

Las Órdenes de Entrega y Conservación de Pruebas Electrónicas en el Proceso Penal Europeo

Production and Preservation Orders for Electronic Evidence in Criminal Proceedings

JUAN A. MURIEL DIÉGUEZ

Universidad de Valladolid

juanantonio.muriel@estudiantes.uva.es

ORCID:0000-0003-0646-6349

Recibido: 22/06/2023. Aceptado: 06/12/2023.

Cómo citar: Muriel Diéguez, Juan A., “Las Órdenes de Entrega y Conservación de Pruebas Electrónicas en el Proceso Penal Europeo”, *Revista de Estudios Europeos* 83 (2024): 172-201



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/002F10.24197/ree.83.2024.172-201>

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal. Haciendo un recorrido desde el primer texto presentado por la Comisión el 14 de abril de 2018, hasta el texto definitivamente aprobado —Reglamento (UE) 2023/1543— el 13 de junio del 2023, con un especial interés en la eficacia de este nuevo instrumento procesal. Del mismo modo, haremos una valoración crítica de las posibles mejoras y defectos con respecto a las garantías procesales y derechos fundamentales de los investigados que presenta la citada Propuesta.

Palabras clave: Prueba electrónica; proceso penal; propuesta; orden europea de entrega; orden europea de conservación; reglamento; cooperación judicial.

Abstract: The aim of this paper is to analyze the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Evidence Warrants for the purpose of criminal prosecution. It will cover the period from the first text presented by the Commission on 14 April 2018 to the final compromise text of the beginning of this year, with a special focus on the effectiveness of this new procedural instrument. Likewise, we will make a critical assessment of the possible improvements and shortcomings with respect to the procedural guarantees and fundamental rights of those under investigation, which the Proposal presents.

Keywords: Electronic evidence; criminal procedure; proposal; European surrender warrant; European preservation order; regulation; judicial cooperation.

INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO DE LA PROPUESTA¹

El 17 de abril de 2018, la Comisión Europea publicó una Propuesta de Reglamento «sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal».

Este instrumento legal responde a la preocupación en aumento entre los distintos operadores jurídicos y, los propios ciudadanos europeos dentro de una sociedad cada vez más tecnificada e interrelacionada digitalmente. Actualmente, es habitual el uso de medios digitales en todos los ámbitos de la vida, no solo a nivel profesional, sino en el campo profesional. En principio, estas herramientas no son en modo alguno censurables, ya que nos facilitan la actividad profesional y personal. Pero, también son utilizadas de manera maliciosa por quienes tienen fines delictivos.

A través de internet, los delincuentes pueden tener acceso a gran cantidad de datos de personas y organizaciones, ya sea mediante los correos electrónicos, aplicaciones de mensajería instantánea o redes sociales; con la dificultad añadida de poder operar mediante estas vías desde cualquier lugar del mundo. Por este motivo cada vez resulta más necesario legislar el ámbito digital en el que se producen estos hechos ilícitos e intentar regularlo de manera que los investigadores cuenten con mecanismos ágiles y eficientes². Precisamente por las dificultades de los investigadores en acceder a las pruebas digitales, sobre todo cuando han de dirigirse a países terceros, se venían reclamando mecanismos que facilitarían la cooperación entre Estados³, agilizaran la obtención de las

¹ Este trabajo se entregó en abril del presente año, cuando aún no se había aprobado el texto definitivo. El Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de julio de 2023 «sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales» L191/137 28.7.2023, fue aprobado el 13 de junio del presente en primera lectura por el Parlamento Europeo.

² Como la propia Exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal presentada por la Comisión europea el 14 de abril de 2018. Documento COM (2018), 225 final, (en adelante texto inicial 2018), informa «En 2016, el Consejo pidió acciones concretas basadas en un enfoque común de la UE para una asistencia jurídica mutua más eficaz, para mejorar la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros y los proveedores de servicios radicados en países no pertenecientes a la UE...»

³ Sobre las dificultades de la cooperación en el proceso penal entre la UE y terceros Estados y en concreto si existe petición de «*e-evidence*», véase Tosza, S. (2021):

mismas y consiguiesen superar la fragmentación legislativa entre los distintos miembros de la Unión Europea, —algo que conlleva una siempre indeseada inseguridad jurídica y lentitud en los procedimientos— con la debida protección de derechos fundamentales y garantías procesales.

Además del objeto ya señalado de superar la fragmentación jurídica y otorgar la necesaria seguridad jurídica —también a los proveedores de servicios que reciben las peticiones de investigación— la Comisión prevé la creación de «una plataforma segura para el intercambio rápido de solicitudes entre autoridades judiciales de la Unión...»⁴ que mejore la cooperación judicial que ya existe entre las autoridades de la Unión.

No obstante, y a pesar de las buenas intenciones de las Instituciones Europeas, esta Propuesta ha sido objeto de críticas entre algunos de los principales actores jurídicos que deberían beneficiarse de ellas⁵. A este respecto, debemos recordar que después de casi cinco años, el Reglamento no ha sido aprobado.

Desde hace ya tiempo, el Derecho Internacional dispone de herramientas como son los Acuerdos de Asistencia Judicial Mutua (MLAJ), en las cuales y mediante procedimientos protocolizados, las diferentes autoridades judiciales contactaban entre sí para solicitar y/o entregar las pruebas (electrónicas/ *e-evidence*) que se considerasen necesarias. Ahora bien, estos instrumentos tenían el inconveniente de ser lentos y tediosos⁶.

“Internet service providers as law enforcers and adjudicators. A public role of private actors”. *Computer law & security review*, 43. Págs. 8-12. [Disponible en www.elsevier.com/locate/CLSR] [Consultado el 12 de abril de 2023]

⁴ De manera conjunta al Texto inicial 2018, el 17 de abril se presentó también una 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, COM (2018) 226 final, (en adelante Directiva 2018)

⁵ Posición de CCBE -*Council of Bars and Law Societies of Europe*- sobre la propuesta de Reglamento de la Comisión sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal de 19 de octubre de 2018. Disponible en https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/SURVEILLA_NCE/SVL/Positions_papers/EN_SVL_20180629_CCBE-Preliminary-comments-on-the-Commission-proporsal-for-a-Regulation-on-European-Production-and-Preservation-Orders-for-electronic-evidence-in-criminal-matters.pdf. [Consultado 7 de marzo de 2023].

⁶ Gascón Marcen, A. (2019): “Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas: evaluación de la propuesta de la comisión europea”. En J. M.

En la Unión Europea, con el fin de intentar paliar este problema se creó la Orden de Investigación Europea (OEI), que fue aprobada a través de la Directiva 2014/41/UE relativa a la orden europea de investigación en materia penal⁷. No obstante, hay que reseñar que ya existían precedentes en el ámbito de las investigaciones tecnológicas como nos informa la propia Exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento, al recordarnos que la misma vino a sustituir al Convenio de 2000⁸.

Desde la publicación de la Propuesta, una de las primeras dudas que surgieron versaba sobre la base jurídica que sustentaba el texto normativo. En la propia Exposición de motivos se intenta explicar por qué se ha elegido un reglamento en lugar de una directiva para la adopción de esta nueva norma legal⁹. Aun así, han sido diversas las voces autorizadas —de operadores jurídicos— que han advertido de lo controvertido, cuando no erróneo, de esta elección¹⁰.

Martín Rodríguez (dir.), L. García-Álvarez (dir.), A. Sánchez Rubio (coord.), J. M. Macarro Osuna (coord.) *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*. Dykinson. Madrid, Pág. 1122

⁷ Directiva 2014/41/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2015, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, DOUE L. 130/1. Transpuesta al ordenamiento español por Ley 3/2018, de 11 de junio, incorporando el instrumento OEI en el Título X de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, BOE núm. 282, de 21.11.2014.

⁸ Acto del Consejo de 29 de mayo de 2000 por el que se celebra, de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea. C 197/1. 12 de julio de 2000.

⁹ Texto Inicial 2018. Ob. cit. ««La base jurídica para la adopción de medidas en este ámbito es el artículo 82, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que dispone que se podrán adoptar medidas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario a fin de establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas [...] Dado que la propuesta se refiere a procedimientos transfronterizos para los que se requieren normas uniformes, no es necesario dejar un margen a los Estados miembros para transponer dichas normas. Un Reglamento es directamente aplicable, aporta claridad y más seguridad jurídica y evita interpretaciones divergentes en los Estados miembros y otros problemas de transposición que han padecido las Decisiones marco relativas al reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales».

