión es relevante para el registro de dispositivos de almacenamiento masivo y también para la hipotética regulación del registro remoto. Por lo tanto, esta cuestión deberá incluirse si se prevé esta nueva diligencia en un instrumento internacional de estas características.

No obstante, a pesar de la falta de referencia expresa a alguna medida homóloga al registro remoto, sí que se incluyen algunos aspectos relevantes en el Convenio que el legislador ha incluido en el ordenamiento jurídico español cuando se regularon las diligencias de investigación tecnológicas. En este sentido, se prevé en el Convenio que los Estados adopten medidas que permitan ordenar la colaboración de “cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo”, en aras a garantizar la efectividad de la práctica de este tipo de diligencias. Sin embargo, a nivel internacional, sí parece acertada este tipo de previsión genérica, pretendiendo evitar la obsolescencia y respetar la legislación estatal.

De igual modo, de nuevo insta a la necesaria protección de los derechos y libertades, con la remisión a los artículos 14 y 15 del Convenio, previamente analizados. Esta remisión la encontraremos en el articulado que incluye las diferentes medidas de investigación, también en los artículos 20 y 21 que se analizarán a continuación. Estas referencias reflejan la preocupación por que los legisladores a nivel nacional lo contemplen de un modo expreso. El incumplimiento de estas cuestiones podría comprometer todos los esfuerzos de los operadores jurídicos por materializar con éxito una investigación compleja en el ciberespacio.

Por lo tanto, la literalidad del Convenio y las diferentes consideraciones podrían dar cabida a la regulación del registro remoto, ya que incluyen los requisitos necesarios para proteger la práctica de este tipo de diligencias con todas las garantías, asegurando su eficacia. En atención a las previsiones analizadas nos posicionamos a favor de incorporar una diligencia homóloga al registro remoto en su articulado.

Por su parte, en el artículo 31, relativo a la “asistencia mutua en relación con el acceso a datos informáticos almacenados”, acceso que se podrá realizar a través del



registro u otra vía de acceso similar, con la consiguiente obtención y revelación de la información almacenada en el Estado requerido. En este caso, como cuestión relevante para la presente investigación, destaca el reconocimiento de la volatilidad de los datos, contemplando en su tercer apartado que es necesario que la respuesta se emita “lo antes posible”, valorando que pueden perderse o modificarse los datos.

En dicho artículo no se concreta el método para acceder a datos informáticos almacenados. En principio podría amparar la práctica de un registro remoto pues no delimita que nos encontremos ante el registro de dispositivos directo, como ocurría en las específicas referencias del artículo 19, sin embargo, no estaría contemplando todo el alcance del registro remoto, ya que solo hace referencia a “datos almacenados por medio de un sistema informático” y no incluye flujos de comunicación e información que también se podrían obtener en una monitorización en tiempo real. Si los investigadores se acogen a este artículo como base legal podrían tener problemas debido a la mayor injerencia del registro remoto frente a la escueta redacción del artículo 31.

En el marco del presente estudio es preciso apuntar que determinadas indagaciones realizadas por las autoridades policiales no requerirán autorización judicial y tampoco el recurso a estas herramientas de cooperación. En el artículo 32 del Convenio se hace referencia expresa a las fuentes abiertas con independencia del país en el que los datos se encuentren y a las situaciones en las que una “persona legalmente autorizada para revelar los datos” accediera a ello. Las vías de investigación señaladas en este artículo podrían ser óptimas tanto para la apertura de un proceso penal, como durante el transcurso del mismo para obtener datos que justifiquen la posterior adopción de medidas más invasivas y complejas, como lo es el registro remoto. Pero, sin embargo, esta finalidad tampoco se contempla expresamente en este artículo.

Como se ha adelantado, el registro remoto permitiría obtener datos en tiempo real, tanto de comunicaciones como de todo tipo de operaciones que se ejecuten con el sistema objeto de investigación. En el Convenio, en el artículo 20 se prevé la adopción de medidas por las Partes para obtener datos en tiempo real mediante su captación a través de medios técnicos existentes a nivel nacional, pero concretamente hace referencia a “los datos sobre el tráfico asociados a comunicaciones específicas transmitidas en su territorio por medio



de un sistema informático”. Por lo tanto, contemplaría comunicaciones más allá de las conversaciones telefónicas tradicionales, pero no ampararía la obtención o grabación en tiempo real de los datos almacenados y de contenido. Asimismo, limita la utilización de esta medida para la captación de datos específicos, por lo tanto, no parece amparar la práctica de una medida íntegra de registro remoto conforme lo regula el legislador español en la LECrim.

