

La digitalización de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: propuestas y perspectivas legislativas¹

ALEJANDRO HERNÁNDEZ LÓPEZ

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal
Universidad de Valladolid*

I. INTRODUCCIÓN

Una cooperación judicial en materia penal eficiente requiere el mantenimiento de una infraestructura de comunicación segura, de confianza y ágil entre las autoridades competentes, capaz de adaptarse a situaciones contingentes. Desde el punto de vista de los justiciables, debe garantizar su derecho a acceder a la Justicia en un tiempo razonable como parte de su derecho al debido proceso. En este sentido, la digitalización se muestra como una oportunidad y cauce óptimo para la consecución de estos objetivos.

La digitalización de la Justicia y, específicamente, de la cooperación judicial en materia penal, es una de las grandes asignaturas pendientes del proceso de consolidación del Espacio de Libertad y Justicia. Los últimos datos de la Comisión sobre digitalización de la cooperación judicial en la Unión Europea² muestran las enormes diferencias que, aún hoy,

1. El presente trabajo forma parte del proyecto de investigación nacional “Proceso penal y Unión Europea. Análisis y propuestas” (Ref. PID2020-116848GB-I00) y ha sido elaborado durante el desarrollo de un contrato “Margarita Salas” financiado por la Unión Europea – NextGenerationEU.
2. *Study on the Digitalisation of Cross-Border Judicial Cooperation in the EU –Final Report–*, agosto 2021 (publicado el 1 de abril de 2022), DOI 10.2838/174474, en especial, pp. 28-31.

existen entre los Estados miembros en cuanto al nivel de digitalización de sus sistemas de administración de justicia, y como la mayor parte de los intercambios formales de información siguen produciéndose en formato papel.

La situación excepcional vivida durante la pandemia por la COVID-19 no ha hecho más que evidenciar esta necesidad. La imposibilidad de desarrollar actuaciones presencialmente durante los momentos más álgidos de la crisis, unida a las fuertes restricciones a la movilidad establecidas tanto a nivel nacional como internacional, llevaron a la adopción temporal de soluciones basadas en medios digitales, que hasta el momento se aplicaban de manera excepcional, con el fin de evitar la paralización total de los procedimientos. Las lecciones aprendidas durante este periodo han llevado a los Estados miembros y a la Unión Europea a plantearse la necesidad de normalizar el uso de las TIC, convirtiendo en prioritaria la digitalización de todos los ámbitos de nuestra sociedad, incluida la cooperación judicial y el acceso a la Justicia.

Dentro de esta estrategia, la presente aportación se centra en el análisis crítico de algunas de las últimas propuestas sobre digitalización de la cooperación judicial publicadas por la Comisión como parte de un paquete legislativo más amplio y diseñado para llevar a cabo este cambio de paradigma.

II. ANTECEDENTES

1. EL PROCESO DE DIGITALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA

El uso de soluciones digitales en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal no es una novedad reciente. En la Unión Europea, ya se prevé el uso de la videoconferencia en el Convenio de asistencia judicial en materia penal entre Estados miembros de la Unión Europea del año 2000³. En la misma línea, la hoy derogada Decisión marco 2001/220/JAI apostaba por recurrir, en la mayor medida posible, a la audiencia mediante videoconferencia de las víctimas residentes en el extranjero⁴.

Desde entonces, la digitalización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia siempre ha formado parte de los objetivos de la Unión Europea.

3. Art. 10 Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (DO C 197 de 12 de julio de 2000).

4. Art. 11 Decisión marco 2001/220/JAI, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DO L 82 de 22 de marzo de 2001).

Así, el Consejo JAI decidió en junio de 2007 que debía promocionarse el uso de las TIC en el ámbito de la Justicia⁵, concretándose en la creación del portal europeo e-Justice⁶. Esta estrategia ha seguido desarrollándose paulatinamente mediante el Plan de acción plurianual 2009-2013 relativo a la justicia en red europea⁷, sus sucesivas reediciones⁸, así como mediante las acciones y recomendaciones de las instituciones europeas⁹.

No cabe duda de que la crisis sanitaria provocada por el virus SARS-CoV-2 ha supuesto un verdadero punto de inflexión en este proceso. Durante este aciago periodo en el que la presencialidad no era posible o estaba fuertemente limitada, los Estados miembros tuvieron que recurrir a soluciones transitorias, a menudo apoyadas en soluciones digitales, que en muchas ocasiones contaban con una nula o pobre cobertura legal y/o técnica que sirviera de apoyo. Esta situación excepcional lógicamente se trasladó al ámbito de la cooperación transfronteriza, ralentizando o directamente paralizando la aplicación de la mayoría de los instrumentos de cooperación, incluidos aquellos que dan efecto al principio de reconocimiento mutuo¹⁰.

En este contexto, en junio de 2020 el Consejo adoptó sus Conclusiones sobre “la configuración del futuro digital en Europa”¹¹, que incluían como objetivo prioritario la digitalización de los sistemas judiciales de los Estados miembros para mejorar el acceso a la Justicia. Dentro de este objetivo amplio, el Consejo solicitó a la Comisión la proposición de medidas tendentes a facilitar los intercambios digitales transfronterizos entre los Estados miembros, tanto en materia civil¹² como penal, garantizando la sostenibilidad y el desarrollo continuo de las soluciones técnicas utilizadas

5. BUENO DE MATA, F., “Justicia online y ciudadanía: el portal europeo E-Justicia como medio de información y apoyo a los ciudadanos para solventar sus litigios transfronterizos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18, 2011, pp. 194-195.
6. GASCÓN INCHAUSTI, F., “La e-Justicia en la Unión Europea: balance de situación y planes para el futuro (en diciembre de 2009)”, en SENÉS MOTILLA, C. (Coord.), *Presente y futuro de la E-Justicia en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 83-125.
7. DO C 75 de 31 de marzo de 2009.
8. Plan de acción plurianual 2014-2018 relativo a la Justicia en red europea (DO C 182 de 14 de junio de 2014); Plan de acción plurianual 2019-2023 (DO C 96 de 13 de marzo de 2019).
9. V.g. Recomendaciones del Consejo “Fomentar la utilización de las videoconferencias transfronterizas en el ámbito de la justicia en los Estados miembros y a escala de la UE y compartir las mejores prácticas” (DO C 250 de 31 de julio de 2015).
10. *Vid. The impact of COVID-19 on Judicial Cooperation in Criminal Matters. Analysis of Eurojust Casework.*, mayo 2021, DOI:10.2812/083631.
11. DO C 202 de 16 de junio de 2020.
12. Sobre los antecedentes del proceso de digitalización de la cooperación judicial en materia civil y mercantil, *vid. ELVIRA BENAYAS, M. J., “Digitalización de la*

para dichos intercambios. Ese mismo mes se completó el informe final encargado por la Comisión *Cross-border Digital Criminal Justice* –publicado en septiembre de 2020–¹³, documento que analiza en profundidad los problemas y disfuncionalidades digitales detectadas a lo largo de los años por las autoridades judiciales, órganos, organismos y agencias de la Unión con un rol activo en la cooperación judicial, incluyendo algunas propuestas *de lege ferenda* en función de los diferentes escenarios posibles.