¹⁰ Entre quienes muestran dudas con respecto a esta decisión podemos citar a la Prof.^a De Hoyos Sancho, M. (2022): “Reflexiones acerca de la Propuesta de Reglamento UE sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal”. *Revista General de Derecho Procesal* 58, 1-37. Mientras que entre quienes lo creen acertado podemos citar a Laro González, E. (2022): “Prueba

1. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Con respecto de las novedades que presentaba el articulado del Texto transaccional final¹¹, en el artículo 1 sobre el *Objeto*, se introduce un apartado 1 *bis*¹², en el que se hace expresa mención a la posibilidad de solicitar la orden europea de entrega o conservación por parte de un investigado dentro del derecho a la defensa del proceso penal¹³. De esta manera, parece que se han tenido en cuenta las observaciones planteadas entre otros por el Consejo Europeo de la Abogacía, en cuanto a la falta de garantías del derecho a la defensa e igualdad de armas entre defensa y acusación que contenía el texto inicial de la Propuesta¹⁴.

El Consejo de la Abogacía Europea (CCBE) considera que al ser el artículo 82 TFUE un precepto dedicado a legislar sobre el Principio de Reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones, se debe entender que éste se halla reservado en exclusiva a la cooperación entre autoridades judiciales y, por tanto, no sería aplicable a esta Propuesta por cuanto permite a las autoridades —no necesariamente judiciales— obligar a una empresa TIC a conservar o entregar la prueba electrónica (información de datos) con la posible vulneración de derechos

penal transfronteriza: de la orden europea de investigación a las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas”. Revista de Estudios Europeos, 79, 285-303. pág. 290, así como la Prof.^a 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 O. Fuentes Soriano (dir.), P. Arrabal Platero (coord.), Y. Doig Díaz (coord.), A. Ortega Giménez (coord.), I. Turégano Mansilla (coord.). *Era digital, sociedad y derecho*. Tirant lo Blanch. Valencia, pág. 288.

¹¹ Texto transaccional final de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal presentada por la Comisión europea el 14 de abril de 2018. Documento 2018/0108(COD) 20 de enero de 2023, (en adelante Texto final de la Propuesta).

¹² En el Reglamento (UE) 2023/1543 finalmente aprobado, este supuesto se codifica en el segundo apartado del artículo primero.

¹³ Esta posibilidad omitida en anteriores textos había sido fuertemente criticada por diversos operadores jurídicos, como el Consejo Europeo de la Abogacía y parte de la doctrina. Véase Fuentes Soriano, O. Ob.cit, Pág. 306.

¹⁴ https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/SURVEILLA_NCE/SVL/Positions_papers/EN_SVL_20180629_CCBE-Preliminary-comments-on-the-Commision-proporsal-for-a-Regulation-on-European-Production-and-Preservation-Orders-for-electronic-evidence-in-criminal-matters.pdf. [Consultado 7 de marzo de 2023].

fundamentales y garantías procesales del investigado¹⁵. La elección del instrumento legal para adoptar el Reglamento ha generado un importante debate en la doctrina¹⁶.

A estas dudas sobre el instrumento legislativo elegido se unen otras sobre su posible aplicación —del futuro Reglamento una vez entre en vigor— al permitir a las autoridades de un Estado miembro obligar a empresas y/o entidades privadas la conservación o entrega de datos informáticos, aunque se hallen fuera de la jurisdicción de la UE. Es decir, podemos poner en duda la legalidad de ampliar el ámbito de actuación de este Reglamento a terceros fuera de la Unión Europea¹⁷.

Asimismo, se ha de recordar que el apartado 2 del art. 82 TFUE advierte de la necesidad de utilizar una Directiva para tomar medidas relativas a la «armonización», como sería el caso de la Propuesta. Aunque el mantenimiento en el apartado primero del artículo 1 de la frase «sin perjuicio de las competencias de las autoridades nacionales para dirigirse a los prestadores de servicios establecidos o representados en su territorio con el fin de que cumplan medidas nacionales similares»,

¹⁵ Posición de CCBE sobre «El principio de reconocimiento mutuo al que se refiere el artículo 82 suele entenderse como reservado únicamente a la cooperación entre las autoridades judiciales. Sin embargo, la propuesta prevista no involucra a las autoridades policiales o judiciales del Estado miembro en que se encuentre la empresa que recibe la solicitud...» Pág. 1. Desde un punto de vista de la práctica de la defensa judicial de los posibles encausados, resulta muy interesante la opinión del Consejo de la Abogacía Europea (CCBE), que en sendos documentos de 29 de junio y 19 de octubre de 2018 ofrecen opiniones y modificaciones sobre la Propuesta de Reglamento.

¹⁶ A modo ilustrativo podemos citar a De Hoyos Sancho, M. (2022): “Reflexiones acerca de la Propuesta de Reglamento UE sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal”. Revista General de Derecho Procesal 58, «En relación con esta cuestión hemos de discrepar puntualmente de lo expuesto por la Comisión, ya que, si bien en efecto el Reglamento ofrece una solución uniforme y directamente vinculante para todos los Estados y autoridades implicadas, en este caso, en el modelo que se pretende implantar con la propuesta de Reglamento sobre *e-evidence*, no se trata ciertamente de “cooperación judicial” transfronteriza. En realidad, estaríamos en presencia de una cooperación transfronteriza de naturaleza “mixta”, pues las órdenes de entrega o conservación las emitirá una autoridad estatal -juez o fiscal-, pero las recibirá el representante legal de una *empresa* proveedora de servicios, quien, según el modelo de la propuesta, en la gran mayoría de los casos, ejecutará esa orden *sin* intervención de autoridad judicial alguna en ese Estado de ejecución. A nuestro juicio, eso no puede calificarse de cooperación *judicial* en sentido estricto». Págs. 8-9.

¹⁷ Fuentes Soriano, O. Ob.cit. Pág. 288 y 294.

no parece augurar un gran éxito al objetivo de «armonización» del Reglamento, sino que, al contrario, parece perpetuarlo.

Por otra parte, existen dudas acerca de la Proporcionalidad de estas medidas. Mientras que en la Exposición de motivos de la Propuesta se señala que las mismas no contienen medidas abusivas o desproporcionadas, desde el punto de vista de la defensa de los investigados en un proceso penal, el hecho de solicitar y obtener datos e información sin la intervención de las autoridades judiciales puede dejar en una situación de indefensión al acusado¹⁸.

Para finalizar con este capítulo el CCBE, señala —en mi opinión de manera acertada— su duda sobre la necesidad real de esta Propuesta y, por tanto, si ofrece algún valor añadido. Teniendo en cuenta sus objetivos, son varias las voces que consideran que con los Acuerdos de Asistencia Judicial Mutua (MLAJ), y la Orden Europea de Investigación (EIO), estarían mejor garantizados los derechos de los investigados y se lograrían los objetivos buscados por los investigadores. Precisamente el hecho de utilizar como pretexto para la obtención de pruebas y datos, una mayor rapidez —para de esta manera poder eludir los controles judiciales— permitiendo la actuación de entidades privadas, supone en nuestra opinión una clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

A este respecto, el texto final de la propuesta ha introducido en el apartado segundo del artículo primero una clara salvaguarda de los derechos fundamentales protegidos por el acervo comunitario, así como otros derechos fundamentales como el de libertad de expresión o protección de datos, intentando en nuestra opinión dar respuesta a las críticas recibidas por la Propuesta inicial e informes posteriores, en cuanto que no garantizaban suficientemente los derechos de los investigados.

¹⁸ Sobre la importancia del principio de proporcionalidad en la EPOC y la falta de límites claros para concretar la aplicación de dicho principio —*ut infra* págs. 8 y 9— por ser claramente conculcatorio de los derechos procesales del investigado ver: Tinoco Pastrana, A. (2023): “Las medidas de investigación tecnológica en el espacio de libertad, seguridad y justicia”. En M. Jimeno Bules (Dir.), C. Ruiz López (coord.) *La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal: su influencia en el proceso español*. Tirant lo Blanch. Valencia. Págs. 319-358.

También debemos advertir de los cambios introducidos en el Texto transaccional final al respecto de las definiciones del artículo 2¹⁹. Entre las más destacadas, estarían la ampliación del punto 5 —anteriormente 4— sobre el «establecimiento», que pasa a desdoblarse en un 5 *bis*, que define al «establecimiento delegado» y un 5 *ter* referido al «representante legal»²⁰. Ambas figuras son de suma importancia ya que están directamente involucradas en la posibilidad de aplicar el Reglamento propuesto a terceros²¹, es decir empresas o entidades que, sin presencia en el territorio de la UE, realicen parte de su actividad en la misma —algo regulado en el artículo 3 sobre el ámbito de aplicación²²— de manera que cuenten con alguna delegación física o deban nombrar a una persona que las represente ante las autoridades de la UE, existiendo eso sí, ciertas salvedades, como que los datos solo se emitirán para procesos penales²³ y que esos datos requeridos se han de circunscribir a los datos relativos a servicios ofrecidos por el proveedor dentro de la UE.