En el artículo 33 se atenderá a la “asistencia mutua para la obtención en tiempo real de datos sobre el tráfico”, medida cuyo alcance es equivalente al que se describía en el artículo 20, previamente referenciado. Destaca en dicho artículo la referencia a la prestación de asistencia, como mínimo, para aquellos delitos para los cuales se permita en el país requerido una práctica similar. Esta cuestión resulta particularmente útil en este nivel territorial tan amplio, ya que la disparidad de ordenamientos jurídicos es mayor que a nivel regional y, con ello, aumentan las diferentes previsiones de derechos y libertades individuales. En el caso de incorporar esta diligencia objeto de estudio a un instrumento internacional de estas características, la cláusula destacada debería incluirse. No obstante, en la actualidad, como ya adelantamos, no tiene tampoco cabida en el artículo 33 la práctica de registros remotos.

En el artículo 21 se regula la “interceptación de datos sobre el contenido”, incluyendo las medidas para que las autoridades competentes puedan obtener o grabar “en tiempo real los datos sobre el contenido de determinadas comunicaciones en su territorio, transmitidas por medio de un sistema informático”, limitando el alcance a “determinadas comunicaciones”. La literalidad del precepto de nuevo parece excluir la intervención integral requerida en los casos de investigaciones complejas, o en aquellos en los que no se llevan a cabo comunicaciones tradicionales que puedan ser objeto de la interceptación regulada por los artículos 20 y 21 del Convenio. Por lo tanto, quedaría al margen el registro remoto y de nuevo si los investigadores se amparasen en este precepto podrían encontrar problemas debido al alcance de esta medida novedosa de investigación. En el marco de un registro remoto se podrán obtener datos de contenido, pero no necesariamente producto de una comunicación determinada o específica.



Considerando el objeto de estudio, de nuevo debemos destacar que se limita la utilización de esta medida a casos de delitos graves que, aunque no concreta el criterio para la determinación de dicha gravedad, es un requisito importante al considerar una futura regulación del registro remoto, ya que es una medida más invasiva que requerirá la inclusión de esta consideración.

Asimismo, de nuevo el carácter secreto caracterizará a esta diligencia, ya que en el apartado tercero de los artículos 20 y 21 se contempla que los Estados deberán incorporar las medidas necesarias para poder obligar a los proveedores de servicios a mantener el secreto. Previsión que, como se ha señalado, también deberá ser incluida en el caso de la incorporación del registro remoto, pues solo de este modo tendría sentido la adopción de determinadas diligencias de investigación tecnológicas.

De igual modo que ocurría con las medidas anteriores, en el artículo 34 se prevé el recurso a la asistencia mutua para la “interceptación de datos” de dichas comunicaciones y se limita el alcance de la investigación como se hacía en el artículo 21 del Convenio.

Las previsiones recogidas en las dos últimas medidas analizadas, previstas en los artículos 20 y 21, serían equivalentes a la tradicional adopción de la diligencia de intervención de las telecomunicaciones telemáticas, la cual se ha ido consolidando y desarrollando en diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. En definitiva, de nuevo nos encontramos con una medida de investigación tradicional que podría limitar la actuación de los operadores jurídicos ante los nuevos desarrollos tecnológicos y podría no ser útil para hacer frente a algunos ciberdelitos.

Para finalizar el análisis del articulado del Convenio, en el artículo 35, destaca con carácter previo a las disposiciones finales, la creación de la Red 24/7 que está constituida por puntos de contacto a nivel nacional que de un modo ininterrumpido responden a las solicitudes de asistencia mutua, con el objetivo de agilizar la investigación en este contexto⁵⁶. Esta creación demuestra que la apuesta por la celeridad en la investigación de la ciberdelincuencia estaba clara en este momento a nivel internacional.

⁵⁶ Como señala VELASCO SAN MARTÍN en su análisis sobre el Convenio, se va a requerir que junto con esta previsión se apueste por la capacitación, formación y por el desarrollo de recursos tecnológicos que



A continuación, destacaremos los procedimientos que se han previsto en el Segundo Protocolo adicional del Convenio que se ha elaborado para reforzar la cooperación, aunque podemos adelantar que no se ha aprovechado la oportunidad para contemplar medidas de investigación tecnológicas más novedosas que podrían contribuir a mejorar la efectividad y éxito de las investigaciones complejas en el ciberespacio.