En octubre de 2020, el Consejo instó de nuevo a la Comisión a presentar medidas concretas para emprender la digitalización de la justicia y, concretamente, en el ámbito penal, solicitó evaluar la ampliación del Sistema Digital de Intercambio de Pruebas Electrónicas (eEDES), que ya se venía utilizando en el marco de la Orden Europea de Investigación (OEI), a otros instrumentos de cooperación judicial en materia penal¹⁴. La Comisión recogió el guante e incorporó en su programa de trabajo para 2021¹⁵ la creación de una batería de nuevas medidas específicas dentro del denominado “paquete de cooperación judicial digital”. Entre estas medidas, se contempló expresamente la creación de un mecanismo para el intercambio digital de información en casos transfronterizos de terrorismo; la creación de una plataforma de colaboración para los Equipos Conjuntos de Investigación; y la digitalización de la cooperación judicial transfronteriza. El lanzamiento de todas estas iniciativas se programó para el cuarto trimestre de 2021.

En diciembre de 2020, la Comisión publicó una nueva comunicación sobre la digitalización de la Justicia en la Unión Europea¹⁶, incluyendo una serie de medidas destinadas a impulsar esta digitalización tanto a nivel nacional como a nivel europeo. En concreto, se estimaba la necesidad de aumentar la resiliencia de los sistemas judiciales europeos a situaciones contingentes como la vivida durante la pandemia y preveía como uno de los ejes principales de actuación la modernización de todos los procedimientos legislativos de cooperación judicial hacia la aplicación del principio “digital por defecto”, es decir, la aplicación preferente de canales digitales de comunicación como medio para mejorar la eficiencia y la flexibilidad de la comunicación, así como para reducir los costes y la carga administrativa.

cooperación judicial internacional en materia civil o mercantil en la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, núm. 101, 2022, pp. 220-225.

13. *Cross-border Digital Criminal Justice. Final Report*, junio 2020, DOI: 10.2838/118529.
14. *Vid.* Conclusiones del Consejo “Acceso a la justicia: aprovechar las oportunidades de la digitalización” (DO C 342 de 14 de octubre de 2020), en especial Conclusión 27.
15. Documento COM(2020) 690 final, de 19 de octubre de 2020, *Commission Work Programme 2021: a Union of vitality in a world of fragility*, Anexo I, p. 5.
16. Documento COM(2020) 710 final, de 2 de diciembre de 2020.

2. EL PAQUETE LEGISLATIVO PROPUESTO POR LA COMISIÓN

Tal y como estaba inicialmente previsto, la Comisión publicó el 1 de diciembre de 2021 un conjunto de propuestas destinadas a hacer realidad algunos de los objetivos formulados sobre la digitalización de la cooperación judicial¹⁷. En la esfera penal, estas iniciativas son las siguientes: la Propuesta de Reglamento por el que se crea una plataforma de colaboración en apoyo del funcionamiento de los Equipos Conjuntos de Investigación¹⁸; La Propuesta de Reglamento sobre intercambio de información digital en casos de terrorismo¹⁹; Las propuestas de Reglamento y la Directiva sobre digitalización de la cooperación judicial en materia civil, mercantil y penal²⁰.

Dentro del paquete legislativo presentado por la Comisión, debido a su amplio ámbito de aplicación material, la Propuesta de Reglamento sobre digitalización de la cooperación judicial y acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales (en adelante, Propuesta de Reglamento DIG) es, junto con la Propuesta de Directiva que la acompaña, la iniciativa que posee un mayor potencial transformador. Por este motivo y por razones de extensión, dedicaremos las siguientes líneas a analizar exhaustivamente los cambios que propone el texto actual de esta iniciativa y su virtual impacto en Europa y en España.

III. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE DIGITALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL COM(2021) 759 FINAL

1. OBJETIVO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El objetivo principal de esta iniciativa es establecer el uso por defecto de canales digitales seguros en la aplicación de todos los mecanismos de cooperación judicial transfronteriza adoptados hasta la fecha, con el objetivo de mejorar la eficiencia, celeridad y contribuir al ahorro de costes materiales y temporales.

En este sentido, la Propuesta de Reglamento DIG busca introducir un nuevo marco jurídico para la comunicación electrónica entre autoridades competentes y entre personas físicas y jurídicas y autoridades competentes

17. REYNDERS, D., "Digitalising Justice Systems to Bring Out the Best in Justice", *Eucrim*, issue 4, 2021, pp. 236-237.

18. Documento COM(2021) 756 final, de 1 de diciembre de 2021.

19. Documento COM(2021) 757 final, de 1 de diciembre de 2021

20. Documentos COM(2021) 759 final y COM(2021) 760 final, de 1 de diciembre de 2021.

en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, mercantil y penal. Específicamente, la iniciativa de la Comisión busca establecer reglas mínimas comunes en torno a las siguientes cuestiones²¹:

- 1) La comunicación electrónica entre autoridades competentes y entre personas físicas o jurídicas y autoridades competentes.
- 2) El uso de la videoconferencia o medios análogos de comunicación a distancia con fines diferentes a la obtención de pruebas en asuntos civiles y mercantiles²².
- 3) La aplicación de servicios de confianza electrónicos.
- 4) Regulación de los efectos jurídicos de los documentos electrónicos.
- 5) El pago electrónico de tasas.

Como puede observarse, el ámbito de aplicación material de la Propuesta de Reglamento DIG incluye aspectos relacionados con la cooperación judicial transfronteriza en materia civil, mercantil y penal. En lo que atañe específicamente a la cooperación judicial en materia penal, objeto al que se circunscribe el presente trabajo, el ámbito material que propone esta iniciativa afectaría exclusivamente a los siguientes ámbitos:

- 1) Comunicación electrónica entre autoridades competentes en el contexto de los actos de derecho de la Unión específicamente señalados en el Anexo II de la Propuesta de Reglamento DIG. Estos actos incluyen todos los instrumentos que dan efecto al principio de reconocimiento mutuo adoptados hasta la fecha. Son los siguientes²³:
 - i. Decisión marco 2002/465/JAI sobre equipos conjuntos de investigación (Decisión marco ECI)²⁴;
 - ii. Decisión marco 2002/584/JAI relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (Decisión marco ODE)²⁵;
 - iii. Decisión marco 2003/577/JAI relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas²⁶;

21. KRAMER, X., "Digitising access to justice: the next steps in the digitalisation of judicial cooperation in Europe", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 56, 2022, p. 5.

22. Este último aspecto ya regulado por el Reglamento (UE) 2020/1783 (DO L 405 de 2 de diciembre de 2020).

23. *Vid.* Anexo II Documento COM(2021) 759 final.

24. DO L 162 de 20 de junio de 2002.

25. DO L 190 de 18 de julio de 2002.

26. DO L 196 de 2 de agosto 2003.

- iv. Decisión marco 2005/214/JAI relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias²⁷;
 - v. Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso²⁸;
 - vi. Decisión marco del Consejo 2008/909/JAI relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea²⁹;
 - vii. Decisión marco 2008/947/JAI relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas³⁰;
 - viii. Decisión marco 2009/829/JAI relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional³¹;
 - ix. Decisión marco 2009/948/JAI sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales³²;
 - x. Directiva 2014/41/UE relativa a la orden europea de investigación en materia penal (Directiva OEI)³³.
 - xi. Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso³⁴.
- 2) Uso de videoconferencia y otros medios de comunicación a distancia análogos en el desarrollo de procesos penales y, en especial, para la audiencia de investigados, acusados y condenados.

27. DO L 76 de 22 de marzo de 2005.

28. DO L 328 de 24 de noviembre de 2006.

29. DO L 327 de 5 de diciembre de 2008.

30. DO L 337 de 16 de noviembre de 2008.

31. DO L 294 de 11 de noviembre de 2009.

32. DO L 328 de 15 de diciembre de 2009.

33. DO L 130 de 1 de mayo de 2014.

34. DO L 303 de 28 de noviembre de 2018.

- 3) Utilización de servicios de confianza y regulación de la eficacia jurídica de los documentos electrónicos.
- 4) Protección de la información transmitida a través de estos medios.

