

Competencia territorial y diligencia de acceso a dispositivos de almacenamiento masivo

~Francisco Javier de Lemus Vara~

Juez sustituto, Sevilla. Socio FICP.

I. PROBLEMAS DE COMPETENCIA TERRITORIAL DERIVADAS DE LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA INTERVENTIVA DE ACCESO A DATOS ALOJADOS EN SERVICIOS EN LA NUBE.

La Constitución española configura desde sus primeros artículos el derecho de los españoles al Juez predeterminado por la Ley como una garantía con la que cuentan los ciudadanos para proteger sus derechos, siendo esto último un derecho en sí mismo, también reconocido en el mismo rango constitucional, como derecho a la tutela judicial efectiva.¹

Es decir, los ciudadanos tienen el derecho de poder acudir a la Justicia, y además cuentan con la facultad de exigir de ella una resolución sobre los aspectos que le han sido sometidos en defensa de los intereses particulares, o, como en el caso que nos ocupa dentro del derecho penal sobre el que el derecho procesal se imbrica, en la defensa de los bienes jurídicos más importantes en los casos de ataques más graves. Así, usando las palabras del Tribunal Constitucional, se ha definido el derecho a la tutela judicial efectiva como el “*derecho de todos a la jurisdicción, es decir, a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, en el bien entendido que esa decisión no tiene por qué ser favorable a las peticiones del actor, y que aunque normalmente recaiga sobre el fondo puede ocurrir que no entre en él por diversas razones. Entre ellas se encuentra que el órgano judicial instado no se considere competente. Ello supone que el art. 24.1 no puede interpretarse como un derecho incondicional a la prestación jurisdiccional, sino como un derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas, tal y como declaran los Autos de 30 de octubre de 1980 y 18 de febrero de 1981*”²

Por otro lado, el derecho al Juez predeterminado por la ley significa que el órgano jurisdiccional que deberá conocer del enjuiciamiento de una determinada cuestión, debe estar conformado previamente al conocimiento del asunto, tanto desde un punto de vista formal, como desde la determinación de sus funciones y sus competencias. Con ello deben evitarse la creación de órganos de enjuiciamiento precisamente creados con la finalidad de conocer un asunto específico para obtener un determinado pronunciamiento. Se trata así de una garantía para el justiciable en

¹ Art. 24 y 117 CE.

² STC 19/1981, de 8 de junio.

orden a obtener un pronunciamiento libre de cualquier injerencia previa.³

Así, siendo el objeto de este estudio el de profundizar en el contexto de la diligencia de intervención de datos contenidos en dispositivos de almacenamiento masivo de datos así como en la consistente en la intervención de un ordenador, cabe interrogarse acerca de la clase de datos que se intenten encontrar por parte de los investigadores. Preguntarnos por ello puede llevarnos a considerar acerca del lugar en que estos datos se pueden encontrar, pues cabe la posibilidad de que no se encuentren descargados en el ordenador o dispositivo de almacenamiento masivo, sino que estos datos se encuentren alojados en un servidor externo al que el usuario (investigado en las actuaciones penales) accede mediante el empleo de los actuales servicios en la nube.

Este extremo, es decir, considerar que los datos a los que se pretende acceder y que constituyen el objeto de la investigación, no están en el dispositivo de almacenamiento ni en el propio ordenador, sino que tales instrumentos se emplean como sistema de acceso al verdadero lugar en el que tales datos, de interés para la causa, puedan encontrarse, nos lleva a formular varias preguntas: si ello afecta a la competencia del órgano jurisdiccional que se encarga de investigar los delitos; en segundo lugar si se ve afectada la competencia territorial; seguidamente si son suficientes las normas procesales de reciente promulgación para poder acordar la medida de intervención y acceso a tales datos con independencia de su verdadera ubicación

En suma, se trata de analizar en este apartado hasta donde se extiende la facultad investigadora del Tribunal y si existe alguna clase de límite objetivo o territorial a la misma que vuelva a poner sobre la mesa la limitación de las facultades del Juez.

