

Prueba penal transfronteriza: de la orden europea de investigación a las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas¹

Transnational criminal evidence: from the European investigation order to the European production and preservation orders for electronic evidence

ELENA LARO GONZÁLEZ

Universidad de Sevilla
mlaro@us.es

ORCID: 0000-0002-0450-1115



Este artículo está sujeto a una [licencia “Creative Commons Reconocimiento-No Comercial” \(CC-BY-NC\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.79.2022.285-303>

Resumen: Este trabajo analiza la Directiva 2014/41/UE y su transposición a nuestro ordenamiento mediante la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, centrándonos principalmente en el procedimiento de reconocimiento y ejecución. También analiza la nueva Propuesta de Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas en materia criminal. Y, por último, se estudian las herramientas existentes para la transmisión de información entre las autoridades competentes.

Palabras clave: Cooperación judicial penal; reconocimiento mutuo; orden europea de investigación; prueba electrónica.

Abstract: This research analyses the Directive 2014/41/UE and its transposition to our order through the Law 3/2018, of June 11, which modifies the Law 23/2014, of November 20, of mutual recognition of criminal resolutions in the European Union, focusing mainly in the recognition and execution procedure. Also analyses the new Proposal for a Regulation on

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco de una estancia de investigación en la Universidad de Turín, financiada por la Fundación Manuel Serra Domínguez, durante el año 2021. Igualmente, se enmarca en el Proyecto I+D+i Nacional “*Proceso penal y Unión Europea. Análisis y propuestas*” (PID2020-116848GB-I00).

European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters. Finally, it looks at the tools for the transmission of information between competent authorities.

Keywords: Criminal judicial cooperation; mutual recognition; European investigation order; electronic evidence.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La eliminación de los controles fronterizos ha facilitado la libre circulación de los ciudadanos por todo el territorio de la Unión Europea (en adelante, UE), pero también ofrece un sinfín de posibilidades a los potenciales delincuentes para la consecución de sus fines delictivos. El fenómeno de la delincuencia transfronteriza exige que se cuente con mecanismos eficaces para reforzar la cooperación judicial penal entre los Estados Miembros (en adelante, EEMM), sin olvidar la salvaguarda de los derechos y garantías de los sospechosos/acusados y víctimas.

En este marco, y ante el desafío que supone la criminalidad transfronteriza, el intercambio de información entre las autoridades judiciales se presenta como una necesidad para combatirla, especialmente en el seno del proceso penal, donde la prueba es esencial para la incriminación de la persona infractora. En el presente trabajo vamos a abordar la Directiva 2014/41/UE² (en adelante, DOEI) y su implementación en el ordenamiento jurídico español mediante la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea; así como la Propuesta de Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal³. Estos textos constituyen un acervo comunitario en materia probatoria, fruto de intensas negociaciones. En definitiva, el recurso a estos instrumentos facilitará la lucha común contra la delincuencia, aunque no se debe descuidar el fortalecimiento de la confianza recíproca entre Estados.

² Directiva 2014/41/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril, relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DOUE L 130, de 1 de mayo de 2014).

³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, Estrasburgo, 17.4.2018, COM (2018) 225 final, 2018/0108 (COD).

2.- TRÁNSITO DE UN SISTEMA FRAGMENTARIO A UNO COMPACTO: LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

El Programa de Estocolmo para el período 2010-2014⁴ puso de manifiesto la necesidad de superar el sistema fragmentario que regía en materia probatoria y se impulsó un nuevo planteamiento basado en el principio de reconocimiento mutuo pero con tintes de asistencia judicial, configurándose así la orden europea de investigación (en adelante, OEI) como un instrumento de naturaleza híbrida⁵. Con él ya no se limita a la disponibilidad del material probatorio, como ocurría con el instrumento predecesor –el EEOP–⁶, sino que ahora se permite la práctica de verdaderas diligencias de investigación⁷.

La OEI se define como una resolución judicial emitida –o validada– por una autoridad de emisión para llevar a cabo la ejecución de una diligencia de investigación en otro Estado miembro, con la finalidad de incorporar el material probatorio al procedimiento que se sigue en el Estado de origen.

Por su parte, la transposición española presenta particularidades especiales, entre las que destacan la posición que ocupa el Ministerio Fiscal (en adelante, MF) en la fase de reconocimiento y ejecución de una OEI, donde se le han atribuido amplias facultades. No ocurre lo mismo en la fase de emisión, donde sus competencias son muy residuales⁸. Tan es así que, como dato resaltamos que, en los seis primeros meses de

⁴ Programa de Estocolmo — una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, DO C 115, de 4.5.2010, p. 12.

⁵ Arangüena Fanego, C. (2021): “Orden europea de investigación: recurso a una medida alternativa a la solicitada”. En Moreno Catena, V. y Romero Pradas, M.I. (Dir.) *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro Homenaje a la Prof. M^a Isabel González Cano*. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 480.

⁶ González Cano, M.I. (2006): “Algunas consideraciones sobre el futuro exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal”. *Revista Unión Europea Aranzadi*, vol. 33, nº 11, pp. 5 y ss.