En cuanto a su ámbito de aplicación espacial, en caso de ser adoptada, la Propuesta de Reglamento DIG se aplicaría a todos los Estados miembros salvo Irlanda y Dinamarca en aplicación de las cláusulas *opt in* y *opt out* de sus respectivos protocolos³⁵. No obstante, Irlanda puede notificar su intención de participar en el instrumento en cualquier momento.

2. COMUNICACIÓN DIGITAL POR DEFECTO ENTRE AUTORIDADES COMPETENTES

El Capítulo II de la Propuesta de Reglamento DIG regula la comunicación a través de medios digitales entre las autoridades competentes de los Estados miembros. A efectos de esta iniciativa, debe entenderse por autoridad competente no solo a las autoridades judiciales *lato sensu* de los Estados miembros –jueces y fiscales–, sino también a los órganos y organismos de la Unión (v.g. Fiscalía Europea, Eurojust) y a otras autoridades que participen en procedimientos de cooperación judicial de acuerdo con lo dispuesto en los actos jurídicos de derecho de la Unión incluidos en su ámbito de aplicación (v.g. autoridades nacionales competentes establecidas en el art. 2 (c) (ii) de la Directiva OEI)³⁶.

Para este fin, el texto utiliza una fórmula genérica destinada a convertir la comunicación por medios electrónicos en la opción por defecto para el intercambio de información entre autoridades competentes. Así pues, todas las referencias a las comunicaciones que deben o pueden establecerse entre las autoridades competentes en cada uno de los actos jurídicos que abarca el listado de instrumentos de cooperación comprendidos en el Anexo II, incluido el intercambio de formularios, se llevará a cabo a través de medios digitales utilizando un sistema informático descentralizado, seguro y fiable³⁷. Por lo tanto, no solo la comunicación digital será el medio que deberán utilizar las autoridades por defecto, sino que además esta comunicación deberá llevarse a cabo a través de un sistema

35. *Vid.* arts. 1, 2 y 4 bis (1) Protocolo núm. 21 al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sobre la posición de Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia (DO C 326, de 26 de octubre de 2012; arts. 1 y 2 Protocolo núm. 22 al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sobre la posición de Dinamarca (DO C 326 de 26 de octubre de 2012).

36. En consonancia con lo dispuesto en el art. 2 (1) de la Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

37. Art. 3 (1) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

informático *ad hoc* que cuente con las características específicas anteriormente mencionadas –descentralizado, seguro, y fiable–. El carácter descentralizado de ese sistema informático debería permitir intercambios de datos seguros exclusivamente entre un Estado miembro y otro, sin la intervención de terceros en el contenido. Aunque el articulado de la Propuesta de Reglamento DIG no lo especifica, los puntos de acceso del sistema deberán estar basados en la tecnología de la plataforma e-CODEX³⁸, cuyo Reglamento además ha sido recientemente adoptado³⁹.

A pesar de instaurar obligatoriamente el principio “digital por defecto” en las comunicaciones entre autoridades a través de un sistema descentralizado, la propia Propuesta de Reglamento DIG prevé excepciones al uso obligatorio de este sistema. En primer lugar, se contempla expresamente la posibilidad de que la comunicación electrónica no se pueda transmitir a través del sistema informático descentralizado *ad hoc* porque este no esté operativo debido a alguna interrupción transitoria, o bien porque la naturaleza del material a transmitir o circunstancias excepcionales desaconsejen su uso. En estos casos, la redacción actual de la Propuesta de Reglamento DIG permitiría que la comunicación se lleve a cabo a través del medio alternativo más rápido y apropiado, siempre teniendo en cuenta la necesidad de asegurar que el intercambio de información se realiza de una manera segura y fiable⁴⁰. Esto en la práctica se traducirá en la posibilidad de utilizar un sistema de transmisión alternativo –tanto digital como tradicional– para el intercambio de información, siempre y cuando este sistema ofrezca unos estándares de seguridad y fiabilidad adecuados. A falta de una mayor concreción en el texto actual de la iniciativa, parece que serán los Estados miembros los encargados de determinar qué tipo de sistemas alternativos (v.g. correo electrónico seguro, correo postal certificado) pueden suplir válidamente al sistema descentralizado en caso de disrupción transitoria del sistema o la concurrencia cualquiera de las otras causas tasadas –y excesivamente ambiguas– previstas como excepción.

En segundo lugar, cuando el uso del sistema informático descentralizado no se estime apropiado en atención a las específicas circunstancias de la comunicación a transmitir, cualquier otro medio de comunicación podrá usarse⁴¹. Esta cláusula de escape permitiría el uso subsidiario y excepcional de medios comunicación más informales entre las autoridades

38. *Vid.* Considerando 11 Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

39. Reglamento (UE) 2022/850 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) (DO L 150 de 1 de junio de 2022).

40. Art. 3 (2) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

41. Art. 3 (3) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

nacionales, tales como el correo electrónico convencional. Nuevamente, nada dice la actual redacción de la Propuesta de Reglamento DIG sobre qué circunstancias específicas podrían llegar a motivar este uso subsidiario de la comunicación no segura, por lo que ha de entenderse que su recurso quedará sujeto al prudente arbitrio de las propias autoridades que llevarán a cabo la comunicación. No obstante, el texto sí prohíbe expresamente el uso de esta excepción para el intercambio de formularios previstos en los instrumentos enumerados en el Anexo II (por ejemplo, el intercambio de formularios de ODE o de OEI), que por lo tanto deberán transmitirse utilizando medios seguros y fiables y, preferentemente, de manera electrónica⁴².

3. USO DE VIDEOCONFERENCIA U OTROS MEDIOS ANÁLOGOS DE COMUNICACIÓN A DISTANCIA EN PROCESOS PENALES TRANSFRONTERIZOS

3.1. Requisitos comunes básicos: la prevalencia del consentimiento

El Capítulo IV – art. 8 de la Propuesta de Reglamento DIG se centra en el uso de la videoconferencia u otras tecnologías de comunicación a distancia en el curso de procesos penales con elementos transfronterizos en los Estados miembros de la Unión Europea.

Cuando la autoridad nacional competente de un Estado miembro solicite la audiencia de una persona investigada, acusada o condenada en procedimientos encuadrados dentro de cualquiera de los actos jurídicos listados en el Anexo II, la autoridad competente que recibe la solicitud debe permitir la participación en la audiencia mediante videoconferencia u otro medio de comunicación a distancia, siempre y cuando la tecnología esté disponible⁴³; las circunstancias particulares del caso justifiquen el uso de dicha tecnología⁴⁴ y la persona investigada o condenada exprese su consentimiento⁴⁵. En relación con este último requisito, la persona investigada, acusada o condenada debe tener la posibilidad de ser asesorado por un abogado de conformidad con el derecho de la Unión⁴⁶ antes de prestar

42. Art. 3 (4) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

43. Art. 8 (1) (a) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

44. Art. 8 (1) (b) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

45. Art. 8 (1) (c) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

46. En consonancia con lo dispuesto en la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades

válidamente su consentimiento. Por lo tanto, la Propuesta de Reglamento DIG, a diferencia de otros instrumentos de la Unión, configura el consentimiento expreso como una condición previa y obligatoria para la válida realización de la declaración mediante videoconferencia.

