**Las garantías procesales en la entrega y conservación de pruebas electrónicas en el proceso penal dentro de la unión europea**

**Juan A. Muriel Diéguez**

*Universidad de Valladolid*

Resumen:

Con la reciente entrada en vigor del 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 se ha tratado de solucionar una serie de dificultades en la colaboración entre autoridades judiciales y policiales en el curso de investigaciones penales. Ahora bien, nuestra intención es analizar desde un punto de vista crítico, si esas novedades procesales garantizan de manera eficiente los derechos de los investigados, en concreto en lo referente a la aportación de pruebas electrónicas en el proceso penal y su uso transfronterizo.

Palabras clave: Prueba electrónica, proceso penal, investigación, propuesta, reglamento

**1. Introducción**

Dentro de la sociedad en la que vivimos, cada vez más digitalizada, el uso de la tecnología se ha generalizado en todos los ámbitos. Quizá esto no guste o provoque enconadas discusiones, pero no podemos detenernos a debatir si ello es bueno o malo, ya que el uso de sistemas cada vez más sofisticados también se ha generalizado entre los delincuentes, creando además grupos criminales con medios, no sólo muy sofisticados, sino que su actuación se extiende en el ámbito territorial —precisamente por el uso de estos medios– a diversos Estados.

Esta actuación a través de diversos foros complica la investigación de estos delitos. Por ello, es necesario utilizar todos los mecanismos para investigar y perseguir estos delitos.

Y en cuanto a la investigación de delitos en una sociedad cada vez más tecnificada, resulta fundamental conseguir un sistema eficiente para compartir las pruebas electrónicas —correos electrónicos, aplicaciones de mensajería instantánea o redes sociales— que sean necesarias en el proceso penal con carácter transfronterizo. Precisamente el hecho de que muchos delincuentes informáticos operen desde diferentes Estados dificultaba la actuación de los investigadores por lo que las autoridades llevaban tiempo reclamando herramientas jurídicas que facilitasen la persecución conjunta a través de las fronteras de estos delitos y que facilitasen el intercambio, no solo de información, sino de las propias pruebas en formato digital que pudieran conseguirse en otro Estado miembro de la Unión Europea o en ocasiones fuera de la Unión Europea. Para ello la Comisión Europea solicitó la redacción de una Propuesta de Reglamento sobre órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, en el año 2018.

Una vez conocido el texto de la primera Propuesta, se suscitaron numerosas críticas, por parte de distintos operadores jurídicos y gran parte de la doctrina, que consideraban que la Propuesta adolecía de suficientes garantías procesales en aras de conseguir esa ansiada agilidad y rapidez en los trámites. A través de sucesivas modificaciones normativas se han ido corrigiendo estas deficiencias.

 Después de un largo y complicado proceso parlamentario el 13 de junio del 2023 fue aprobado el texto definitivo del Reglamento[[1]](#footnote-1). Un texto que contiene las modificaciones que se han ido añadiendo a través de los numerosos cambios presentados en el Parlamento para mejorar ciertas imperfecciones con respecto de las garantías procesales detectadas en las propuestas anteriores.

**2. Antecedentes legislativos**

Mediante las normas que emanan del Derecho Internacional se venía solucionando el problema de la colaboración entre Estados a la hora de investigar y perseguir delitos en los que existía un elemento de extranjería, como la asistencia judicial mutua, en la cual 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. No obstante, estos instrumentos tenían el inconveniente de ser lentos y tediosos[[2]](#footnote-2).

 Los supuestos en los que era necesario la colaboración entre diferentes Estados se han ido multiplicando, ya fuese por ser los investigados de otra nacionalidad, o cometer el ilícito penal desde otro Estado. En concreto estos casos han crecido enormemente no solo por la facilidad de movimiento de las personas físicas a través de las fronteras, sino –y principalmente– por el uso de las nuevas tecnologías, lo que llevaba a facilitar la comisión de un delito en un Estado desde otro, en el cual normalmente se encontraban no solo los sujetos activos del mismo sino las pruebas que facilitarían las labores de investigación y que no eran fácilmente accesibles para las autoridades policiales y judiciales del Estado donde se encontraban los sujetos pasivos víctimas del acto delictivo.

Ahora bien, la fragmentación jurídica entre los diferentes Estados dificulta la persecución de estos delitos y crea una indeseable inseguridad jurídica. Para ello y dentro del ámbito territorial de la Unión Europea se creó la Orden Europea de Investigación (OEI), aprobada a través de la Directiva 2014/41/UE relativa a la orden europea de investigación en materia penal[[3]](#footnote-3). Sin olvidar el Convenio de asistencia judicial mutua del año 2000, como nos informaba la propia exposición de motivos del Reglamento de la OEI[[4]](#footnote-4).