⁷ González Monje, A. (2017): “El nuevo marco normativo en la investigación transfronteriza del crimen organizado”. En Zúñiga Rodríguez, L. y Ballesteros Sánchez, J. (Dir.) *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados Democráticos*. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 818.

⁸ De Hoyos Sancho, M. (2019): “Reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación”. En González Cano, M.I. (Dir.) *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 602 y ss.

funcionamiento de este instrumento, un 92% de las peticiones de cooperación que se recibieron en España fueron ejecutadas por la fiscalía⁹, lo que evidencia su gran protagonismo¹⁰. No obstante, esto supone algunos problemas prácticos, debido a que las importantes atribuciones competenciales de la fiscalía no se adecuan con la actual configuración del proceso penal español; aunque quizás sea un avance al futurible cambio de sistema –si es que se produce–.

Por otro lado, a grandes rasgos analizamos el modelo sobre el que se asienta la fase de reconocimiento y ejecución:

1) La conveniencia de que la autoridad de emisión consigne en los contenidos de la orden las “*formalidades, procedimientos y garantías cuya observancia solicita que sean respetadas por el Estado de ejecución*”, incide directamente en la admisibilidad probatoria en el procedimiento que se sigue en el Estado de emisión¹¹.

2) Como hemos indicado supra, la autoridad competente en España para recibir las órdenes es el MF¹², concentrando en un único órgano esta tarea, lo que a priori puede suponer un punto positivo, pero la realidad es que debido al variopinto organigrama de la Fiscalía esta labor de localización puede resultar compleja para la autoridad extranjera. Recibida la orden por la fiscalía, en caso de no ser competente, deberá realizar una averiguación inicial a fin de determinar el juez o tribunal competente para la ejecución de la orden.

3) En relación con los plazos fijados para el reconocimiento y ejecución –y sus prórrogas–, consideramos que la autoridad de ejecución no debe agotarlos, debiendo adoptar la resolución y llevar a cabo la diligencia de investigación lo antes posible, con objeto de no dilatar el

⁹ Memoria de la Fiscal General del Estado para el año 2019, p. 935.

¹⁰ Consecuencia de esta importante atribución ha sido el aumento de la carga de trabajo de la fiscalía, siendo necesario el refuerzo de algunas de ellas.

¹¹ Etxeberria Guridi, J.F. (2021): “La orden europea de investigación (OEI) y la obtención de perfiles de ADN: algunas incoherencias”. En Moreno Catena, V. y Romero Pradas, M.I. (Dir.) *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro Homenaje a la Prof. ^a M^a Isabel González Cano*. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 542.

¹² En la Memoria de la Fiscalía General del Estado para el año 2020 consta como dato que “*el Registro de Cooperación Jurídica Internacional contempla un total de 95 expedientes de órdenes europeas de investigación con entrada en fiscalía durante 2019. De ellas, un número de 10 han sido inhibidas a las fiscalías competentes. De los 85 restantes, 33 han sido ejecutadas por la Fiscalía de la Audiencia Nacional y 52 por el Juzgado Central correspondiente*”.

procedimiento de cooperación y que la prueba pueda devenir inútil. A nuestro juicio, estos plazos son excesivamente amplios, lo que podría afectar directamente a la instrucción seguida en el Estado de emisión y con ello beneficiar a los infractores.

4) En el procedimiento de reconocimiento y ejecución pueden plantearse algunos inconvenientes derivados del control de revisión que puede ejercer la autoridad de ejecución. A título de ejemplo, cabe la posibilidad de iniciar un trámite de consulta con la autoridad de emisión cuando existan dudas sobre el cumplimiento de los requisitos de necesidad, legalidad y proporcionalidad. Entendemos que este control debe efectuarse excepcionalmente cuando las dudas se evidencien del propio formulario, sin que sirva para examinar cualquier actuación que provenga de una autoridad extranjera, porque podría llegar a poner en entredicho la confianza recíproca entre Estados.

5) En vista de la diversidad de ordenamientos jurídicos, tanto la OEI como otros instrumentos de reconocimiento mutuo predecesores, contemplan un mecanismo de sustitución de la medida como solución para atender la petición de cooperación y con ello evitar que todo el sistema de reconocimiento mutuo decaiga.

6) Debido a la falta de armonización normativa se prevé un listado de causas de denegación que deben entrar en juego como último recurso. La aplicación de estos motivos no debe servir de pretexto para denegar la cooperación por la desconfianza que pueda generar el carácter extranjero de la petición.