La disposición anterior debe considerarse una norma general –y especialmente garantista–, pero que sin embargo deberá coexistir con otras previsiones específicas que regulan el uso de videoconferencia y otros medios análogos en otros instrumentos de cooperación judicial en materia penal. En este sentido, la propia Propuesta de Reglamento DIG limita su ámbito de aplicación material, al establecer que sus disposiciones se entienden sin perjuicio de lo dispuesto en los actos jurídicos establecidos en el Anexo II⁴⁷. Uno de estos actos jurídicos es precisamente la Directiva OEI, que en su art. 24 ya regula detalladamente la comparecencia mediante videoconferencia tanto de testigos y peritos como del propio investigado o acusado. En relación con este último caso, la Directiva OEI, a diferencia de la actual Propuesta de Reglamento DIG, contempla la falta de consentimiento del investigado o acusado como motivo de denegación potestativo y específico, por lo que su necesidad dependerá, en gran medida, de la rigidez con la que cada Estado miembro haya transpuesto esta disposición y de la propia praxis judicial a nivel nacional. Asimismo, la Directiva OEI guarda silencio sobre el tiempo y forma en la que debe prestarse este consentimiento y, especialmente, si este debe ser o no informado con la concurrencia de asistencia letrada. Este mismo esquema se repite en la ley de transposición española, la Ley de Reconocimiento Mutuo (LRM)⁴⁸, cuyo articulado solo reconoce la falta de consentimiento como motivo de denegación facultativo y no contempla expresamente la asistencia letrada previa a la hora de otorgar el consentimiento⁴⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, sí han de aplicarse las normas de derecho español sobre comparecencia de investigados y acusados⁵⁰, por lo que ha de entenderse que en España cualquier declaración de un investigado o

consulares durante la privación de libertad (DO L 294 de 6 de noviembre de 2013). Para un análisis en profundidad del instrumento, ARANGÜENA FANEGO, C., “El derecho a la asistencia letrada en la directiva 2013/48/UE”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014.

47. Art. 8 (2) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

48. Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE n.º 282 de 21 de noviembre de 2014).

49. Art. 216 LRM. *Vid.* DE HOYOS SANCHO, M., “La Orden Europea de Investigación: reflexiones sobre su potencial efectividad a la vista de los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución en España”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 4, 2019.

50. Art. 216 (2) (b) LRM.

acusado mediante videoconferencia solicitada a través de una OEI –o de cualquier otro instrumento de reconocimiento mutuo o de cooperación judicial internacional– debe siempre garantizar sus derechos de defensa y, concretamente, la concurrencia de asistencia letrada efectiva.

Así pues, la regulación genérica que propone actualmente la Propuesta de Reglamento DIG difiere en aspectos clave –singularmente, la obligatoriedad de que el investigado o acusado otorgue previamente su consentimiento– con la regulación específica preexistente en otros instrumentos ya adoptados, tales como la Directiva OEI. La actual redacción de la Propuesta de Reglamento DIG remarca su carácter subsidiario, por lo que debe entenderse que regulaciones más restrictivas desde el punto de vista de las garantías procesales prevalecerán. A mi juicio este planteamiento es erróneo, ya que la redacción genérica y más garantista que propone la Propuesta de Reglamento DIG, que además resulta en línea con las directrices más actuales de la CEPEJ⁵¹ y la jurisprudencia del TEDH sobre esta materia⁵², debería prevalecer respecto a cualesquiera otras regulaciones específicas menos garantistas. Además, la eficacia directa y no necesidad de transposición que brinda el instrumento legislativo utilizado para esta iniciativa (reglamento) permitiría, una vez adoptado, contar con un estándar mínimo uniforme en toda la Unión, acabando así con la actual fragmentación normativa fruto de la disparidad de disposiciones nacionales y la transposición desigual de la Directiva OEI en los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados miembros. En consecuencia, sería conveniente que durante las negociaciones se discutiese la posibilidad de convertir la regulación del uso de videoconferencia y medios análogos que contiene la Propuesta de Reglamento DIG en prevalente, de tal manera que todas las disposiciones específicas sobre la misma materia contenidas en el resto de actos jurídicos recogidos en el Anexo II solo se consideraran compatibles en tanto en cuanto no se opongan a lo dispuesto en esta. En otras palabras, esto supondría invertir el planteamiento actual del legislador europeo y convertir lo que hoy es una mera propuesta de regulación supletoria en una propuesta de aplicación preferente.

51. *Vid. Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings*, documento adoptado por la CEPEJ en su trigésimo sexta reunión plenaria (junio 2021), pp. 14 y ss.

52. *Cfr. entre otras SSTEDH Marcello Viola c. Italia*, de 5 de octubre de 2006, CE:ECHR:2006:1005JUD004510604; *Asciutto c. Italia*, de 27 de noviembre de 2007, CE:ECHR:2007:1127JUD003579502; *Shulepov c. Rusia*, de 26 de junio de 2008, CE:ECHR:2008:0626JUD001543503. Sobre el uso de la videoconferencia y su incidencia en los derechos fundamentales durante la pandemia, GORI, P. y PAHLADSINGH, A., “Fundamental rights under COVID-19: an European perspective on videoconferencing in court”, *ERA Forum*, vol. 21, issue 4, 2021, pp. 561-577.

3.2. Norma aplicable: el problemático reenvío al derecho nacional

En relación con las normas aplicables al procedimiento de realización de la videoconferencia u otros medios de comunicación a distancia, la Propuesta de Reglamento DIG se limita a indicar que deberá regirse por la ley del Estado miembro donde esta se celebre, debiéndose entender por tal el Estado miembro que la organiza⁵³. Naturalmente en este punto es donde podemos encontrar en la práctica mayores problemas y aplicaciones heterogéneas en función de lo dispuesto en cada ordenamiento jurídico nacional.

Esta cuestión es especialmente relevante para nuestro país. En España, se encuentra en fase avanzada de tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley de medidas de Eficiencia Procesal (PLEP)⁵⁴ que contempla, entre otras muchas cuestiones, la racionalización y la limitación del uso de las videoconferencias en el orden penal. Conforme a su redacción actual, se requerirá la presencia física del acusado y de su letrado, con independencia de si este consiente o no prestar declaración mediante videoconferencia, en todos aquellos juicios que se sigan por delito grave⁵⁵ –es decir, que tengan asociada una pena privativa de libertad superior a cinco años–. Esta restricción no es más que la reedición y normalización, a su vez, de la que ya se lleva aplicando temporalmente desde la situación de pandemia⁵⁶, vigente en la actualidad en virtud de la Ley 3/2020⁵⁷. Por lo tanto, si la redacción actual del PLEP finalmente entra en vigor, la legislación española seguirá manteniendo una fuerte restricción interna al uso de la videoconferencia para las declaraciones de acusados que no aparece contemplada en la Propuesta de Reglamento DIG.

53. Art. 8 (3) en relación con considerando 19 Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

54. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF.

55. *Vid.* Disposición adicional octava a la LECrim incluida en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (PLEP).

56. Sobre la aplicación temporal de esta restricción, resulta especialmente clarificadora la STS núm. 652/2021, de 22 de julio de 2021, ES:TS:2021:3144, FD 1.º.

57. A pesar de que, en principio, su vigencia temporal se limitaba hasta el 20 de junio de 2021, la Ley 3/2020 contempló la posibilidad de mantener las medidas contenidas en su Capítulo III –entre las que se encuentran las relativas al uso de la videoconferencia en el orden penal– hasta la declaración por parte del Gobierno de la finalización de situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, declaración que aún no se ha producido. *Vid.* art. 14 (2) en relación con la Disposición transitoria segunda Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE núm. 250 de 19 de septiembre de 2020).

