

Prueba penal transfronteriza: la normativa «e-evidence» como complemento de la orden europea de investigación¹.

Olga Fuentes Soriano
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad Miguel Hernández

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS PRUEBAS Y EL PROCESO PENAL EUROPEO; 3. LAS ÓRDENES EUROPEAS DE PRODUCCIÓN Y CONSERVACIÓN DE PRUEBAS ELECTRÓNICAS; 3.1. CONCEPTO. 3.2. DESTINATARIOS; 3.3. CONTENIDO; 3.4. MOTIVOS DE OPOSICIÓN; 4. BIBLIOGRAFÍA; 5. OTRAS FUENTES.

1. Introducción

Posiblemente, cuando hacia 1950 los que hoy consideramos «padres fundadores de la Unión Europea»² se enfrentaban al reto de su integración, nunca pensaron, o no con la intensidad con la que el tiempo nos ha demostrado, en el papel determinante que iba a jugar en ese proceso la tecnología.

Adentrados ya en pleno siglo XXI y asumida —por experimentada— la revolución política, social y económica propiciada por los avances tecnológicos acae-

1. Este trabajo se enmarca en los Proyectos de investigación «Empresa y proceso. Investigación y Cooperación» (Ref. PID 2020-119878GB-I00) del Ministerio de Ciencia e innovación; y «Crisis y retos de la justicia: el necesario equilibrio entre eficiencia e inclusión de grupos vulnerables», (Ref. SBPLY/21/180501/000178) de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Castilla— La Mancha.

2. Sin perjuicio de otras altas personalidades que intervinieron con posterioridad en su consolidación, la propia UE considera como «Padres fundadores» a Konrad Adenauer, Jean Monnet, Winston Churchill, Robert Schuman, Alcide de Gasperi, Paul-Henri Spaak, Walter Hallstein y Altiero Spinelli. Vid. *Los padres fundadores de la Unión Europea*, Ed. Comisión Europea, 2013.

cidos, fundamentalmente, en estos últimos 30 años³, a los juristas se nos hace tarde, de nuevo —el derecho siempre va por detrás de la realidad social—, para ofrecer respuestas que solucionen los problemas que cada día —y cada día con nuevos matices, perfiles y caracteres—, se abren ante nosotros.

En el marco de esta realidad, desde una perspectiva jurídica y, dentro de ella, en el ámbito del proceso penal, con el fin de hacer frente a los específicos problemas probatorios que se plantean en una sociedad como la actual, digitalizada, globalizada y cuyo entorno y márgenes de actuación superan con creces las fronteras físicas de los Estados, la Unión Europea lucha por ofrecer una normativa que afronte con éxito las peculiaridades de una novedosa actividad delictiva.

Entre las novedades más destacables nos encontramos con una realidad, inédita hace apenas unos años, que podríamos resumir en la idea de «la red como testigo». Efectivamente, por la red transita toda una información, en forma de datos, de incalculable valor —entre otras cosas, también— para el proceso penal cuya obtención, sin embargo, por sus especiales características de transnacionalidad y volatilidad, tan difícil resulta a las autoridades judiciales. Y, obviamente, la mayor inaccesibilidad de esos datos a efectos judiciales, corre paralela al incremento del interés delictivo que suscitan.

Tal y como ha tenido ocasión de constatar el propio Parlamento Europeo, las pruebas electrónicas —entendiendo por tales, en una primera aproximación, los datos que de un modo u otro transitan por la red— han resultado relevantes en el 85% de las investigaciones penales realizadas en el ámbito de la Unión; pero, se da la circunstancia de que en el 65% de los casos éstas han tenido su origen en otro país de la UE con las dificultades que para su obtención ello puede suponer⁴.

La realidad de estos datos a escala europea se reproduce también a nivel nacional; así, en España, tal y como tiene constatado el Ministerio del Interior, en 2022, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado contabilizaron 375.506 infracciones penales en cuya planificación, desarrollo y ejecución resultó determinante el uso de herramientas tecnológicas, sistemas informáticos y métodos digitales de transmisión. A mayor abundamiento, resulta que la inmensa ma-

3. Fue el economista y sociólogo Estadounidense Jeremy Rifkins quien acuñó con éxito el término de «tercera revolución industrial» para referirse a la revolución tecnológica cuyos comienzos se fijan en los últimos años del pasado S. XX. Sobre el tema, vid. Rifkyn, J., *La Tercera Revolución Industrial*, Ed. Paidós, 2013.

4. Datos ofrecidos por el Parlamento Europeo a fecha 13 de junio de 2023. <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230609IPR96203/electronic-evidence-new-rules-to-speed-up-cross-border-criminal-investigations> (Recuperado el 30 de noviembre de 2023)

yoría de estos ciberdelitos fueron fraudes o estafas informáticas pues, en esa tipología encajaban 336.778 de las infracciones registradas, lo que supone, prácticamente, casi el 90 por ciento del total. Puede apreciarse así que, en conjunto, en comparación con las estadísticas de años precedentes la cibercriminalidad experimentó un incremento de un 72 por ciento respecto a los registrados en 2019, aumento que se eleva hasta el 352 por ciento si la comparación se realiza respecto a 2015, que en el caso de los fraudes y estafas informáticas creció hasta el 442,9 por ciento⁵.

Desde la perspectiva de la transnacionalidad de la prueba y para sorpresa del propio legislador Europeo, estos hechos ponían de manifiesto una realidad con la que inicialmente no se contaba y es que la exitosa Orden Europea de Investigación, puesta en marcha con notable éxito a todos los niveles en fechas relativamente recientes, muestra importantes carencias frente a las peculiaridades probatorias de los datos electrónicos⁶.

Por tal motivo, en la primavera de 2018 la Unión Europea comenzó a plantearse la necesidad de establecer algún concreto mecanismo que permitiera enfrentarse directamente a esta realidad; y es en este contexto en el que, en abril de 2018, la Comisión acoge la iniciativa puesta de manifiesto con preocupación por el Consejo Europeo de recoger normativamente la necesidad de que las autoridades de los distintos Estados puedan acceder a las pruebas electrónicas con independencia del lugar donde estuvieran almacenados los datos; y ello, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a dichas pruebas para evitar la impunidad de la actuación delictiva bien perpetrada a través de la red, bien constatada por ella.

Ve la luz, así, en abril de 2018, 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»⁷. El objetivo central de la Propuesta no era otro que diseñar un instrumento que permitiera a

5. Datos extraídos de la presentación de la campaña del Ministerio del Interior contra la cibercriminalidad en 2023: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2023/080223-grande-marlaska-campana-cibercriminalidad.aspx> (Recuperado el 4 de diciembre de 2023)

6. La conocida como «Orden Europea de Investigación» (OEI) es un instrumento procesal cuya gestión fue propuesta bajo la presidencia española de la UE. Vio la luz a través de la «Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal» y fue traspuesta al Ordenamiento Jurídico Español mediante la «Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación». Tal y como se concreta en la propia EM, el objetivo de esta Orden es conseguir que se lleven a cabo una o varias medidas de investigación específicas en el Estado de ejecución de la misma, con vistas a la obtención de pruebas o a recabar algunas que ya están en posesión de la autoridad de ejecución.

7. 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/2018/225 final - 2018/0108 (COD)

las autoridades judiciales de los Estados miembros, en el seno de un proceso penal cuya investigación se encontrara en curso, dirigirse, directamente, a los proveedores de servicios ubicados en otro país de la Unión a fin de reclamarles, de forma vinculante, los datos almacenados por ellos a los que tienen acceso como consecuencia de los servicios que proporcionan y que son de interés probatorio a los efectos del proceso penal de referencia.

La idea resultaba, *a priori*, tan arriesgada como novedosa. Hasta ahora, los mecanismos de cooperación judicial internacional se caracterizan, como su nombre indica, por poner en contacto a dos instituciones judiciales con el fin de facilitar la cooperación entre los países afectados. Con esta iniciativa, sin embargo, se pretendía poner en contacto a una autoridad judicial —se verá más adelante que, finalmente, no sólo serán autoridades judiciales las que puedan iniciar la solicitud— con una empresa privada a la que vincularán con la solicitud —vinculación también, inicial; pues se verá más adelante la mitigación de esta exigencia en el texto normativo final—.

Establecidas así las bases del diseño de una Orden Europea que permita reclamar la entrega o la conservación de datos electrónicos a las empresas prestadoras de servicios, finalmente, en el mes de julio de 2023 y tras cinco años de tramitación legislativa, se publica el que ha sido conocido como el «paquete normativo E-evidence».

Dicho «paquete normativo» se compone de un Reglamento y de una Directiva que lo complementa: El Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de julio de 2023 sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales; y la Directiva (UE) 2023/1544 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de julio de 2023 por la que se establecen normas armonizadas para la designación de establecimientos designados y de representantes legales a efectos de recabar pruebas electrónicas en procesos penales.

En puridad y aunque se trate de dos instrumentos legislativos diferentes es lo cierto que constituyen ambos las dos partes necesarias de un todo inescindible. Y ello porque el éxito del Reglamento, que es el instrumento que regula las nuevas órdenes europeas para solicitar la entrega de datos o su conservación, directamente a los proveedores de servicios, no podrá tener éxito si las empresas proveedoras de Servicios en los distintos Estados miembros de la UE no designan el que —de manera no exenta de redundancia— se ha denominado «establecimiento designado» o en su caso, un «representante legal».

Tal y como se verá en las páginas que siguen, estos instrumentos —que ya están ambos en vigor— no serán aplicables hasta la fecha indicada en la propia normativa y que vence el día 18 de agosto de 2026⁸. Este es, pues, el margen que nos queda para analizar y propiciar las condiciones procesales que permitan albergar serias esperanzas de éxito en su aplicación.

2. La libre circulación de las pruebas y el proceso penal europeo

En el contexto actual de evolución de la Unión Europea creo posible afirmar que la consecución del proclamado Espacio de libertad, seguridad y justicia pasa por la asunción, desde luego, de un sustrato procesal común europeo y, más allá, creo que también —a la larga— por la asunción de un proceso penal común para Europa. Mayores dudas albergo, sin embargo, sobre si a ese estado se llegaría por «consentimiento» —por evolución legislativa propia; nacional— o por «imposición de Europa» —en expresión ya, comúnmente acuñada, como si Europa fuera, a la postre, algo distinto de «nosotros»—. Pero lo cierto es que, consciente o inconscientemente caminamos ya, inexorablemente, hacia ese horizonte común.

Buena muestra de ello viene dada, sin duda, por la existencia de toda una arquitectura institucional que, si bien encuentra su máximo exponente en la Fiscalía Europea, comenzó su andadura con la creación de instituciones como la Oficina Europea en la lucha contra el fraude (OLAF; creada en 1999) y se fue fortaleciendo con la incorporación de Eurojust o con la posibilidad de crear equipos conjuntos de investigación a partir de 2002, o, posteriormente, en 2016, con la incorporación de Europol. De todos estos hitos, fundamentales para la consolidación de unas instituciones comunes que permitan estructurar un proceso penal compatible para todos los Estados miembros, el más reciente es el de la creación de la Fiscalía Europea y, con todo, se trata de una institución hoy plenamente operativa (desde el 1 de julio de 2021) cuyos órganos se encuentran ya totalmente designados: así en noviembre de 2019 se nombró Fiscal General Europea a la Rumana Laura Kövesi y, a partir de ese momento se ha ido procediendo al nombramiento de los Fiscales Europeos de cada País (conformándose, así, el Colegio de Fiscales) y a los Fiscales Europeos delegados⁹.

8. Así lo prescribe el art. 34 del Reglamento.

9. Para mayor detalle sobre su composición y estructura puede consultarse <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eppo/>

Paralelamente al establecimiento y consolidación de toda esta arquitectura institucional común, es de destacar el rol fundamental que desempeña una, ya extensa y dilatada, armonización judicial lograda a través de la cooperación —vertical y horizontal— entre y con los Tribunales Europeos TEDH y TJUE¹⁰.

Y, por último, como factor constitutivo del núcleo básico sobre el que, en su caso, se podrá asentar ese futuro proceso común cabe destacar la creación de instituciones procesales propias, concreta —y fundamentalmente—, de carácter probatorio¹¹. Son, sin duda, la investigación y la prueba los ámbitos procesales donde con mayor claridad se manifiesta la necesidad de establecer unos cauces de actuación comunes que permitan hacer frente a las nuevas formas de criminalidad. Y, en íntima relación con ello surge, sin embargo, una pregunta que si bien no quiero soslayar, reconozco que no es este el momento de darle respuesta: la de si cabe hablar hoy de (o cabe plantear de futuro la conveniencia de establecer) un sustrato probatorio común en Europa. Ciertamente es que la cuestión, por ambiciosa, excede de los márgenes del presente trabajo, pero también que por su interés y trascendencia se abordará, aunque sea de forma muy colateral, un poco más adelante.

Centrados ahora en el ámbito de los problemas que genera la prueba transfronteriza y que, en realidad, afectan no sólo a la que circula en el ámbito de la UE sino también a la que tiene que ver con terceros países, es de destacar los esfuerzos llevados a cabo para facilitar su obtención así como las distintas vías de colaboración ensayadas. De todas ellas, especial mención merece la implementación del programa SIRIUS que hoy pone en contacto a través de una plataforma de colaboración y puesta en común de conocimiento, investigaciones, protocolos y guías de actuación, a las autoridades de 45 Países entre los

10. Entiéndase por cooperación vertical la que se ejerce internamente desde el sistema de Justicia con los altos Tribunales a través de los mecanismos legalmente previstos (cuestión de inconstitucionalidad a nivel Interno; reenvío prejudicial en relación con el TJUE; opinión consultiva en relación con el TEDH). Y por cooperación horizontal la que es lograda mediante la aplicación por parte de la UE de los instrumentos de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales. Sobre el tema, FAGGIANI, V. «La armonización de la Justicia penal en la UE: avance, límites del sistema y perspectivas de futuro», en *Proceso penal Europeo: últimas tendencias, análisis y perspectivas* (HERNÁNDEZ LÓPEZ y LARO GONZÁLEZ Dirs.), Aranzadi, 2023, pp. 261-263.