1. La competencia objetiva, funcional y territorial.

Con carácter general, la doctrina distingue entre la competencia objetiva, la competencia funcional y la competencia territorial, siendo todas estas categorías conceptuales que distinguen distintos aspectos relativos a la capacidad del órgano jurisdiccional a los efectos de poder entender del conocimiento de un asunto determinado. La competencia⁴ puede venir determinada además de por la materia sobre la que verse el asunto, como categoría central que determina el tipo de órgano que conocería la cuestión, por otros aspectos tales como la fase procesal en que se encuentre el asunto, el lugar en el que acontecieron los hechos, la persona que esté siendo investigada en el asunto (que con carácter excepcional puede atribuir el conocimiento del mismo a un órgano distinto), la clasificación que merece el hecho desde una óptica jurídico penal, etc.

Con ello y centrándonos en el objetivo de este estudio, es imprescindible conocer qué órgano

³ DIEZ PICAZO JIMÉNEZ, I. El derecho fundamental al juez predeterminado por la ley. Revista Española de Derecho constitucional. Año 11, nº 31. Enero – abril 1991, p. 76

⁴ GIMENO SENDRA, V. Derecho procesal penal. Colex. Madrid, p. 121.

jurisdiccional es el legalmente determinado para investigar los sucesos de naturaleza delictiva, y dentro de esta función llevar a cabo las diligencias necesarias para el completo conocimiento del mismo, la determinación de las personas involucradas en el mismo, etc, conforme se exigiría aplicando el contenido del art. 13 Lecrim.

Para contestar a esta pregunta sencillamente acudiremos, de forma general, a los Juzgados de Instrucción⁵, en cuanto que son órganos titulares de la potestad jurisdiccional, y serán los que en la mayor parte de las ocasiones llevarán a cabo estas tareas de investigación de los delitos con pleno respeto y observancia de las garantías legales y de orden constitucional vigentes. Posteriormente una vez concluida toda la investigación, el resultado de la misma será remitido a otro órgano, también con potestad jurisdiccional, que será el que se encargue de dictar una sentencia sobre el fondo.

Estas funciones de investigación comprenden, tal y como se ha aludido, la investigación del conjunto de los hechos delictivos. Ello implica de manera general que dentro de dicha investigación se habrán de esclarecer los hechos con trascendencia jurídico penal, las circunstancias en que acaecieron los mismos, quiénes son sus presuntos responsables, así como las víctimas habidas como consecuencia de tal acción antijurídica, y se delimiten también las posibles consecuencias de naturaleza civil derivadas del hecho, para posteriormente trasladar el resultado de dichas actividades de investigación, siempre realizadas con pleno respeto a los principios de inmediación, contradicción y audiencia de las partes, entre otros derechos fundamentales, al órgano jurisdiccional encargado del enjuiciamiento de estos hechos, que será aquél que en cada caso corresponda en estricta aplicación de los mandatos legales⁶

Determinar pues cuál es el órgano al que le corresponde el conocimiento de la investigación

⁵ Ha de advertirse que se realiza la afirmación “con carácter general”, si bien no debe olvidarse que además de los Juzgados de Instrucción, con las funciones que vienen determinadas expresamente por parte del art. 87 de la LOPJ, de la existencia de otros Juzgados y tribunales que también quedan configurados como órganos con expresa formulación y previsión legal y que también se encargan de la investigación de los delitos, como lo son la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en las situaciones marcadas por el art. 57.1.2º y 3º de la LOPJ; los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en las funciones atribuidas por parte del art. 73.3 b y 4 de la LOPJ; los juzgados Centrales de Instrucción en la instrucción de delitos que deberá enjuiciar la Audiencia Nacional conforme al art. 88 de la LOPJ; los Juzgados de Violencia sobre la mujer, art. 87 ser a) de la LOPJ, etc.