Asimismo, se adiciona al final del precepto de definiciones los apartados 15 *bis*, *ter* y *quarter* sobre las figuras del «responsable de tratamiento»²⁴, «encargado de tratamiento» y el novedoso «sistema

¹⁹ Finalmente, en el Reglamento (UE) 2023/1543 las Definiciones se han regulado en el artículo 3, mientras que el art. 2 especifica el Ámbito de aplicación.

²⁰ Relacionado con la aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. L 119/1 de 4 de mayo de 2016.

²¹ Bueno de Mata, F. (2021): “Análisis de las medidas de cooperación judicial internacional para la obtención transfronteriza de pruebas en materia de cibercrimen”. En L. Fontestad Portalés (dir.), M. de las N. Jiménez López (coord.) *La transformación digital de la cooperación jurídica penal internacional*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Págs. 19-46.

²² Tosza, S. (2021): “Internet service providers as law enforcers and adjudicators. A public role of private actors”. *Computer law & security review*, 43. [Disponible en www.elsevier.com/locate/CLSR] [Consultado el 12 de abril de 2023].

²³ Existe una persistente referencia a la acotación de este Reglamento a procesos de carácter estrictamente penal. Seguramente se deba a las dudas que suscitaron instrumentos de cooperación judicial anteriores que no diferenciaban entre procedimientos administrativos y penales. En Arangüena Fanego, C.; De Hoyos Sancho y Rodríguez-Medel Nieto, C (Dir. y Coord.) (2015): *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), págs. 509 y ss.

²⁴ Se deriva la definición de estas figuras a la legislación correspondiente, en concreto Reglamento (UE) 2016/679. del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de

informático descentralizado», del que trataremos más adelante. Creemos que la intención ha sido paliar las fuertes críticas que han recibido las diversas Propuestas en cuanto a la falta de observancia de la protección de datos²⁵.

2. ORDEN EUROPEA DE ENTREGA, ORDEN EUROPEA DE CONSERVACIÓN Y CERTIFICADOS

El capítulo 2 de la Propuesta de Reglamento comienza con un artículo 4 sobre la «autoridad emisora» que advierte que en el momento de la emisión de una Orden Europea de Entrega o de Conservación siempre debe ser partícipe una autoridad judicial. Ahora bien, esta aseveración otorga suficiente margen de actuación a las autoridades requeridas, ya que al utilizar la expresión «ser partícipe» se puede dar esta intervención en calidad de entidad emisora o de validación de la misma. Esto se debe a las diferencias en los procesos penales entre los diferentes ordenamientos de los Estados miembros de la Unión. Y esta situación puede plantear problemas debido a la no corregida «...laxa y premeditada vocación de generalidad desde la que poder dar cobertura a esa diversa realidad procesal»²⁶.

Del mismo modo y, como señala el Considerando 30 de la Propuesta²⁷, se produce una diferenciación entre los «datos de transacción» y los «datos de contenido», que al ser catalogados como más sensibles en cuanto a los derechos fundamentales afectados han de contar con un *plus* de protección, mientras que los datos de abonado o de

2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea L 119/1 de 4 de mayo de 2016.

²⁵ Gascón Marcen, A. (2019): “Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas: evaluación de la propuesta de la comisión europea”. En J. M. Martín Rodríguez (dir.), L. García-Álvarez (dir.), A. Sánchez Rubio (coord.), J. M. Macarro Osuna (coord.) *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*. Dykinson. Madrid, Pág.1131: «También ha sido extremadamente crítico el Comité Europeo de Protección de Datos (EDPB por sus siglas en inglés) que es un órgano independiente europeo que tiene entre sus funciones asesorar a la Comisión sobre toda cuestión relativa a la protección de datos personales en la UE³². Respecto a las propuestas, el Comité ha subrayado la necesidad de hacerlas compatible con la actual normativa de protección de datos de la UE».

²⁶ Fuentes Soriano, O. Ob. cit. Págs. 305-306.

²⁷ Cfr. Considerando 23 del Texto Transaccional final. Considerando 36 del Reglamento (UE) 2023/1543.

acceso —siendo menos sensibles— podrían ser autorizados por los fiscales que conozcan del caso, sin participación de autoridad judicial alguna. Esta diferenciación, objeto de crítica por parte de diversos operadores jurídicos en Propuestas anteriores se ha mantenido²⁸, obviando observaciones y sugerencias recomendadas durante la tramitación del Reglamento.

2.1. Condiciones para la emisión de una orden europea de entrega.

En el art. 5 sobre las «condiciones para la emisión de una Orden europea de entrega», se hace un recordatorio de los Principios de necesidad y proporcionalidad para poder solicitar una Orden de entrega, ahora bien, seguimos sin saber exactamente cuándo se podrá considerar necesaria y proporcionada la emisión de una Orden. Vuelve a referirse al uso exclusivo de estas medidas en los procesos penales ya sean de persona física o jurídica. Asimismo, diferencia los datos solicitados, por una parte, los de abonado y las direcciones IP²⁹, que permiten solicitar con el único fin de identificar a posibles autores, mientras que en el apartado 4 se concretan una serie de requisitos para solicitar los más sensibles «datos de tráfico de contenido»³⁰, como son señalar un límite de punibilidad de los delitos investigados «...para las infracciones penales punibles en el Estado emisor con una pena máxima de privación de libertad de al menos tres años»³¹. Del mismo modo, indica una delimitación cualitativa, con respecto de delitos penales codificados en diferentes Directivas del Parlamento y del Consejo, así como Decisiones marco del Consejo.

En el apartado 5 se incluye un listado sobre la información que «deberá» incluir en todo momento la Orden europea de entrega. Desde la lógica identificación de la autoridad emisora³² y la autoridad validadora

²⁸ Fuentes Soriano, O. Ob. cit. Pág. 306.

²⁹ En el Informe LIBE 2020 se sustituye los datos relativos al acceso por «direcciones IP con el único fin de determinar la identidad de las personas concretas con un vínculo directo con los procesos específicos a que se refiere el artículo 3, apartado 2, para todas las infracciones penales»

³⁰ En el Texto de la Propuesta inicial de 2018 se hablaba de «datos de transacciones o datos relativos al acceso».

³¹ No deja de sorprender la confusa redacción de este apartado que establece una delimitación en el ámbito objetivo de la Orden siguiendo un criterio cuantitativo y que ha sido objeto de críticas en las anteriores Propuestas del Reglamento. Véase: Fuentes Soriano, O. Ob. cit, pág.303.

³² En el Informe LIBE 2020 se ha añadido un supuesto concreto que no aparece en la Propuesta de 2018 «...cuando el Estado emisor esté sujeto a un procedimiento

—cuando proceda— hasta el no menos lógico destinatario de la misma, pasando por las personas cuyos datos se hayan solicitado, la categoría de los datos, el periodo que abarca la solicitud, las disposiciones penales en el Estado emisor que se consideran vulneradas, las razones que justifiquen una posible urgencia, así como las razones que justifiquen la necesidad y proporcionalidad de la medida.

El apartado 6 regula un supuesto redactado de manera confusa, que hace referencia a la petición al proveedor de servicios de los datos si estos se almacenaban como parte de una infraestructura ajena a la persona física y si las medidas de investigación remitidas a la empresa pudieran poner en peligro la propia investigación. Este supuesto podría afectar directamente a la figura del abogado y por extensión a la relación entre abogado cliente, ya que es relativamente habitual que un abogado o despacho de abogados —persona jurídica— sea el controlador de datos de esa empresa o entidad a la que se dirige la petición. Esta posibilidad de vulnerar un derecho procesal penal, como es la confidencialidad entre abogado y cliente ha sido señalada reiteradamente por el CCBE³³, algo que recogió fuertes críticas y que parece que ha sido enmendado en el apartado siguiente³⁴.