3.- AVANCES NORMATIVOS EN LA OBTENCIÓN Y ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA TRANSFRONTERIZA

Las nuevas tecnologías reportan enormes ventajas y también plantean algunos inconvenientes por el uso que hacen los delincuentes, sirviéndoles de soporte para organizar y cometer los delitos. En la era tecnológica, donde todo fluye a una velocidad de vértigo, es imprescindible que contemos con instrumentos normativos que permitan la obtención y aseguramiento de la prueba electrónica antes de que se destruya. Actualmente en el seno de la Unión Europea se están debatiendo nuevos planteamientos jurídicos que aceleren este proceso, ya que en muchas ocasiones los tediosos trámites conducen al fracaso de la investigación. En este sentido, podemos distinguir dos líneas estratégicas:

- por un lado, las negociaciones sobre las propuestas de pruebas electrónicas en la UE: un Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal ; y una Directiva por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a los efectos de recabar pruebas para procesos penales¹³;

- y por otro, las negociaciones con terceros Estados, obteniendo como resultado el acuerdo bilateral firmado entre EE.UU y Reino Unido para el acceso a las pruebas electrónicas en la lucha contra la delincuencia grave, con el que se permite atender requerimientos extranjeros¹⁴.

Centrándonos en las órdenes europeas de entrega y conservación, indicamos que hasta ahora la forma habitual de los instrumentos de reconocimiento mutuo eran las Decisiones Marco y las Directivas, optando en este caso por el Reglamento con el fin de tratar de manera unitaria la prueba electrónica. La elección del instrumento se basa en que al tratarse de procedimientos transfronterizos no es necesaria la transposición de la norma por los EEMM, sino que el mismo es directamente aplicable, lo que evitará las interpretaciones divergentes por parte de los Estados y aportará mayor seguridad jurídica¹⁵.

Con ello se advierte que solo cuatro años después de la promulgación de la DOEI se toma conciencia de la necesidad de contar con un nuevo instrumento que acelere el proceso para la obtención y aseguramiento de pruebas electrónicas, que no va a sustituir a la Directiva sobre la OEI sino que se presenta como un complemento a la misma¹⁶.

¹³ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales, 17.4.2018, COM (2018) 226 final, 2018/0107 (COD).

¹⁴ Agreement on Access to Electronic Data for the Purpose of Countering Serious Crime, 3 October 2019 (CS USA n° 6/2019). Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/ukusa-agreement-on-access-to-electronic-data-for-the-purpose-of-counteracting-serious-crime-cs-usa-no62019>

¹⁵ Calavita, O. (2021): “La proposta di regolamento sugli ordini di produzione e conservazione europei: Commissione, Consiglio e Parlamento a confronto”. *La legislazione penale*, pp. 4 y 5.

¹⁶ Propuesta de Reglamento..., op.cit. p. 3: “*la Directiva relativa a la orden europea de investigación en materia penal, que en gran parte sustituyó al Convenio de Asistencia Judicial en materia Penal, cubre todas las medidas de investigación, incluido el acceso a las pruebas electrónicas, pero no contiene disposición específica alguna sobre este tipo de pruebas. El nuevo instrumento no sustituirá a dicha Directiva a efectos de*

Dependiendo del objetivo que se persiga quizás interese la emisión de una OEI cuando, por ejemplo, se requiera la práctica de varias medidas de investigación –incluida la obtención de datos–. No obstante, si exclusivamente se pretenden recabar los datos electrónicos la nueva Propuesta será una mejor alternativa por la brevedad de los plazos procesales, por lo que podría desplazar a la OEI en determinadas ocasiones.

En cuanto a la definición de la prueba electrónica, estas son *“pruebas almacenadas en formato electrónico por un proveedor de servicios o en nombre del mismo en el momento de la recepción de un certificado de orden europea de entrega o de un certificado de orden europea de conservación, consistente en datos de los abonados, datos relativos al acceso, datos de transacciones y datos de contenido almacenados”* –art. 2.5 Propuesta de Reglamento–. Con ello se está abordando una modalidad concreta de prueba electrónica –datos electrónicos– y no la prueba electrónica en su conjunto.

Por su parte, la orden –de entrega o conservación– se trata de una decisión de la autoridad judicial del Estado de emisión dirigida con carácter vinculante al proveedor de servicios. Y solo podrá utilizarse cuando los datos se encuentren almacenados por el proveedor en el momento de la recepción del certificado, lo que impide una obligación general de conservación o la obtención de datos a futuro.

En cuanto al ámbito procedimental, debemos indicar que solo podrá emitirse en los procesos penales, tanto durante la fase previa al juicio como durante la fase procesal, y solo para la obtención de datos relativos a servicios ofrecidos en la UE –art. 3–. Esto supone una vinculación con una investigación penal específica, descartándose que las órdenes sean utilizadas con finalidad preventiva; esto es una clara manifestación del principio de especialidad¹⁷. Sobre este particular, debemos señalar que la terminología empleada se presta a cierta confusión ya que, aunque parece deducirse que las órdenes se emitirán en el seno de un proceso penal,

obtener pruebas electrónicas, pero ofrece un instrumento adicional a las autoridades [...]. La creación de un nuevo instrumento para las pruebas electrónicas es una mejor alternativa que modificar la Directiva, debido a los problemas específicos inherentes a la obtención de pruebas electrónicas, que no afectan a otras medidas de investigación cubiertas por la Directiva relativa a la orden europea de investigación en materia penal”.