Particularmente interesante será determinar si esta restricción que se aplica a nivel nacional debería también aplicarse, en su caso, en la ejecución de videoconferencias solicitadas en virtud de instrumentos de cooperación basados en el principio de reconocimiento mutuo tales como la OEI, habida cuenta de la existencia de regulación específica en la Directiva OEI –el ya citado art. 24– y de la actual aplicación supletoria de la Propuesta de Reglamento DIG en estos casos. Sobre esta cuestión, lo cierto es que ni la Directiva OEI ni la LRM española limitan el ámbito penológico de aplicación de la videoconferencia, como tampoco contemplan un motivo de denegación específico basado en este motivo⁵⁸, por lo que las restricciones que contiene actualmente el derecho español y que virtualmente se mantienen en el PLEP no deberían aplicarse al contexto transfronterizo de ejecución de una OEI, so pena de incurrir en causa de incumplimiento del derecho de la Unión⁵⁹. Bien es cierto que la Directiva OEI sí contempla como motivo potestativo específico de no ejecución que su uso en el caso concreto sea contrario a los principios fundamentales del derecho de Estado de ejecución⁶⁰, motivo que además nuestra LRM ha convertido en obligatorio⁶¹. Pero esta cláusula de orden público europeo⁶², que no es más que una concreción de la debida protección de los derechos fundamentales⁶³, jamás sería aplicable en el presente supuesto, ya que la instauración de esta excepción se produjo de manera temporal en el contexto pandémico y su

58. Siendo jurisprudencia consolidada del Tribunal de Luxemburgo que la aplicación de cualquier motivo de denegación en el marco de instrumentos de reconocimiento mutuo debe considerarse la excepción. *Cfr.* entre otras SSTJUE de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404 15 Y C-659/15, EU:C:2016:198; de 1 de junio de 2016, *Bob-Dogi*, C-241/15, EU:C:2016:385; de 10 de agosto de 2017, *Tupikas*, C-270/17 PPU, EU:C:2017:628; de 23 de enero de 2018, *Piotrowski*, C-367/16, EU:C:2018:27; de 25 de julio de 2018, *ML*, C-220/18 PPU, EU:C:2018:589; de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586; de 15 de octubre de 2019, *Dorobantu*, C-128/18, EU:C:2019:857.
59. En este mismo sentido, Dictamen 1/21 de la Fiscalía General del Estado, sobre el uso de la videoconferencia en la cooperación judicial internacional en materia penal, en especial, pp. 28-30.
60. Art. 24 (2) (b) Directiva 2014/41/UE.
61. Art. 216 (1) LRM: “La autoridad española competente denegará el reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación para una comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual (...) en caso de que la ejecución de dicha medida de investigación en un caso concreto sea contraria a los principios jurídicos fundamentales del Derecho español”.
62. BACHMAIER WINTER, L., “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la Orden Europea de Investigación”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 36, 2015.
63. En esta misma línea, RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, Capítulo VI.

posible futura consolidación aún está siendo objeto de debate. Existiendo consentimiento expreso del investigado o acusado, verdadero pilar sobre el que, a mi juicio y salvo conflicto con un interés público relevante examinado a la luz de los principios de proporcionalidad y necesidad, debería establecerse el uso de la videoconferencia en el proceso penal, no parece razonable considerar que la aplicación *ope legis* de esta restricción sirva como garantía adicional de protección de sus derechos fundamentales ni actúe como principio jurídico fundamental del derecho español, máxime cuando la audiencia mediante videoconferencia puede resultar mucho más conveniente para todas las partes involucradas, incluido el propio acusado, cuando las circunstancias específicas así lo aconsejen.

Afortunadamente, la redacción más actual del PLEP, a diferencia de su versión inicial como Anteproyecto⁶⁴ y de la vigente Ley 3/2020, sí contempla expresamente la posibilidad de no aplicar esta restricción cuando la videoconferencia se realice en el marco de la ejecución de una solicitud de cooperación internacional, siempre y cuando el acusado preste su consentimiento. Así pues, si la actual redacción del PLEP se mantiene y prospera, las autoridades competentes españolas no deberán aplicar la restricción al uso de la videoconferencia en juicios por delito grave en el contexto de aplicación de los actos jurídicos de derecho de la Unión que recoge el Anexo II de la Propuesta de Reglamento DIG. Las otras dos limitaciones que introduce el PLEP al uso de videoconferencia en procesos penales –nuevamente recuperadas de las aplicadas temporalmente en virtud de la Ley 3/2020– no resultarían problemáticas en este contexto, al depender su aplicación del consentimiento del acusado o de su abogado⁶⁵.

En síntesis, la interrelación de la normativa actualmente proyectada en la Unión Europea y en España podría abocarnos a la aplicación de diferentes regímenes y limitaciones para la audiencia mediante videoconferencia en función de su ámbito de aplicación: procesos penales puramente domésticos, en cuyo seno sí operaría la restricción al uso de la videoconferencia para la comparecencia del acusado en juicios por delitos graves propuesta por el PLEP; procedimientos de ejecución de OEI en España, en los que no debería aplicarse dicha restricción; declaraciones

64. Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>.

65. *Vid.* Disposición adicional octava a la LECrim incluida en el PLEP. Así, se exigirá también la presencia física del investigado o acusado, a petición propia o de su defensa (es decir, en ausencia de consentimiento), en la celebración de la “vistilla” del art. 505 LECrim cuando alguna de las acusaciones interese la prisión provisional o durante el juicio en aquellos supuestos en los que la acusación solicite una pena de prisión superior a dos años.

mediante videoconferencia en el contexto de otros actos jurídicos de cooperación judicial en materia penal incluidos en el Anexo II de la Propuesta de Reglamento DIG y que no cuenten con regulación propia –singularmente, la ODE–, en los que en la actualidad las autoridades competentes españolas podrían llegar a plantearse la aplicación de la restricción nacional actualmente vigente a falta de que se apruebe la redacción actual del PLEP. No parece que la aplicación eventual de este régimen diferenciado, excesivamente complejo y que además discrimina entre acusados en procesos nacionales y transfronterizos, sea la solución más eficiente y respetuosa con las garantías de los justiciables, por lo que sería conveniente que el legislador español evaluará la oportunidad de alinear aún más nuestras disposiciones internas al régimen propuesto por el derecho de la Unión.

3.3. Realización de la videoconferencia, confidencialidad y documentación del acto

En cuanto a la forma de llevar a cabo y dirigir el acto procesal de la videoconferencia, este aspecto también se regirá por lo dispuesto en el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro. En el caso español, más allá de las disposiciones aplicables de la LOPJ⁶⁶ y la LECrim⁶⁷ y su interpretación jurisprudencial⁶⁸, hay que tener en cuenta que el PLEP prevé la inclusión de un nuevo art. 137 bis LEC que actuará como normativa supletoria en la jurisdicción penal⁶⁹. Esta nueva disposición, mucho más detallada que las preexistentes, establece la forma de documentación de las actuaciones, el lugar en el que debe intervenir quién declara en función de su situación personal y la necesidad de solicitar el uso de estos medios con antelación suficiente y, en todo caso, en el plazo máximo de tres días desde la notificación de la citación o del señalamiento. En el caso de la ejecución de OEI, se debe tener en cuenta también la aplicación del art. 216 LRM⁷⁰.

La Propuesta de Reglamento DIG establece que debe garantizarse la confidencialidad de las comunicaciones entre las personas investigadas,

66. *Vid.* art. 229 LOPJ.

67. *Vid.* arts. 123 (5), 306, 325, 520 (1) (c), 707, 731 bis LECrim.

68. *Cfr.* entre otras STS núm. 161/2015, de 17 de marzo de 2015, ES:TS:2015:812; STS núm. 863/2015, de 30 de diciembre de 2015, ES:TS:2015:5685; STS núm. 331/2019, de 27 de junio de 2019, ES:TS:2019:2163.

69. Disposición adicional octava a la LECrim incluida en el PLEP. La redacción del Anteproyecto preveía, en cambio, la aplicación preferente del art. 137 bis LEC en el orden jurisdiccional penal.