11. En el ámbito del Derecho Privado, cabe vislumbrar la posibilidad de un futuro proceso civil común a la luz de la armonización ya acometida. Véase en este sentido, la existencia de procesos europeos uniformizados para todos los Estados miembros de la UE como son, *v. gr.*, en materia de tutela del crédito, el proceso monitorio europeo, al que sigue el proceso europeo de escasa cuantía. En este último caso, si bien el Reglamento no regula un procedimiento completo, sí es cierto que se contemplan las previsiones de las diferentes legislaciones sobre los litigios de escasa cuantía. A ello cabe sumar también el Reglamento sobre el título ejecutivo europeo con el que se introduce un instrumento procesal uniforme para la tutela de los créditos impagados. Cfr. ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Reclamación judicial de deudas internacionales dentro de la Unión Europea*, Ed. Colex, 2023. Por su parte, sobre los «procesos civiles Europeos» y los avances hacia un proceso europeo común, destacando la importancia de los aspectos procedimentales, de especial interés resultan las reflexiones de GASCÓN INCHAUSTI, F., en «El diablo está en los detalles. La importancia de las normas procedimentales para el legislador procesal europeo», *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso* (HERRERO PEREZAGUA y LÓPEZ SÁNCHEZ, Dirs.), Atelier, 2020, pp. 285 a 310

que están representados todos los Estados miembros de la UE¹². En la actualidad SIRIUS se ha convertido en el referente neurálgico de la UE para el intercambio de conocimiento sobre investigaciones transfronterizas que incluyan pruebas electrónicas. Y pese a su necesaria labor de instrucción de las autoridades y de facilitación de sus actuaciones en estas materias hoy paradójicamente, tan cotidianas como novedosas, su virtualidad resulta claramente insuficiente sin una normativa de referencia que agilice, garantice y asegure estas investigaciones transfronterizas, especialmente cuando contienen componentes electrónicos o digitales. Es en este contexto surge el conocido como «Paquete *E-evidence*», exclusivamente aplicable al ámbito de la Unión Europea, que incluye —como se ha tenido ocasión de apuntar con anterioridad— el «Reglamento 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 y la directiva las OECC»¹³ y la «Directiva por la que se establecen normas armonizadas para la designación de establecimientos designados y de representantes legales a efectos de recabar pruebas electrónicas en procesos penales»¹⁴. Y pese a que, como se verá seguidamente, estos nuevos instrumentos pretenden superar las dificultades probatorias en torno a la obtención de datos en procesos penales transfronterizos, para los que Sirius no puede aportar respuestas definitivas, es evidente que los avances logrados con esta herramienta no deben ser en modo alguno, relegados. De hecho, está expresamente prevista su utilización en la normativa *E-evidence*, para aquellos casos en los que sea preciso recurrir a un asesoramiento externo, especializado, sobre la interpretación del Derecho de un tercer país cuando el destinatario de la Orden considere que su ejecución implicaría el incumplimiento de una obligación jurídica concreta en relación con dicho Estado. Está previsto, así, que —por ejemplo— se publique en SIRIUS la información y la jurisprudencia sobre la interpretación del Derecho de un tercer país y sobre los procedimientos de conflicto de leyes en los Estados miembros a fin de que sea posible beneficiarse de la experiencia y los conocimientos acumulados sobre cuestiones idénticas o similares; y ello sin perjuicio, como es lógico, de que la disponibilidad de dicha información en una

12. Aunque el Proyecto SIRIUS nació como una iniciativa de cooperación entre los EE.UU. y la UE en el ámbito del acceso transfronterizo a la prueba electrónica (2017), la incorporación de Europol y Eurojust como socios plenos se produjo en 2020 con el fin de facilitar el acceso de las autoridades judiciales de los Estados miembros de la Unión a las pruebas electrónicas más allá de sus propias fronteras. Información sobre el proyecto SIRIUS puede encontrarse en las páginas web institucionales de Eurojust (<https://www.eurojust.europa.eu/sirius>) y Europol (<https://www.europol.europa.eu/operations-services-innovation/sirius-project>).

13. Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023.

14. Directiva (UE) 2023/1544 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023.

plataforma central no impida cuantas consultas se requieran sobre la interpretación del Derecho del tercer país afectado¹⁵.

Pero en todo caso, con carácter muy anterior a estos últimos instrumentos citados —las Órdenes Europeas de producción y conservación de datos— ya habían surgido, con el fin, igualmente, de favorecer la investigación criminal y de facilitar, por tanto, la instrucción de los procesos penales con elementos de transnacionalidad, instrumentos procesales de necesaria mención y reconocimiento como son la Orden europea de detención y entrega¹⁶, el Exhorto europeo para la obtención de prueba¹⁷, o en último término, la Orden Europea de investigación^{18, 19}.

Estos instrumentos de cooperación, incorporados paulatinamente a los Ordenamientos de los Estados miembros, no se sustituyen unos a otros sino que van superando —y corrigiendo— las dificultades que la aplicación de cada uno de ellos ha ido poniendo de manifiesto.

La Orden Europea de investigación, última en su incorporación —excepción hecha de las Órdenes de producción y conservación de pruebas electrónicas, ya aprobadas pero todavía no ejecutables— se constituye como un único instrumento a través del cual solicitar la obtención de una o varias medidas de investigación específicas a practicar en el Estado de ejecución, con vistas a la obtención de pruebas. Esto incluye la obtención de pruebas que ya están en posesión de la autoridad de ejecución; pero, a diferencia del Exhorto que permitía tan sólo la entrega de pruebas ya existentes, la OEI permite solicitar su obtención. Esto marca una primera diferencia —un primer avance— de la OEI respecto de los instrumentos procesales precedentes; del mismo modo que la regulación de las Órdenes Europeas de producción y conservación de pruebas electrónicas marcará también importantes diferencias con la OEI que, se supone, facilitarán la investigación transnacional de la actividad criminal. Ese es el camino en el que, como se indicaba, los sucesivos instrumentos procesales aprobados han

15. Sobre el tema, vid. los considerando 75 a 78 del Reglamento 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.

16. Creada por Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI)

17. Creado por Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal.

18. Creada por la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal

19. Profundiza en esta evolución normativa PÉREZ MARÍN, M.A, en *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea. El camino hacia una jurisdicción penal común*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 140 a 148.

ido superando las deficiencias o simplemente, las lagunas, que los anteriores presentaban.

En relación con ello, la primera gran diferencia entre ambos instrumentos —la OEI y las órdenes europeas de producción y conservación— viene marcada por sus respectivos ámbitos de aplicación. Una de las fortalezas, sin duda, de la OEI es la de ser aplicable para la solicitud de todo tipo de diligencias de investigación; y sin embargo, paradójicamente, aquí reside la necesidad de tener que articular un instrumento específico para la obtención, concretamente, de datos o de pruebas electrónicas. Es la especial volatilidad de los mismos —junto a las peculiaridades que confiere la deslocalización de las empresas que gestionan su almacenamiento— lo que justifica la necesidad de crear un nuevo mecanismo de cooperación que atienda a esas específicas particularidades²⁰. Y ello supone, por tanto, que la OEI y las Órdenes europeas de producción y conservación de pruebas electrónicas no son excluyentes, ni incompatibles; podrá utilizarse una u otras, o ambas conjuntamente, a elección de la autoridad de emisión y de la naturaleza y circunstancias del caso concreto. Así se deriva, claramente de propio texto legislativo cuando establece que «el presente Reglamento no debe afectar a otros instrumentos jurídicos, acuerdos y pactos de la Unión e internacionales relativos a la obtención de pruebas que entre en el ámbito de aplicación del presente Reglamento. Las autoridades de los Estados miembros deben elegir el instrumento más adaptado al caso concreto. En algunos casos, podrían preferir utilizar instrumentos, acuerdos y pactos de la Unión e internacionales para solicitar un bloque de distintos tipos de medidas de investigación que no se limiten a la entrega de pruebas electrónicas desde otro Estado miembro»²¹.

Por otro lado, clave del éxito de la OEI, por haberla constituido como un mecanismo de obtención de pruebas ágil y eficaz, ha sido el hecho de articular su solicitud a través de formularios preestablecidos cuya admisión y ejecución re-

20. Sobre la opción que se plantea al legislador Europeo entre reformar la Directiva de 2014 que regulaba la Orden Europea de investigación, con el fin de dar cabida a la prueba electrónica o crear *ex novo* un instrumento normativo que atendiera a estas específicas particularidades (con un evidente decantamiento hoy hacia esta última opción) he profundizado en «Europa ante el reto de la prueba digital. El establecimiento de instrumentos probatorios comunes: las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas», *Era digital, Sociedad y Derecho*, (FUENTES SORIANO, Dir.), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 280 a 342.

21. Considerando 96 del Reglamento 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. Mucho más explícito resultaba, sin embargo, el tenor literal de la Propuesta de Reglamento cuando establecía, en su Considerando 61, que «las medidas basadas en el presente Reglamento no deberán sustituir a las órdenes europeas de investigación de conformidad con la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo para obtener pruebas electrónicas. Las autoridades de los Estados miembros deberán elegir el instrumento más adaptado a su situación; podrán preferir utilizar la orden europea de investigación para solicitar un bloque de distintos tipos de medidas de investigación, incluyendo la entrega de pruebas electrónicas desde otro Estado miembro, pero sin limitarse a ello»

sultará obligatoria en el Estado de ejecución salvo por la concurrencia de motivos tasados²². Y este modelo ha sido igualmente reproducido a través de los formularios —o certificados, en denominación del Reglamento— EPOC y EPOC-Pr (así referidos por la utilización de sus siglas en inglés) para las Órdenes europeas de producción y conservación, respectivamente.

La gran diferencia con la OEI, sin embargo, reside en el organismo destinatario de la Orden. Si, como se afirmaba, la utilización de estos certificados ha constituido un elemento clave en la agilización de la tramitación procedimental de la OEI, se espera que ello sumado al nuevo destinatario de dichos certificados en el caso de las Órdenes europeas de producción y conservación de datos se convierta en el elemento decisivo de su mayor agilidad. Aunque en ello se profundizará más adelante, baste ahora con dejar anotado que mientras que la OEI se transmite directamente entre autoridades judiciales (o instituciones competentes para la instrucción penal, en cuyo caso requeriría de validación judicial), las Órdenes de producción y conservación de datos se dirigen por la autoridad emisora, directamente, al proveedor de servicios. Precisamente esta circunstancia —sin duda la más relevante y característica de las Órdenes europeas de producción y conservación de datos— ha llevado a alguna autora a negar —con razón— su carácter de instrumento de cooperación judicial, para concebirlas como instrumentos mixtos de cooperación transfronteriza, que interrelacionan a autoridades judiciales con entidades privadas²³.

Con esta previsión, las Órdenes europeas de producción y conservación de pruebas electrónicas pretenden convertirse, efectivamente, en instrumentos ágiles dotados de una mayor celeridad para hacer frente, como se anotaba, a la volatilidad propia del objeto a que se refieren —los datos electrónicos almacenados— y evitar así que la prueba acabe desapareciendo. Como con acierto se justifica en el propio Reglamento, los procedimientos y plazos previstos para la OEI no resultan adecuados para las pruebas electrónicas por cuanto los canales de cooperación judicial requieren de un tiempo que implica, en muchos casos, la desaparición de los datos y con ello de los indicios necesarios para la prueba del delito²⁴.

22. Sobre el tema, cfr. GÓMEZ AMIGO, L., «Prueba electrónica en la Unión europea: Las futuras órdenes europeas de entrega y conservación», en *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, (GONZÁLEZ CANO, Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 158

23. En este sentido, DE HOYOS SANCHO, M., «Reflexiones acerca de la propuesta de Reglamento UE sobre las órdenes Europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal», en *Proceso penal Europeo: últimas tendencias, análisis y perspectivas* (HERNÁNDEZ LÓPEZ y LARO GONZÁLEZ, Dirs.), Aranzadi, 2023, p. 143.

24. Considerando 8 del Reglamento: «(...) los procedimientos y plazos previstos en la Directiva 2014/41/UE relativa a la OEI y en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal podrían no ser adecuados para las pruebas electrónicas, que son más volátiles y podrían eliminarse con mayor facilidad y rapidez. La obtención de pruebas elec-

Y, precisamente, en relación con todo ello y con la importancia de estas órdenes europeas en la constitución de un proceso común europeo, o al menos, en este momento, de unos cauces procedimentales comunes para Europa, cabe reparar en el instrumento normativo a través el cual se articulan. No es casualidad, ni fruto de una decisión azarosa que para la regulación de este instrumento se haya utilizado la vía del Reglamento²⁵. Es cierto que, para el establecimiento de normas comunes a nivel europeo, el art. 82.1 TFUE reconoce la posibilidad de adoptar Reglamentos y Directivas. De entre ambas opciones, convendrá la utilización de Directivas cuando se considere necesario dejar un margen de actuación a los distintos Estados miembros para transponer dicha normativa con respeto a sus particularidades propias; sin embargo, el Reglamento presenta la ventaja de ser directamente aplicable y aportar una mayor seguridad jurídica al establecer una normativa común de aplicación directa y evitar así, tanto las posibles interpretaciones divergentes de los Estados miembros, cuanto otros problemas de transposición que, por la experiencia acumulada en el bagaje legislativo de la Unión, sabemos que han dificultado la aplicación y puesta en marcha de algunos instrumentos legales como, *v. gr.*, las Decisiones marco sobre reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales. La utilización pues, de la forma de Reglamento, para la regulación de estas Órdenes de producción y conservación de pruebas digitales de carácter transfronterizo que lo que necesitan para su efectividad es la existencia de una normativa común a todos los Estados de la Unión, se presenta, sin duda, como la opción más acertada para los fines perseguidos²⁶.

trónicas utilizando los canales de cooperación judicial a menudo lleva mucho tiempo, lo que da lugar a situaciones en las que los indicios podrían no estar ya disponibles».