¹⁷ En las negociaciones actuales hay una propuesta para incluir un artículo monográfico sobre el principio de especialidad.

pueden surgir divergencias interpretativas con la expresión “fase previa”. En España esta fase previa se refiere a la de instrucción, que forma parte del procedimiento penal, a menos que con la terminología se esté haciendo referencia a la fase de investigación previa dirigida por el Ministerio Público, como así sucede en la mayoría de los países europeos. Si nos centramos en nuestro ordenamiento, la incoación de diligencias por la fiscalía es una investigación con un plus a las investigaciones que inicia la Policía, pero estaríamos ante unas diligencias de naturaleza preprocesal, aunque sujetas a las garantías dispuestas en nuestra ley procesal.

El ámbito de aplicación territorial se circunscribe a los proveedores que prestan servicios en la UE, y a aquellos que no están establecidos en dicho territorio pero sí prestan servicios. Ahora bien, el Reglamento no será aplicable a los servicios prestados fuera de la UE, aunque el proveedor de servicios tenga establecimiento en su territorio¹⁸. En caso de que el proveedor no cuente con ningún establecimiento en la UE, la evaluación de la vinculación deberá realizarse sobre la existencia de un número significativo de usuarios en uno o más EEMM, o en la orientación de sus actividades en uno o más EEMM. Con el objeto de determinar la prestación de servicios, en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento se explica que las autoridades deben evaluar si el proveedor de servicios permite que las personas físicas o jurídicas utilicen dichos servicios, ya que la mera accesibilidad no es condición determinante de dicha circunstancia, siendo necesario una vinculación con los EEMM para establecer la relación entre el proveedor y el territorio donde se presta el citado servicio.

Por lo que se refiere a las autoridades competentes para la emisión de una orden tenemos que distinguir en función de si se trata de entrega o conservación de datos. Si la orden es de entrega, y los datos son de abonados o acceso, la emitirá un juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal competentes; o cualquier autoridad de investigación en procesos penales que tenga competencias para adoptar tal decisión, aunque queda supeditada a la validación judicial. En cambio, cuando con la orden se pretende obtener datos de transacciones y de contenido hay un matiz importante, ya que se impide que la orden se emita por el MF –art. 4 Propuesta de Reglamento–. Como se argumenta en el Considerando 30 de la Propuesta de Reglamento, esta diferenciación obedece a que los

¹⁸ *Vid.* Considerando 26 de la Propuesta de Reglamento.

datos de abonados y de acceso “*son menos sensibles*”, teniendo en cuenta el distinto nivel de injerencia de los derechos fundamentales¹⁹. Este tema está siendo objeto de debate, como así se refleja por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, que considera que debería ser obligatoria una “*autorización judicial (de un tribunal)*” para los datos de acceso, además de para los datos de transacciones y contenido²⁰. El mismo criterio adopta el Comité Económico y Social Europeo²¹.

Por otro lado, refiriéndonos ahora a la orden europea de conservación, el art. 4.3 de la PR dispone que podrá ser emitida por un juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal competentes en el asunto de que se trate. Igual que en el supuesto de la orden de entrega, se requiere validación judicial cuando la autoridad de emisión sea distinta a las citadas.

Hasta aquí hemos abordado la emisión de oficio, aunque debemos mencionar que la emisión a instancia de parte no tiene cobertura en la propuesta inicial de la norma. Como patrón a seguir tenemos la DOEI que sí permite la emisión a instancias de la parte, pues de no preverse tal

¹⁹ Vid. STJUE de 2 de octubre de 2018 (asunto C-207/16), donde se manifiesta que “[...] los datos a que se refiere la solicitud de acceso controvertida en el litigio principal solo permiten vincular, durante un período determinado, la tarjeta o tarjetas SIM activadas con el teléfono móvil sustraído y los datos personales o de filiación de los titulares de estas tarjetas SIM. Sin un cotejo con los datos relativos a las comunicaciones realizadas con esas tarjetas SIM y de localización, estos datos no permiten conocer la fecha, la hora, la duración o los destinatarios de las comunicaciones efectuadas con las tarjetas SIM en cuestión, ni los lugares en que estas comunicaciones tuvieron lugar, ni la frecuencia de estas con determinadas personas durante un período concreto. Por tanto, dichos datos no permiten extraer conclusiones precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se ven afectados. En tales circunstancias, el acceso limitado únicamente a los datos cubiertos por la solicitud controvertida en el litigio principal no puede calificarse de injerencia «grave» en los derechos fundamentales de los individuos cuyos datos se ven afectados”.

²⁰ Documento de trabajo de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, de 8 de marzo de 2019, p. 4.

²¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal y sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales, de 10 de octubre de 2018 (DO C 367).

recurso se podría atentar contra el principio de igualdad de armas en el proceso y suponer una merma para el ejercicio del derecho de defensa²².

En cuanto a los presupuestos de emisión de una orden (necesidad, proporcionalidad y legalidad), tenemos que destacar que mientras la orden de entrega de datos de abonados o acceso puede emitirse para cualquier infracción penal, no ocurre lo mismo cuando la orden tiene por objeto la obtención de datos de transacciones o contenido, la cual queda condicionada a un umbral punitivo²³.