⁶ En concordancia con lo establecido en la nota anterior, en la que fueron reproducidos los órganos que se encuentran legalmente previstos para la instrucción de las causas penales, se determinan como órganos jurisdiccionales encargados del enjuiciamiento de causas precisamente instruidas por los anteriormente mencionados, los siguientes: Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conforme a la disposición contenida en el art. 57.2º y 3º LOPJ (si bien el acto es realizado por Magistrados distintos a a aquél al que se le encargó la instrucción); sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conforme al art. 65.1º de la LOPJ; las salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas conforme a los arts. 73.3 y 4 de la LOPJ; Juzgados Centrales de lo penal conforme al art. 88 de la LOPJ; las Audiencias provinciales conocen del enjuiciamiento de los delitos expresamente atribuidos por parte del art. 82 LOPJ; los Juzgados de lo Penal conforme se dispone en el art. 89 bis LOPJ. Los Juzgados de Instrucción y de Violencia sobre la mujer también cuentan entre sus funciones las de enjuiciar determinados aspectos previstos en las normas legales tales como los delitos leves, o dictar las sentencias de conformidad fruto de la instrucción de los hechos susceptibles de ser intrusos conforme a las normas de las diligencias urgentes de juicio rápido.

de un hecho, implica en primer lugar acudir al concepto de competencia objetiva, entendiendo por tal el conjunto de funciones que vienen legalmente atribuidas por las normas procesales a un determinado órgano jurisdiccional y que por ello determinan el que deberá conocer de un determinado asunto⁷

Ahora bien, una vez que se ha determinado qué clase de órgano jurisdiccional ha de conocer de un determinado asunto, atendida la materia de que el mismo versa, hay que acudir a una nueva determinación que nos lleve a concluir cuál de todos los órganos jurisdiccionales de la misma competencia objetiva debe conocer del asunto ante el que nos encontramos, pues sólo uno de ellos ha de resultar competente para ello.

Es en este segundo estrato de la cuestión donde debemos centrarnos en la competencia territorial.

Sobre este particular aspecto, debe recordarse que resulta esencial el lugar en el que se producen los hechos, el tradicional *forum delicti comisi*, pues éste es el que determina el Juez instructor que deberá investigarlos (art. 14.2 Lecrim), todo ello complementado con el contenido del artículo 15 que regula los supuestos, cada vez más frecuentes en determinada clase de delitos, en los que el lugar de comisión de los hechos investigados no resulte del todo claro: lugar en el que se hayan encontrado las pruebas de la comisión del delito, lugar de aprehensión del investigado, lugar en el que reside el investigado, o cualquier juzgado o Tribunal que haya tenido conocimiento de los hechos. Debe hacerse también referencia al contenido del art. 18 Lecrim que regula la competencia territorial pero para los casos en que se han cometido delitos conexos regulados en el art 17 de la misma norma⁸.

Por último, a fin de finalizar con la categorización más arriba aludida sobre las competencias, resta por aludir a la competencia funcional. Por esta deberemos entender las facultades de resolución de recursos contra decisiones adoptadas por el órgano encargado o bien de la investigación o instrucción de la causa, o bien del que pudiera suscitarse contra el enjuiciamiento y que normalmente cristalizan en los recursos de apelación contra los autos que haya dictado el Juez Instructor, o bien también como más habitual el recurso, también de apelación, que se sustancia en la Audiencia Provincial contra las sentencias que haya dictado el Juez de lo Penal⁹. No debe

⁷ ASENCIO MELLADO, Jose María. Derecho procesal penal. 7ª Edición. Ed. Tirant Lo Blanc. Valencia. 2015, p. 16

⁸ MUERZA ESPARZA. J. La nueva conexión delictiva. Actualidad jurídica Aranzadi núm. 901/2015. Secc. Opinión. Editorial Aranzadi. Cizur Menor. 2015.