25. He profundizado sobre esta cuestión en «Europa...», *op.cit.*

26. Se justifica esta opción, de forma particularmente acertada, en los considerandos de la Propuesta de Reglamento de 2018 donde, además, aparecen sistemáticamente apuntadas las dificultades a las que se pretende hacer frente con la normativa. Así, en la propuesta de Reglamento puede leerse que «teniendo en cuenta la dimensión transfronteriza de los problemas abordados, las medidas incluidas en la propuesta deben adoptarse a escala de la Unión con el fin de alcanzar los objetivos. Los delitos para los que existen pruebas electrónicas a menudo están vinculados a situaciones en las que la infraestructura en la que se almacena la prueba electrónica y el proveedor de servicios que gestiona la infraestructura se encuentran sometidos a un marco jurídico nacional diferente (...). En consecuencia, puede requerir mucho tiempo y ser muy difícil que el país competente acceda de forma efectiva a pruebas electrónicas transfronterizas si no existen normas mínimas comunes. En particular, si los Estados miembros actúan por sí solos tendrían dificultades para abordar las siguientes cuestiones:

- la fragmentación de los marcos jurídicos en los Estados miembros, que se consideró un reto importante por los proveedores de servicios que deseen dar cumplimiento a solicitudes basadas en diferentes legislaciones nacionales;
- una mayor oportunidad de cooperación judicial sobre la base de la legislación vigente de la Unión, en particular a través de la orden europea de investigación.

Habida cuenta de la diversidad de enfoques jurídicos, el número de ámbitos políticos afectados (seguridad; derechos fundamentales, incluidos los derechos procesales y la protección de datos personales; y cuestiones económicas) y la amplia gama de partes interesadas, la legislación a escala de la Unión es el medio más adecuado para abordar los problemas detectados».

Y, junto a ello, la tramitación en paralelo de la «Directiva por la que se establecen normas armonizadas para la designación de establecimientos designados y de representantes legales a efectos de recabar pruebas electrónicas en procesos penales»²⁷ supone un acierto digno de ser resaltado. Esta Directiva —su trasposición y aplicación por los Estados miembros— resultará trascendental para el buen fin del Reglamento pues, como se verá con mayor detalle más adelante, ese novedoso mecanismo de solicitud de prueba, ya adelantado, en lo que al destinatario de la orden se refiere (el proveedor de servicios) hace necesario para garantizar su éxito, que los mencionados proveedores tengan designado en el Estado en el que operen, un establecimiento al efecto o, en su caso, un representante legal. Con esta medida, por otra parte, se pretende hacer frente al obstáculo comúnmente esgrimido por los Estados requeridos —con ánimo, normalmente, dilatorio— de que el cumplimiento de la obligación solicitada afecta a la exclusividad jurisdiccional²⁸; y se solventa, igualmente, el problema que se generaba frente a aquellos proveedores de servicios que no se encontraban físicamente localizados en el Estado de referencia. Sobre todo ello se profundizará, no obstante, en las páginas que siguen.

Sin embargo, antes de cerrar estas breves reflexiones en torno a un posible proceso penal europeo, conviene dejar anotados los esfuerzos legislativos comprometidos ya para un futuro próximo entre los que destacar, por ejemplo, la Propuesta de un «Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en los asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos legislativos en el ámbito de la cooperación judicial»²⁹ por su importancia en lo que al establecimiento de cauces de comunicación comunes y acceso de los ciudadanos a la justicia transfronteriza se refiere.

Más allá de resaltar, de nuevo, la importancia de la utilización de la figura normativa del «Reglamento» para su institución —avanzando así en el establecimiento de ese sustrato procesal común europeo—, su objeto³⁰, según se des-

27. Directiva (UE) 2023/1544 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2023.

28. Sobre el tema, BUENO DE MATA, F., *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial. Principios teóricos y problemas prácticos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 72.

29. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 23 de noviembre de 2023, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en los asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos legislativos en el ámbito de la cooperación judicial (COM(2021)0759 - C9-0451/2021 - 2021/0394(COD))

30. El art. 1 de la Propuesta de Reglamento, por su parte, establece: «Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación. 1. El presente Reglamento establece un marco jurídico uniforme para el uso de la comunicación electrónica entre las autoridades competentes en los procedimientos de cooperación judicial en materia civil, mercantil y penal, y para el uso de la comunicación electrónica entre personas físicas o jurídicas y autoridades competentes en procedimientos judiciales en materia civil y mercantil. Además, establece normas sobre: a) el uso de videoconferencias u otras tecnologías de comunicación a distancia con fines distintos de la obtención de pruebas con arreglo al Reglamento (UE) 2020/1783;

cribe en los propios considerandos de la Propuesta³¹ es mejorar la eficiencia y la efectividad de los procesos judiciales y facilitar el acceso a la justicia mediante la digitalización de los canales de comunicación existentes; se entiende que ello debe suponer un ahorro de costes y de tiempo, así como una reducción de la carga administrativa y una mayor resiliencia —en expresión de la propia Propuesta— ante circunstancias de fuerza mayor para todas las autoridades que participan en la cooperación judicial transfronteriza. Se propone el uso de canales digitales de comunicación entre las autoridades competentes como mecanismo para reducir los retrasos en la tramitación de asuntos, tanto a corto como a largo plazo, para beneficiar a las personas físicas y jurídicas afectadas por la tramitación de un proceso judicial, así como a las autoridades competentes de los Estados miembros, y para fortalecer la confianza en los sistemas judiciales. Se considera igualmente que la digitalización de los canales de comunicación sería particularmente beneficiosa en el ámbito de los procesos penales transfronterizos y en el contexto de la lucha de la Unión contra la delincuencia. Se trata, en suma, de establecer un sistema armonizado de comunicación procesal, digitalizado, que facilite la tramitación de los procedimientos con los beneficios que ello puede suponer con carácter general y en relación con los procesos transfronterizos, con carácter particular.

A fin de favorecer esos canales de comunicación adecuados, la Propuesta de Reglamento que nos ocupa, es consciente de que deben desarrollarse las herramientas necesarias para que los distintos sistemas judiciales puedan cooperar digitalmente de manera eficiente; y a tal fin, propone la creación de un instrumento uniforme de tecnología de la información a escala de la Unión que posibilite un intercambio electrónico transfronterizo de datos sobre asuntos entre las autoridades competentes que sea rápido, directo, interoperable, fiable, accesible, seguro y eficiente: un sistema informático descentralizado, para el intercambio de datos en los procesos judiciales transfronterizos³².

b) la aplicación de firmas y sellos electrónicos; c) los efectos jurídicos de los documentos electrónicos, y d) el pago electrónico de tasas. 2. El presente Reglamento se aplica a la comunicación electrónica en los procedimientos de cooperación judicial en materia civil, mercantil y penal, tal como se contempla en los artículos 3 y 4, y a las vistas por videoconferencia o por medio de otros medios de tecnología de comunicación a distancia en materia civil, mercantil y penal, tal como se contempla en los artículos 5 y 6».

31. Vid. Considerandos 4, 8, 19 y 20.

32. El carácter descentralizado del sistema informático debe tender a permitir intercambios de datos seguros entre autoridades competentes, sin que ninguna institución de la Unión intervenga en el contenido de esos intercambios; también debe permitir intercambios de datos seguros entre un Estado miembro y órganos y organismos de la Unión, como Eurojust, en asuntos que entren en el ámbito de aplicación de los actos jurídicos enumerados en el anexo II. Y para ello, se prevé que esté compuesto por sistemas finales de los Estados miembros y los órganos y organismos pertinentes de la Unión, así como por puntos de acceso interoperables (basados en e-CODEX) a través de los cuales dichos sistemas estén vinculados mediante el uso de interconexiones seguras. Sobre el tema vid, particularmente los Considerandos 19 y ss. de la Propuesta de Reglamento.

Todas estas previsiones legislativas apuntalan la idea de que caminamos hacia unas instituciones procesales comunes que, paulatinamente, nos van a permitir hablar de un proceso europeo. En esta línea, detengámonos, pues, en las páginas que siguen, en el estudio de las novedosas Órdenes de producción y conservación de datos a efectos de prueba electrónica en procesos penales transfronterizos.

3. Las órdenes europeas de producción y conservación de pruebas electrónicas

Las Órdenes europeas de producción y conservación de pruebas electrónicas permiten a las autoridades judiciales (o incluso, fiscales, en función del tipo de datos de que se trate) de cualquier Estado de la Unión, dirigirse directamente a los prestadores de servicios que desarrollan su actividad en otro Estado distinto de la Unión Europea a fin de que les entreguen o, en su caso, conserven —a efectos de una posterior entrega— determinados datos de interés probatorio («pruebas electrónicas» en terminología legal) a efectos de un proceso penal.

Con el fin de garantizar la efectividad de estos instrumentos y que los Estados requirentes obtengan respuesta inmediata ante la Orden emitida (diez días; ocho horas si hay urgencia) se establece la obligación, para todas las empresas prestadoras de servicios, de designar un «establecimiento designado» o un «representante legal» en la Unión, en los plazos y de conformidad con la normativa establecida en la Directiva 2023/1544, de 12 de julio de 2023.

Reglamento y Directiva se configuran, pues, como un todo inescindible en tanto en cuanto, del efectivo cumplimiento de la Directiva dependerá el éxito de las herramientas reguladas por el Reglamento. Sobre ello se profundizará más adelante.

Conviene aclarar que estas Órdenes Europeas de producción y conservación de pruebas electrónicas entraron en vigor el 18 de agosto de 2023 (a los 20 días de la publicación del Reglamento en el DOUE). Sin embargo, no serán aplicables hasta el 18 de agosto de 2026³³. Concorre de nuevo, en el caso presente, la distinción entre la entrada en vigor y la aplicación de una norma a la que ya nos tienen acostumbrados los textos legislativos de la Unión Europea³⁴. Es un

33. Art. 34 del Reglamento: «Entrada en vigor y aplicación. 1. El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión. 2. Será aplicable a partir del 18 de agosto»

34. Véase, por ejemplo, el Reglamento de protección de datos (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

matiz técnico interesante porque, ciertamente, no es lo mismo «entrar en vigor» que «ser aplicable». Y tal distinción se justifica especialmente, además, en los textos legislativos de la Unión por afectar tanto a los ciudadanos cuanto a los Estados miembros. En este sentido, desde el momento en que el texto ha entrado en vigor forma parte del acervo normativo de un Estado que podrá, por tanto, recurrirlo, impugnarlo e incluso, quizás, plantear —si se diera el caso— una cuestión prejudicial; por otro lado, al formar parte del acervo normativo nacional, habrá de tomarse en consideración a efectos de interpretación de las leyes —preexistentes y también futuras— en tanto en cuanto afecten a la materia regulada por esta nueva normativa. Sin embargo, los instrumentos legislativos, derechos y deberes previstos no serán exigibles —no serán de aplicación— hasta la fecha al efecto señalada; que, en el caso que nos ocupa, será el 18 de agosto de 2026. En este plazo de tres años, pues, deberán los Estados y, concretamente, España —por lo que a nosotros afecta—, adaptar la normativa no sólo a la Directiva sino también a las exigencias del propio Reglamento que por ser directamente aplicable podrá entrar en colisión con normas procesales previas como pueden ser las relativas —entre otras cuestiones— a los recursos, la prueba o incluso, la competencia. Toda esta labor es la que tiene por delante el legislador nacional en el corto espacio de tiempo que resta para el vencimiento de la fecha.

Antes de adentrarnos en un análisis más detenido de estas nuevas Órdenes europeas conviene insistir en algunos elementos de su configuración que van a ser determinantes de otras políticas legislativas internacionales. Como instrumento procesal propio de la Unión que son, circunscriben su actuación a la obtención de: a) pruebas electrónicas; b) en el ámbito de un proceso penal previamente entablado; y c) en el contexto de los Estados miembros de la UE. Aunque sobre todos estos extremos se profundizará más adelante se quiere resaltar ahora la especial necesidad que esta normativa pone de manifiesto para el establecimiento de similares previsiones —*mutatis mutandi*— respecto de terceros Estados. Y, precisamente, en la finalidad de dar cobertura jurídica a esta situación se enmarca la «Recomendación de Decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones para un Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el acceso transfronterizo a las pruebas electrónicas para la cooperación judicial en materia penal», de 5 de febrero de 2019³⁵.

tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos): «Artículo 99. Entrada en vigor y aplicación 1. El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. 2. Será aplicable a partir del 25 de mayo de 2018».

35. COM (2019) 70 final. Sobre los objetivos y las directrices de negociación contenidas en la Recomendación de Decisión de referencia puede verse GÓMEZ AMIGO, L., «Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas

Desde la perspectiva de la actuación con terceros países, es cierto los Estados miembros de la Unión Europea ejercen una cooperación directa con los Proveedores de servicios en otros Países, singularmente en los Estados Unidos, como alternativa a los mecanismos de cooperación judicial³⁶; pero, conforme a la legislación aplicable, dicha cooperación se limita a los datos sin contenido y tiene, además, carácter voluntario³⁷. La combinación de ambos factores convierte en inútil —o, al menos, en muy poco útil— esta vía de cooperación en una gran parte de los supuestos; en ocasiones por la inseguridad jurídica que genera la voluntariedad en la entrega de datos, en ocasiones por el insuficiente valor de los datos de tráfico y en otras muchas ocasiones porque por el tiempo transcurrido resulta imposible acceder a los mismos. Así, tal y como se expresa en el propio preámbulo de la Recomendación «un Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos ofrecería numerosas ventajas prácticas:

- facilitaría el acceso recíproco de las autoridades judiciales a los datos de contenido;
- abordaría la cuestión del acceso a los datos sin contenido mediante órdenes de las autoridades judiciales, aseguraría el acceso recíproco por parte de las autoridades de la UE y de los EE. UU., y revisaría las condiciones y garantías de los proveedores de servicios de cara a la cooperación directa;
- contribuiría a mejorar el acceso en tiempo útil a los datos de las autoridades judiciales;
- abordaría el riesgo de conflictos de leyes;
- reduciría el riesgo de fragmentación de las normas y los procedimientos, y armonizaría los derechos y garantías mediante un único mandato de negociación para todos los Estados miembros de la Unión Europea con los Estados Unidos que velara por la ausencia de discriminación entre los Estados miembros de la UE y sus ciudadanos;
- aclararía el carácter vinculante y los aspectos relativos a la ejecución de las órdenes dirigidas a los proveedores de servicios y detallaría, al mismo tiempo, las obligaciones de las autoridades judiciales»³⁸.

penales electrónicas: una regulación que se aproxima», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 71, Julio—Septiembre 2019, pp. 23 a 56 (sobre el tema, en concreto, pp. 50 a 53).