El establecimiento de un umbral punitivo restringe la aplicación de la norma a cualquier delito, siendo aplicable para la persecución de aquellos delitos que revisten cierta gravedad. Tal como se expone en la Exposición de Motivos de la propuesta, dicho umbral incluye delitos relacionados con la participación en organizaciones criminales, la financiación de grupos terroristas, la formación para cometer delitos de terrorismo, etc. La fijación del mismo resulta respetuosa con el principio de proporcionalidad, de manera que el sacrificio de los derechos fundamentales no sea superior al beneficio que se obtenga para la investigación del delito. Así queda reflejado en la Exposición de Motivos de la PR: *“este umbral se ha elegido para garantizar un equilibrio entre la eficacia de las investigaciones penales y la protección de los derechos y de la proporcionalidad en todos los Estados miembros. Un umbral también tiene la ventaja de ser fácilmente aplicable en la práctica”*. En nuestra opinión aunque restringe la aplicación de la norma también evita que se emitan órdenes para delitos con escasa entidad y que sean utilizadas por los Estados de forma frecuente, cuando lo que se debe evitar es el recurso a estos instrumentos de forma desproporcionada.

²² Vid. CCBE Preliminary comments on the Commission proposal for a Regulation on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters (29/06/2018). También, Fuentes Soriano O. (2020): “Europa ante el reto de la prueba digital. El establecimiento de instrumentos probatorios comunes: las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas”. En Fuentes Soriano, O. (Dir.) *Era digital, sociedad y derecho*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 306.

²³ Art. 5.4 de la Propuesta de Reglamento. El umbral que se establece es el siguiente: a) infracciones tipificadas en el Estado emisor con una pena máxima de privación de libertad de al menos tres años; b) infracciones relacionadas con determinadas normas europeas, como las referidas a los delitos de abusos sexuales de menores, pornografía infantil, etc., siempre que hayan sido cometidas total o parcialmente por medio de un sistema de información; infracciones penales relacionadas con el terrorismo.

A pesar de que la fijación de este umbral punitivo ha sido acogida satisfactoriamente, también ha originado críticas por parte del CESE, quien considera que para que se logre mejor el objetivo de aplicación de la orden europea de entrega a las formas más graves de delincuencia sería aconsejable que el umbral de la pena se estableciera en un mínimo de tres meses, en lugar de un máximo de tres años.

Y en lo referente a la categoría de estas infracciones, y su vinculación con la delincuencia grave, considera el SEPD que sería aconsejable “*definir una lista exhaustiva de infracciones penales graves que justifiquen la emisión de órdenes europeas de entrega para obtener datos de transacciones y datos de contenido, ya que esto aumentaría también la seguridad jurídica de todas las partes interesadas participantes*”. Esta lista de delitos se ha recogido en los últimos instrumentos de reconocimiento mutuo, que es la conocida lista de euro-delitos²⁴.

No obstante, para ciertas infracciones referidas sobre todo a los delitos cibernéticos no se aplica un umbral penológico; lo mismo ocurre con los delitos de terrorismo – Considerando 32–.

En relación con la orden europea de conservación, las condiciones son similares a las anteriores, aunque sin la fijación de un umbral punitivo. En cuanto a las particularidades específicas de dicha orden, debemos señalar que la petición de conservación se efectuaría con vistas a una posterior solicitud de cooperación, bien a través de una orden europea de investigación o por medio de una orden europea de entrega (art. 6 PR). En otras palabras, tiene la finalidad de evitar el riesgo de desaparición o alteración de los datos debido a la agilidad y pericia con la que actúan los infractores, pero la entrega de los mismos quedaría condicionada a una posterior petición. Por tanto, la orden de conservación tiene naturaleza instrumental.

²⁴ El Parlamento Europeo incluye como causa de denegación el hecho de que el delito no se encuentre tipificado en el Estado de ejecución y no esté recogido en las categorías de la lista de euro-delitos (art. 10 bis). *Vid.* Informe sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, de 11 de diciembre de 2020. COM(2018)0225 – C8-0155/2018

En cuanto a la fase de transmisión, los certificados se enviarán (EPOC/EPOC-PR)²⁵ por cualquier medio que permita dejar constancia escrita (correo electrónico, correo certificado, etc.).

Si nos situamos en la fase de ejecución, la nota por excelencia de este texto normativo es que la orden se puede ejecutar sin intervención de una autoridad judicial del Estado de ejecución; o lo que es lo mismo, la autoridad de emisión podrá ordenar la entrega o conservación de datos al destinatario de los mismos. Esta idea en cierta manera viene a configurar un sistema distinto al actualmente previsto, donde intervienen dos autoridades judiciales de distintos Estados, pues en este caso la petición se realiza directamente a un ente público o privado.