En primer lugar, en la Sección 2 del Protocolo se han incluido “procedimientos para mejorar la cooperación directa entre proveedores y entidades de otras Partes”, entre ellos se ha incluido la “solicitud de información sobre el registro nombres de dominio”. De este primer artículo 6 destaca la necesidad de que nos encontremos ante “una investigación o procedimiento penal específico”, habiendo detallado toda la información a incluir en la solicitud en cuestión; por ejemplo, destaca la necesaria acotación del alcance y la justificación de la necesidad de la medida.

De igual modo, dentro de esta misma segunda sección, se ha previsto en el artículo 7 la emisión de órdenes en el marco de los procesos penales para obtener la divulgación de información de los abonados que esté en posesión de los proveedores de servicios. Se atiende de nuevo, además de los requisitos ya señalados en el análisis del artículo precedente, a la supervisión, así como la posible delimitación de las autoridades de emisión, incluyendo la posibilidad de incorporar una declaración en este sentido en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación.

Para ambas solicitudes se prevé que las Partes adopten las medidas legislativas oportunas, que incluyan las condiciones razonables en su legislación nacional que permitan materializar este tipo de intercambios de información. Por lo tanto, una vez más, la previsión legal a nivel nacional condicionará la posibilidad de cooperar. En este sentido, la previsión idónea de un registro remoto debería contemplar que también las Partes prevean con exhaustividad y calidad de ley este tipo de diligencia en su legislación nacional, ya que será necesario no solo para la adopción de registros nacionales sino también para materializar una hipotética solicitud de cooperación que requiera esta práctica.

permitan el funcionamiento de este tipo de medidas a nivel nacional. VELASCO SAN MARTÍN, C. *Jurisdicción y competencia penal en relación al acceso transfronterizo en materia de ciberdelitos...* op.cit.



En la siguiente Sección del Protocolo, en la Sección 3, nos encontramos de nuevo con una previsión cercana al registro remoto, en particular se apuesta en este momento por “mejorar la cooperación internacional entre autoridades para la divulgación de datos informáticos almacenados”, en el artículo 8 se han incluido órdenes para solicitar información sobre abonados y también datos de tráfico a proveedores de servicios en el territorio de la Parte requerida y en el artículo 9 se ha previsto, para casos de emergencia justificados en los que exista riesgo significativo e inminente para la vida o seguridad de las personas, la posible emisión desde el “Punto de Contacto” de la citada Red 24/7 de una solicitud para que el proveedor de servicios en el territorio de otra Parte facilite de forma acelerada datos informáticos almacenados concretos. En este mismo sentido, en el artículo 9 perteneciente a la Sección 4 del Protocolo, se ha previsto una asistencia mutua ágil cuando concurren este tipo de emergencias. Destaca que con estas medidas se persigue agilizar la obtención de información y pruebas que pueden ser cruciales para procesos penales en curso, habiendo incluido también en el artículo 8 límites temporales que eviten la demora ante este tipo de procedimientos que urgen en atención a las características de las investigaciones tecnológicas.

Como ya se adelantaba, sin perjuicio de la necesaria aceleración de los procedimientos de cooperación y, en particular, cuando existen por medio proveedores de servicios u otras entidades⁵⁷, no se ha previsto de un modo exhaustivo o expreso la obtención de información a través de medidas con las características del registro remoto, habiendo limitado estas prácticas a la obtención de información sobre abonados, datos de tráfico o datos almacenados, excluyendo datos sobre el contenido. No contemplando una medida que de modo íntegro, en caso de necesidad, y concurriendo la proporcionalidad adecuada favorezca el acceso a todos ellos.

⁵⁷ Esta reforma ha sido identificada como un mecanismo que servirá para lograr una cooperación directa a nivel internacional, subsanando algunos obstáculos que aparecen en el marco de estas investigaciones complejas. Véanse análisis en profundidad, por ejemplo, en: BAHAMONDE BLANCO, M. “Segundo Protocolo Adicional al Convenio de Budapest: Nuevos medios para la cooperación penal y la obtención de prueba electrónica”. *La Ley Penal*, nº 157, sección estudios, Wolters Kluwer, julio-agosto 2022; BUENO DE MATA, F. “Delitos de odio y redes sociales: retos procesales”. *Diario La Ley*, nº 10180, sección Tribuna, 29 de noviembre de 2022; entre otros.