36. La propia Exposición de motivos de la Resolución reconoce un vertiginoso incremento de las solicitudes de cooperación directa de los Estados con los Prestadores de servicios apuntando el dato de que en el año 2017 —cuando se preparaba la resolución— se computaron más de 124 000.

37. Del tema me he ocupado en FUENTES SORIANO, O., «La (futura) orden Europea de entrega de pruebas electrónicas», en *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero* (SANZ HERMIDA, Dir.), Tirant lo Blanch, 2021, pp. 207 a 270.

38. Exposición de Motivos («Apartado 2: Objetivos de la propuesta») de la «Recomendación de Decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones para un Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el acceso transfronterizo a las pruebas electrónicas para la cooperación judicial en materia penal» de 5 de febrero de 2019. COM (2019) 70 final.

A la espera de la evolución de estas negociaciones, que habrá que seguir de cerca y con interés, nos adentramos ya en el estudio de las concretas cuestiones que suscita la nueva regulación de las Órdenes europeas de producción y conservación de pruebas electrónicas.

3.1. Concepto

Las órdenes de producción y entrega de pruebas electrónicas son dos tipos de órdenes diferentes aunque íntimamente relacionadas; no solo por el objeto sobre el que recaen («pruebas electrónicas»), sino porque la orden de conservación tiene poco sentido sino es para garantizar la ulterior entrega de los datos conservados.

Nótese que, de hecho, con mejor acierto —a mi juicio— la Propuesta de Reglamento de 2018 se refería a las órdenes europeas «de entrega y conservación de pruebas electrónicas»³⁹. Y ello porque, en realidad, como se verá seguidamente, con la —hoy denominada— orden «de producción» lo que la autoridad emisora está solicitando es «la entrega» de determinados datos que ya están en poder del prestador de servicios y no así su «producción». Y, como se apuntaba, la conservación de tales datos tendrá sentido tan sólo en el contexto de una posterior entrega que vendrá exigida, normalmente —aunque no necesariamente— por una orden que, en puridad, lo será «de entrega» y —de nuevo— no «de producción». Es de anotar también que, curiosamente, sobre este cambio de denominación —a peor, en mi opinión— no se da explicación alguna, resultando difícil comprender los motivos llevaron al legislador a consumarlo.

En cualquier caso, de conformidad con el art. 3 del Reglamento cabría entender por Orden europea de producción o de conservación aquella decisión emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro (veremos, sin embargo, que ello no siempre será así; dependerá del tipo de datos) conforme a los requisitos de emisión que establece el art. 4, por la que se ordena, bien la entrega de pruebas electrónicas (orden de producción), bien su conservación, a los efectos de una solicitud posterior de entrega, dirigida a un establecimiento designado o representante legal de un prestador de servicios que: A) ofrezca servicios en la unión; B) cuando dicho establecimiento designado o representante legal esté situado en otro Estado miembro vinculado por el Reglamento (lo que incluye, en realidad, a todos los países de la UE).

39. La denominación oficial del mismo fue la de «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos del enjuiciamiento penal».

Si pasamos a detenernos en el análisis de los diversos puntos clave de la anterior definición llama la atención, en primer lugar, la elección del término «decisión» utilizado por el legislador Europeo.

Ya desde un principio se concibió a estas órdenes como «decisiones» del Estado emisor o de la autoridad emisora, por las que se «obligaba» al prestador de servicios a la entrega o conservación de datos⁴⁰. Sin embargo, el Reglamento rebaja claramente el poder vinculante que inicialmente se les pretendía conferir: Así, mientras que en la Propuesta de Reglamento, estas órdenes eran concebidas como una «decisión vinculante adoptada por una autoridad emisora de un Estado miembro que obligue a un proveedor (...) a entregar pruebas electrónicas» o «conservar pruebas electrónicas a efectos de una solicitud de entrega subsiguiente»⁴¹, en la actualidad ni son en tal sentido «vinculantes» ni, en puridad, «obligan» —no, al menos, de forma absoluta o incondicional, como se verá— al prestador de servicios, al que se le ofrecen diversas posibilidades para no ejecutarla, al margen de los motivos de denegación de la Orden que se arbitran para los supuestos en los que ha de ser notificada al Estado de ejecución. La razón de esta rebaja del carácter vinculante con que inicialmente las órdenes fueron concebidas, reside en la necesidad de conjugar la imprescindible agilidad que se requiere para facilitar el tratamiento probatorio de estas concretas pruebas electrónicas, caracterizadas por su volatilidad, con el también imprescindible respeto a los Derechos Fundamentales reconocido por la Carta de Derechos de la Unión que, en caso contrario, se verían seriamente afectados, como a bien ha sido destacado por los diversos informes institucionales y consultas previas a los que ha sido sometida la Propuesta de Reglamento durante su tramitación legislativa⁴².

Las Órdenes Europeas de producción y conservación son, pues, en definición legal, la «decisión por la que se ordena la entrega de pruebas electrónicas, emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro de conformidad con el artículo 4, apartados 1, 2, 4 y 5» (en el caso de la orden de producción) y la «decisión por la que se ordena la conservación de pruebas electrónicas a los efectos de una solicitud posterior de entrega, y que es emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro de conformidad con el artículo 4, apartados 3, 4 y 5» (para la orden de conservación)⁴³.

40. Sobre la concepción de estas Órdenes como «decisiones vinculantes de carácter unilateral» me he pronunciado y he profundizado en «Europa ante el reto...», op. cit., p. 16 y ss

41. Art. 2 Propuesta de Reglamento sobre órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos del enjuiciamiento penal.

42. Sobre el tema Vid. FUENTES SORIANO, O., «Europa ante el reto...», op. cit.

43. Art. 3 del Reglamento

Pese a que de estas definiciones reglamentarias parece derivarse que tanto las órdenes de producción, cuanto las de conservación han de ser emitidas o validadas en todo caso por una autoridad judicial, lo cierto es que de la atenta lectura de las exigencias del art. 4, no siempre resultará así. Pero, para apreciarlo, es preciso determinar previamente los tipos de datos que se pueden solicitar a través de las mismas y cómo los estructura la norma.

Se reconocen en el Reglamento cuatro tipos de datos susceptibles de ser solicitados mediante estos instrumentos legales: los datos de los abonados, los datos de tráfico solicitados con el único fin de identificar al usuario, los datos de tráfico (excepto los solicitados con el único fin de identificar al usuario) y los datos de contenido; desapareciendo, así, del texto legal definitivo, los denominados «datos relativos al acceso» que sí contemplaba la Propuesta⁴⁴. En esta clasificación, llama la atención el reconocimiento expreso de «los datos de tráfico solicitados con el único fin de identificar al usuario». La utilización de esta categoría se separa de las referencias habituales en la normativa de los diversos Estados europeos que reconocen, normalmente, la existencia de, tan sólo, los datos de los abonados, los de transacciones y los de contenido. El encaje pues de estos con el resto de la regulación atinente a los datos y su protección generará, previsiblemente, algunos puntos de fricción durante la vigencia de la norma a los que habrá que prestar la debida atención. Por otro lado, debe advertirse que la reconducción a tres categorías de datos de las cuatro que inicialmente contemplaba la Propuesta de Reglamento no parece que vaya a solucionar definitivamente los problemas sobre los que ya durante su tramitación advirtió la abogacía Europea⁴⁵.

44. De acuerdo con las definiciones que facilitaba el art. 2 de la Propuesta, los «datos relativos al acceso» eran aquellos que versaban sobre el inicio y final de una sesión de acceso del usuario a un servicio, y que eran estrictamente necesarios para identificar al usuario del servicio (v. gr. la fecha y hora del acceso, o de conexión y desconexión al servicio, junto con la dirección IP asignada al usuario por el proveedor de servicios de acceso a internet, los datos identificativos de la interfaz utilizada y la identificación del usuario). Se incluían, en este ámbito también, los metadatos de comunicaciones electrónicas. En el texto del Reglamento estos datos pasan a ser conocidos como los «datos a los meros efectos de identificación». En todo caso, la referencia expresa a este tipo de datos —los datos relativos al acceso— ya llamó la atención en su momento por cuanto se recogían *ex novo* en la Propuesta, al margen de las categorías de datos normalmente utilizadas en las normativas europeas.

45. En relación con la Propuesta de Reglamento, sostuvo la Abogacía Europea que «por ejemplo, las direcciones o interfaces IP caen en más de una categoría, es decir, datos de acceso y datos de abonado (Artículo 2 (7) (b)). Además, la definición de datos de suscriptor incluye no solo lo que generalmente se entiende bajo los datos del suscriptor (ver Artículo 2 (7) (a)), sino también términos muy genéricos como «el tipo de servicio [...] que incluye datos técnicos y datos que identifiquen medidas o interfaces técnicas [...] relacionadas y datos relacionados con la validación del uso del servicio» (Artículo 2 (7) (b)). Estos términos amplios podrían incluso incluir datos que no están relacionados con el significado habitual del término «tipo de servicio», como cualquier característica técnica del servicio prestado, borrando así la distinción entre los datos de acceso y los datos del suscriptor. Teniendo en cuenta también que la nueva regla propuesta de privacidad electrónica¹ utiliza otro tipo de clasificación (contenido de comunicaciones electrónicas y metadatos), y también considerando que la Directiva de privacidad electrónica actualmente vigente² utiliza otra definición más de datos de tráfico para aproximadamente los mismos propósitos, sería muy importante limitar el número de dichos términos al mínimo necesario. Es importante aclarar que el secreto profesional puede abarcar no solo los datos de contenido, sino también otros tipos de datos, por ejemplo, acceder a los datos, y en tales casos, se requiere

A la vista de esta catalogación, resulta evidente que la orden de producción (entrega) de datos de contenido o de datos de tráfico supondrá, sin duda, una mayor injerencia en los Derechos Fundamentales de los afectados que la solicitud de datos a los meros efectos de identificación o de datos de los abonados. Así, en su tratamiento legal, los requisitos para la entrega de estos dos últimos tipos de datos (datos a los meros efectos de identificación y datos de los abonados) se asimilan a los requisitos exigidos para emitir una Orden de conservación que, igualmente, supondrán una menor lesión de los derechos afectados. Se generan pues dos caminos diferentes para la tramitación que, en general englobarán, por un lado, a los datos de contenido y los datos de tráfico (excepto los solicitados a los meros efectos de identificación) que seguirán una vía común; y, por otro, a los datos solicitados a los meros efectos de identificación y los datos de los abonados que, junto con las órdenes de conservación, se tramitarán por otra vía diferente, con exigencias igualmente diferentes.

De este modo, efectivamente y de conformidad con la definición legal antes extractada, para la solicitud de datos de contenido y de datos de tráfico (exceptuados los que lo son a los meros efectos de identificación) las órdenes de producción deberán haber sido, en todo caso, emitidas o validadas por una autoridad judicial. Se requerirá validación judicial cuando la orden hubiera sido emitida por el Ministerio Fiscal o por cualquier autoridad con competencia para la investigación tal y como reconoce el art. 4.2.b del Reglamento⁴⁶.

Sin embargo, cuando la orden de producción de datos lo sea en relación con datos de los abonados o con datos de tráfico solicitados a los meros efectos de identificación, así como cuando se trate de una orden de conservación, la autoridad emisora podrá ser una autoridad judicial, fiscal o cualquier otra autoridad competente, que, en el asunto de que se trate, actúe en calidad de autoridad de investigación en procesos penales según el Estado emisor y tenga competencia para ordenar la obtención de pruebas de conformidad con el Derecho nacional (*v.gr.*, la policía); en tal caso, la orden será validada por un juez o fiscal del Estado emisor.

validación y supervisión judicial. Si el Reglamento no proporciona certeza absoluta sobre qué tipos de datos se incluyen en las diversas categorías de datos, las LEA no sabrán si necesitan validación judicial, y los destinatarios no podrán evaluar si los EPO han sido emitidos legalmente». Comentarios preliminares de CCBE (*Council of Bars and Law societies of Europe*) sobre la propuesta de Comisión para el Reglamento sobre las Órdenes Europeas de Entrega y Conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal. 29/06/2018. Accesible en <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/03/Comentarios-a-las-Ordenes-Europeas-de-Entrega-y-Conservacion-de-pruebas-electronicas-en-procesos-penales.pdf> (Recuperado el 22/12/2023).

46. A tenor del art. 4.2.b) podrá emitir órdenes de producción en estos supuestos «cualquier otra autoridad competente, según la defina el Estado emisor que, en el asunto de que se trate, actúe en calidad de autoridad de investigación en procesos penales y tenga competencia para ordenar la obtención de pruebas de conformidad con el Derecho nacional; en tal caso, la orden europea de producción será validada, previo examen de su cumplimiento de las condiciones de emisión en virtud del presente Reglamento, por un juez, tribunal o juez de instrucción del Estado emisor».

De conformidad con lo anterior, cabe la posibilidad de que determinadas órdenes de producción y desde luego todas las de conservación sean emitidas sin haber pasado, ni en su emisión ni en su validación, por una autoridad judicial; circunstancia ésta que más allá de haber sido criticada desde diversas instancias durante la tramitación del Reglamento⁴⁷, en las órdenes de conservación de datos de tráfico (excepto si lo son a los meros de identificación) o de contenido, tiene poco sentido por cuanto la conservación de los mismos lo será a los efectos de una posterior entrega que tendrá que ser, en todo caso, emitida o validada por una autoridad judicial.

En lo que a la concreta emisión de una orden respecta, siguiendo la estela marcada por instituciones procesales anteriores (véase la OEI), el legislador europeo ha diseñado unos formularios (denominados para su solicitud, como se indicó, EPOC y EPOC-PR, respectivamente) que constan en los Anexos (I y II — respectivamente—) al Reglamento y que no solo facilitarán la solicitud, sino que contribuirán decisivamente a dotar a estos procedimientos de la agilidad necesaria que requiere la obtención de estas fuentes de prueba y, además, favorecerán la labor de identificación de los posibles defectos o motivos de oposición de cara a la decisión del proveedor de servicios de no ejecutarla o a la de la autoridad del Estado de ejecución, en su caso, de denegarla (cuya comunicación también aparece protocolizada en formularios, que constan en los correspondientes Anexos).