Sobre qué debe entenderse por “autoridad de ejecución”, hay que hacer dos apreciaciones:

- la primera, conforme al art. 2.13 de la Propuesta de Reglamento la autoridad de ejecución es aquella “*autoridad competente del Estado de ejecución a la que la autoridad emisora transmita una orden europea de entrega o una orden europea de conservación a efectos de ejecución*”.

- la segunda, según el art. 7 de la Propuesta de Reglamento el destinatario de la orden será “*el responsable legal designado por el proveedor de servicios a efectos de recabar pruebas en procesos penales*”.

Al margen de las definiciones, destacamos que el modelo sobre el que gravita la presente norma puede suscitar algunas dudas en cuanto a la definición del destinatario de una orden de entrega o de conservación, como mínimo si lo analizamos desde el prisma de la confianza recíproca entre Estados, que en algunas ocasiones se cuestiona; más aún cuando en este supuesto se presume que la autoridad de emisión debe depositar la confianza en un ente público o privado del Estado de ejecución. Aún cuando la Exposición de Motivos afirma que el nuevo instrumento se basa en el principio de reconocimiento mutuo²⁶, es aquí donde

²⁵ EPOC (European Production Order Certificate) y EPOC-PR (European Preservation Order Certificate) son las siglas de la denominación que reciben en inglés.

²⁶ La Exposición de Motivos afirma: “*el artículo 82, apartado 1, garantiza en reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales por las que una autoridad judicial del Estado emisor se dirige a una persona jurídica de otro Estado miembro e incluso le impone obligaciones, sin intervención previa de una autoridad judicial de ese otro Estado miembro*”.

entendemos que este nuevo paradigma afecta directamente al mismo y al sistema que se ha configurado tradicionalmente²⁷.

Este régimen de transmisión y ejecución a priori puede reportar algunos beneficios, como es la comunicación directa entre la autoridad judicial de emisión y el proveedor de servicios, que es el responsable final de facilitar la prueba requerida, evitando así la intervención de una autoridad intermediaria, quien tendría que dirigir orden de requerimiento contra el proveedor de servicios, lo que podría dilatar el procedimiento de entrega de la prueba. En definitiva, se conseguiría un beneficio considerable y permitiría obtener la prueba con mayor rapidez, ya que en estos casos la burocratización de los procedimientos transfronterizos podría afectar directamente al buen fin de la investigación.

En este sentido, si la autoridad emisora está obligada a velar que la medida sea conforme con los parámetros de necesidad y proporcionalidad, nos cuestionamos si el Estado de ejecución cuenta con mecanismos para efectuar el control de la medida. No parece que así sea, pues entendemos que el proveedor de servicios no tiene facultades ni medios jurídicos para realizar un control de tal calibre. Conforme a la propuesta inicial parece que, si el destinatario cumple con la orden, no es posible garantizar en el Estado de ejecución el examen de los presupuestos exigidos, debido a que no hay un control judicial de los mismos. El problema en la nueva Propuesta sobre la E-evidence es que el proveedor probablemente no aprecie la posible vulneración. Ahora bien, si así lo hiciere entendemos que debería oponerse a la ejecución e iniciar el procedimiento previsto a tal efecto –procedimiento de ejecución en sentido estricto–.

Por la importancia que tiene, reproducimos parte de los argumentos expuestos por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior al hilo de la discusión sobre la proporcionalidad en la ejecución de este tipo de órdenes. Se sostiene que *“el hecho de que no exista la posibilidad de controlar la emisión de un (EPOC-PR) suscita serias preocupaciones también por lo que se refiere al respeto del principio de proporcionalidad y, por lo tanto, a la protección de los derechos fundamentales del sospechoso y otros interesados. Dejar el control de la*

²⁷ Gómez Amigo, L. (2019): “Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas penales electrónicas: una regulación que se aproxima”, *Revista española de Derecho Europeo*, nº 71, p. 54; MITSILEGAS, V. (2018): “The privatisation of mutual trust in Europe’s area of criminal justice: The case of e-evidence”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 25 (3), pp. 263 y ss.

proporcionalidad totalmente en manos de la autoridad emisora sin ningún tipo de control priva al sistema de reconocimiento mutuo y ejecución de medidas coercitivas de los controles y equilibrios necesarios. Incluso si, a la luz del principio de reconocimiento mutuo, sería excesivo colocar a la autoridad de ejecución al mismo nivel que la autoridad de emisión, parece necesario prever el derecho a ejecutar un tipo de medida diferente o a denegar un (EPOC-PR) en caso de dudas sobre la proporcionalidad”²⁸.

También el SEPD mostraba su preocupación por este asunto y en el dictamen del Supervisor de protección de datos se decía que *“al SEPD le preocupa que se deje en manos de los proveedores de servicios la importante responsabilidad de revisar que los certificados de orden europea de entrega (EPOC) y los certificados de orden europea de conservación (EPOC-PR) cumplan la Carta, y recomienda que las autoridades judiciales designadas por el Estado miembro de ejecución participen, lo antes posible, en el proceso de recopilación de pruebas electrónicas”²⁹.*

La ausencia de control no es un tema baladí, sino que probablemente sea uno de los asuntos que más enfrentamientos está ocasionando, hasta el punto de que hay varias opciones que se están negociando. Aunque en este trabajo no vamos a detenernos en desmenuzarlas, señalamos someramente que entre ellas destaca la remisión directa y simultánea tanto al proveedor de servicios como a la autoridad de ejecución³⁰; o apostar por un criterio de residencia, es decir, la notificación operaría cuando la persona cuyos datos se buscan no reside en el Estado de emisión³¹.