El apartado 7 hace referencia a los casos en los que la entrega de los datos solicitado pudiera afectar a privilegios e inmunidades que haya concedido el Estado en el que se encuentra el proveedor de servicios, del mismo modo que los supuestos en los que los datos requeridos pudieran afectar a la defensa y seguridad nacional del Estado miembro. En estos casos, la entidad emisora debe requerir aclaraciones antes de emitir la orden, incluyendo consultas a organismos como Eurojust o la Red Judicial Europea. Si aun así comprobase —la autoridad emisora— que se verían afectados las inmunidades o los intereses fundamentales del Estado miembro, podrá no emitir la orden³⁵. Continuando con un

contemplado en el artículo 7, apartados 1 y 2, del Tratado de la Unión Europea, información sobre el procedimiento especial a que se refiere el artículo 9, apartado 2 bis, del presente Reglamento»

³³ CCBE. Ob. cit Pág. 2.

³⁴ Fuentes Soriano, O. Ob. cit. Pág. 315.

³⁵ Es muy importante señalar que en el Informe LIBE 2020 se propuso el supuesto en el que los datos afecten al secreto profesional, o de manera más concreta a la relación de confidencialidad entre Abogado-cliente, «...en virtud de la legislación del Estado miembro donde la persona cuyos datos se buscan reside, está vinculada por una obligación de secreto profesional o por la prerrogativa de secreto profesional en la

supuesto avanzado *supra*, una de las enmiendas a la Propuesta del Informe LIBE 2020³⁶ añade en este apartado la relación abogado-cliente, como supuesto de inmunidad³⁷, siguiendo —de manera acertada a mi modo de ver— las recomendaciones del Consejo de la Abogacía Europea, para blindar las garantías procesales en estos procedimientos que se considera están debilitándose por la falta de intervención de la autoridad judicial en todos los casos³⁸.

2.2. Condiciones para la emisión de una orden europea de conservación

En el artículo 6 de la Propuesta se enumeran los requisitos que deberán observarse a la hora de solicitar la conservación de datos que pueden resultar relevantes en un proceso penal. En el apartado 2 se incide una vez más en el cumplimiento de los Principio de necesidad y proporcionalidad, de manera que para evitar la «...retirada, supresión o alteración de datos...», no haya otra manera de impedirlo. Se aclara igualmente que esta orden de conservación es en la práctica un paso previo a la petición de la Orden de entrega de los datos «previamente conservados», a través de los diferentes mecanismos de cooperación judicial entre Estados. En este caso, se han vuelto a plantear enmiendas que se concretan en una mayor rigurosidad en los requisitos que se piden, entre ellas, una mención al principio de reciprocidad por el cual esta orden se concederá si se hubiesen podido conceder en situaciones similares en el Estado emisor. Parece esta enmienda un refuerzo de los principios —en mi opinión innecesaria y redundante— de necesidad y proporcionalidad. Por último, los legisladores han añadido una enmienda en la que se advierte de la obligatoriedad de solicitar esta medida para la investigación de sujetos concretos —suponemos que con la intención de evitar investigaciones aleatorias o monitoreos que pudieran atentar contra

relación abogado-cliente...». En este caso, parece ser que surgió efecto las recomendaciones del CCBE.

³⁶ Informe LIBE 2020 «...en virtud de la legislación del Estado miembro donde la persona cuyos datos se buscan reside, está vinculada por una obligación de secreto profesional o por la prerrogativa de secreto profesional en la relación abogado-cliente...».

³⁷ Domínguez Ruiz, L. (2019) La orden europea de investigación. Análisis legal y aplicaciones prácticas. Tirant lo Blanch. Valencia. Págs.128 y ss.

³⁸ En el Reglamento finalmente aprobado, pasa a recogerse este delicado supuesto en un extenso apartado 10 que concluye el precepto.

derechos fundamentales³⁹— y siempre ciñéndolo al ámbito de los procesos penales⁴⁰.

A continuación, en el apartado 3 se realiza una enumeración de la información que deberá contener la Orden de conservación, como la autoridad emisora y/o validadora, el destinatario, las personas cuyos datos deban ser conservados —exceptúa el caso en el que el único dato a conservar sea la identidad de una persona— la categoría de los datos el periodo que debe tenerse en cuenta en la medida, las disposiciones de derecho penal sustantivo que en el Estado emisor se creen vulneradas, así como una justificación de haberse tenido en cuenta los principios de necesidad y proporcionalidad.

2.3. Destinatario de la EPOC y de la EPOC-PR⁴¹

El apartado 1 del artículo 7 establece que debe remitirse directamente al representante legal designado por el proveedor de servicios⁴². Si no se hubiese designado —apartado 2— se dirigirá a cualquier establecimiento del mismo proveedor de la Unión. En el 3 apartado se contempla el supuesto en el que un representante legal no cumpla con una Orden de entrega —no se menciona la de conservación— urgente, en cuyo caso se podrá remitir a cualquier establecimiento de la empresa proveedora. Por último, el punto 4 se advierte al representante legal de las consecuencias que tendría no cumplir con las obligaciones de los artículos 9 y 10 referentes a la ejecución de las respectivas órdenes, supuesto en el que nuevamente

³⁹ Laro González, E. Ob.cit, pág. 291 «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 especialidad»

⁴⁰ En las sucesivas modificaciones a la Propuesta, así como en las observaciones y sugerencias de los distintos operadores jurídicos invitados a dar su opinión sobre el texto legislativo, existe un marcado interés en subrayar que las medidas establecidas en la Propuesta deben circunscribirse en exclusiva —sin margen a la duda— al ámbito penal.

⁴¹ EPOC (*European Production Order Certificate*) son las siglas de su denominación en inglés. EPOC-PR (*European Preservation Order Certificate*) son las siglas de la denominación que reciben en inglés.

⁴² Precisamente, esta novedad es una de las claves del Reglamento objeto de este estudio como señala Tosza, S. (2020): “All evidence is equal, but electronic evidence is more equal than any other: The relationship between the European Investigation Order and the European Production Order”. *New Journal of European Criminal Law*, 11(2), pág. 174.

podrá dirigirse a cualquier establecimiento de la empresa localizado en la UE.

Este precepto ha sido profundamente modificado a través de los sucesivos textos propuestos, ya que en mi opinión presenta demasiados interrogantes como, por ejemplo, la manera en la que dirigir la EPOC a los destinatarios, del mismo modo cómo habrán de presentar los datos solicitados y por último cómo garantizar la autenticidad y la seguridad en la transacción de los EPOC⁴³. Para empezar, debemos mencionar como nos recuerda la Prof^a. DE HOYOS que «...conviene fijarse en que lo que realmente se transmitirán serán los certificados y no las órdenes propiamente dichas»⁴⁴. Del mismo modo, podemos recordar que en el Informe 2020 se produjo una reordenación total del art. 7. De manera especial cabe destacar que en el apartado 1 se prevé que las ordenes tanto de entrega y conservación, debe dirigirse directamente y de manera simultánea tanto al representante legal o establecimiento principal como a la autoridad de ejecución. Asimismo, en las enmiendas de la Comisión, se ha propuesto la introducción de un artículo 7 bis —intitulado *Sistema europeo común de intercambio*— en el que se codifica una de las recomendaciones advertidas por el Consejo Europeo de la Abogacía, como es la creación de un instrumento propio de la Unión que facilite el intercambio de datos e información transfronterizos de manera segura⁴⁵. Pero el texto transaccional final ha eliminado estas modificaciones, procediendo a la redacción de un artículo 7 mucho más sencillo basado en dos apartados, el primero de los cuales señala el procedimiento habitual para dirigir la orden, y el segundo los casos excepcionales en los que en casos de urgencia se puedan dirigir a cualquier otro establecimiento de la entidad. Resulta decepcionante el resultado del texto final de la propuesta, mucho más escueto y laxo en cuanto a la información facilitada, aunque como parte positiva ha codificado ese Instrumento informático de intercambio de información⁴⁶. Por último, se ha añadido otro artículo 7 bis⁴⁷, que hace referencia a la «notificación», donde se produce un refuerzo de las garantías procesales de los investigados, al requerirse la intervención de la autoridad competente del

⁴³ CCBE. Ob. cit. Págs. 7-8.

⁴⁴ De Hoyos Sancho, M. Ob.cit. pág. 13.

⁴⁵ Dichas recomendaciones fueron atendidas mediante la creación del sistema e-CODEX, como veremos *infra*. Vid. Pág. 21.

⁴⁶ Art. 18; Texto final de la Propuesta.

⁴⁷ Art. 8 del Reglamento 2023/1543.

Estado de Ejecución, al cual notificará la orden a la vez que al propio destinatario. Esto, en principio debería proporcionar mayor cobertura legal al investigado, pero la redacción escueta y ambigua no aclara demasiado cual sería el instrumento o mecanismo para poder recurrir la solicitud, ya que se trata de una mera «notificación», no una autorización.