En todo caso, estos instrumentos legislativos han resultado insuficientes en la práctica judicial, pues en la mayor parte de los casos es necesario la presentación de pruebas que se encuentran en otros Estados y son —por la propia naturaleza de estos delitos— electrónicas o digitales. En definitiva, se busca asegurar la cadena de custodia de la prueba electrónica y de manera genérica el derecho a la defensa del investigado, para con ello garantizar los derechos procesales de los presuntos implicados.

Con el fin de intentar solucionar estos defectos señalados por doctrina y jurisprudencia el legislador europeo inició los trámites para el desarrollo de un instrumento jurídico más eficiente en cuanto la transmisión de pruebas electrónicas en los procesos penales, y no solo dentro de la Unión Europea, sino extendiendo su ámbito de aplicación incluso a terceros Estados.

**2.1. Propuesta de Reglamento de 2018**

En 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»[[5]](#footnote-5).

El objeto de esta Propuesta de Reglamento respondía al incremento de delitos de carácter tecnológico, uno de cuyos vértices más problemáticos es la comisión de estos desde lugares distintos al foro dónde se encuentra la víctima y, por ende, donde se produce el daño (consumación del delito).

El carácter transfronterizo de estos delitos hacía necesario poder cooperar entre diferentes Estados, con el fin de poder aportar las pruebas necesarias para la correcta investigación de los mencionados delitos. Aunque el fin que buscaba esta Propuesta era loable, hemos de fijarnos en cómo se hizo, es decir, si se respetan las garantías procesales y los derechos fundamentales del investigado en el uso y transmisión de las pruebas que le puedan involucrar en un proceso penal a través de una o varias fronteras. Es decir, asegurar la cadena de custodia de la prueba electrónica y el derecho a la defensa del investigado. Precisamente, la exposición de motivos de la propia Propuesta advierte que la finalidad de esta consiste en agilizar estos trámites, ya que instrumentos que ya existen, como la Orden Europea de Investigación (OEI), pueden resultar lentos en la adopción de las oportunas medidas. Además de facilitar la comunicación directa entre las autoridades encargadas de la investigación del proceso penal y los proveedores de servicios privados.

Una vez conocido el texto de la primera Propuesta, se suscitaron numerosas críticas, por parte de distintos operadores jurídicos y gran parte de la doctrina, que consideraban que la Propuesta adolecía de suficientes garantías procesales en aras de conseguir esa ansiada agilidad y rapidez en los trámites. A través de sucesivas modificaciones parece que se han ido corrigiendo estas deficiencias.

**2.2. Modificaciones iniciales propuestas**

Distintos operadores jurídicos señalaron al conocer este texto inicial una serie de carencias que podrían afectar a las garantías procesales de los investigados. En concreto, el Consejo Europeo de la Abogacía[[6]](#footnote-6) — que junto a distintos operadores jurídicos fue invitado por la propia Comisión para aportar propuestas al texto inicial— señaló la falta de garantías del derecho a la defensa e igualdad de armas entre defensa y acusación que contenía el texto inicial de la Propuesta[[7]](#footnote-7).

Asimismo, el Consejo de la Abogacía Europea consideró 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 fundamentales y garantías procesales del investigado[[8]](#footnote-8). La elección del instrumento legal para adoptar el Reglamento ha generado un importante debate en la doctrina[[9]](#footnote-9).

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 a 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 Europea[[10]](#footnote-10).

**2.3. Texto transaccional final de la Propuesta de principios de enero del 2023**

Entre sus más importantes novedades, contiene la posibilidad de solicitar una EPOC o EPOC-PR por parte del investigado, opción hasta ahora omitida en textos anteriores y, que había recibido numerosas críticas por parte de los distintos operadores jurídicos a los que la Comisión invitó a formular sugerencias y observaciones preliminares en el proceso de consulta pública. En especial por parte del Consejo Europeo de la Abogacía, que consideraba que sin esta posibilidad se coartaba la capacidad de defensa de una de las partes en litigio, como es la del investigado, por cuanto se producía un desequilibrio en el derecho a la defensa e igualdad de armas entre defensa y acusación.