En conclusión, si finalmente prospera la propuesta inicial, parece que este instrumento normativo se aparta de la línea seguida en los últimos tiempos, pues los Estados miembros tendrían que ser muy generosos, afianzando aún más su confianza recíproca, para validar la prueba

²⁸ Documento de trabajo de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, de 8 de marzo de 2019, p. 3.

²⁹ Resumen del dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre las propuestas relativas a las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, de 31 de enero de 2020 (DOUE C/32).

³⁰ Informe sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento, *op.cit.* p. 33 y ss.

³¹ Orientación General del Consejo, de 11 de junio de 2019. *Vid.* documento del Consejo nº 11314/21, de 26 de agosto de 2021.

electrónica obtenida en el Estado de ejecución, donde en principio ni siquiera existe un control genuinamente judicial. Es obvio que resulta imprescindible que las autoridades judiciales y policiales dispongan de herramientas eficaces que permitan la investigación y enjuiciamiento de los hechos delictivos en el ámbito de la Unión, y aún más cuando los recursos tecnológicos facilitan la consecución de las actividades ilícitas a las organizaciones criminales. Todo ello nos obliga a tener una capacidad de respuesta más rápida y a utilizar técnicas de investigación más vanguardistas. Aunque esta realidad no se debe imponer como argumento suficiente para desviar la atención sobre el respeto a los derechos y garantías, de modo que estas nuevas propuestas legislativas han de ser acordes con la CDFUE. Al final, asistimos de nuevo al debate sobre si debe primar la seguridad o una mayor protección de los derechos y garantías procesales.

4.- IMPLEMENTACIÓN DE SISTEMAS PARA EL INTERCAMBIO DE PRUEBAS

Si partimos del sistema tradicional de intercambio de información entre autoridades judiciales podríamos decir que es un sistema obsoleto y que contribuye a la ralentización de los procedimientos de cooperación, ya que en muchas ocasiones se efectúa por correo postal o por medios electrónicos que no garantizan la seguridad. A los tradicionales problemas se le ha sumado la paralización judicial a causa de la pandemia, que ha contribuido a que la tan ansiada digitalización se acelere y que finalmente se acabe optando por la utilización de los canales de comunicación electrónicos.

A nivel europeo, actualmente se encuentra en fase de gestación la Propuesta de Reglamento relativa al sistema e-CODEX³², cuyo ámbito de aplicación abarca, entre otros instrumentos de reconocimiento, a la Directiva 2014/41³³. Esto ya se recogió como estrategia en el Plan de

³² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a un sistema informatizado de comunicación en los procesos transfronterizos penales y civiles (sistema e-CODEX), y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726, COM (2020) 712 final, de 2 de diciembre de 2020.

³³ El ámbito de aplicación del Reglamento se circunscribe exclusivamente a los instrumentos enumerados en el Anexo I.

acción plurianual 2009-2013³⁴, aunque solo algunos Estados están haciendo uso de esta herramienta. Hoy en día ya sirve de soporte para el intercambio de pruebas electrónicas y aquellas relacionadas con la OEI³⁵.

Este proyecto se ha venido desarrollando por un conjunto de Estados y, a partir de ahora, su gestión se transferirá a una agencia de la UE, con el objeto de garantizar un marco jurídico que garantice su sostenibilidad³⁶.

E-CODEX se configura como un sistema para facilitar la comunicación segura en los procesos civiles y penales, permitiendo el intercambio de mensajes entre autoridades de forma electrónica. Esta herramienta puede ser una solución para la transmisión segura de las comunicaciones, con repercusión directa en la eficacia y agilidad de los procedimientos transnacionales. Este sistema requiere de una gestión operativa del mismo y se considera que eu-LISA³⁷ es la agencia más idónea para ello³⁸.

Una cuestión de gran importancia es la relativa al tratamiento de los datos gestionados por el referido sistema informático y a las posibles responsabilidades que se pudieran depurar por un uso indebido de los mismos, particularmente en relación a la agencia gestora del sistema³⁹. Del mismo modo, por la materia tratada, nos parece fundamental que este

³⁴ Plan de acción plurianual 2009-2013 relativo a la justicia en red europea, DOUE C 75, de 31 de marzo de 2009. *Vid.* Plan de Acción 2019-2023 relativo a la Justicia en Red Europea, DOUE C 96, de 13 de marzo de 2019. Sobre la digitalización de la justicia, realiza un estudio exhaustivo PÉREZ DAUDÍ, V. (2021): “La Unión Europea y las nuevas tecnologías aplicadas al proceso judicial. De la ciberjusticia a la resolución en línea de litigios”. En MORENO CATENA, V. y ROMERO PRADAS, M.I. (Dirs.) *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1051 y ss.