En el precepto 8 se codifican los requisitos a cumplir para la expedición de un certificado sobre la Orden europea de entrega y conservación. No hay que olvidar como señala la Profesora DE HOYOS que, en la práctica real, cuando se soliciten pruebas electrónicas o *e-evidence*, lo que realmente se remiten son los «certificados» de las respectivas órdenes⁴⁸. Los diferentes apartados del texto final se limitan a derivarnos a preceptos anteriores que contienen el modo de transmitirlo del art. 7, a los anexos I y II que deberán rellenarse, así como la información que deben contener según los art. 5 para la de entrega y el art. 6 para la de conservación⁴⁹.

2.4. Ejecución de un EPOC y EPOC-PR⁵⁰

En el artículo 9 se regula el protocolo de actuación que habrá de cumplir el destinatario de una orden europea de entrega. En el mismo se ha producido una reordenación de los seis apartados del texto inicial. Para empezar el apartado uno recoge el modo de actuar cuándo el destinatario reciba la EPOC, haciendo especial énfasis en los plazos de ejecución. Se ha dividido el apartado en dos subepígrafe que codifican dos supuestos diferentes. Por una parte, cuando sea necesaria una «notificación de acuerdo con el artículo 7 bis y no se haya alegado ningún motivo de denegación por parte del destinatario» y, por otra parte, cuando esa «notificación no sea necesaria». En el primer caso, se esperará a la confirmación de la Autoridad de expedición que deberá confirmar la misma dentro del plazo de diez días, una vez recibida la confirmación, el destinatario deberá ejecutar la EPOC «a más tardar, al final del plazo de diez días». Esta situación, puede crear problemas en la práctica real ya que, si tanto la confirmación por parte de una autoridad como la posterior ejecución por parte del destinatario se ha de hacer dentro del mismo plazo de diez días, deberían coordinarse para dar suficiente tiempo al destinatario para cumplir con la orden. El segundo supuesto, sería más sencillo, ya que, si no es necesaria una confirmación,

⁴⁸De Hoyos Sancho, M. (2022). Ob. cit. Pág.13.

⁴⁹ Art.9 del Reglamento 2023/1543.

⁵⁰ En el Reglamento 2023/1543 pasa a regularse en los arts. 10 y 11, respectivamente.

el destinatario se limitará a transmitir «directamente a la autoridad de expedición o a las autoridades policiales según lo indicado en el EPOC a más tardar en el plazo de 10 días tras la recepción del EPOC». Pero debemos recordar que, en estos casos se elimina cualquier garantía procesal, al evitarse la intervención de una autoridad judicial que proteja estos datos.

En los casos de urgencia, el destinatario transmitirá los datos solicitados en ocho horas máximo, sin demora injustificada. Los siguientes apartados prevén las posibilidades de denegación de estas solicitudes de urgencia. Por ejemplo, cuando sea requerida una notificación de acuerdo con el art. 7 bis deberá remitir a la autoridad de emisión los motivos por los que se opone —tasados en el artículo 10 bis 1— incluso si ya han sido transmitidos deberá la autoridad de emisión cumplir con las limitaciones y condiciones que le imponga el destinatario.

Otro de los supuestos que se recogen, para soslayar el cumplimiento de una EPOC, sería el que contuviese información o datos que interfieran en inmunidades o privilegios establecidos por el Estado receptor, así como la interferencia en «normas sobre la determinación o limitación de la responsabilidad penal relacionadas con la libertad de prensa o la libertad de expresión en otros medios de comunicación en el Estado de ejecución...». Aun así, este supuesto no supone el rechazo inmediato y total de la EPOC, pudiendo la Autoridad de emisión «retirla, adaptarla o mantenerla». Aunque desconocemos cómo podría mantenerla si le ha sido denegada. En todo caso, se permite a la autoridad de ejecución alegar los motivos tasados en el artículo 10 bis para denegar la petición, lo que hace poco efectiva la propia EPOC, permitiendo a las autoridades de ejecución decidir si cumplen o no.

En el apartado tercero se recogen supuestos subsanables a través del anexo III, teniendo siempre especial cuidado en conservar los datos solicitados mientras se subsanan los posibles errores. Asimismo, si el destinatario no pudiera cumplir con el envío de los datos, deberá remitir a la autoridad emisora el porqué de esa imposibilidad a través del mismo anexo.

En los últimos apartados —5 y 6— se señala que en todos los casos en los que el destinatario no haya cumplido con el envío de datos solicitados, o lo haya hecho de manera parcial o deficiente, ya sea por unas u otras causas, deberá informar a la autoridad de emisión, la cual podrá fijar un nuevo plazo al destinatario. En mi opinión esto consagra la

posibilidad de que un destinatario deniegue su colaboración sin dar explicaciones ni ser sancionada. En todo caso mientras se dilucidan estos problemas, el destinatario deberá conservar los datos solicitados, hasta «...que se produzcan los datos o hasta que se retire la EPOC».

En este artículo 10 se regula de manera concreta la Orden europea de conservación. Como ya hemos comentado, esta orden presenta menos dudas a la hora de valorar sus posibles vulneraciones de derechos y garantías. En un primer apartado, se establece un plazo —en nuestra opinión muy amplio— de sesenta días para conservar los datos solicitados por parte del destinatario, a contar desde el momento mismo en el que reciba la petición. Ahora bien, establece una posible ampliación de treinta días sí la autoridad emisora a través del formulario recogido en el anexo IV, confirma que emitió una solicitud de entrega dentro del plazo inicial. Para la solicitud de ampliación se requiere de la cumplimentación de otro formulario —anexo V—. En nuestra opinión este segundo formulario sería innecesario y reiterativo, fruto de una inercia burocrática que debería evitarse. A continuación, el párrafo segundo permite un plazo ilimitado⁵¹ de conservación por parte del destinatario, una vez presentada la solicitud de entrega por parte de la autoridad emisora.

De manera lógica, si la conservación de los datos dejase de ser necesaria, se informará al destinatario para que cese la conservación. Se permite al destinatario, en caso de considerar unilateralmente y por la información de la propia EPOC-Pr, que los datos puedan «...interferir con inmunidades o privilegios, o normas sobre la determinación o limitación de la responsabilidad penal relacionadas con la libertad de prensa o la libertad de expresión en otros medios de comunicación en el Estado de ejecución», a informar al Estado emisor, que deberá estudiar el caso y decidir si continúa con la solicitud o la retira. Todas estas posibilidades son muy imprecisas, lo cual generará inseguridad jurídica.

⁵¹ Art. 10. 2 Texto Final: «...the addressee shall preserve the data as long as necessary to produce the data once the subsequent request for production is received...». Esta falta de concreción en cuanto al límite temporal de conservación de los datos podría entrar en conflicto con la legislación de protección de datos, y es sin duda una censurable vulneración de las garantías procesales del investigado, pues pierde el control de sus datos personales en favor del destinatario, al que no se le exige un tiempo exacto de conservación después del cual deba destruir dichos datos tanto si la solicitud es desestimada como si es aceptada.

En los siguiente tres apartados —4, 5 y 6— se codifican los mismos supuestos vistos en la ejecución de la EPOC, en los cuales se producen errores subsanables en la petición, o fuese imposible cumplir por causa no imputables al peticionario. En todo caso, no sabemos qué medidas podrá tomar la Autoridad emisora si considera que los motivos aducidos por el destinatario para no facilitar los datos requeridos o facilitarlos parcial o deficientemente han sido espurios.

2.5. Motivos de denegación de las órdenes europeas de entrega⁵²

Una de las novedades más destacadas del texto final es la adición de un artículo 10 bis —llamado en la terminología de la UE 10a— donde se contemplan de manera específica uno de los aspectos que pueden ser más controvertidos, pues se trata de los motivos para denegar una EPOC. No podemos olvidar que la finalidad de este Reglamento es facilitar al máximo la colaboración judicial entre Estado miembros, con lo cual la posibilidad de negar o entorpecer este instrumento no deja de ser un fracaso del mismo. Por otra parte, las mayores críticas a la Propuesta se centran en la falta de garantías procesales de las que carece el investigado y por ello, estos motivos podrían constituir su principal herramienta de defensa.