En concreto, en el articulado del Texto transaccional final, en el artículo 1 sobre el Objeto, se introduce un apartado 1 bis, 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 penal[[11]](#footnote-11). Por otra parte, no debemos olvidar que este derecho de la parte investigada ya existe en instrumentos similares vigentes, como es la Orden Europea de Investigación (OEI). De esta manera creemos que se ha corregido acertadamente esta carencia de las Propuestas anteriores.

Del mismo modo, y siguiendo con la misma línea de corrección de medidas que no eran lo suficientemente garantistas, el capítulo 2º del Texto final, en su artículo 4 recoge la participación obligatoria y en todo caso de una autoridad judicial con la consideración de «autoridad emisora», que compruebe la legalidad y respeto de los derechos y garantías del investigado en la entrega de datos. De esta manera se corrige otra de la deficiencias de textos preliminares donde se permitía la emisión de órdenes de entrega y conservación por parte de autoridades involucradas en la investigación del caso, pero que como parte interesada en el proceso adolecían de la suficiente independencia y neutralidad, como podían ser los agentes policiales o la fiscalía ( en España el Juez instructor en su condición de encargado de dirigir la investigación en el proceso penal); todo ello, con la finalidad confesada por el legislador en la exposición de motivos de la propia Propuesta de agilizar los trámites de este instrumento legal.

Lógicamente, esta «excusa» no fue aceptada de buen grado por varios de los operadores jurídicos de la Unión, en especial por el CCBE —en su condición de representantes de los abogados de la UE— por cuanto consideraban y consideran que no se puede sacrificar un derecho fundamental tan importante como el de recibir la necesaria tutela judicial efectiva en un proceso penal, en aras de la rapidez del proceso penal en cuanto a tiempo de tramitación del mismo.

Ahora bien, no todas las recomendaciones del CCBE han sido tenidas en cuenta a este respecto, y por ejemplo debemos señalar como debe del texto final —a nuestro entender— la diferenciación que se ha mantenido procedente de la Propuesta inicial entre datos que pueden ser solicitados a través de la orden de entrega. De esta manera se legisla una limitación material entre «datos de transacción y de contenido», y «datos de acceso o abonado» El legislador ha considerado que los primeros deben contar con un plus de protección por ser más sensibles en cuanto a información y por ende, tienen una mayor afectación de derechos fundamentales —a este respecto no tenemos nada que objetar—, por el contrario, se consideran que los datos de la segunda categoría no contienen una información de suficiente entidad como para contar con la máxima protección que les haría merecedores de la participación activa de una autoridad judicial como garantía del proceso. Por ello, el legislador ha mantenido en el texto final, la posibilidad de que estos datos puedan ser solicitados por una autoridad no judicial, como puede ser el fiscal encargado de la investigación del caso.

En cuanto a esta posibilidad, tenemos que confesar serias dudas, pues no consideramos que la supuesta menor importancia de la información contenida por los «datos de acceso o abonado», no hayan de ser merecedoras de la tutela judicial efectiva que otorga la participación de una autoridad judicial como «autoridad de emisión» de la EPOC

**3. Reglamento (UE) 2023/1543 de 12 de julio de 2023.**

Finalmente, el pasado 13 de junio fue aprobada en primera lectura por el Parlamento Europeo la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal[[12]](#footnote-12).

El Reglamento 2023/1543 incluye algunas variaciones sobre el texto transaccional final que hemos mencionado, con interesantes añadidos y también alguna decepcionante omisión[[13]](#footnote-13).

Con el fin de paliar los defectos y problemas que presentan los recursos sobre cooperación transfronteriza en materia de entrega y conservación de pruebas en el proceso penal, el legislador decidió utilizar un instrumento de obligado cumplimiento[[14]](#footnote-14) —de ahí la elección del Reglamento como instrumento normativo para su regulación— para todos los Estados miembros. Esta decisión en modo alguno ha estado exenta de polémica, pues desde que se hizo público motivó las críticas de varios operadores jurídicos que consideraron que había sido una elección errónea[[15]](#footnote-15) .

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 a conservar o entregar datos informáticos de clientes, 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 Europea.

La principal novedad del Reglamento de entrega y conservación de pruebas electrónicas consiste en la posibilidad de dirigir estas solicitudes a entidades privadas —los prestadores de servicios— al contario que los instrumentos anteriores de cooperación judicial que se reservaban a las autoridades de los Estados miembros. Precisamente este hecho es el que ha provocado una fuerte controversia entre la doctrina, pues se considera que obligar de manera coercitiva a una entidad privada a entregar y/o conservar datos informáticos (prueba electrónica) de un particular investigado constituiría una vulneración de sus derechos fundamentales y garantías procesales, más aún cuando los prestadores de servicios destinatarios de estas órdenes se encuentren en Estados terceros[[16]](#footnote-16). Del mismo modo, otro de los objetivos del Reglamento como se reconoce en la exposición de motivos es el de agilizar los trámites para la obtención de pruebas electrónicas. En las Propuestas iniciales parece que se sacrificó la rigurosidad en la observancia de las garantías procesales del investigado en aras de una mayor rapidez en el proceso penal.