Por su parte, de la Sección 5, destacaremos el segundo de los artículos, el artículo 12, ya que en el artículo 11 se prevén la recogida de testimonios o la práctica de declaraciones por videoconferencia cuestiones que podrían favorecer un proceso penal incoado por este tipo de delincuencia transfronteriza pero que no será determinante para la previsión legal del registro remoto y, por ello, no será analizado en profundidad en el presente estudio. Por lo tanto, en el citado artículo 12 se realizan previsiones acertadas sobre la configuración de equipos conjuntos de investigación en este nivel transnacional, favoreciendo la práctica de medidas de investigación en atención al derecho interno de la Parte en la que se practique sin necesidad de recurrir a solicitudes de asistencia mutua.

Como ya hemos señalado, la previsión de este tipo de Equipos en un Convenio Internacional sobre la ciberdelincuencia y la obtención de prueba electrónica ha sido un acierto, no obstante, el déficit legislativo de las medidas de investigación tecnológicas que puede existir a nivel nacional por falta de referencias a las que pueda acogerse la comunidad internacional y adecuar sus legislaciones podría también comprometer la eficacia del funcionamiento de estos Equipos. Sin perjuicio de que es una herramienta óptima para agilizar y mejorar la investigación de este tipo de criminalidad transfronteriza y la obtención de pruebas electrónicas en el ciberespacio, evitando además que se dupliquen esfuerzos y favoreciendo la cooperación y optimización de recursos.

3.2. Reflexiones finales sobre la regulación del registro remoto en un convenio internacional

Atendiendo al análisis realizado, para dar respuesta a las complejas modalidades de ciberdelincuencia sería oportuno que se practicase una nueva revisión del Convenio, de tal forma que se amplíen y concreten los preceptos señalados. En particular, sería idóneo que se complete con medidas específicas de investigación. Sin embargo, no solo se debe realizar una revisión de los instrumentos y de las diligencias idóneas, sino que también sería un momento oportuno para realizar una revisión exhaustiva de los requisitos y principios exigibles. De este modo, se aseguraría la obtención de resultados óptimos,



producto de las diligencias de investigación, cuando se ratificase dicho Convenio y se adoptasen este tipo de medidas a nivel nacional.

En este sentido, como se ha señalado, son muchos requisitos que ya se han incluido en el articulado del Convenio y que favorecerían una futura previsión del registro remoto con el alcance que ha previsto el legislador español en la LECrim. No obstante, aunque el texto existente podría servir como base para la nueva regulación, nos encontramos ante una diligencia de investigación muy invasiva que debe ser desarrollada de un modo individual y exhaustivo, ya que solo de este modo se podrá garantizar su eficacia.

Además, dicha modificación complementaría otros instrumentos existentes, ya que su objetivo no es suplir otros acuerdos bilaterales o multilaterales, sino servir de base jurídica para adoptar diligencias de investigación tecnológicas tanto a nivel nacional como en el marco de una investigación que requiera el recurso a la asistencia mutua, ante la inexistencia de dichos acuerdos.

La cooperación prevista en el Convenio se basa en la asistencia mutua en materia penal, cuestión que difiere de la tendencia que reflejan los últimos instrumentos aprobados en la Unión Europea. En este sentido, por ejemplo, se aúnan en la DOEI la asistencia y el reconocimiento mutuo, apoyándose para su funcionamiento en la aproximación legislativa en la que se lleva trabajando durante años en la UE para incrementar la confianza mutua. Sin embargo, este tipo de instrumentos internacionales, como el Convenio de Budapest, prevén una cooperación judicial a nivel mundial, con lo que la consolidación de la confianza se dificulta debido a la disparidad de legislaciones, a los diferentes niveles de protección de derechos y garantías en el marco del proceso penal, a la falta de regulación de las diligencias novedosas de investigación de la ciberdelincuencia y a otras rivalidades e intereses gubernamentales. Ya se presentan obstáculos para alcanzar el reconocimiento mutuo pleno en la UE, principalmente cuando se trata de la práctica de diligencias de investigación invasivas, por lo que este instrumento, por el momento, debería seguir apostando por la asistencia mutua en materia penal en este contexto internacional.