⁹ Sobre la competencia funcional en materia penal deberá estarse al contenido de los artículos 57.1.1º LOPJ, acerca del recurso de casación; al contenido del art. 64 bis de la LOPJ sobre las competencias de la sala de apelaciones de la Audiencia Nacional; al contenido del art. 73. 3. c de la LOPJ sobre las facultades en materia de recursos de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas; al contenido del art. 82. 1. 2º de la LOPJ sobre las facultades de resolución de recurso de apelación de la Audiencias Provinciales; al contenido del art.87.1.e) sobre las facultades de resolución de los recursos que atañe conocer al Juzgado de Instrucción sobre las resoluciones dictadas por

olvidarse, por más habitual que resulte lo anterior de la interposición del recurso de casación ante el Tribunal Supremo¹⁰

2. Breve alusión a las modalidades de auxilio judicial.

Se estima necesario hacer una alusión, siquiera brevemente, a las modalidades de auxilio que se contemplan en la Lecrim. Esta necesidad viene motivada por el contenido del presente trabajo, pues, centrándose el contenido del mismo, en la facultad para intervenir datos contenidos en la nube, y siendo posible que los datos alojados en servidores propiedad de las compañías que suministran tales servicios, se encuentren fuera del territorio nacional, se hace necesario para completar la visión del estado de la cuestión, hacer una breve mención al contenido de la Lecrim sobre el particular.

En este aspecto es de recordar la regulación contenida en el Título VIII de la Lecrim, en especial, la referencia que se contiene en los artículos 183, 187 y 193 Lecrim. El primero de los preceptos citados es que contiene la referencia general al auxilio que debe prestarse a los órganos jurisdiccionales, el segundo de ellos exige que la forma que se adopte ante la petición de auxilio a órganos que no sean jurisdiccionales adopten la forma de oficio (piénsese en supuestos en que se insta ayuda policial o de otro orden), etc; por último el citado 193 hace alusión a la ayuda judicial prestada por órganos extranjeros, debiendo en este caso ajustarse al contenido de lo que dispongan los tratados internacionales, las normas de la Unión Europea y españolas que resulten de aplicación¹¹

II. PROBLEMAS DERIVADOS DE LOS DATOS A INTERVENIR.

Ciertamente, la nueva regulación procesal de las diligencias referentes a la afectación de los derechos contenidos en el art. 18 de la CE ofrece una extensa y profusa cantidad de mecanismos de intervención, a emplear ante situaciones no menos variadas, pero que en todo caso conllevan la posibilidad de acceder a datos que pueden encontrarse dispersos por diferentes sistemas que la tecnología actual hace aptos para albergarlos: ordenadores, teléfonos móviles, tabletas, lápices de

los Juzgados de Paz.

¹⁰ Acuerdo de Pleno de la Sala segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016 sobre el contenido del recurso de casación.

¹¹ En el ámbito de la Unión Europea hay que acudir al Convenio de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea; aunque a partir del 22 de mayo de 2017, será aplicable la Orden Europea de Investigación Penal (Directiva 2014/41/CE) una vez que se haya producido la implementación de dicha Directiva. También resultan de aplicación los instrumentos previstos en términos generales para la cooperación internacional que se encuentran regulados en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea; destacando la Orden Europea de embargo preventivo de bienes o aseguramiento de pruebas en relación con la conservación rápida de datos, así como el Exhorto Europeo de Obtención de Pruebas. Cuando estemos ante situaciones que son ajenas al ámbito de la UE resultará de aplicación el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23-11- 2001 (ratificado por España BOE 17-9-2010), que a los efectos de este estudio permite solicitar medidas provisionales, remisión de datos, acceso transfronterizo a datos, y obtención en tiempo real tanto de datos asociados al tráfico como del contenido de las comunicaciones.

memoria, CD, DVD, etc.