Afortunadamente, y a través de modificaciones y observaciones planteadas por diversos operadores jurídicos que fueron invitados a plantear sus ideas por la Comisión[[17]](#footnote-17), se han introducido mejoras relacionadas con las garantías procesales de los investigados. Entre las modificaciones introducidas en el Reglamento y que tienen mayor relación con la Directiva objeto de este estudio, destacaríamos la ampliación del artículo 2 sobre definiciones que en un anterior apartado cuarto se refería de manera genérica al término «establecimiento», mientras que en la Propuesta finalmente aprobada por el Parlamento Europeo se convierte en un ampliado apartado quinto que recoge de manera minuciosa las figuras del «establecimiento», que pasa ha desdoblarse en un 5 bis, que define al «establecimiento delegado» y un 5 ter referido al «representante legal»[[18]](#footnote-18).

 Ambas figuras son de suma importancia ya que están directamente involucradas en la posibilidad de aplicar el Reglamento propuesto a terceros[[19]](#footnote-19), 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 aplicación[[20]](#footnote-20)— 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 penales[[21]](#footnote-21) y que esos datos requeridos se han de circunscribir a los datos relativos a servicios ofrecidos por el proveedor dentro de la UE.

Por último debemos mencionar los supuestos relativos a privilegios e inmunidades que puedan afectar a determinadas personas que se viesen afectadas por una investigación de carácter penal, « Los privilegios e inmunidades, que pueden referirse a determinadas categorías de personas, por ejemplo, diplomáticos, o a relaciones específicamente protegidas, como la prerrogativa de secreto profesional en la relación abogado-cliente o el derecho de los periodistas […] El alcance y los efectos de los privilegios e inmunidades difieren según el Derecho nacional aplicable que deba tenerse en cuenta en el momento de emitir una orden europea de producción o una orden europea de conservación…»[[22]](#footnote-22). Esta decisión final de delegar un supuesto tan delicado como puede ser la relación abogado-cliente en una causa penal, reduciendo además su regulación en el Reglamento final en comparación con la Propuesta anterior —donde contaba con un precepto propio que lo desarrollaba— nos parece desacertada y nos tememos que genere inseguridad jurídica y la consiguiente litigiosidad en procesos penales.

**4. Conclusiones**

De manera general debemos felicitarnos por el esfuerzo realizado por los distintos actores que participaron en las diferentes propuestas y modificaciones que se presentaron al Consejo con la intención de mejorar la Propuesta inicial. Ésta pecaba en nuestra opinión de una peligrosa falta de aseguramiento de las garantías procesales de los investigados.

A la hora de intentar compatibilizar la buscada eficiencia y rapidez en el desarrollo de las investigaciones y la protección de los derechos de los encausados, se ha pasado de una notable descompensación desfavorable para el investigado —en especial en el texto inicial de 2018— a un Reglamento que, sin ser perfecto, equilibra de una manera aceptable estas dos posturas que en ocasiones parecen irreconciliables.

De manera concreta y como ya hemos apuntado en el Desarrollo del capítulo se ha reformulado el supuesto de la posibilidad de solicitar la OEI por parte de la parte investigada, lo cual sirve para asegurar las garantías del investigado en una situación tan delicada como las que se derivan de un proceso penal y dándole la oportunidad a la defensa de solicitar la obtención de pruebas electrónicas a través de la Orden Europea de Investigación, en igualdad de condiciones con la acusación.

Asimismo, se realiza una más consistente regulación de la figura del «establecimiento», o «representante legal», los cuales están asumiendo cada vez mayor importancia por el carácter tecnológico de estas medidas y por la muy importante característica de este texto normativo, que es su aplicación a terceros, que por lógica se encuentran fuera de la UE y deberán nombrar quién les represente y quién reciba las oportunas notificaciones de las autoridades de cualquiera de los Estado miembros de la UE.