Una vez más, el primer apartado se centra en el plazo que se otorga a la autoridad de ejecución —no se señala cuál— para una vez recibida la notificación del Estado de Emisión, poder plantear algunos de los motivos tasados que se citan. Este plazo será de diez días en el procedimiento ordinario y noventa y seis horas en los procedimientos urgentes. Los motivos que pudieran servir para rechazar la EPOC son : que los datos estén sujetos a inmunidades o privilegios reconocidos por el Estado receptor, limitaciones penales relacionadas con la libertad de expresión o prensa, o bien, situaciones que el texto califica de «excepcionales», y serán aquellas que la autoridad de ejecución considere que podrían vulnerar un derecho fundamental —art. 6 del TUE o de la Carta de DD.HH— , que la ejecución fuese contraria al principio *ne bis in idem*, o que los motivos que provocaron el dictado de la orden no constituyan un delito en la legislación del Estado de Ejecución , con la excepción de los previstos en el anexo III.

Cuando la autoridad de ejecución alegue uno de estos motivos deberá informar a al destinatario, no transfiriendo los datos, a la vez que se obliga a la autoridad de emisión a retirar la orden. En mi opinión esto

⁵² Art.12 del Reglamento 2023/1543.

supone un poder desorbitante para la autoridad de ejecución. La autoridad de ejecución deberá comunicar de inmediato su denegación para intentar alcanzar un acuerdo. Cuando no se alcance un acuerdo, la autoridad de ejecución informará de ello al emisor y destinatario. Es decir, la última palabra la tiene la autoridad de ejecución, lo cual podría conducir a situaciones arbitrarias. Asimismo, tiene la posibilidad de oponerse a la transferencia de datos de manera parcial o permitir un uso condicionado de ellos, según su propio criterio.

También se contempla la posibilidad de suspender las inmunidades o privilegios reconocidos por el Estado receptor y que figuran en el primer apartado. Si esto sucediese el Estado de ejecución, podrá poner en marca los protocolos de actuación, requiriendo a la autoridad notificada para que actúe sin demora. En cambio, si la posibilidad de suspender las citadas inmunidades o privilegios corresponde a un tercer Estado miembro u Organización internacional, será la Autoridad de emisión quien requiera a la autoridad correspondiente la activación de la EPOC.

El artículo 11 sobre la información al usuario y confidencialidad del texto final, ha sufrido una importante modificación. Se establece la obligación de la autoridad emisora de informar de manera inmediata a la persona investigada sobre los datos entregados. Parece una medida lógica y que se enmarcaría en un elemental derecho a la defensa, además de cumplir con la legislación de protección de datos.

Se codifica como excepción a la regla general del primer apartado la posibilidad de «...retrasar, restringir u omitir la información...» al sujeto investigado, siempre que se cumplan las condiciones del art. 13.3 de la Directiva (UE) 2016/680⁵³. Obviamente, la autoridad emisora justificará y señalará los motivos de este retraso y lo reseñará en el propio Certificado.

⁵³ Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. L 119/89 de 4 de mayo de 2016. Art.13.3. «Los Estados miembros dispondrán que el responsable del tratamiento de los datos ponga a disposición del interesado al menos la siguiente información [...] los fines del tratamiento a que se destinen los datos personales...».

El tercer apartado es una advertencia, no solo a los destinatarios, sino a los proveedores de servicio, para que adopten las medidas necesarias con el fin de garantizar la debida confidencialidad y secreto de los datos entregados y/o conservados —en la EPOC y EPOC-PR— así como su integridad.

Por último, y queriendo garantizar una vez más la posibilidad de defensa del sujeto investigado, se ordena a la autoridad emisora de su obligación de informar al sujeto investigado del derecho a recurrir, de acuerdo con el artículo 17.

3. SANCIONES Y EJECUCIÓN

En el capítulo III del Texto transaccional final figuran reguladas tanto las sanciones del artículo 13, como el Procedimiento de ejecución del artículo 14⁵⁴.

En un primer apartado se deja en manos de los Estados miembros la potestad sancionadora administrativa —de carácter pecuniario— sin impedir que se pueda aplicar sanciones penales si las normas nacionales así lo prevén. De esta manera se mantiene la fragmentación entre los países miembros perdiendo una magnífica oportunidad para haber conseguido cierta unificación normativa en la legislación de la UE. De la misma manera, debemos advertir que las posibles infracciones se encuentran tasadas por parte del legislador, en una decisión que supone intenta regular mínimamente este supuesto. Del mismo modo deja al arbitrio de los Estados miembros la capacidad coercitiva real de estas medidas sancionadoras— en el texto final se ha incluido un tope máximo concreto de un 2% del volumen de negocios total anual a escala mundial del proveedor de servicios, algo que se evitaba concretar en los textos anteriores⁵⁵—, notificando a la Comisión sus resultados, suponemos que con la intención de realizar un control *a posteriori*.

En un segundo apartado, no previsto en propuestas anteriores se hace una referencia a las obligaciones derivadas de la legislación de protección de datos, excusando la responsabilidad de los proveedores en esta materia en el cumplimiento del presente Reglamento sobre la EPOC y EPOC-PR⁵⁶.

⁵⁴ Pasan a codificarse en los artículos 15 y 16 del Reglamento 2023/1543 finalmente aprobado.

⁵⁵ Bueno de Mata, F. (2021). Ob. cit. Pág. 41.

⁵⁶ Con respecto de la cesión de datos personales en procesos penales véase Marcos González, M. (2021): “Cesión de datos personales generados en las comunicaciones electrónicas y cooperación internacional”. En L. Fontestad Portalés (dir.), M. de las N.

El artículo 14 regula el procedimiento por el cual una EPOC o EPOC-PR se habrá de ejecutar, incluso si alguno de los actores involucrados en la misma se niega. El primer apartado, prevé la situación —teniendo en cuenta la actuación obstruccionista demostrada por algunos órganos de la UE no parece descabellado legislar detenidamente sobre esta posibilidad— por la que el destinatario de cualquiera de estas dos órdenes se niegue a ejecutar las mismas sin aducir ninguno de los motivos tasados contemplados en el presente Reglamento. En este particular, la autoridad de emisión podrá solicitar al Estado de ejecución que cumpla con el requerimiento que suponen las órdenes. Esta petición se hará a través del formulario recogido en el anexo III.

Posteriormente, y una vez la autoridad de ejecución compruebe que no concurren ninguno de los motivos del apartado 4 o 5 adoptará las medidas necesarias para ejecutar las órdenes. Deberá hacer a la mayor celeridad posible, sin tardar más de cinco días hábiles. Aun así, el legislador ha querido salvaguardar los derechos de los destinatarios, obligando a la autoridad de ejecución a informar y aconsejar previamente a los destinatarios requeridos para cumplir con las ordenes de entrega y/o conservación, sobre las posibilidades que tienen en los apartados 4 y 5 ya mencionados para denegar la información requerida, así como las posibles sanciones en las que incurrirían si persisten en su incumplimiento.

A continuación, aparecen regulados los ya mencionados apartados 4 y 5, donde se registran los motivos trasados por el legislador para oponerse a una orden de entrega —apartado 4— o bien a una orden de conservación —en el punto 5—, mostrando algunos de ellos en su redacción una ambigüedad que seguramente dará problemas en el futuro, ya que invocar de manera genérica una posible violación de derechos fundamentales no deja de ser una alegación muy genérica y fuente de conflictos⁵⁷.

En todo caso, y como recuerda el apartado séptimo, es la autoridad de ejecución la que decidirá si acepta las objeciones de los

Jiménez López (coord.) *La transformación digital de la cooperación jurídica penal internacional*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Págs. 225-260.

⁵⁷ Este tipo de motivos han sido utilizados torticeramente de manera reiterada por algunos países de la U.E. con el fin de eludir el cumplimiento de determinados instrumentos procesales, como conocemos bien en España. Véase Hernández López, A. “El procedimiento de entrega de Carles Puigdemont: estado actual y perspectivas”. *Revista de Estudios Europeos*, n.º extraordinario monográfico 1 (2023): Págs. 279-310.

destinatarios. En este punto debemos recordar que esto supone es estancamiento del Reglamento, pues —como afirman sus detractores— no aporta nada nuevo con respecto de otros mecanismos de colaboración judicial. De todo ello serán convenientemente informadas todas las partes involucradas.

Para finalizar, se recoge la capacidad coercitiva que se concede a la autoridad de ejecución para obligar y sancionar al destinatario que no cumpla con la orden si se considera que no existen motivos reales para oponerse. Se contempla la multa —sanción de carácter pecuniario— contra la que se podrá recurrir a través del correspondiente recurso judicial.

4. VÍAS DE RECURSO

En el capítulo IV encontramos las vías de recurso⁵⁸ que puede utilizar el investigado en las situaciones descritas por la Propuesta de Reglamento objeto de este análisis. Resulta llamativo observar que el artículo 15 titulado en el texto inicial de 2018 «Procedimiento de reexamen en caso de obligaciones contradictorias basadas en derechos fundamentales o en interés de un país tercero» desaparece en el Texto transaccional final.