El centro del estudio que se presenta descansa en cómo puede afectar la efectiva localización de los datos a intervenir a la competencia territorial del Juez, esto es, si partimos del hecho de considerar que los datos que se pretenden localizar están en el ordenador intervenido, ciertamente no existe duda de la posibilidad de poder acceder a los mismos siempre y cuando concurren las circunstancias que de forma general se exige para ello. En cambio, cabe plantearse también la posibilidad de que los datos a los que se quiere acceder por parte de los investigadores no se encuentren en el ordenador (o en cualquier otro dispositivo de los que hemos mencionado o incluso otro que la tecnología permita en el futuro) que se pudiera haber intervenido, sino que este mismo aparato sólo se emplea como llave o puerta de entrada para acceder a la verdadera fuente en el que están dichos datos, por cuanto están alojados en alguno de los servicios en la nube, que con tanta frecuencia se ofertan hoy día por muy diversas compañías¹².

Ciertamente la posibilidad que menciono cobra más cuerpo en las diligencias de intervención de dispositivos de almacenamiento masivo de datos, y en la consistente en la intervención de equipos informáticos, pues es en estas situaciones en las que el acceso a los datos puede verse limitado por la necesidad de tener que acceder a tales ubicaciones situadas en la nube. Es por ello por lo que hemos de analizar si ante esta circunstancia la legislación actual contenida en la LECRIM cuenta con previsión expresa o por el contrario carece de la misma, con lo que la medida acordada en este sentido, podría adolecer incluso de una falta de previsión legal que haría peligrar la validez de la misma, y con ella buena parte de la investigación.

1. Concepto de dato.

Si bien es cierto que, la previsión legislativa contenida el Título VIII de la Lecrim, se refiere a los derechos reconocidos en el art. 18 de la CE, resulta necesario desgarnar cómo han de tratarse a los datos que pudieran ser objeto de investigación. Es decir, partiendo del hecho de que estos datos pueden ser de índole muy diversa, pues no es lo mismo, buscar una factura, unas fotografías, o bien una carta, ya que la primera puede verse afectada por la consideración de ser un simple documento, mientras que la segunda se ve afecta al derecho a la intimidad, y la tercera se ve puesta en relación con el secreto de las comunicaciones, o con el derecho a la intimidad según los casos, es necesario analizar si el legislador ofrece una respuesta unitaria al concepto de dato o no.

Sea como fuere, cabe insistir en que, en el caso que nos ocupa, lo que presenta interés no es de qué dato se trata, si del mismo existe un concepto omnicompreensivo, sino dónde está este dato, pues la ubicación del mismo puede afectar a la competencia del Juez instructor. En todo caso,

¹² Cabe citar a título de ejemplo por ser sobradamente conocidas el servicio DROPBOX de Microsoft, o el servicio de ICLOUD de Apple, entre otros muchos.

además, la ubicación comporta también consecuencias en orden al modo en que se puede acceder a dicho dato, pues al encontrarse en dispositivos electrónicos, debe en todo caso respetarse la normativa que se contiene en el art. 588 bis a) hasta k) con carácter general, además de las específicas al tipo de intervención de que se trate (en nuestro caso los arts. 588 sexies a) hasta c), y el art. 588 septies desde a) hasta c).

Partiendo de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, podemos concluir en que efectivamente el legislador se encamina hacia una consideración omnicomprendiva de los datos, no tanto por su contenido, sino por el empleo de canales de comunicación para su transmisión. Esta razón es la que justifica que se imponga a los operadores la obligación “de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación”, sin distinguir entre una u otra clase. Han de conservarse los “datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas”, si bien se “excluye ...el contenido de las comunicaciones electrónicas, incluida la información consultada utilizando dicha red”. El extenso artículo 3 de la norma contiene una detallada y exhaustiva enumeración de los datos que deben ser objeto de conservación. Con ello se debe preservar el contenido de la comunicación, pero esta es entendida, como veremos, de una forma global, y no sólo empleada como un mecanismo de transmisión de mensaje entre un emisor y un receptor.