47. En opinión de la Abogacía Europea, «la validación judicial por parte del Estado requirente es la protección mínima que debe garantizarse, especialmente teniendo en cuenta que la orden ya no será verificada por la autoridad en el país requerido (como es el caso de los procedimientos de asistencia judicial mutua (MLA)). Parece que no existe una justificación adecuada de por qué las EPO para suscriptores y los datos de acceso en general no requieren validación judicial. Es necesario establecer con mayor claridad qué tipo de datos se consideran 'suscriptores o datos de acceso' para evitar la confiscación de información que normalmente requeriría supervisión judicial independiente de conformidad con las normas nacionales, los procedimientos de asistencia judicial mutua o la Orden Europea de Investigación (EIO)». Comentarios preliminares de CCBE (*Council of Bars and Law societies of Europe*) sobre la propuesta de Comisión para el Reglamento sobre las Órdenes Europeas de Entrega y Conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal. 29/06/2018. Accesible en <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/03/Comentarios-a-las-Ordenes-Europeas-de-Entrega-y-Conservacion-de-pruebas-electronicas-en-procesos-penales.pdf> (Última consulta: 22/12/2023). El Comité económico y social Europeo, por su parte, consideró atentatoria contra la normativa europea de protección de datos la posibilidad de que el Ministerio Fiscal emita estas órdenes sin validación, aun cuando estén referidas a datos de acceso o de los abonados; plantándose así la conveniencia de que, en todo caso, su emisión haya que provenir de una autoridad judicial o, al menos, haya de estar visada por ella. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal [COM(2018) 225 final - 2018/0108 (COD)] - 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 - 2018/0107(COD)]. 2018/C 367/17. En su Conclusión 1.7. puede leerse que «el CESE acoge con satisfacción que ambas órdenes deban ser emitidas o confirmadas por una autoridad judicial de un Estado miembro. Sin embargo, el CESE considera problemático que, para la obtención de datos de los abonados y de datos relativos al acceso, los fiscales también puedan emitir órdenes de entrega y respalda que la obtención de los datos de carácter personal se someta a la autorización de un juez».

Sin duda, será la utilización de estos formularios, con la completa información del asunto que se recoge en ellos, lo que permitirá efectuar la entrega de datos en los brevísimos tiempos que prevé la norma y que serán de 10 días, con carácter general⁴⁸, o de 8 horas en los casos de urgencia. Este dato, unido al especial destinatario escogido por el legislador europeo para las órdenes que nos ocupan (el proveedor de servicios) constituirá la clave de la agilidad buscada en atención a la volatilidad de la prueba.

En todo caso, antes de pasar a profundizar en los destinatarios de estas Órdenes, conviene hacer notar que, desde la Propuesta de Reglamento, estas arrastran un problema que afecta a Derechos Fundamentales y garantías procesales y que, aunque ciertamente mitigado, no ha sido totalmente corregido o solucionado con el Reglamento. El problema es que esta mayor agilidad que se imprime a las figuras puede chocar con el Derecho de Defensa del investigado: en primer lugar, por no resultar necesaria la supervisión de la Orden, en todo caso, por una autoridad judicial; y, en segundo lugar, por no poder el investigado realizar alegaciones previas ni en el Estado emisor de la Orden, ni en el de ejecución.

En la Propuesta de Reglamento, el control jurisdiccional sobre la obtención de la prueba era un control meramente eventual que solo se llevaba a cabo si el proveedor de servicios se negaba a la ejecución de la orden (por los motivos tasados, legalmente previstos). Tan sólo en ese momento, entraba en juego la actuación jurisdiccional; pero de no ser así, se trataba de una obtención de fuentes de prueba que podía no haber sido visada, en ningún momento, por la autoridad judicial. Como se indicaba con anterioridad, con el Reglamento esta total ausencia de control jurisdiccional en la obtención de datos aparece ciertamente mitigada pues, en realidad, solo se dará en relación con los datos de los abonados, los datos de tráfico a efectos de mera identificación, y para la orden de conservación de datos; pero, al menos, las ordenes de producción de datos de tráfico (excepto a los meros efectos de investigación) y las ordenes de producción de datos de contenido sí están sometidas a control jurisdiccional (en el Estado emisor —han de ser, o emitidas por un Juez, o validadas por un

48. En la *mens legislatoris*, estaba presente la necesidad de garantizar que el plazo de 10 días se cumpliera en todo caso; incluso —a ser posible— en los supuestos en los que la orden debe notificarse al Estado de ejecución. Para tales situaciones, prevé el art. 10.2 del Reglamento que «cuando se requiera una notificación a la autoridad de ejecución con arreglo al artículo 8 y dicha autoridad no invoque ninguno de los motivos de denegación con arreglo al artículo 12 en los diez días siguientes a la recepción del EPOC, el destinatario velará por que los datos solicitados se transmitan directamente a la autoridad emisora o a las autoridades policiales o judiciales indicadas en el EPOC al final de ese plazo de diez días. Cuando la autoridad de ejecución, ya antes de que finalice dicho plazo de diez días, confirme a la autoridad emisora y al destinatario que no invocará ningún motivo de denegación, el destinatario actuará lo antes posible tras dicha confirmación y, a más tardar, al final de dicho plazo de diez días».

Juez— y en el Estado de ejecución —han de notificarse—) y sí podrán ser denegadas por los motivos previstos y a los que más adelante se hará referencia.

Por otra parte, el Reglamento pretende incrementar las garantías del proceso, tanto en lo que al derecho a la igualdad de partes respecta, cuanto en lo relativo al Derecho de defensa del investigado. Así, siguiendo la sugerencia que en su momento cursara —entre otras instituciones— la abogacía europea⁴⁹, el art. 1 incluye, novedosamente respecto de la Propuesta de Reglamento, la posibilidad de que sea el propio investigado quien pueda instar la emisión de una orden de producción o conservación de datos cuando a su derecho convenga. Y, si bien es cierto que no se articula cómo puede el investigado instar la solicitud de la orden, resulta igualmente cierto que tales extremos pueden ser posteriormente regulados por el derecho interno de cada País. De hecho, esta misma previsión —con redacciones en términos prácticamente idénticos— se contiene respecto de la OEI⁵⁰, hoy de plena aplicación.

El Reglamento gana en garantías, sin duda, respecto de la Propuesta de Reglamento; pero son muchas las grietas que deja abiertas. Por un lado, las órdenes

49. En los comentarios preliminares del CCBE (*Council of Bars and Law societies of Europe*) sobre la propuesta de Comisión para el Reglamento sobre las Órdenes Europeas de Entrega y Conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, de 29 de junio de 2018, puede leerse que: «Cualquier propuesta para la recuperación de pruebas electrónicas no debe considerarse como un asunto exclusivo del enjuiciamiento. Los derechos de defensa deben tener la debida consideración. La propuesta no tiene debidamente en cuenta el requisito de igualdad de medios en los procedimientos penales, que es un concepto reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el contexto del derecho a un juicio justo. Mientras que los fiscales pueden emitir Órdenes de Entrega y Conservación, no existen disposiciones que permitan a los acusados o sus representantes acceder o solicitar una prueba electrónica. Por tanto, CCBE considera que, al igual que con la EIO, las personas sospechosas o acusadas, o sus abogados, deberían poder solicitar la emisión de una Orden Europea de Entrega o Conservación de la misma manera que lo hacen los fiscales. De lo contrario, la propuesta socava el principio de la igualdad de medios entre la acusación y la defensa, lo que coloca al acusado en una situación de desventaja». *Comentarios preliminares de CCBE (Council of Bars and Law societies of Europe) sobre la propuesta de Comisión para el Reglamento sobre las Órdenes Europeas de Entrega y Conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal*. 29/06/2018; pp 6 y 7. Accesible en <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/03/Comentarios-a-las-Ordenes-Europeas-de-Entrega-y-Conservacion-de-pruebas-electronicas-en-procesos-penales.pdf> (Última consulta: 22/12/2023). Esta misma propuesta fue sostenida con posterioridad por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de interior del Parlamento Europeo, en su *Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes Europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal*, de 11 de diciembre de 2020, entre cuyas enmiendas se propone la inclusión de un art. 1 bis en el Reglamento cuyo texto fuera: «La emisión de una orden europea de entrega o de conservación podrá asimismo ser solicitada en nombre de una persona sospechosa o acusada, en el marco de los derechos de la defensa aplicables de conformidad con los procedimientos penales nacionales». Informe accesible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0256_ES.html (Recuperado el 22/12/2023).

50. El art. 1.2 del Reglamento establece que «La emisión de una orden europea de producción o de una orden europea de conservación podrá asimismo ser solicitada por una persona sospechosa o acusada o por un abogado en nombre de dicha persona, en el marco de los derechos de defensa aplicables de conformidad con el Derecho procesal penal nacional». Por su parte el art. 1.3 de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal establece que «La emisión de una OEI puede ser solicitada por una persona sospechosa o acusada (o por un abogado en su nombre), en el marco de los derechos de la defensa aplicables de conformidad con el procedimiento penal nacional».

siguen emitiéndose y ejecutándose inaudita parte; y, por otro, en la lucha por la igualdad de armas parece obviarse el hecho de que en España, el Ministerio Fiscal no ostenta el monopolio en el ejercicio de la acción penal. Así, tanto la víctima como cualquier tercero legitimado pueden constituirse en parte procesal a través del ejercicio de la acción particular o popular, respectivamente, sin que, en tales casos, se haya previsto la posibilidad de que puedan estos —igual que el Fiscal o el investigado— solicitar la correspondiente orden de producción o entrega⁵¹.

3.2. Destinatarios

Los prestadores de servicios son, como se ha visto, los destinatarios en última instancia de las órdenes Europeas de producción o conservación de pruebas electrónicas. Esa era la voluntad del legislador Europeo cuando comenzó a idear esta herramienta procesal y, no sin esfuerzo, así lo ha conseguido reflejar en el texto normativo por el que la regula; si bien estableciendo la obligatoriedad de dirigirse al establecimiento por ellos designado o a su representante legal⁵². No debe perderse de vista que, esta idea inicial de permitir a los Estados dirigirse directamente al proveedor de servicios en otro Estado miembro, chocaba con el problema de los distintos requisitos y condiciones que las legislaciones nacionales venían exigiendo a los prestadores de servicios llegando incluso, determinados Estados, a requerir que el prestador de servicios hubiera establecido en su territorio la representación legal.

Este hecho, más allá de afectar al derecho a la libre circulación de empresas (y capitales) —fundamental preocupación de la UE— generaba una importante inseguridad jurídica no sólo para los Estados, que desconocían a quién o cómo dirigirse, sino también y esencialmente, para los propios prestadores de servicios. Y es en este contexto en el que entra en juego la Directiva 2023/1544 ya mencionada, estableciendo normas armonizadas para todos los Estados de la UE, por las que se obliga a las empresas que presten los servicios identificados en la normativa (normalmente relacionados con la sociedad de la información)⁵³

51. La ausencia de referencias a la víctima como acusación particular ha sido puesta de manifiesto por DE HOYOS SANCHO, M., en «Reflexiones...», cit., p. 167.

52. Art. 7.1 del Reglamento: «Las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación se dirigirán directamente al establecimiento designado o a un representante legal del prestador de servicios afectado».

53. Estrictamente, los servicios que deben prestar las empresas para quedar vinculadas por esta normativa son (art. 3.3 del Reglamento): «a) servicios de comunicaciones electrónicas, tal como se definen en el artículo 2, punto 4, de la Directiva (UE) 2018/1972; b) servicios de nombre de dominio de internet y de direcciones IP, tales como asignación de direcciones IP, registro de nombres de dominio, registrador de nombres de dominio y servicios de privacidad y representación relacionados con nombres de dominio; c) otros servicios de la sociedad de la información a que se refiere el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535, que: i) permitan a sus usuarios comunicarse entre sí, o

a designar un «establecimiento designado» (si están establecidas en un Estado de la UE) o un representante legal (si están establecidas fuera de la UE pero prestan tales servicios en la UE) que serán los destinatarios inmediatos de las Órdenes de producción o entrega de pruebas electrónicas.

De la Directiva se desprende, pues, que cada prestador de servicios en la Unión deberá designar, al menos, un establecimiento designado o un representante legal sin que al efecto puedan los Estados imponer exigencias ni condiciones internas que coarten la libertad de elección empresarial (*v.gr.*, la obligación impuesta por un Estado a la empresa que quiera prestar servicios en él de designar en su territorio al establecimiento designado, o al representante legal).

Para el buen fin de los instrumentos legales proyectados, establece la Directiva que los Estados velarán para que esta designación esté hecha antes del 18 de agosto de 2026 que es el momento en el que el Reglamento será de aplicación. Se trata de garantizar así, que para cuando el Reglamento vaya a ser jurídicamente aplicable, las circunstancias fácticas reales permitan su plena efectividad. Es más, en puridad, los Estados miembros velarán no sólo porque los prestadores de servicios efectúen la designación anteriormente comentada sino porque doten a sus establecimientos designados y a sus representantes legales de las competencias y los recursos necesarios para cumplir las órdenes de producción y entrega de pruebas electrónicas que pudieran recibir de cualquier Estado miembro.