70. Para un estudio en profundidad, *vid.* LARO GONZÁLEZ, E., *La Orden Europea de Investigación en el Espacio Europeo de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 232-237.

acusadas o condenadas y sus respectivos abogados tanto antes como durante la audiencia mediante videoconferencia u otro medio de comunicación a distancia⁷¹. En definitiva, se trata de generalizar la aplicación de las mismas reglas que ya operan en los Estados miembros de la Unión Europea para las audiencias físicas tras la transposición nacional de la directiva sobre el derecho a la asistencia letrada de investigados y acusados⁷². Por lo tanto, el desafío realmente reside en asegurar que el entorno informático digital utilizado permite técnica y efectivamente esta comunicación confidencial entre la persona que comparece y su abogado, condición que normalmente le corresponderá facilitar a la autoridad que dirige el acto⁷³. Este desafío es aún mayor cuando la videoconferencia se realiza en el marco de una ODE y el reclamado ejercita su derecho a la doble asistencia letrada⁷⁴, pues la confidencialidad no solo se extenderá también a la comunicación con el abogado nombrado en el Estado de emisión, sino también a las comunicaciones que puedan mantener ambos letrados para coordinar su estrategia de defensa⁷⁵.

Asimismo, cuando la grabación de las audiencias físicas esté prevista en la ley nacional del Estado miembro para casos puramente domésticos, las mismas reglas se deberán aplicar a las audiencias llevadas a cabo mediante videoconferencia u otros medios de comunicación a distancia en casos transfronterizos⁷⁶. En todo caso, los Estados miembros deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar que estas grabaciones son almacenadas de manera segura y que no son divulgadas públicamente.

3.4. Protección de menores y derecho a la tutela judicial efectiva

La iniciativa contempla la aplicación de reglas especiales en el caso de que la persona investigada, acusada o condenada sea menor de edad⁷⁷. En estos casos, y en consonancia con las disposiciones de la Directiva

71. Art. 8 (4) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

72. Art. 3 en relación con el considerando 23 de la Directiva 2013/48/UE.

73. Conforme a la jurisprudencia consolidada del TEDH, el declarante debe tener garantizada una línea de comunicación segura y reservada con su abogado, o su presencia física en las mismas condiciones. *Cfr.* SSTEDH *Shulepov c. Rusia*, de 26 de junio de 2008, CE:ECHR:2008:0626JUD001543503; *Gorbunov y Gorbachev c. Rusia*, de 1 de marzo de 2016, ECHR:2016:0301JUD004318306; *Sakhnovskiy c. Rusia*, de 27 de noviembre de 2018, ECHR:2018:1127JUD003915912.

74. Art. 10 Directiva 2013/48/UE; art. 50 LRM.

75. Sobre esta cuestión, *vid.* Dictamen 1/21 de la Fiscalía General del Estado, *op. cit.*, pp. 30-31.

76. Art. 8 (6) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

77. Art. 8 (5) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

relativa a las garantías procesales de menores investigados o acusados en procesos penales⁷⁸, los titulares de la patria potestad u otro adulto adecuado designado por el menor y aceptado como tal por la autoridad competente deben ser avisados sin dilación y antes de que se lleve a cabo la audiencia. La autoridad competente debe tener en cuenta el interés superior del menor cuando decida acceder a la comparecencia del menor a través de videoconferencia u otro medio de comunicación a distancia.

Finalmente, la Propuesta de Reglamento DIG prevé que el investigado, acusado o persona condenada tenga derecho en todo caso a la tutela judicial efectiva conforme al derecho nacional de cada Estado miembro cuando entienda que alguna de las disposiciones generales de este precepto ha sido vulnerada⁷⁹. El texto en español no concreta cuál debe ser el alcance de esta tutela judicial efectiva, mientras que la versión inglesa utiliza la expresión *effective legal remedy* y la francesa *recours juridictionnel effectif*. Parece claro que la intención de la Comisión es reconocer la posibilidad de la persona investigada, acusada o condenada de denunciar la infracción de cualquiera de las disposiciones generales que establece mediante la interposición de un recurso jurisdiccional conforme a las normas aplicables del derecho nacional. Sin embargo, teniendo nuevamente en cuenta el limitado ámbito de aplicación y el carácter subsidiario que establece el actual texto de la Propuesta de Reglamento DIG respecto a sus propias disposiciones, no está claro cuál será exactamente el ámbito de aplicación de este derecho al recurso, que además podría colisionar con la actual regulación de los Estados miembros en la aplicación de determinados instrumentos de cooperación transfronterizos⁸⁰.

78. Arts. 3 (2) y 5 (2) Directiva (UE) 2016/800 (DO L 132 de 21 de mayo de 2016). Sobre la aplicación de esta norma desde una perspectiva práctica, *vid.* GARRIDO CARRILLO, F. y JIMÉNEZ MARTÍN, J., "Guide to Good Practices in Procedural Treatment of Minor Offenders. The Procedural Guarantees of Suspected or Accused Minors in Criminal Proceedings", en ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO, M. y HERNÁNDEZ LÓPEZ, A. (Eds.), *Procedural Safeguards for Suspects and Accused Persons in Criminal Proceedings. Good Practices Throughout the European Union*, Springer, Cham, 2021, pp. 73-80.

79. Art. 8 (6) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

80. Tal podría ser el caso de España en aquellos supuestos en los que el reconocimiento y ejecución de una OEI se lleve a cabo por el Ministerio Fiscal, pues conforme al art. 24 (4) LRM, contra el decreto que se adopte no cabe recurso, sin perjuicio de las posibles impugnaciones sobre el fondo ante la autoridad de emisión y de su valoración posterior en el procedimiento penal que se siga en el Estado de emisión. Sobre esta última cuestión, *cfr.* STJUE de 11 de noviembre de 2021 *Gavanzov II*, C-852/19, EU:C:2021:902. desde la perspectiva de las autoridades españolas de emisión de OEI, *vid.* GARRIDO CARRILLO, F. J., "Debilidades de la Orden Europea de Investigación (OEI) en la lucha contra la delincuencia organizada", en GARRIDO CARRILLO, F.J. (Dir.) y FAGGIANI, V. (Coord.), *Lucha contra la criminalidad organizada y*

4. IDENTIFICACIÓN ELECTRÓNICA Y EFECTOS JURÍDICOS DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

El Capítulo V de la Propuesta de Reglamento DIG pretende normalizar el uso y reconocimiento de medios y firmas digitales en el ámbito de la cooperación judicial. En este punto, la Propuesta de Reglamento DIG utiliza nuevamente una cláusula de reenvío⁸¹, esta vez a otro acto de derecho de la Unión, de tal manera que el marco jurídico general sobre esta cuestión seguirá siendo el Reglamento (UE) n.º 910/2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para transacciones en el mercado interior⁸². Así pues, las disposiciones sobre servicios de confianza que establece el Reglamento (UE) n.º 910/2014 se deberán aplicar a todas las comunicaciones a través de medios electrónicos que instaurará por defecto la Propuesta de Reglamento DIG⁸³. Del mismo modo, para las comunicaciones electrónicas entre autoridades competentes –incluidas las que se produzcan en el ámbito penal– en las que un documento transmitido como parte de la comunicación requiera o contenga un sello o firma manuscrita, se podrán usar indistintamente sellos y firmas electrónicas cualificadas conforme a lo dispuesto en el citado Reglamento⁸⁴.