Esta es la idea que subyace en la legislación y la que justifica lo que dispone la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que permite efectuar la interceptación “para cualquier comunicación que tenga como origen o destino el punto de terminación de red o el terminal específico que se determine a partir de la orden de interceptación legal, incluso aunque esté destinada a dispositivo de almacenamiento o procesamiento de la información”, es decir, la comunicación existe por el empleo de una red por la que circulan datos y no porque efectivamente estos datos constituyan comunicación en el sentido tradicional del término, lo cual además refuerza el propio texto legal cuando permite el acceso “para todo tipo de comunicaciones electrónicas, en particular, por su penetración y cobertura, para las que se realicen mediante cualquier modalidad de los servicios de telefonía y de transmisión de datos, se trate de comunicaciones de vídeo, audio, intercambio de mensajes, ficheros o de la transmisión de facsímiles. El acceso facilitado servirá tanto para la supervisión como para la transmisión a los centros de recepción de las interceptaciones de la comunicación electrónica interceptada y la información relativa a la interceptación, y permitirá obtener la señal con la que se realiza la comunicación”¹³. Por último, dicha idea omnicomprendiva de lo que debe entenderse por dato concluye con el examen de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de

¹³ Art. 33 de la ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones.

diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que entiende por dicho dato “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

Es por lo anterior, por lo que puede concluirse con sólida base legal, que el concepto de dato que emplea nuestro legislador es amplio, y abarca cualquier clase de información que emplea la persona. De ahí se sigue que si el medio empleado para usar tales datos usa un medio de transmisión lo convierte en un mecanismo de comunicación y por consiguiente ha de ser protegido por el derecho que se contiene en el art. 18 de la CE.

2. Posible afectación de la competencia territorial en acordar la interceptación.

Constatada la protección constitucional del dato al que se busca acceder por medios electrónicos, con independencia del tipo de dato del que se trate en cada caso, pues por el hecho de haber empleado en su salvaguarda un sistema de comunicaciones, le hace merecer la protección constitucional que le brinda el art. 18 CE, cabe determinar si la competencia de intervención que atribuyen al Juez instructor los arts. 588 bis, y 588 sexies y 588 septies, alcanza a los datos contenidos en servidores situados fuera del territorio nacional.

En este punto resulta destacable la llamada que se desprende del art. 33.7 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones que obliga a los agentes obligados a preservar y facilitar la información de los procesos de comunicación a entregar la relativa a “la situación geográfica del terminal o punto de terminación de red origen de la llamada, y de la del destino de la llamada”.

Con esto puede concluirse con que deberá ser necesario que los agentes interesados en la intervención de determinados datos expresen en el obligado oficio que han de presentar ante el Juez instructor en el que solicitan la intervención de datos o el acceso a un dispositivo, que en todo caso se informe por estos de la posible ubicación de tales datos, lo que se desprende de la obligación que dimana en aplicación del art. 588 bis b.2.3º in fine. De hecho, la lectura de los arts. 588 sexies c. 3 (en sede de dispositivos de almacenamiento masivo de datos), y 588 septies 2ª) y 3 permiten concluir con que efectivamente cabe la posibilidad de que la ubicación de la información que es objeto de investigación se encuentre en otra parte, lo que conlleva la obligación de comunicarlo al Juez a los efectos de que por parte del mismo se ordene lo que se estime más apropiado para lograr su acceso en caso de que ello resulte necesario.

Precisamente la ambigüedad y falta de claridad de las normas legales en vigor hasta el año dos mil quince son las que suscitaron y mantuvieron el debate doctrinal acerca de la posibilidad de acceder o no a datos alojados fuera del territorio nacional. Sin embargo, la situación, sigue resultando un tanto difusa, lo que viene propiciado por la gran cantidad de normas concurrentes en

materia de datos y su necesaria conjugación con convenios y normas internacionales.