La lectura de esta previsión plantea una interesante pregunta: qué sucederá si llegada la fecha límite (18 de agosto de 2026), los Estados (o algún Estado) no «han velado» —o no con la suficiente eficacia— por el cumplimiento de esta exigencia legal y los prestadores de servicios no han efectuado la designación requerida; o, habiéndola efectuado, no han dotado a sus establecimientos designados o a sus representantes legales de las herramientas necesarias para la ejecución de las órdenes. Las consecuencias de estos incumplimientos son, *a priori*, tan obvias como «caras» —entiéndase la expresión— pues supondrían la total frustración de los instrumentos probatorios diseñados. Sin embargo, ante tal posibilidad, la norma resulta sin duda parca en anudar consecuencias sólidas y reales que garanticen su cumplimiento, advirtiéndose —en mi opinión— una cierta «privatización» de la responsabilidad (que pasa a ser exclusivamente de la empresa prestadora de servicios y de su representante legal o establecimiento designado —en régimen solidario—) que pone en riesgo el alcance real y la eficacia de estos nuevos instrumentos normativos.

ii) permitan almacenar o tratar datos de otro modo en nombre de los usuarios a los que se presta el servicio, siempre que el almacenamiento de datos sea un componente esencial del servicio prestado al usuario»

Así, se establece un régimen de responsabilidad solidaria entre el prestador de servicios y su establecimiento designado o su representante legal por el incumplimiento de las órdenes recibidas que en nada afecta al Estado miembro⁵⁴; del mismo modo que tampoco le es exigible al Estado responsabilidad alguna por el incumplimiento de esa inicial designación. Los Estados se limitarán a establecer un régimen de sanciones para el incumplimiento de las obligaciones previstas exigiéndose, tan sólo, que dichas sanciones sean «efectivas, proporcionadas y disuasorias»; y aclarándose, a renglón seguido, que «en ningún caso las sanciones deben dar lugar a una prohibición, permanente o temporal, de la prestación de servicios»⁵⁵.

Llegados a este punto, es necesario alertar sobre la imperiosa necesidad de que las sanciones sean efectivamente disuasorias; porque de lo contrario, el cumplimiento de este instrumento probatorio quedará exclusivamente en manos privadas y serán las empresas (*v.gr. Meta*), las que decidan si entregar o no los datos que se le están pidiendo, condicionando así el éxito de la normativa⁵⁶. Y, por otro lado, llama la atención que, precisamente en relación con este punto, la UE no haya concretado las sanciones a imponer dejándolas a la libre determinación de los Estados con la consiguiente disparidad de montantes y criterios en una normativa que pretendía ser uniforme y que, como vimos, utiliza la vía del Reglamento para evitar, entre otras cuestiones, problemas de transposición⁵⁷.

54. «A tal fin, los Estados miembros deben velar por que tanto el establecimiento designado o el representante legal como el prestador de servicios puedan ser considerados responsables solidariamente del incumplimiento de las obligaciones derivadas del marco jurídico aplicable cuando reciban resoluciones y órdenes comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva que tengan cabida dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva, con el fin de que cada uno de ellos pueda ser sancionado por el incumplimiento de cualquiera de ellos. En particular, el prestador de servicios o el establecimiento designado, o el representante legal, en su caso, no debe poder utilizar la falta de procedimientos internos adecuados entre el prestador de servicios y el establecimiento designado o el representante legal como justificación del incumplimiento de esas obligaciones». Directiva (UE) 2023/1544 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2023 por la que se establecen normas armonizadas para la designación de establecimientos designados y de representantes legales a efectos de recabar pruebas electrónicas en procesos penales; Considerando 16.

55. Considerando 18 de la Directiva (UE) 2023/1544 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2023 por la que se establecen normas armonizadas para la designación de establecimientos designados y de representantes legales a efectos de recabar pruebas electrónicas en procesos penales. Sobre el régimen de sanciones, vid. Art. 5

56. «En este sentido, por ejemplo, —sostiene CUADRADO SALINAS— el artículo 5 de la Directiva ordena a los Estados miembros el establecimiento de un régimen de sanciones aplicable, que según el artículo 15 del Reglamento, podrá consistir en regular una sanción pecuniaria de hasta el 2% del total del volumen anual de negocios mundial del ejercicio precedente del prestador de servicios. Este tipo de sanciones de carácter disuasorio puede en algunos casos no ser tan eficaz si se tiene en cuenta, por ejemplo, que Google tuvo en el año 2022 un volumen de ingresos de casi 280 mil millones de dólares, de forma que los cinco mil seiscientos millones de dólares que debería pagar no va a suponer una cantidad excesiva, o al menos, tan disuasoria como se pretende». CUADRADO SALINAS, C., «La Directiva Europea y las Órdenes de Producción y Conservación de pruebas electrónicas en los procesos penales. ¿Nuevas perspectivas?», *Rev. Ius et Scientia*, nº 9 (2), 2023, pp. 117-135.

57. En este sentido vid. DE HOYOS SANCHO, M., «Reflexiones...», cit., pp. 146-147.

Establecido así quienes son los destinatarios de estas Órdenes, cabe matizar que el Estado emisor solo podrá dirigirse a un Proveedor de servicios que tenga establecimiento designado o representante legal en otro Estado de la Unión; es decir, que nunca podrán utilizarse estas Órdenes Europeas en entornos nacionales. Y todo ello, con independencia del lugar en que se encuentren los datos (que pueden estar incluso en la Nube o deslocalizados respecto del lugar del establecimiento designado)⁵⁸.

A tenor de lo previsto en el art. 3 del Reglamento, cabrá considerar que una empresa ofrece servicios en la Unión bien cuando permite a las personas físicas y jurídicas que se encuentren en uno o más Estados miembros utilizar sus servicios (sin que se considere suficiente al efecto la mera accesibilidad de una interfaz en línea como, por ejemplo, el acceso a una página web o una dirección de correo electrónico o cualesquiera otros datos de contacto de un prestador de servicios o un intermediario) o bien cuando tiene una «conexión sustancial» con la Unión Europea. Esta conexión se da, desde luego, si la empresa tiene un establecimiento en la Unión. A falta, no obstante, de tal establecimiento habrá que analizar otros criterios fácticos como pueden ser el del número significativo de usuarios en uno o más Estados miembros, o la orientación de las actividades hacia uno o más Estados miembros (se observarán factores como el uso de una lengua o una moneda utilizada generalmente en ese Estado miembro, o la posibilidad de encargar productos o servicios, o la disponibilidad de una app para móvil en la tienda de aplicaciones nacional correspondiente, la existencia de publicidad local o publicidad en la lengua comúnmente utilizada en dicho Estado miembro...).

3.3. Contenido

De una primera aproximación a la propia denominación del Reglamento se desprende con claridad que el contenido de las órdenes de producción y de conservación estará constituido, necesariamente, por pruebas electrónicas. Pero el concepto de prueba electrónica es tan amplio como impreciso, aunque solo sea por su carácter todavía novedoso y en continuo crecimiento o expansión, en consonancia con la de la propia tecnología. En todo caso, sí parece haber consenso básico en entender por tal, aquella que ofrece información

58. Sostiene el considerando 21 del Reglamento que «en muchos casos, los datos ya no se almacenan, o se tratan de otro modo, en un dispositivo del usuario, sino que están disponibles en una infraestructura en nube que permite acceder a ellos desde cualquier lugar. Para gestionar estos servicios, no es necesario que los prestadores de servicios estén establecidos o tengan servidores en un territorio determinado. Por tanto, la aplicación del presente Reglamento no debe depender de la localización efectiva del establecimiento del prestador de servicios o de la instalación de tratamiento o almacenamiento de datos».

sobre datos almacenados, difundidos o tratados electrónicamente, sean estos con contenido o sin contenido⁵⁹.

En definición del Reglamento —art. 3 (8)—, por «pruebas electrónicas» a efectos de las órdenes europeas de producción y conservación cabría entender «los datos de los abonados, datos de tráfico o datos de contenido almacenados por un prestador de servicios, o en nombre de un prestador de servicios, en formato electrónico, en el momento de la recepción de un certificado de orden europea de producción (EPOC, por sus siglas en inglés de *European Production Order Certificate*) o de un certificado de orden europea de conservación (EPOC-PR, por sus siglas en inglés de *European Preservation Order Certificate*)»⁶⁰.

Ello no obstante, con los elementos que cabe extraer de la anterior definición legal, el contenido de las órdenes de producción o entrega de pruebas electrónicas quedaría incompleto; pues para que los datos referidos puedan solicitarse a través de estos nuevos instrumentos procesales habrá que tomar en consideración, al menos, dos exigencias más: en primer lugar que la Orden se dicte en el marco de un proceso penal ya incoado, o bien en relación con una pena privativa de libertad impuesta como consecuencia de la tramitación previa de un proceso penal; y, en segundo lugar, que el proceso penal al que sirve la orden se haya tramitado como consecuencia de la investigación de alguno de los delitos expresamente contemplados por el Reglamento.

En relación con el marco general penal en el que actúan estas órdenes, cabe hacer notar la redundancia de exigencias contenidas en la propia denomina-

59. Han sido muchos los calificativos añadidos al concepto de prueba para denotar la idea de una información extraída a partir de datos informáticos: esto es, datos obtenidos, almacenados, difundidos... mediante procedimientos informáticos y, por tanto electrónicos. Se ha hablado así de prueba electrónica, telemática, digital, cibernética, tecnológica, prueba del hecho digital, etc. De todos ellos, el de prueba tecnológica ha sido el más utilizado en las últimas reformas procesales; sin embargo, resulta éste perfectamente intercambiable con el de prueba electrónica que esta Propuesta de Reglamento Europeo. Sobre el tema, *in extenso*, vid. ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica. Aportación, práctica y valoración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 29 a 39, para quien «la prueba tecnológica hace referencia, por un lado, a aquellos datos informáticos, esto es, los impulsos electrónicos susceptibles de ser «almacenados en cualquier parte del planeta, enviarse al otro extremo del globo en cuestión de segundos, ser alterados o clonados rápidamente, guardarse en carpetas ocultas, servidores lejanos, cifrados, etc.» con trascendencia en un proceso —véase un pen drive o un disco duro— y, por otro, a aquellos elementos obtenidos a través de medios tecnológicos —como, por ejemplo, un peritaje informático, comunicaciones interceptadas por medio de mecanismos tecnológicos, ...— (Op, cit., p. 33)

60. En los supuestos en los que los datos —la prueba— se almacena por un tercero en nombre de un proveedor de servicios determinado, será este tercero quien ostentará la condición de encargado del tratamiento de los datos del prestador de servicios. En este sentido MONTORO SÁNCHEZ, J.A., «Breve análisis acerca del futuro Reglamento Comunitario «E-Evidence» sobre las órdenes europeas de conservación y entrega de pruebas y evidencias electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal», en *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la unión europea*, GONZÁLEZ CANO (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 176.

ción del Reglamento⁶¹. En puridad, bastaría con hablar de la obtención de pruebas electrónicas en relación con procesos penales, añadiéndole, a lo sumo, la expresa mención a la ejecución de penas privativas de libertad; pues obviamente, la imposición de tales penas lo habrá sido, en todo caso, como consecuencia de la tramitación de un proceso penal. Si en páginas anteriores de este mismo trabajo se criticó ya el cambio de denominación sufrido por estas órdenes en la transición de la propuesta de Reglamento al Reglamento, considerándose más adecuada la denominación de «Orden de entrega» que la de «Orden de producción», súmese ahora a esta consideración, la de la redundante referencia en el título del Reglamento a los procesos penales. Mucho más acertado resultaría, pues, frente a la denominación actual, hablar —simplemente— de órdenes de entrega y conservación de pruebas electrónicas en relación con procesos penales o a los efectos de un proceso penal, teniendo cabida en ello, los distintos supuestos que se contemplan.

En todo caso, ubicados ya en el ámbito general del proceso penal, cabe precisar que estas órdenes no podrán emitirse al amparo de cualquier proceso penal incoado sino que habrá que estar a los límites previstos por el propio Reglamento. Y, del mismo modo que —según se tuvo ocasión de referir— se establecían dos caminos diferentes en lo que a la determinación de la autoridad emisora de la orden respecta (uno con determinadas exigencias para las órdenes de producción de datos de los abonados, de datos de tráfico a los meros efectos de identificación, así como para las órdenes de conservación; y otro para las órdenes de producción del resto de datos de tráfico y de datos de contenido) también se aprecia dicha diferenciación en lo que a la determinación del ámbito objetivo de las órdenes respecta⁶².

61. 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.

62. La justificación de esta dualidad en el tratamiento de los datos se justifica en los propios considerandos del Reglamento al establecer que «todas las categorías de datos contienen datos personales, y están por tanto cubiertas por las garantías establecidas en el acervo de la Unión sobre protección de datos. Sin embargo, la intensidad del impacto en los derechos fundamentales varía entre las distintas categorías, en particular entre los datos de los abonados y los datos solicitados con el único fin de identificar al usuario, tal como se definen en el presente Reglamento, por una parte, y los datos de tráfico, excepto los datos solicitados con el único fin de identificar al usuario tal como se definen en el presente Reglamento, y los datos de contenido, por otra. Mientras que los datos de los abonados, así como las direcciones IP, los números de acceso y la información conexa, cuando se soliciten con el único fin de identificar al usuario, podrían ser útiles para obtener unos primeros indicios en una investigación sobre la identidad de un sospechoso, los datos de tráfico, excepto los datos solicitados con el único fin de identificar al usuario, tal como se definen en el presente Reglamento, y los datos de contenido suelen ser más pertinentes como material probatorio. Es por tanto esencial que todas esas categorías de datos estén cubiertas por el presente Reglamento. Dado el diverso grado de injerencia en los derechos fundamentales, han de imponerse salvaguardias y condiciones adecuadas para obtener esos datos» (Considerando 34)

Así, la emisión de una orden de producción de datos de los abonados, de datos de tráfico a los meros efectos de identificación, o la emisión de una orden de conservación cabrá en relación con la investigación de cualesquiera infracciones penales, o bien para fines de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad de al menos cuatro meses impuesta tras un proceso penal, por una resolución que no se haya dictado en rebeldía y siempre que la persona condenada haya huido de la justicia⁶³.

La mayor injerencia en los Derechos Fundamentales que conlleva, sin embargo, la emisión de una orden de producción de datos de tráfico (excepto los solicitados a los meros efectos de identificación) o de datos de contenido obliga a restringir su ámbito de aplicación. Y así, ante la posibilidad de optar por la utilización de un criterio meramente cuantitativo —que atendiera a la gravedad del delito investigado— o cualitativo —en función del tipo del tipo de delito cometido— el Reglamento mantiene la tendencia, apuntada ya en la Propuesta, de delimitar el ámbito objetivo de la orden de producción en estos casos, atendiendo a una combinación de ambos criterios.