Ahora bien, lo que realmente se ha producido una reordenación del articulado integrando los supuestos del anterior artículo 15 en los actuales 16 y 17 —parece ser que el precepto decimoquinto desaparece, suponemos que a la espera de la aceptación del texto final— de manera que la diferenciación que se hacía entre los supuestos consistentes en una vulneración de derechos fundamentales y los supuestos de recurso «...basados en otros motivos» se integran en un único y extenso artículo dieciséis⁵⁹.

4.1. Procedimiento de recurso en caso de conflicto de obligaciones

La intención de unificar supuestos que podrían solaparse en textos anteriores se observa en el primer apartado, donde se regula la posibilidad por la cual el cumplimiento de la EPOC pudiera entrar en conflicto con la normativa legal de otros Estados. No obstante, no se diferencia entre una vulneración de derechos fundamentales y otros de diferente índole, sino que se habla de dicha vulneración de manera genérica y, por tanto, serían tenidos en cuenta todos ellos.

⁵⁸ En la versión original en idioma inglés figura como «*Conflicts of law and remedies*».

⁵⁹ Arts. 17 y 18 del Reglamento 2023/1543.

Del mismo modo, el apartado segundo advierte de la necesidad de tener en cuenta la legislación del Estado tercero invocada de manera concreta, exacta y nos atreveríamos a decir, que exhaustiva.

El tercer punto, requiere la participación y supervisión de la autoridad judicial —de las pocas veces que se respeta la tutela judicial efectiva y nos felicitamos por ello— para revisar la orden en el caso de que la autoridad emisora, en vista de la objeción motivada desee continuar con ella.

A continuación, se detallan a través de dos supuestos tasados el examen de revisión que ha de realizar el órgano judicial del Estado emisor, para comprobar la existencia de un conflicto de normas. Este apartado cuarto, reorganiza los anteriores apartados 3 y 4 de los anteriores arts. 15 y 16. A partir del examen realizado, el órgano judicial podrá tomar alguna de las resoluciones previstas de manera concreta en el apartado 5, ya sea comprobando la existencia de conflicto de normas o descartándolo, basándose en factores tasados en la propia normativa.

4.2. Vías de recurso efectivas

En el artículo 17 se mantiene la regulación de las vías de defensa que mediante recursos previstos en los correspondientes ordenamientos penales tendrá el acusado, subrayando ya en el propio título que habrán de ser lo más efectivos posibles.

Este precepto viene a consagrar una de las más demandadas peticiones de varios operadores jurídicos. En especial, los representantes de la abogacía que han visto con desconfianza esta Propuesta por considerar —en nuestra opinión muy acertadamente— que la misma no garantizaba la tutela judicial efectiva de los investigados, además de presentar un claro desequilibrio entre los instrumentos a los que puede acceder la parte investigadora/acusadora y la parte defensora /acusada. El precepto, señala de manera concreta dos instrumentos del derecho europeo —la Directiva (UE) 2016/680 y el Reglamento (UE) 2016/79 — que podrían ser utilizados por los investigados, a parte de la normativa interna⁶⁰.

Continúa el precepto, señalándonos en apartados siguiente, las reglas procesales a tener en cuenta con respecto al foro donde ejercer el derecho a la defensa, así como las posibles alegaciones que podrán plantearse. Del mismo modo, se advierte del deber de información al investigado sobre las posibilidades de defensa y sus mecanismos, así

⁶⁰ Directiva (UE) 2016/680 y del Reglamento (UE) 2016/679.

como de los plazos y compatibilidades entre los derechos a aplicar. Por último, se realiza un exhorto general —en nuestra opinión más bienintencionado que práctico— a todas las autoridades implicadas en los diferentes foros para que vigilen y extremen el respeto por los derechos y garantías procesales de los investigados⁶¹.

4.3.Sistema informático descentralizado

Una de las más destacadas modificaciones que se han incluido en el texto transaccional final se encuentra en el artículo 18⁶², el cual, ha transmutado de un breve precepto que hacía referencia al respeto de privilegios e inmunidades contemplados por el Estado de ejecución, a un minucioso artículo que incluso desborda el capítulo IV, para adentrarse en las Disposiciones finales del capítulo V.

El origen de esta nueva regulación se encuentra una petición reiterada entre otros por el CCBE, con respecto a la creación de un sistema propio de la UE, que garantizase y facilitase el intercambio de datos entre autoridades y entre las propias autoridades competentes con los proveedores de servicios. Esta petición cristalizó en mayo del año pasado con la creación de un sistema denominado e-CODEX⁶³, cuya finalidad como detalla su artículo 2 es el «... intercambio electrónico transfronterizo de datos en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal [...]de conformidad con los actos jurídicos de la Unión adoptados en dicho ámbito» y, del mismo modo regula las responsabilidades y obligaciones de la agencia encargada de su control⁶⁴. El artículo 18 del texto final se refiere a este sistema como «*Decentralised IT Sistem*» y, pretende garantizar la validez jurídica de los documentos transmitidos a través del sistema en todo el territorio de la UE. Lo cual no deja de ser evidente, pues es el objeto principal, no solo del Sistema informático descentralizado, sino del conjunto de la Propuesta.

⁶¹ Especial mención al derecho de la defensa y la equidad del CCBE.

⁶² Art. 19 del Reglamento 2023/1543.

⁶³ Reglamento (UE) 2022/850 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022

relativo a un sistema informatizado para el intercambio electrónico transfronterizo de datos en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal (sistema e-CODEX), y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726. Diario Oficial de la Unión Europea. L 150/1. 01 de junio de 2022.

⁶⁴ Eu- LISA, artículo 7 del Reglamento (UE) 2022/850.

Se regula el uso de firmas y sellos por las partes de acuerdo con la normativa vigente de ámbito europeo —Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo— que garanticen la seguridad en la transferencia de datos. Resulta especialmente relevante este apartado, pues es crucial garantizar las comunicaciones no solo entre abogado y cliente, sino, entre todas las partes implicadas. La transferencia de datos sin las debidas garantías supone una falla en la cadena de custodia que afectaría a la propia validez del proceso penal⁶⁵. Para implementar el sistema fija un plazo de dos años para la entrada en vigor del presente Reglamento (*vacatio legis*). Se preceptúa una referencia al periodo temporal de carácter transitorio que se contempla hasta la implementación total de este sistema. Es razonable suponer que generalizar el uso de este sistema en toda la UE, llevará un plazo considerable; por ello, y mientras no sea posible se establecerán mecanismos alternativos. Pero el problema que vislumbramos es referido a esos «otros canales seguros» de comunicación que se usaran durante el periodo transitorio. Esta indefinición puede provocar inseguridad jurídica.

5. DISPOSICIONES FINALES

El legislador ha querido encuadrar en un capítulo final sobre «Disposiciones finales», varios supuestos y figuras normativas que tienden a regular y controlar el propio Reglamento, sí como su práctica real. Se establece la obligatoriedad de realizar informes y estadísticas que demuestren como se está acometiendo la implantación del mismo, regulándose unos plazos y temporalidad concreta: «a más tardar el 31 de marzo de cada año para el año civil anterior...»⁶⁶ se deberá presentar una recopilación de datos tasados en el propio precepto. En siguientes apartados, se prevé la posibilidad de recopilar estos datos y estadísticas a través del sistema informático descentralizado. También se permitirá a los proveedores de servicios recopilar y publicar estos datos, siempre que se respete la legislación al respecto sobre protección de datos, que podrán ser enviados a la Comisión en el plazo anteriormente citado.

⁶⁵ Todo ello, con el correspondiente respeto a las normas emanadas del «Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE».

⁶⁶ En el Reglamento finalmente aprobado se cambia esta fecha de referencia por el 18 de agosto de 2025, 2026, así como del año 2027 para la presentación de informes los 30 de junio de cada año.

Para finalizar, el legislador si ha establecido con concreción el plazo de un año desde la aprobación de este Reglamento para publicar estos datos por parte de la Comisión, no más tarde del 30 de junio de cada año. Pensamos que se puede producir un indeseado solapamiento de informes y estadísticas.