El estado de la cuestión lejos de ser pacífico se distribuía entre los que resultaban partidarios de considerar la validez del acceso a tales datos dondequiera que estén, si se ha ocupado el dispositivo en España y a través de este se puede acceder a la información, y ello porque *“los derechos fundamentales que se tratan de proteger con la persecución del delito no pueden quedar al albur de la ubicación de una compañía de telecomunicaciones extranjera, y más cuando el delito ha producido efectos en España y aquí se ha ocupado el terminal”*, siendo partidarios de la necesidad de acudir a los mecanismos de auxilio internacional en los casos en que la información se encuentre alojada en servidor situado fuera de España y no ha sido posible localizar el dispositivo¹⁴.

Por otro lado, otros autores defendían la posibilidad de que se pueda obtener la información que se encuentra alojada en un servidor externo al territorio nacional apoyándose para ello en el Convenio sobre el Cibercrimen y el convenio Europeo en materia de asistencia penal¹⁵, para lo cual se debe acudir a mecanismos de auxilio internacional, incluso aunque fuera posible el acceso a los datos desde el dispositivo, pues le está vedado al Juez Instructor ordenar directamente el acceso a tales datos que se encuentran fuera del territorio nacional.

Sin embargo, la respuesta a la cuestión debería haber sido zanjada por la regulación de la Lecrim sobre el particular, tras la reforma que sobre ella operó la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Ciertamente la lectura de la exposición de motivos de la Ley parece mucho más proclive a resolver la cuestión cuando pone de manifiesto que el nuevo texto, además de respetar la jurisprudencia emanada del TC y del TS, *“confiere sustantividad propia a otras formas de comunicación telemática que han carecido de tratamiento normativo en la ley procesal”*, siendo que *“ el nuevo texto autoriza la intervención de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual”*. Sin embargo, sí que se podrá objetar que la mera intervención de datos, o de un ordenador, en la búsqueda de datos no relacionados con un proceso de comunicación aunque prevista en la Lecrim, no alcanza a tales espacios virtuales, pues la propia exposición de motivos dice que la resolución judicial debe motivar la razón por la que además de la intervención de comunicación oral la intervención debe abarcar los SMS, MMS o cualquier otra fórmula de comunicación bidireccional. Es decir, se exige una motivación adicional que acoja la intervención

¹⁴ VELASCO NUÑEZ, E. Investigación procesal penal en redes, terminales, dispositivos informáticos, imágenes, GPS, balizas: la prueba tecnológica. Diario la Ley, nº 8183, sección doctrina, 4 de noviembre de 2013. Año XXXIV, ref. D-375. Editorial la Ley. La ley 8334/2013.

¹⁵ ORTIZ PRADILLO, JC. Nuevas medidas tecnológicas de investigación criminal para la obtención de prueba electrónica, como parte del libro *“El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para probar el delito”*, edición nº 1. Editorial La Ley, Madrid, Junio 2012. La Ley 7959/2012

de otros sistemas de comunicación “bidireccional” (lo que implica que existan dos agentes activos en el proceso de comunicación), cosa que no sucede en el caso de la mera búsqueda de datos donde no existe tal bidireccionalidad, como en el mero depósito de datos en un entorno virtual ofertado por una empresa suministradora de tales servicios de cloud computing.