Respecto a la eficacia jurídica de los documentos electrónicos, la Propuesta de Reglamento DIG prohíbe expresamente que se pueda denegar su eficacia en el contexto de procesos judiciales transfronterizos por el mero hecho de que se presenten en forma electrónica⁸⁵. Esta cláusula impedirá que la aceptación de dichos documentos se supedite a su formato, equiparando así la validez y eficacia de los documentos físicos y electrónicos que se aporten al proceso. Obviamente, las autoridades judiciales deberán aplicar el mismo régimen de admisión que el que opera para los documentos en formato físico, por lo que podrán seguir denegando justificadamente su eficacia, incluso cuando la causa sea específica de los documentos electrónicos⁸⁶, pero no podrán en ningún caso requerir su aportación obligatoria en formato físico como condición para su plena validez.

cooperación judicial en la UE: instrumentos, límites y perspectivas en la era digital, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 53-54.

81. Art. 9 (1) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

82. DO L 257 de 28 de agosto de 2014.

83. Art. 9 (2) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

84. Art. 9 (3) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

85. Art. 10 Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

86. V.g. cuando las firmas o sellos electrónicos no estén debidamente autenticados, en línea con la aplicación subsidiaria del art. 326 LEC.

5. ESTABLECIMIENTO DEL SISTEMA INFORMÁTICO DESCENTRALIZADO Y COSTES

La Propuesta de Reglamento DIG establece la obligación por parte de la Comisión de adoptar actos de ejecución para establecer el Sistema informático descentralizado. Esto incluye los siguientes extremos⁸⁷:

- 1) Las especificaciones técnicas que definan los métodos de comunicación mediante medios electrónicos para el propósito del sistema informático descentralizado.
- 2) Las especificaciones técnicas de los protocolos de comunicación.
- 3) Los objetivos de seguridad de la información y las medidas técnicas pertinentes para asegurar un estándar mínimo de seguridad en la información y un alto nivel de ciberseguridad en el procesamiento y comunicación de información mediante el sistema informático descentralizado.
- 4) Los objetivos de mínima disponibilidad y los posibles requisitos técnicos relacionados con los servicios suministrados por el sistema informático descentralizado.

El plazo de adopción de estos actos de ejecución difiere ampliamente en función del instrumento al que se vayan a aplicar. La iniciativa propone una implementación escalonada, que comprende desde un mínimo de dos años desde su entrada en vigor (v.g. Decisión marco ODE) hasta un periodo máximo de seis años (v.g. Decisión marco ECI, sin perjuicio de la iniciativa independiente que instaurará una plataforma de colaboración).

En lo relativo a los costes de implementación del sistema, la Comisión será responsable de la creación, mantenimiento y desarrollo del software de implementación de referencia que los Estados Miembros podrán elegir aplicar como su sistema de vigilancia (*back-end*) en lugar de un sistema informático nacional propio⁸⁸. Este sistema será financiado con cargo al presupuesto de la UE y la Comisión deberá proveer, mantener y dar soporte gratuitamente a este software de implementación de referencia⁸⁹.

Por lo que respecta a los costes del sistema informático descentralizado y los portales informáticos nacionales, estos se repartirán entre los diferentes actores envueltos en la cooperación judicial transfronteriza –Estados miembros, órganos y organismos de la Unión–. Los costes derivados de la instalación, operación y mantenimiento de los puntos de acceso del

87. Art. 12 Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

88. Art. 13 (1) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

89. Art. 13 (2) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

sistema descentralizado correrán a cargo del Estado miembro en el que estén localizados⁹⁰. Igualmente, deberán afrontar los costes derivados de establecer y ajustar sus sistemas informáticos nacionales con los puntos de acceso para hacerlos interoperables –uno de los pilares de la estrategia de digitalización–, así como los costes de administración, operación y mantenimiento de dichos sistemas⁹¹. Para hacer frente a estos costes, los Estados miembros podrán solicitar ayudas dentro de los programas de financiación de la Unión Europea⁹², siguiendo el modelo del proyecto e-CODEX.

Las agencias y órganos de la Unión también deberán asumir sus propios costes de instalación, operación y mantenimiento de los componentes que comprenden el sistema informático descentralizado que recaigan sobre su responsabilidad⁹³. Asimismo, deberán asumir los costes derivados de ajustar sus sistemas de gestión de casos (CMS) para hacerlos interoperables con los puntos de acceso nacionales, así como sus costes de administración, operación y mantenimiento⁹⁴. Por su parte, la Comisión deberá asumir todos los costes relacionados con el punto de acceso electrónico europeo⁹⁵.

6. PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN TRANSMITIDA

Una de las mayores preocupaciones para los Estados miembros y para las instituciones, órganos y organismos de la Unión es la seguridad y confidencialidad de la información y datos transmitidos a través de medios digitales⁹⁶. En este punto, en el ámbito penal, la Propuesta de Reglamento DIG no añade nada nuevo, ya que se limita a establecer que la autoridad competente conforme al acto jurídico aplicable en cada caso debe considerarse responsable del tratamiento a los efectos de lo dispuesto en la Directiva (UE) 2016/680⁹⁷ respecto el procesamiento de datos enviados o recibidos a través del sistema informático descentralizado⁹⁸. En el

90. Art. 14 (1) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

91. Art. 14 (2) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

92. Art. 14 (3) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

93. Art. 14 (4) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

94. Art. 14 (5) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

95. Art. 14 (6) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

96. En este sentido, *vid.* las conclusiones del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo respecto a la Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final y la Propuesta de Directiva COM(2021) 760 final (Documento SOC/711-EESC-2022, de 18 de mayo de 2022), en el que la seguridad y confidencialidad de las comunicaciones se consideran características esenciales para la viabilidad del sistema.

97. Art. 3 (8) Directiva (UE) 2016/680 (DO L 119 de 4 de mayo de 2016).

98. Art. 15 (1) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

mismo sentido, la propia Comisión debe ser considerada como responsable del tratamiento a los efectos de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2018/1725⁹⁹ respecto a los datos personales procesados por el punto de acceso electrónico europeo¹⁰⁰.

En todo caso, las autoridades competentes deben procurar que la información considerada confidencial y transmitida a otra autoridad competente en el contexto de procedimientos judiciales de carácter transfronterizo, se mantiene como confidencial de acuerdo con la ley nacional del Estado miembro que recibe dicha información¹⁰¹.

7. MODIFICACIÓN DE ACTOS LEGISLATIVOS

En materia de cooperación judicial penal, el propio texto de la Propuesta de Reglamento DIG incorpora disposiciones para la reforma del único instrumento legislativo de todos los listados en el anexo II que se adoptó mediante un reglamento: el Reglamento (UE) 2018/1805 sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso¹⁰².

Las modificaciones propuestas para este acto legislativo se limitan, en esencia, a introducir en su articulado la obligación de comunicación mediante medios electrónicos por defecto entre autoridades competentes derivada del art. 3 de la Propuesta de Reglamento DIG¹⁰³ en los términos que ya han sido analizados previamente.

IV. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA COM(2021) 760 FINAL

1. RAZÓN DE SER Y ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO

En paralelo a la Propuesta de Reglamento DIG, la Comisión ha lanzado una propuesta de Directiva sobre la digitalización de la cooperación judicial (Propuesta de Directiva DIG). Esta directiva no introduce realmente ninguna novedad respecto a lo ya dispuesto en la Propuesta de Reglamento DIG, sino que se trata de un acto legislativo complementario y meramente instrumental que sirve de cauce idóneo para reformar ciertos instrumentos legislativos –mayoría en el ámbito penal– listados en

99. DO L 295 de 21 de noviembre de 2018.

100. Art. 15 (2) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

101. Art. 15 (3) Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

102. DO L 303 de 28 de noviembre de 2018.

103. Art. 23 Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final.

los anexos de la Propuesta de Reglamento DIG. Así pues, la utilización de un acto jurídico adicional para esta labor se debe exclusivamente a las limitaciones y a la rigidez legislativa impuesta por el derecho originario, traducidas en la necesidad de modificar determinados actos –decisiones marco y directivas– mediante el uso de una directiva¹⁰⁴.