La rotundidad con la que se advierte de la necesidad de realizar estos informes y la insistencia en el cumplimiento de plazos parece demostrar cierta desconfianza del legislador en la aplicación del instrumento normativo por parte de cada Estado. Se concreta en este texto transaccional final el plazo de doce meses desde la entrada en vigor del presente Reglamento, para que cada Estado miembro notifique de manera fehaciente a la Comisión sobre: las autoridades competentes para expedir ordenes europeas de entrega y conservación, las autoridades competentes para la ejecución de las referidas órdenes, las autorizadas a tramitar objeciones, así como las lenguas aceptadas para la presentación de las EPOC y EPOC-PR⁶⁷. Se establece la entrada en vigor del presente Reglamento a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Se fija además una *vacatio legis* de tres años. Se recuerda la obligatoriedad del Reglamento, excepto en lo referente al Sistema informático descentralizado, se deberá aplicar al año de la adopción para los «actos de ejecución a los que se refiere el art. 18 *quinquies*», lo que puede entrar en contradicción con los dos años de la *vacatio* del sistema e-CODEX. La redacción resulta confusa, al hablar de plazos de tres años para la entrada en vigor del Reglamento, dos años para el sistema e- CODEX y un año para los actos de ejecución referidos en el art. 18 *quinquies*.

CONCLUSIONES

Dentro de las numerosas críticas que provocó el primer texto de la Propuesta de Reglamento, se encontraba la falta de garantías que mostraba con respecto de la orden de entrega al evitar la intervención de la autoridad judicial —de esta manera se aparta de la figura de la cooperación judicial propiamente dicha— con la excusa de facilitar y agilizar el intercambio de información. Precisamente por ello, se denota a lo largo de las propuestas e informes sucesivos una mayor participación

⁶⁷ Toda esta información se hará pública por parte de la Comisión, ya sea en la página web de la Red Judicial Europea o en un sitio web específico que parece que se prevé pro aun esta sin concretar. Lo cual es considerado un acierto por -entre otros- el Prof. Bueno de Mata, F. Ob.cit. pág.42.

de las autoridades judiciales de los Estados de ejecución con el fin de garantizar los derechos de los investigados —como se observa en los arts. 16 y 17 sobre las vías de recurso del texto final— aumentando las posibilidades de oponerse a las órdenes de entrega y conservación.

Esta carencia se ha ido corrigiendo, a lo largo de la tramitación parlamentaria de la Propuesta, permitiendo al Estado de ejecución notificado revisar la orden u objetar su ejecución, algo que ya en su momento fue un tema muy controvertido⁶⁸. Ahora bien, según se han ido adicionando medidas para garantizar derechos de los investigados, las deseadas cualidades de rapidez y eficacia en las órdenes parecen perderse. Es muy posible que las modificaciones establecidas hayan hecho cada vez más evidente que las nuevas EPOC y EPOC-PR no ofrecen grandes novedades o ventajas con respecto de la OEI o los acuerdos de asistencia Judicial Mutua (MLAT)⁶⁹.

Del mismo modo se han intentado remarcar la protección de garantías y derechos de los investigados como se observa en los artículos 5 y 6 , así como expresas referencias al respeto de inmunidades y privilegios cuya posible vulneración fue criticada, y de ser omitidos en textos iniciales, han pasado a ser citados expresamente con el fin de garantizar el respeto a los mismos —artículo 7— evitando así posible vulneraciones que afecten a Estados terceros y que podrían crear problemas de extraterritorialidad.

Entre las principales críticas que se hicieron estaba la de notificar las órdenes de entrega directamente al proveedor de servicios sin participación del Estado de ejecución. Para paliar esta deficiencia que podría afectar a las garantías procesales del investigado, se han introducido en el texto final la posibilidad de enviar simultáneamente otra orden de entrega al Estado de ejecución donde se encuentre el proveedor de servicios, uno de sus establecimientos o el representante legal.

El debate suscitado entre los diversos Estados de la U.E., al considerar unos que se deben aumentar las garantías procesales y otros abogar por la rapidez y eficacia del sistema demuestra que persiste la fragmentación en los procedimientos y , debido a la sempiterna

⁶⁸ Gastón Marcen. A. Ob.cit pág.1128.

⁶⁹ Véase Arangüena Fanego, C.; De Hoyos Sancho y Rodríguez-Medel Nieto, C (Dir. y Coord.) (2015): *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra).

desconfianza entre los diferentes Estados, se vuelve a insistir —en el texto final— en establecer motivos de impugnación y denegación de las órdenes por parte del Estado de ejecución con el fin de garantizar supuestas vulneraciones de derechos fundamentales. Lo cual no es sino una clara muestra de desconfianza de unos Estados en los ordenamientos judiciales de otros minando, por tanto, el Principio de confianza mutua.

Por otra parte, hemos de señalar la introducción en el texto transaccional final del instrumento denominado «sistema informático descentralizado»⁷⁰ mediante un extensísimo —y quizá desproporcionado— artículo 18, que desarrolla su creación, características y plazo de aplicación, con una *vacatio* —como punto negativo— de dos años a partir de la entrada en vigor del Reglamento. También, debemos señalar como acierto de este Reglamento el codificar la obligación de las empresas de servicio de nombrar un representante legal para de esta manera forzarles a cooperar en los procesos penales, al instituir así un canal estable de comunicación entre las empresas y las autoridades judiciales y policiales.

En definitiva, la bienintencionada decisión de crear este sistema para facilitar la transmisión de los procedimientos transfronterizos y el intercambio de información entre autoridades de distintos países que mejoren las investigaciones puede verse frenada por la falta de personal especializado, las diferencias en el nivel de implantación de nuevas tecnologías entre Estados y la seguridad en la propia agencia que haya de gestionar esta herramienta, como nos recuerda LARO GONZÁLEZ⁷¹.

De manera resumida podemos afirmar que las modificaciones introducidas en el texto transaccional final, mejoran las carencias señaladas en cuanto a la protección de derechos de los investigados, pero debido a ello, se producirá en nuestra opinión una falta de operatividad de las órdenes de entrega y conservación, que hará que no se cumpla con el objetivo principal del Reglamento, quedándonos en el punto de partida en cuanto a los mecanismos de cooperación judicial, con lo cual paradójicamente podría resultar innecesario el propio Reglamento ya que con los instrumentos actuales —OEI y MLAT— sería suficiente.

⁷⁰ 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.

⁷¹ Laro González, E. Ob. cit, págs. 300-301.

BIBLIOGRAFÍA

Arangüena Fanego, C.; De Hoyos Sancho y Rodríguez-Medel Nieto, C (Dir. y Coord.) (2015): *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra).

De Hoyos Sancho, M. (2022): “Reflexiones acerca de la Propuesta de Reglamento UE sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal”. *Revista General de Derecho Procesal* 58, 1-37.

Domínguez Ruíz, L. (2019): *La orden europea de investigación. Análisis legal y aplicaciones prácticas*. Tirant lo Blanch. Valencia.
Fontestad Portalés, L. (dir.), Jiménez López, M de las N. (coord.), VV.AA. *La transformación digital de la cooperación jurídica penal internacional*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra).

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 O. Fuentes Soriano (dir.), P. Arrabal Platero (coord.), Y. Doig Díaz (coord.), A. Ortega Giménez (coord.), I. Turégano Mansilla (coord.). *Era digital, sociedad y derecho*. Tirant lo Blanch. Valencia, pp.281-320.

Gascón Marcen, A. (2019): “Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas: evaluación de la propuesta de la comisión europea”. En J. M. Martín Rodríguez (dir.), L. García-Álvarez (dir.), A. Sánchez Rubio (coord.), J. M. Macarro Osuna (coord.) *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*. Dykinson. Madrid, pp. 1121-1134.

Hernández López, A. (2023): “El procedimiento de entrega de Carles Puigdemont: estado actual y perspectivas”. *Revista de Estudios Europeos*, n ° extraordinario monográfico 1, 279-310.

Laro González, E. (2022): “Prueba penal transfronteriza: de la orden europea de investigación a las órdenes europeas de entrega y

conservación de pruebas electrónicas”. *Revista de Estudios Europeos*, 79, 285-303.

Tinoco Pastrana, A. (2022): “Las medidas de investigación tecnológica en el espacio de libertad, seguridad y justicia”. En M. Jimeno Bules (Dir.), C. Ruiz López (coord.) *La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal: su influencia en el proceso español*. Tirant lo Blanch. Valencia.

Tosza, S. (2020): “All evidence is equal, but electronic evidence is more equal than any other: The relationship between the European Investigation Order and the European Production Order”. *New Journal of European Criminal Law*, 11(2) 161–183.

Tosza, S. (2021): “Internet service providers as law enforcers and adjudicators. A public role of private actors”. *Computer law & security review*, 43. www.elsevier.com/locate/CLSR.