Del mismo modo, y para finalizar, debemos señalar entre las posibles fallas del texto finalmente aprobado, la ambigüedad con respecto de los privilegios e inmunidades que se refieran a determinadas personas y los datos que manejan, desde diplomáticos a la inmunidad relativa a la relación abogado-cliente o el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes de información. En el penúltimo texto, como hemos visto, se había conseguido una mención concreta en el art. 7. Desgraciadamente, en el Reglamento finalmente aprobado, ha desaparecido dicho art.7, haciéndose una referencia más breve en el apartado 10 *in fine* del art. 5. Esto es algo que ya se advierte en el considerando 47 del Reglamento donde se deriva el respeto a este tipo de inmunidades a la legislación nacional de cada Estado.

En nuestra opinión, ésta es una deficiente solución, pues esta inhibición a la hora de regular una figura tan importante como es la relación abogado-cliente de manera homogénea a todos los Estados miembros de la Unión, además de ir contra la deseable y buscada armonización de la legislación en el proceso penal provocará una notable inseguridad jurídica.

En resumen, se puede considerar que el legislador europeo ha realizado un esfuerzo loable —en verdad ha tenido cinco años para hacerlo— para intentar compatibilizar las posturas antagónicas de las que hablábamos al inicio de nuestras conclusiones que, no obstante, podría haber sido mejorable en cuanto a la regulación de determinados aspectos que ponen en peligro garantías y derechos procesales de los investigados.

**5. Bibliografía**

ARANGÜENA FANEGO, C.; DE HOYOS SANCHO, M. Y RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C (Dir. y Coor.) (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.

FUENTES SORIANO, O. (2020): “Europa ante el reto de la prueba digital. El establecimiento de instrumentos probatorios comunes: las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas”. En FUENTES SORIANO, O. (dir.), ARRABAL PLATERO, P (coord..), DOIG DÍAZ, Y (coord..), ORTEGA GIMÉNEZ, A. (coord..), TURÉGANO MANSILLA, I. (coord..). Era digital, sociedad y derecho. Tirant lo Blanch. Valencia, pp.281-320.

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.

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.

TOSZA, S. (2021): “Internet service providers as law enforcers and adjudicators. A public role of private actors”. Computer law & security review, 43. [En línea] <http:// www.elsevier.com/locate/CLSR> [Consultado el 12 de abril de 2023].

https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality\_distribution/public/documents/SURVEILLANCE/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.

https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality\_distribution/public/documents/SURVEILLANCE/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.

https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality\_distribution/public/documents/SURVEILLANCE/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.

1. 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. L 191/118. 28.7.2023. [↑](#footnote-ref-1)
2. GASCÓN MARCEN, Ana. (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. 1122 [↑](#footnote-ref-2)
3. 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 1.5.2014, 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. [↑](#footnote-ref-3)
4. 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. [↑](#footnote-ref-4)
5. 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. [↑](#footnote-ref-5)
6. 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/SURVEILLANCE/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. [↑](#footnote-ref-6)
7. https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality\_distribution/public/documents/SURVEILLANCE/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. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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. [↑](#footnote-ref-8)
9. 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. [↑](#footnote-ref-9)
10. 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, págs. 288 y 294. [↑](#footnote-ref-10)
11. 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. [↑](#footnote-ref-11)
12. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de junio de 2023, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal (COM (2018)0225 –C8-0155/2018 – 2018/0108(COD)) [↑](#footnote-ref-12)
13. En cuanto a las novedades, podemos señalar en el propio título del Reglamento la de adición de «… ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales», algo que acota con mayor precisión el ámbito de actuación material del propio texto normativo. 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. L 191/118. 28.07.23. [↑](#footnote-ref-13)
14. 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) : «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». [↑](#footnote-ref-14)
15. Entre quienes muestran dudas con respecto a esta decisión podemos citar a la Profª. DE HOYOS SANCHO, Montserrat. (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, Elena. (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. pág. 290, así como la Profª. FUENTES SORIANO, Olga. (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. [↑](#footnote-ref-15)
16. FUENTES SORIANO, Olga. Ob.cit. Págs. 288 y 294. [↑](#footnote-ref-16)
17. Véase 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/SURVEILLANCE/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]. [↑](#footnote-ref-17)
18. 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. [↑](#footnote-ref-18)
19. BUENO DE MATA, Federico. (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. [↑](#footnote-ref-19)
20. TOSZA, Stanislaw. (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]. [↑](#footnote-ref-20)
21. 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 Coor.) (2015): Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), págs. 509 y ss. [↑](#footnote-ref-21)
22. Considerando 47 del Reglamento 2023/1543. [↑](#footnote-ref-22)