Esta vía de la asistencia mutua sería válida para amparar la necesidad que surge en el curso de una investigación de practicar un registro remoto fuera del territorio nacional. Por lo tanto, serviría para mejorar las complejas investigaciones que inician las autoridades competentes en España y que se revisten de carácter transnacional. Todo ello, mediante la previsión en su articulado de las medidas a adoptar a nivel nacional por parte de los legisladores nacionales y consolidando las bases mínimas necesarias para regular el registro remoto en su ordenamiento jurídico interno⁵⁸. Asimismo, los países deben ratificarlo e instar a hacerlo a aquellos Estados que continúan al margen del Convenio de Budapest, referente y único Convenio específico a nivel internacional en materia de Ciberdelincuencia.

REFERENCIAS

- ARANGÜENA FANEGO, C. “Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 58, 2017, pp. 905-939.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS Y UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES. Agenda de Túnez para la sociedad de la información. Cumbre Mundial sobre la sociedad de la información. 28 de junio de 2006
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS Y LA UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES. Plan de Acción. 12 de mayo de 2004. Documento WSIS-03/GENEVA/5-S.
- BACHMAIER WINTER, L. “Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015”. *Boletín del Ministerio de Justicia*. Estudio doctrinal núm. 2195, enero 2017.

⁵⁸ Ya que como señala SÁNCHEZ BRAVO, en el marco de la asistencia mutua: “la dependencia de las legislaciones nacionales de cada uno de los Estados es evidente”. SÁNCHEZ BRAVO, A.A. “El convenio del Consejo de Europa sobre cibercrimen: control VS. Libertades públicas”...op.cit.



- BAHAMONDE BLANCO, M. “Segundo Protocolo Adicional al Convenio de Budapest: Nuevos medios para la cooperación penal y la obtención de prueba electrónica”. *La Ley Penal*, nº 157, sección estudios, Wolters Kluwer, julio-agosto 2022.
- BARRIO ANDRÉS, M. “Hacking, cracking, grooming y otras conductas ilícitas en internet en el Código Penal español”. *La Ley Penal*, nº 121, del 1 de julio al 1 de agosto de 2016.
- BELLIDO PENADÉS, R. *La extradición en derecho español*. Madrid: Civitas, 2001.
- BUENO ARÚS, F. “Extradición y pena de muerte en el ordenamiento jurídico español”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 34, fasc/mes 2-3, 1981, pp. 399-412. ISSN 0210-3001.
- BUENO ARÚS, F. “Notas sobre el Convenio de Extradición entre España e Italia firmado en Madrid el 22 de mayo de 1973”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 30, fasc/mes 3, 1977, pp. 549-573. ISSN 0210-3001.
- BUENO DE MATA, F. “Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”. *Diario La Ley*, nº 8627, de 19 de octubre de 2015
- BUENO DE MATA, F. “Delitos de odio y redes sociales: retos procesales”. *Diario La Ley*, nº 10180, sección Tribuna, 29 de noviembre de 2022.
- BUENO DE MATA, F. “Tratamiento procesal de los escraches a través de Internet”. *La Ley Penal*, nº 107, marzo-abril 2014.
- BUJOSA VADELL, L. “La asistencia judicial en materia penal en la Unión Europea”. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, nº 12, Universidad de San Sebastián, Chile, 2009, pp 73-85.
- CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. “La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, nº 2, Porto Alegre, 2017, pp. 511-536.
- CENTRO CRIPTOLÓGICO NACIONAL. Ciberamenas y tendencias. Septiembre de 2022. CCN-CERT IA-24/22.



- Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre sobre registro de dispositivos y equipos informáticos. «BOE» núm. 70, de 22 de marzo de 2019, pp. 30159-30197.
- COUNCIL OF EUROPE. Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced cooperation and disclosure of electronic evidence. Strasbourg, 12 de mayo de 2022.
- CUADRADO SALINAS, C. “Registro informático y prueba digital. Estudio y análisis comparado de la ciberinvestigación criminal en Europa”. *La Ley Penal*, nº 107, marzo-abril 2014.
- DÁVARA RORÍGUEZ, M.A. “Un primer acercamiento a la ciberdelincuencia”. *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 9, Wolters Kluwer, del 15 al 29 de mayo de 2017.
- DELGADO MARTÍN, J. “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”. *Diario La Ley*, nº 8693, 2 de febrero de 2016.
- EUROPOL. Internet Organised Crime Threat Assessment. 2021. ISSN: 2363-1627.
- GARCÍA MIGUEL, S. “El uso de las nuevas tecnologías en la lucha contra la delincuencia especializada”. *La Ley Penal*, nº 142, enero-febrero 2020.
- GÓMEZ SIERRA, P.L. “Medidas especiales de lucha contra el crimen organizado. La monitorización silenciosa de equipos informáticos”. *La Ley privacidad*, nº 7, primer trimestre de 2021.
- IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F.L. “La ciberdelincuencia y las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento criminal: una oportunidad perdida”. *La nueva reforma procesal penal. Derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas* (Coords.: LÓPEZ DE LA TORRE, I., DÍAZ MARTÍNEZ, M.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 309-335.
- Instrumento de Ratificación de 14 de julio de 1982 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. «BOE» núm. 223, de 17 de septiembre de 1982, pp. 25166-25174.