Por otro lado esta ambigüedad se extiende a la legislación positiva, pues los arts. arts. 588 bis, y 588 sexies y 588 septies, no posibilitan de manera expresa poder entrar en los servicios de alojamiento de información virtual y mucho menos cuando estos se encuentran fuera del territorio nacional, al menos no lo permiten de forma clara, tajante y expresa, sino que para llegar a una conclusión positiva, que admita dicho acceso a los servicios de alojamiento de datos en la nube, ello debe hacerse mediante una interpretación de la norma que no debería ser admisible en una norma de tan reciente promulgación. La alusión a la virtualidad de la información debería haber suscitado un tratamiento más profundo, que sin embargo debe deducirse de la posibilidad de acceso a esa información sin necesidad de efectuar operaciones de intervención de calado en el dispositivo. Sin embargo, existen autores¹⁶ que consideran que pese a la falta de claridad, nuestra actual legislación permite el acceso a los datos contenidos en el dispositivo de almacenamiento, y también a los repositorios de datos en los que pudieran ubicarse. Así lo estiman aplicando el art. 588 sexies c. Sin embargo, sólo lo estiman aplicable en los casos en que se dispone del dispositivo, y manipulando normalmente el mismo, sin necesidad de realizar ninguna operación adicional que permita acceder a dicho servicio de alojamiento de datos en la nube, o bien, necesitado de dicho acceso, se conozca el nombre de usuario y contraseñas necesarios para acceder será cuando ello pueda llevarse a cabo sin que se vea afectada la competencia del juez. En cambio, en los casos en que no se conozcan estos elementos que permitan el acceso sin necesidad de realizar mayores operaciones de acceso, si que se haría necesario tener que acudir a mecanismos de ayuda internacional, con el fin de acceder a dichos datos. Por consiguiente, sólo en este último supuesto el auto habilitante para la intervención o el acceso al dispositivo no sería suficiente para poder entrar al mismo sino que se necesita auxilio judicial internacional.

Ciertamente hasta la fecha no se encuentra resolución del Tribunal Supremo que resuelva la cuestión, o haya efectuado un análisis más profuso de la misma. Por el contrario, ello contrasta con resoluciones dictadas por otros órganos jurisdiccionales en los que se acuerda la medida de intervención incluso en espacios virtuales, echándose en falta una mayor especificidad en la medida

¹⁶ MARTÍN MARTÍN DE LA ESCALERA, A. M. El registro de almacenamiento masivo de la información. Ponencias de Formación. Jornadas de 27 de abril de 2016 tituladas “La interceptación de las Comunicaciones telefónicas y telemáticas”. Texto contenido en el enlace web: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Martín%20de%20la%20Escalera,%20Ana%20M%.pdf?idFile=bf66c357-e4d4-4701-8a4d-83d6c103ebe5, p . 21.

interventiva dentro de éstos¹⁷

III. CONCLUSIONES.

1.- La nueva regulación de la intervención de datos contempla de forma difusa la ubicación territorial de los datos.

2.- La ubicación de los datos, cuando estando situados en servidores propiedad de empresas suministradoras de servicios de cloud computing que se encuentran fuera del territorio español, puede afectar a la competencia del Juez instructor para acceder a los mismos, con lo que el oficio de solicitud deberá advertir de la posible ubicación de los datos para que el auto de intervención contemple lo que resulte más adecuado.

3.-Es posible el acceso a datos situados en la nube, sin que ello afecte a la competencia territorial del Juez de instrucción, siempre que para acceder a los datos no sea necesario efectuar una concreta operación de acceso a tales datos más allá que el encender el ordenador o dispositivo intervenido.

3.- Siempre que para acceder a estos datos no baste con el simple acceso, sino que sea necesaria una manipulación, así como el acto de recabar el usuario o la contraseña será necesario acudir a fórmulas de auxilio judicial o cooperación internacional.

¹⁷ Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 5ª, de fechas 1 y 16 de marzo de 2017, con números 214/2017 y 251/2017. Ponentes: Doña Elena Guindulain Oliveros y Don José María Assalit Vives. En ambos autos se ordena la descarga de la información contenida en la nube en el ordenador del investigado y desde ahí se ejecute su volcado, sin que se plantee por parte del órgano instructor, ni por el Juzgado ad quem las cuestiones referidas a la ubicación de tales datos, o que sea necesario para efectuar dicho acceso, la inclusión de usuario y contraseña o no lo sea.