De esta forma, se establece así, por una parte —art. 5 4 (a)—, que sólo serán viables tales órdenes de producción cuando se emitan para la investigación y enjuiciamiento de delitos cuyo límite máximo de pena no sea inferior a tres años. Y, junto con ello, por otra parte —arts. 5 4 (b) y 5.4 (c)—, se admite la válida emisión de estas órdenes de entrega de datos cuando se trate de la investigación y enjuiciamiento (o ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de libertad de al menos cuatro meses impuesta a raíz de un proceso penal, por una resolución que no se haya dictado en rebeldía, en los casos en que la persona condenada haya huido de la justicia) de las conductas delictivas que se describirán a continuación, con independencia de la pena con que se encuentren sancionadas, siempre que hayan sido cometidas a través de un sistema de información⁶⁴. Concretamente, se trata de la comisión de delitos relacionados con el fraude y falsificación de medios de pago, delitos sexuales sobre menores, delitos cometidos contra sistemas de información y delitos de terrorismo⁶⁵.

63. Arts. 5.3 y 6.3 del Reglamento.

64. Según definición de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, DO L 218 de 14.8.2013, p. 8), por «sistema de información» cabe entender «todo aparato o grupo de aparatos interconectados o relacionados entre sí, uno o varios de los cuales realizan, mediante un programa, el tratamiento automático de datos informáticos, así como los datos informáticos almacenados, tratados, recuperados o transmitidos por dicho aparato o grupo de aparatos para su funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento» (art. 2, a)

65. Un análisis detallado de los mismos puede consultarse en mi trabajo «Europa ante el reto de la prueba digital...», cit., pp. 300 a 303.

Las ventajas de delimitar el ámbito objetivo de la orden de producción sobre la base de estos dos criterios (cuantitativo, mediante la determinación de un umbral de pena y cualitativo, mediante la selección de determinados delitos con independencia de la pena) son amplias y de ellas, da buena cuenta el Reglamento en sus Considerandos⁶⁶.

Pese a su oscura redacción, el establecimiento de un umbral de pena de 3 años mínimo como pena máxima⁶⁷ de los delitos a investigar presenta la virtud de resultar una limitación fácilmente aplicable y ceñir el alcance de la Orden a tan sólo los delitos más graves, sin afectar, excesivamente, a las posibilidades de uso por los profesionales y descartando, sin embargo, aquellos delitos considerados por los Estados miembros como menos graves. En todo caso, es de hacer notar que no se trata de un criterio admitido incuestionadamente. De hecho, desoye el legislador europeo una clara recomendación expresa emitida en su momento por el Comité Económico y Social considerando que el umbral penológico que constriña la utilización de éstas órdenes a tan sólo los delitos más graves se alcanzaría con mayor efectividad estableciendo un umbral mínimo (que no máximo) de pena, fijado en tres meses⁶⁸. Pero la aceptación de esta propuesta hubiera tenido como resultado, en mi opinión, la ampliación del ámbito de aplicación de estas órdenes a la práctica totalidad de supuestos delictivos olvidando su conveniente aplicación a tan sólo los supuestos más graves. Y, frente a la idea del CESE, contribuye a alimentar un amplio abanico de opiniones, la posición manifestada por el Supervisor Europeo de la Protección de Datos durante la tramitación legislativa del Reglamento, que en defensa de la necesaria proporcionalidad, consideró que el límite de tres años de

66. Cfr. Considerandos 40 y 41.

67. La confusa redacción del precepto incluye, además, una aparente contradicción terminológica al fijar un umbral de pena máxima de, al menos tres años. Esta expresión, no obstante, ha sido igualmente utilizada por el legislador español para delimitar el ámbito de intervención de las comunicaciones en el art. 579.1.1º LECrim (en el que se refiere a «delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión»). Sobre la criticable expresión vid. RODRIGUEZ ALVAREZ, A., «Intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y smartphones. Un primer estudio a propósito de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal» en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, (Dir. ASENCIO MELLADO; Coord. FERNÁNDEZ LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 163.

68. Así, esta idea que ya plantea el CESE en su recomendación 1.4 («El CESE acoge con satisfacción que la orden de entrega europea solo sea aplicable para formas graves de delitos. El CESE considera que este objetivo se lograría mejor mediante un umbral mínimo de la pena de tres meses que mediante un umbral máximo de tres años), la reitera más adelante, en el punto 3.4 del Dictamen al sostener que «(...). Este umbral de un máximo de tres años debe garantizar que la orden de entrega europea solo pueda utilizarse para formas graves de delito relacionadas con esos datos. El CESE comparte este objetivo y considera que se alcanzaría mejor mediante un enfoque basado en un umbral mínimo de la pena de tres meses. El CESE comparte este objetivo y considera que se alcanzaría mejor mediante un enfoque basado en un umbral mínimo de la pena de tres meses». Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal [COM(2018) 225 final - 2018/0108 (COD)] - 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 - 2018/0107(COD)]. 2018/C 367/17.

privación de libertad implicaría la posibilidad de solicitar este tipo de órdenes en la práctica totalidad de supuestos delictivos de los recogidos en las normativas penales de los Estados miembros⁶⁹.

3.4. Motivos de oposición

Los motivos de oposición, entendiendo por tales no solo los de oposición a una orden de producción o entrega *strictu sensu*, sino los de inejecución de la misma por el destinatario, o incluso los de denegación por parte de la autoridad de ejecución —según se verá— constituyen el ámbito en el que, posiblemente, mayor evolución haya experimentado el Reglamento durante su tramitación legislativa.

Si como ya se sostuvo al inicio de este mismo trabajo, en un principio la Propuesta de Reglamento concebía las órdenes de «entrega» (según su inicial denominación) y conservación como «decisiones unilaterales de carácter vinculante» por parte de la autoridad emisora y frente a las que el destinatario (el proveedor de servicios) tenía escaso —por no decir, nulo— margen de actuación, el nivel de «contradicción» que permite definitivamente el Reglamento es notablemente más alto aún sin perder estas, lógicamente, el carácter expeditivo con el que se gestaron.

En primer lugar, porque contrariamente a las previsiones iniciales, el Reglamento prevé que determinados tipos de órdenes (concretamente las que mayor injerencia suponen en los derechos fundamentales: las de solicitud de datos de tráfico, salvo los que sirven a los meros efectos de identificación; y las de solicitud de datos de contenido) hayan de ser notificadas al Estado de ejecución siendo posible que, frente a dicha notificación, el Estado de ejecución reaccione denegando la Orden; siempre dentro de los motivos que contempla el art. 12 del Reglamento.

En segundo lugar, y para el caso de que la Orden no fuera denegada por el Estado de ejecución, porque el Reglamento contempla la posibilidad de que el destinatario de la misma se oponga a su cumplimiento por alguno de los motivos que, tasadamente, contempla el art. 16.

69. Opinión 7/2019 del Supervisor Europeo de la Protección de Datos sobre la Propuesta de Reglamento de la Orden Europea de obtención y conservación de pruebas electrónicas. *EDPS Opinion on the Proposals regarding European Production and Preservation Orders of electronic evidence on criminal matters*. Accesible en https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/opinion_on_e_evidence_proposals_en.pdf. Sobre el tema Vid. CUADRADO SALINAS, C., «La directiva europea...», cit., p.13

Y, en tercer lugar, porque se contempla la posibilidad de un incumplimiento inicial de la Orden por parte del destinatario que, amparado en alguno de los motivos que contempla el art. 10, le permitirían bien no ejecutar la orden o bien acabar acudiendo a un procedimiento de ejecución, relativamente bilateral, en el que los Estados de emisión y de ejecución entrarán en contacto para estudiar la mejor forma de ejecutarla; si bien es cierto que, paralelamente, se abre una vía de sanciones pecuniarias a imponer al destinatario por su inejecución.

En conclusión, pues, estas Órdenes se mantienen como instrumentos de cooperación expeditivos y ágiles, aun admitiendo motivos de denegación e incluso de no ejecución por parte del destinatario, pese a haber sido admitidas —o no haber sido denegadas— por el Estado de ejecución. Decae así, en cierto modo, la impronta que quiso institucionalizarlas como decisiones vinculantes de carácter unilateral pues cabe tener presente que, en la Propuesta de Reglamento, las órdenes no se comunicaban (en ningún caso) al Estado de ejecución y, por tanto, no se podían denegar. Se contemplaban, así, tan sólo, unos motivos tasados por los que el prestador de servicios podía oponerse a su ejecución. Tales motivos, escuetamente, hacían referencia a causas de fuerza mayor; imposibilidad material de ejecución no imputable al destinatario de la Orden; EPOC, contraria a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; o, por último, a los supuestos en los que la solicitud fuera manifiestamente abusiva, contuviera errores o no contuviera la información necesaria para su ejecución —aunque en estos últimos casos se establecía un procedimiento específico para tratar de aclarar o completar esa información⁷⁰.

De esta manera, salvo por estas concretas excepciones, si la orden cumplía con los requisitos legales establecidos, su emisión vinculaba al proveedor de servicios a su cumplimiento convirtiéndose así, efectivamente, en una decisión vinculante, de carácter unilateral; posición ésta que cabe hoy considerar superada a la luz de la redacción definitiva del Reglamento.

Dentro de lo que en este epígrafe se pretende analizar bajo el rótulo —con deliberado carácter amplio— «motivos de oposición» cabe distinguir entre: 1) los motivos de denegación de determinadas órdenes de producción (Art. 12); 2) los motivos de no ejecución de órdenes de producción y conservación (Art. 16); y 3) los motivos de incumplimiento de órdenes de producción y conservación, por el prestador de servicios, en los plazos inicialmente establecidos (art. 10).

A la vista de la diferenciación expuesta, se hará referencia, en primer lugar, a los motivos de denegación de una orden de producción contemplados en el

70. Art. 9 de la Propuesta de Reglamento

art. 12 del Reglamento. Conviene empezar señalando que los motivos por él regulados no rigen para todas las órdenes de producción (y, desde luego, no rigen, en ningún caso, para las órdenes de conservación) por cuanto se trata de motivos que esgrimirá la autoridad de ejecución una vez que se le comunique la existencia de la propia Orden. Y, tal y como se tuvo ocasión de referir en páginas anteriores, esta obligación de comunicación solo rige para las órdenes de producción de datos de tráfico, que no sean a efectos meramente identificativos, y de datos de los abonados; luego, tan sólo en estos supuestos, serán oponibles estos motivos de denegación.

Por otro lado, es de hacer notar que, en tales casos, la denegación de la orden de producción no podrá venir dada de forma automática por la autoridad de ejecución una vez observada la —a su juicio— concurrencia del motivo; sino que, antes al contrario, observado el motivo, la autoridad de ejecución ha de ponerse en contacto con la de emisión «por cualquier medio adecuado» —art. 12.3— a fin de discutir sobre las medidas que quepa adoptar para el mejor cumplimiento de la Orden. Solo cuando tras esa puesta en contacto y —se supone que— consiguiente negociación, no se alcanzare una solución satisfactoria, entonces sí, se podrán invocar los motivos de denegación de la orden; y que podrán ser uno o varios de los siguientes:

- a) que los datos solicitados están protegidos por inmunidades o privilegios concedidos en virtud del Derecho del Estado de ejecución que impidan la ejecución de la orden, o los datos solicitados están cubiertos por normas sobre la determinación o limitación de la responsabilidad penal relacionadas con la libertad de prensa o la libertad de expresión en otros medios de comunicación que impidan la ejecución de la orden;
- b) que en situaciones excepcionales, existan motivos fundados para suponer, sobre la base de pruebas concretas y objetivas, que la ejecución de la orden conllevaría, en las circunstancias particulares del caso, una vulneración manifiesta de un derecho fundamental pertinente establecido en el artículo 6 del TUE y en la Carta;
- c) que la ejecución de la orden sea contraria al principio *non bis in idem*; y
- d) que la conducta que dio origen a la emisión de la orden no sea constitutiva de infracción penal con arreglo al Derecho del Estado de ejecución, y no esté recogida en las categorías de delitos que figuran en el anexo IV, conforme a lo indicado por la autoridad emisora en el EPOC, si en el Estado emisor es punible con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de una duración máxima no inferior a tres años.

La alegación de estos motivos ha de realizarse por el Estado de ejecución en el plazo de 10 días (96 horas en casos de urgencia). Si no se invocara ninguno, el

destinatario de la Orden deberá cumplirla salvo que estime que incurre ésta en alguna de las causas que se regulan en el art. 10 (art. 11 para las órdenes de conservación) y a las que se hará referencia más adelante.

Pero más allá de estos motivos concretos de denegación de una orden de producción por parte del Estado de ejecución notificado, el art. 16 del Reglamento regula, con carácter general, un procedimiento de ejecución en el que contempla determinados motivos de oposición aplicables a cualquier posible orden de producción o conservación que cabe reconducir a los siguientes:

- Que la orden no haya sido emitida o validada por una autoridad emisora con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento;
- Que el destinatario no pueda ejecutar la orden bien por una imposibilidad de hecho debida a circunstancias ajenas a su voluntad, o bien porque contiene errores manifiestos;
- Que la orden no se refiera a datos almacenados por el prestador de servicios, o en su nombre, en el momento de la recepción;
- Que el servicio prestado por el destinatario no entre dentro del ámbito del Reglamento;
- Que los datos solicitados estén protegidos por inmunidades o privilegios concedidos en virtud del Derecho del Estado de ejecución, o los datos solicitados estén cubiertos por normas sobre la determinación o limitación de la responsabilidad penal relacionadas con la libertad de prensa o la libertad de expresión en otros medios de comunicación que impiden la ejecución de la orden;
- Que, en situaciones excepcionales, basándose únicamente en la información contenida en el EPOC o EPOC-PR, se desprenda que existen motivos fundados para suponer, sobre la base de pruebas concretas y objetivas, que la ejecución de la orden conllevaría, en las circunstancias particulares del caso, una vulneración manifiesta de un derecho fundamental pertinente establecido en el artículo 6 del TUE y en la Carta.

Y, además de estos motivos, comunes a cualquier orden de producción o conservación de datos, específicamente para las órdenes de producción de datos de tráfico (excepto los solicitados con el único fin de identificar al usuario), o de contenido cabe alegar también como motivo de oposición a la ejecución:

- Que la orden no haya sido emitida respecto de una infracción de las previstas en el artículo 5, apartado 4 del Reglamento⁷¹.