Instrumento de ratificación de 21 de abril de 1982, del Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957. «BOE» núm. 136, de 8 de junio de 1982, páginas 15454 a 15462.

Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. «BOE» núm. 226, de 17 de septiembre de 2010, pp. 78847 - 78896.

DE LA ROSA CORTINA, J.M. *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015, pp. 90192-90219.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. *Las garantías procesales en el espacio europeo de justicia penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

LÓPEZ ORTEGA, J.J. “La orden de detención europea: Legalidad y jurisdiccionalidad de la entrega”. *Jueces para la democracia*, nº 45, 2002, pp. 28-33. ISSN 1133-0627.

MINISTERIO DEL INTERIOR. SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD. DIRECCIÓN GENERAL DE COORDINACIÓN Y ESTUDIOS. Informe sobre la cibercriminalidad en España. Ministerio del Interior, Gobierno de España, 2021. NIPO 126-19-018-9.

MUÑOZ RUIZ, J. *Respuesta jurídico-penal al crimen organizado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. 1988.

NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. 2000.

NACIONES UNIDAS. Convención Única de 1961 sobre estupefacientes. Enmendada por el Protocolo de 1971 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes que incluye las Listas; las Actas finales y las Resoluciones



aprobadas respectivamente por la Conferencia de las Naciones Unidas de 1961 para la aprobación de una Convención Única sobre Estupefacientes y por la Conferencia de las Naciones Unidas de 1972 para examinar enmiendas a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.

NACIONES UNIDAS. Convenio sobre sustancias sicotrópicas. 1971.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Consultado en: https://www.unodc.org/documents/treaties/Legislative_Guide_2017/Legislative_Guide_S.pdf (Última consulta: 01/12/2022).

ORTIZ PRADILLO, J.C. “Nuevas medidas tecnológicas de investigación criminal para la obtención de prueba electrónica”. Parte de: *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*. Madrid: Editorial La Ley, 2012.

PÉREZ GIL, J. “El Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE: ¿un instrumento anclado en coordenadas superadas?”. *Diario La Ley*, nº 6208, Sección Doctrina, Editorial LA LEY, 11 de marzo de 2005, p. 6.

PÉREZ GIL, J. “Medidas de investigación y de aseguramiento de la prueba en el «Convenio sobre el Cibercrimen»”. *Actualidad Penal*, nº 36, Editorial La Ley, del 29 de septiembre al 5 de octubre de 2003.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «Gaceta de Madrid» núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L. “Secreto de las comunicaciones e intervención judicial de comunicaciones electrónicas en el marco de la Unión Europea: Derecho derivado”. Parte de: *Estudio sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: Editorial La Ley, 2011.

SÁNCHEZ AVILÉS, C. *El control de drogas. Normas internacionales, desafíos nacionales. El caso de la política de drogas en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.



- SÁNCHEZ BRAVO, A.A. “El convenio del Consejo de Europa sobre cibercrimen: control VS Libertades públicas”. *Diario La Ley*, nº 5528, 22 de abril de 2002
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., BLANCO CORDERO, I. “Problemas de derecho penal internacional en la persecución de delitos cometidos a través de Internet”. *Actualidad Penal*, nº 7, Editorial La Ley, 2002.
- VELASCO NÚÑEZ, E. “Aspectos procesales de la investigación y de la defensa en los delitos informáticos”. *Diario La Ley*, nº 6506, 2006.
- VELASCO NÚÑEZ, E. “Cooperación judicial internacional en materia penal”. Parte de: *Extranjería y cooperación judicial internacional*. Madrid: Editorial CISS, 2010.
- VELASCO SAN MARTÍN, C. *Jurisdicción y competencia penal en relación al acceso transfronterizo en materia de ciberdelitos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- VIVÓ CABO, S. “La globalización del delito: ciberdelincuencia”. *La Ley Penal*, nº 132, mayo-junio 2018.