³⁵ *Vid.* Comunicado de prensa del Consejo de la Unión Europea, de 7 de junio de 2021.

³⁶ *Vid.* Orientación general sobre la Propuesta de Reglamento sobre el proyecto e-CODEX, del Consejo de la Unión Europea, de 28 de mayo de 2021.

³⁷ Reglamento (UE) 2018/1726 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA), y por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 1987/2006 y la Decisión 2007/533/JAI del Consejo y se deroga el Reglamento (UE) n.º 1077/2011.

³⁸ *Vid.* GOMES, A. (2020): “Agência Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala (eu-LISA)”. En COVELO DE ABREU, J. y REIS, L. *Instituições, Órgãos e Organismos da União Europeia*. Almedina, pp. 353 y ss.

³⁹ *Vid.* art. 10 de la Propuesta de Reglamento relativa al sistema e-CODEX.

tipo de sistemas cuenten con capacidad suficiente para albergar archivos digitales pesados.

Especialmente, en los procedimientos transfronterizos, los expedientes electrónicos suponen una necesidad irremplazable. Los sistemas nacionales de los Estados implicados no pueden constituirse como compartimentos estancos, sino que deben estar interconectados para facilitar la práctica de la diligencia y garantizar el éxito de la investigación judicial. No obstante, la agilidad y eficiencia de la cooperación dependerá en gran medida de la digitalización de los sistemas nacionales de cada Estado⁴⁰, que en muchos casos están obsoletos.

En definitiva, un sistema de estas características ayudará, tanto a autoridades judiciales, operadores jurídicos y ciudadanos, al envío y recepción de documentos y pruebas, articulándose como una pieza clave en los procedimientos de cooperación judicial (especialmente, en el ámbito penal). Y no debemos olvidar que además de la implementación de este tipo de sistemas, constituye un elemento esencial la formación de los operadores jurídicos que permita una utilización adecuada de los recursos tecnológicos, así como la gestión de los expedientes judiciales transnacionales⁴¹.

BIBLIOGRAFÍA

Arangüena Fanego, C. (2021), “Orden europea de investigación: recurso a una medida alternativa a la solicitada”, en Moreno Catena, V. y Romero Pradas, M.I. (Dirs.) *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro Homenaje a la Prof.ª M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 477-510.

⁴⁰ Informe 9/2021 de la Comisión Mixta para la Unión europea, de 9 de marzo de 2021, sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un sistema informatizado de comunicación en los procesos transfronterizos penales y civiles (sistema e-CODEX), y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726. Boletín oficial de las Cortes Generales, de 17 de marzo de 2021.

⁴¹ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones Garantizar la justicia en la UE: estrategia europea sobre la formación judicial para 2021-2024, COM (2020) 713 final, 2.12.2020.

- Calavita, O. (2021), “La proposta di regolamento sugli ordini di produzione e conservazione europei: Commissione, Consiglio e Parlamento a confronto”, *La legislazione penale*, pp. 1-43.
- De Hoyos Sancho, M. (2019), “Reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación”, en González Cano, M.I. (Dir.) *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 595- 632.
- Etxeberria Guridi, J.F. (2021), “La orden europea de investigación (OEI) y la obtención de perfiles de ADN: algunas incoherencias”, en Moreno Catena, V. y Romero Pradas, M.I. (Dir.) *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro Homenaje a la Prof.ª Mª Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 537-557.
- Fuentes Soriano, O. (2020), “Europa ante el reto de la prueba digital. El establecimiento de instrumentos probatorios comunes: las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas”, en Fuentes Soriano, O. (Dir.) *Era digital, sociedad y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 281-319.
- González Cano, M.I. (2006), “Algunas consideraciones sobre el futuro exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal”, *Revista Unión Europea Aranzadi*, vol. 33, nº 11, pp. 5-14.
- Gomes, A. (2020), “Agência Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala (eu-LISA)”, en Covelo de Abreu, J. y REIS, L. (Dir.) *Instituições, Órgãos e Organismos da União Europeia*, Almedina, pp. 353-358.
- Gómez Amigo, L. (2019), “Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas penales electrónicas: una regulación que se aproxima”, *Revista española de Derecho Europeo*, nº 71, pp. 23-56.
- González Monje, A. (2017), “El nuevo marco normativo en la investigación transfronteriza del crimen organizado”, en Zúñiga

Rodríguez, Laura y Ballesteros Sánchez, Julio (Dir.) *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados Democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 805-842.

Mitsilegas, V. (2018), “The privatisation of mutual trust in Europe’s area of criminal justice: The case of e-evidence”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 25 (3), pp. 263-265.

Pérez Daudí, V. (2021), “La Unión Europea y las nuevas tecnologías aplicadas al proceso judicial. De la ciberjusticia a la resolución en línea de litigios”, en Moreno Catena, V. y Romero Pradas, M.I. (Dir.) *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1051-1082.