71. Art. 16.4. b) del Reglamento.

Así, según el procedimiento previsto en el art. 16, ante el incumplimiento de la orden por parte del destinatario, la autoridad emisora podrá solicitar a la autoridad de ejecución que la ejecute.

Llegados a este punto y más allá de las referencias que realiza el Reglamento a los formularios que deben utilizarse para su tramitación (los del Anexo III del propio Reglamento), lo cierto es que el procedimiento no resulta claro en absoluto.

Pareciera evidente que si la autoridad de ejecución considera que concurre alguno de los motivos de oposición que contempla el art. 16 debiera tener capacidad para declarar la inejecución de la Orden. Sin embargo, lo que contempla el art. 16 es que a la vista de la documentación, la autoridad de ejecución requerirá formalmente al destinatario para que cumpla sus obligaciones informándole: a) de la posibilidad de oponerse a la ejecución alegando el motivo o motivos que concurren (a salvo uno de ellos —el relativo a la vulneración de Derechos Fundamentales—, al que se hará referencia seguidamente); b) de las sanciones aplicables en caso de incumplimiento, y c) del plazo para dar cumplimiento o manifestar la oposición.

Efectivamente, de los motivos de oposición a la ejecución o al cumplimiento forzoso de la Orden que contempla el art. 16, el destinatario requerido para ejecutarla podrá alegarlos todos menos el referido a que la ejecución de la orden pudiera conllevar, en las circunstancias particulares del caso, una vulneración manifiesta de un derecho fundamental pertinente establecido en el artículo 6 del TUE y en la Carta⁷².

Por exclusión, dado que el motivo, indudablemente, se contempla entre los que justifican la inejecución de la orden, no queda otra opción que entender que este motivo en todo caso, tendrá que ser apreciado, exclusivamente, por la autoridad de ejecución y nunca por el destinatario; lo cual, por otro lado, parece enteramente razonable ya que se estaría dejando en manos de una empresa privada la valoración de cuándo la solicitud de datos —emitida o validada por una autoridad judicial o fiscal— a efectos de un proceso penal que se está tramitando en otro Estado supone una vulneración manifiesta de un derecho fundamental. Ello supondría tanto como otorgar a las empresas pro-

72. Así lo establece el art. 16. 3 a) del Reglamento: «La autoridad de ejecución requerirá formalmente al destinatario que cumpla sus obligaciones correspondientes e informará al destinatario de lo siguiente:

a) la posibilidad de oponerse a la ejecución de la orden de que se trate alegando uno o varios de los motivos enumerados en el apartado 4, letras a) a f), o en el apartado 5, letras a) a e) (...). El motivo que nos ocupa se recoge, precisamente en la letra g) del apartado 4 para las órdenes de producción y en la letra f) del apartado 5 para las órdenes de conservación. Como puede apreciarse, queda fuera de los motivos que puede alegar el destinatario para oponerse a la ejecución de la Orden.

veedoras de servicios capacidad de corrección de la autoridad judicial o fiscal que emitió o validó en su caso, la orden europea cuestionada.

Y admitida —como se decía, «por exclusión»— esta posibilidad de que sea la propia autoridad de ejecución la que aprecie este concreto motivo de oposición, no se observa razón alguna que le impida, igualmente, apreciar cualquier otro motivo de inejecución aunque no se contemple expresamente o, al menos, no con claridad, dicho trámite procedimental en el texto del art. 16.

Por último, como se tuvo ocasión de referir al inicio del presente epígrafe, se contemplan en el Reglamento tres motivos concretos, más una amplia causa residual, que justifican el incumplimiento inicial de una Orden (tanto de las de producción, cuanto de las de conservación) por parte del prestador de servicios hasta que las autoridades de emisión y ejecución, en su caso, decidan cómo se debe operar en el concreto supuesto. Cabe alertar, tristemente, de que la amplitud de esa cláusula residual puede convertirse en un peligroso agujero negro que termine abocando al fracaso a este instrumento legislativo que, sin duda, tan altas expectativas ha levantado.

Los referidos motivos son los siguientes:

1. Que el destinatario considere, basándose únicamente en la información contenida en el EPOC o en el EPOC-PR, que podría interferir con las inmunidades o privilegios, o con las normas sobre determinación o limitación de la responsabilidad penal relacionadas con la libertad de prensa o la libertad de expresión en otros medios de comunicación, en virtud del Derecho del Estado de ejecución⁷³.
2. Que el destinatario no pueda cumplir su obligación de entregar o conservar los datos solicitados porque el EPOC o el EPC-PR, esté incompleto, contenga errores manifiestos o no contenga información suficiente para ejecutarlo⁷⁴.
3. Que el destinatario no pueda cumplir sus obligaciones de entregar o conservar los datos solicitados por una imposibilidad de hecho debida a circunstancias ajenas a su voluntad⁷⁵.
4. Y, por último, a modo de cláusula residual se contempla la posibilidad de que fuera de estos tres motivos, el destinatario pueda alegar cualquier otra causa por la que no entregar o no conservar los datos siempre que lo comunique a la Autoridad de emisión (y a la de ejecución, cuando se trate de

73. Art. 10.5 para las EPOC y art. 11.4 para las EPOC-PR.

74. Art. 10.6 para las EPOC y art. 11.5 para las EPOC-PR.

75. Art. 10.7 para las EPOC y art. 11.6 para las EPOC-PR.

órdenes de producción que tuvieron que ser notificadas con arreglo al artículo 8). Lo cierto es que la solución, en estos casos, no aparece bien resuelta en el Reglamento. Si se trata de órdenes de producción se establece simplemente que «la autoridad emisora examinará la orden europea de producción a la luz de la información facilitada por el destinatario y, en caso necesario, fijará un nuevo plazo para que el destinatario entregue los datos» (art. 10.8), con lo que, o no se entiende para qué el destinatario debe comunicar la existencia del motivo también a la autoridad de ejecución —en los casos en los que se le notificó la Orden— o el legislador olvidó darle audiencia en la búsqueda de una solución consensuada o de poder instar, al menos, la retirada, en su caso, de la Orden. Y, con todo, aún más incompleta resulta la previsión al respecto cuando de órdenes de conservación se trata, estableciendo únicamente el Reglamento que comunicados los motivos por los que el destinatario no conservará los datos «la autoridad emisora examinará la orden europea de conservación a la luz de la justificación proporcionada por el destinatario» (art. 11.7). Ante el silencio legal es de suponer que la autoridad emisora tendrá capacidad para valorar los motivos del incumplimiento y bien considerarlo injustificado, abriéndose así el procedimiento de ejecución y, en su caso, el régimen de sanciones previsto; o bien considerarlo justificado retirando así la Orden o declarando su inexecución.

Más allá de los problemas que la ausencia de concreción de esa amplia causa residual pueda generar, los tres supuestos referidos con anterioridad justificarían un incumplimiento de la Orden en los plazos inicialmente previstos. El destinatario deberá comunicar la concurrencia del motivo cumplimentando y remitiendo el Anexo III del Reglamento a la Autoridad de emisión en todos los casos y a la de ejecución en los supuestos legalmente previstos (esto es, en todas las órdenes de producción que fueron notificadas a la autoridad de ejecución y en las de producción y conservación que afecten a inmunidades, privilegios, libertad de prensa o expresión) y será, normalmente, la autoridad de emisión la que decida sobre la vigencia de la orden. Tan sólo en los supuestos de incumplimiento de una orden de producción de datos de los abonados o de datos de tráfico a los efectos de identificación, por alegar el destinatario que la Orden afecta a inmunidades, privilegios o las normas relacionadas con la libertad de prensa o de expresión se prevé que la autoridad de ejecución pueda instar la retirada de la Orden o la adopción de algunas medidas de adaptación⁷⁶. En todo caso, cabrá hacer una interpretación flexible de la normativa que permita la participación de la autoridad de ejecución en la búsqueda de una solución consensuada, siempre que ello sea compatible con la agilidad

76. Art. 10.5 párrafo 2.

que este instrumento requiere. Y ello porque ni tendría sentido, en caso contrario, el interés del legislador por que se le comunique el Anexo III con los motivos de incumplimiento, por un lado; y porque, por otro lado, cualquier interpretación tendente a obviar su posible participación en una solución consensuada iría contra el espíritu de la norma que persigue siempre la puesta en comunicación de ambas autoridades (de emisión y ejecución) —«por cualquier medio» reitera en diversas ocasiones el texto legal—, con el fin de encontrar una solución pactada.

Sea como fuere, la propia existencia de estos motivos de incumplimiento inicial de las órdenes de producción y conservación por parte del destinatario, sumado a los motivos de denegación de la orden que contempla el art. 12 y a los motivos de oposición a la ejecución del art. 16 diseñan un procedimiento final que dificultará, sin duda, la obtención de los datos en todos los supuestos, a través de unos mecanismos ágiles y expeditivos.

La posibilidad de dirigirse directamente a los proveedores de servicios en solitud de datos que sirvan a los efectos probatorios de un proceso penal era una opción difícil y arriesgada. Evidentemente, obligaba al legislador a extremar las cautelas que la entrada en juego de entidades privadas en las relaciones de cooperación institucional transfronteriza debía exigir. Pero, lo cierto, es que las posibilidades de incumplimiento de la Orden por parte del prestador de servicios son tan amplias —cualquier posible alegación tendría cabida, en suma, en esa laxa cláusula residual— que solo la actuación diligente de la autoridad de emisión ante el incumplimiento y unas disuasorias sanciones económicas, permitirán convertir en útil el instrumento diseñado por el Reglamento.

4. Bibliografía

- ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica. Aportación, práctica y valoración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- BUENO DE MATA, F., *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial. Principios teóricos y problemas prácticos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.
- CUADRADO SALINAS, C., «La Directiva Europea y las Órdenes de Producción y Conservación de pruebas electrónicas en los procesos penales. ¿Nuevas perspectivas?», *Rev. Ius et Scientia*, nº 9 (2), 2023.
- CUADRADO SALINAS, C., «La obtención de pruebas electrónicas transfronteriza. Nuevos retos y nuevas consideraciones desde la perspectiva de la Unión Europea», en *Derecho Probatorio y otros estudios procesales. Liber amicorum Vicente Gimeno Sendra*, (ASENCIO MELLADO, Dir.), Ed. Castillo de Luna, 2020.
- DE HOYOS SANCHO, M., «Reflexiones acerca de la propuesta de Reglamento UE sobre las órdenes Europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal», en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 58, 2022. Posteriormente

- en *Proceso penal Europeo: últimas tendencias, análisis y perspectivas* (HERNÁNDEZ LÓPEZ y LARO GONZÁLEZ, Dirs.), Aranzadi, 2023.
- FAGGIANI, V. «La armonización de la Justicia penal en la UE: avance, límites del sistema y perspectivas de futuro», en *Proceso penal Europeo: últimas tendencias, análisis y perspectivas* (HERNÁNDEZ LÓPEZ y LARO GONZÁLEZ, Dirs.), Aranzadi, 2023.
- FUENTES SORIANO, O., «La (futura) orden Europea de entrega de pruebas electrónicas», en *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero* (SANZ HERMIDA, Dir.), Tirant lo Blanch, 2021.
- FUENTES SORIANO, O., «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 *Era Digital, Sociedad y Derecho*, (FUENTES SORIANO, Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, 2020.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., en «El diablo está en los detalles. La importancia de las normas procedimentales para el legislador procesal europeo», *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, (HERRERO PEREZAGUA Y LÓPEZ SÁNCHEZ, Dirs.), Atelier, 2020.
- GÓMEZ AMIGO, L., «Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas penales electrónicas: una regulación que se aproxima», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 71, Julio—Septiembre 2019.
- GÓMEZ AMIGO, L., «Prueba electrónica en la Unión europea: Las futuras órdenes europeas de entrega y conservación», en *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, (GONZÁLEZ CANO, Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- HERNÁNDEZ LÓPEZ Y LARO GONZÁLEZ (Dir.), *Proceso penal Europeo: últimas tendencias, análisis y perspectivas*, Aranzadi, 2023.
- MONTORO SÁNCHEZ, J.A., «Breve análisis acerca del futuro Reglamento Comunitario «E-Evidence» sobre las órdenes europeas de conservación y entrega de pruebas y evidencias electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal», en *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la unión europea*, GONZÁLEZ CANO (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Reclamación judicial de deudas internacionales dentro de la Unión Europea*, Ed. Colex, 2023.
- PÉREZ MARÍN, M.A, en *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea. El camino hacia una jurisdicción penal común*, Atelier, Barcelona, 2013
- RIFKYN, J., *La Tercera Revolución Industrial*, Ed. Paidós, 2013.
- RODRIGUEZ ÁLVAREZ, A., «Intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y smartphones. Un primer estudio a propósito de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal» en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, (Dir. ASENSIO MELLADO; Coord. FERNÁNDEZ LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

5. Otras fuentes

- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal [COM(2018) 225 final - 2018/0108 (COD)] - 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 - 2018/0107(COD)]. 2018/C 367/17.
- COMISIÓN DE LIBERTADES CIVILES, JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR DEL PARLAMENTO EUROPEO, «Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes Europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, de 11 de diciembre de 2020». https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0256_ES.html
- COMISIÓN EUROPEA, *Los padres fundadores de la Unión Europea*, Ed. Comisión Europea, 2013.
- COUNCIL OF BARS AND LAW SOCIETIES OF EUROPE, «Comentarios preliminares sobre la propuesta de Comisión para el Reglamento sobre las Órdenes Europeas de Entrega y Conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal. 29/06/2018». <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/03/Comentarios-a-las-Ordenes-Europeas-de-Entrega-y-Conservacion-de-pruebas-electronicas-en-procesos-penales.pdf>
- EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *EDPS Opinion 7/2019 on the Proposals regarding European Production and Preservation Orders of electronic evidence on criminal matters*. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/opinion_on_e_evidence_proposals_en.pdf
- LA MONCLOA, «Campaña del Ministerio de Interior contra la Ciberdelincuencia. Datos», <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2023/080223-grande-marlaska-campana-ciberdelincuencia.aspx>
- PARLAMENTO EUROPEO, «Pruebas electrónicas: nuevas normas para acelerar las investigaciones penales transfronterizas», <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230609IPR96203/electronic-evidence-new-rules-to-speed-up-cross-border-criminal-investigations>