En consecuencia, el principal y único objetivo de la Propuesta de Directiva DIG es incorporar las disposiciones de la Propuesta de Reglamento DIG, especialmente las derivadas de su art. 3 –transmisión de información entre autoridades competentes por medios electrónicos– y de su art. 8 –uso de videoconferencia, solo para la Decisión marco ODE– en todos aquellos actos que no pueden ser reformados mediante un reglamento¹⁰⁵. En materia penal, estos actos son todos los recogidos en el Anexo II, a excepción del Reglamento (UE) 2018/1805.

Nótese que el listado anterior incluye dos actos legislativos que actualmente se encuentran derogados para la mayor parte de los Estados miembros: las Decisiones marco 2003/577/JAI y 2006/783/JAI. Sin embargo, ambos instrumentos sí se siguen aplicando en las relaciones con y entre los Estados miembros que no participan en el Reglamento (UE) 2018/1805 (particularmente, Irlanda y Dinamarca), por lo que su modificación tiene como objetivo adaptar preventivamente estos actos a la era de la digitalización en el caso de que Irlanda opte finalmente por participar en la Propuesta de Reglamento DIG.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL Y PLAZOS DE TRANSPOSICIÓN

De la misma manera que sucede con la Propuesta de Reglamento DIG, en principio todos los Estados miembros salvo Irlanda y Dinamarca participarán y estarán obligados a transponer las disposiciones de la Propuesta de Directiva DIG en el evento de que finalmente sea adoptada.

En cuanto a los plazos de transposición, se establece un plazo común general de dos años, pero que debe ponerse en relación con los plazos de implementación de los actos de ejecución que establece la Propuesta de Reglamento DIG para cada uno de los actos legislativo del Anexo II¹⁰⁶. Como resultado, la siguiente tabla de transposición se aplicará a los instrumentos de cooperación judicial penal que modificará este instrumento:

104. *Vid.* en este sentido la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva COM(2021) 760 final.

105. *Vid.* arts. 1-11 Propuesta de Directiva COM(2021) 760 final.

106. *Vid.* arts. 12-15 Propuesta de Directiva COM(2021) 760 final.

- 1) Decisión marco 2002/584/JAI (ODE), Decisión Marco del Consejo 2008/909/JAI y Directiva 2014/41/UE (OEI): dos años desde la adopción del acto de implementación referido en el art. 12 (3) de la Propuesta de Reglamento DIG. Es decir, un máximo de cuatro años (2+2) desde su adopción.
- 2) Decisión marco 2003/577/JAI, Decisión Marco 2005/214/JAI, Decisión marco 2006/783/JAI y Decisión marco 2009/948/JAI: dos años desde la adopción del acto de implementación referido en el art. 12 (5) de la Propuesta de Reglamento DIG. Es decir, un máximo de siete años (5+2) desde su adopción.
- 3) Decisión marco 2002/465/JAI, Decisión marco 2008/947/JAI y Decisión marco 2009/829/JAI: dos años desde la adopción del acto de implementación referido en el art. 12 (6) de la Propuesta de Reglamento DIG. Es decir, un máximo de ocho años (6+2) desde su adopción.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras el análisis realizado en las líneas precedentes, se puede concluir que la Propuesta de Reglamento DIG –y la Directiva DIG que la complementa– introduce un marco jurídico general y aporta seguridad jurídica en aspectos clave de la cooperación judicial transfronteriza, tales como el intercambio de información por medios digitales, el uso de la videoconferencia, o el efecto jurídico de las firmas y documentos electrónicos. Todo ello debería conducir al establecimiento de una cooperación más rápida y eficiente, en línea con la estrategia de la Unión Europea, con un impacto positivo en términos de costes materiales, temporales y medioambientales¹⁰⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, considero que la iniciativa peca en ocasiones de falta de ambición. La comunicación por defecto entre autoridades nacionales por medio de un sistema digital descentralizado, seguro, y fiable, uno de los objetivos principales de esta iniciativa, en realidad

107. Según datos de la evaluación de impacto de la Propuesta de Reglamento COM(2021) 759 final, el ahorro anual global medio a escala de la UE se estima en 23.372.900 € en gastos de envío y 2.216.160 € en costes de papel, lo que supone un total de 25.589.060 €. Las personas físicas y jurídicas ahorrarán 4.098.600 € en gastos de envío y 388.800 € en costes de papel. Asimismo, se ahorrarán 874 personas/año en el esfuerzo de tramitación a nivel de órganos jurisdiccionales y autoridades competentes. Cabe esperar además que el uso del canal digital tenga un impacto medioambiental positivo, debido al uso de menos papel y franqueo postal.

se ve atemperada con la inclusión de hasta dos excepciones diferentes que permiten soslayar su uso. De la misma manera, el marco general que establece para la audiencia de investigados, acusados o condenados mediante videoconferencia, acertadamente garantista y construido en torno al consentimiento, se ve ensombrecido por su carácter subsidiario y el reenvío constante al derecho nacional de los Estados miembros, lo que reduce enormemente su ámbito de aplicación real y su capacidad armonizadora.

A la falta de ambición de algunas de sus disposiciones sobre cuestiones específicas, se suman otros problemas generales que afectan al texto en su conjunto. En este sentido, se echa en falta una mayor atención a la incidencia que este proceso de digitalización puede tener en las personas –brecha digital– y, en especial, en las garantías de los investigados, acusados y condenados. Por otra parte, la incidencia de esta brecha digital en los operadores jurídicos, así como el volumen de los costes derivados de la implementación de los medios y sistemas digitales y, sobre todo, de la formación de los operadores en el uso de estos sistemas, no se reflejan con suficiente claridad en su evaluación de impacto. Tampoco ayudan los extensos periodos de implementación y transposición que recogen los actuales textos que, en determinados supuestos, pueden llegar a ser de hasta ocho años tras la adopción del Reglamento DIG, lo que puede derivar en una suerte de obsolescencia prematura de sus disposiciones.

El *iter* legislativo del paquete de propuestas presentadas por la Comisión sigue su curso con normalidad. El Consejo ya ha adoptado sendos mandatos de negociación en relación con las Propuestas de Reglamento sobre el intercambio de información en casos de terrorismo transfronterizo y sobre el establecimiento de una plataforma de colaboración para los Equipos Conjuntos de Investigación¹⁰⁸. Se espera que ocurra lo mismo en los próximos meses con las Propuestas de Reglamento y Directiva DIG que han sido aquí analizadas. La reciente adopción del Reglamento e-CODEX supone sin duda un gran impulso a este proceso, al dotar de coherencia interna y seguridad jurídica a las disposiciones de las propuestas relativas al uso de un sistema de intercambio de información descentralizado, seguro y de confianza.

En definitiva, a pesar de los problemas señalados a lo largo de este estudio, estamos ante un paquete legislativo que posee verdadero potencial para adecuar la cooperación judicial en la Unión Europea a la era digital. No obstante, no hay que perder de vista que todas estas propuestas

108. *Vid.* Reunión del Consejo JAI de 9 de junio de 2022.

aún están en periodo de debate legislativo, por lo que es posible –y en algunos ámbitos, incluso deseable– que su contenido cambie sustancialmente antes de su eventual adopción final. En cualquier caso, el proceso de transición digital de la cooperación judicial en materia penal ya está en marcha, y su ineludible culminación sin duda supondrá un salto cualitativo para el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en términos de mayor eficiencia y resiliencia.