

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 [DOUE-L-2023-81097]

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 [DOUE-L-2023-81098]

El *Diario Oficial de la Unión Europea*, en su edición del 28 de julio de 2023, publicó dos importantes instrumentos que configuran un sistema innovador vinculado al tratamiento de la prueba electrónica transfronteriza en el proceso penal, centrado en la capacidad de las autoridades judiciales del Estado emisor para enviar directamente solicitudes a proveedores de servicios ubicados en cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

Con anterioridad, a través de la aplicación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, todos los Estados deberían trasponer la Orden Europea de Investigación en materia penal antes de mayo de 2017 como medio para luchar contra la criminalidad transfronteriza en el ámbito de la UE. En este sentido se pudo constatar que dicha orden nacía obsoleta y que la misma debía ser complementada con otros instrumentos: un reglamento que introduce las órdenes europeas para la obtención, la producción y el aseguramiento de pruebas electrónicas y una directiva sobre las obligaciones de los servidores que traten datos de ciudadanos europeos con las autoridades judiciales y policiales europeas.

Dichas medidas fueron propuestas por la Comisión, a través de un comunicado de 17 de abril de 2018, pero debido al COVID-19 se postergó su aplicación y se retomó su tramitación cinco años más tarde con algunos cambios en la técnica legislativa. Curiosamente, lo que a priori se concebía como directiva pasó a ser reglamento y viceversa. Es decir, las órdenes europeas, que iban a ser trasladadas a cada legislación nacional, finalmente serán de aplicación directa, mientras que la norma para designar proveedores finalmente deberá ser adaptada de manera individual país por país. Creemos que este cambio de técnica legislativa obedece, en el caso de las órdenes, a velar por una eficiencia directa de la norma, y en el caso de los proveedores a cuestiones más de índole económica vinculada a las grandes empresas tecnológicas conectadas que propiamente a argumentos de tipo jurídico.

En cuanto a la razón principal para impulsar estos instrumentos, la misma reside en que las autoridades de la UE son conscientes de lo importante que es este tipo de prueba. La prueba electrónica se convierte en una pieza de convicción fundamental en la investigación y el enjuiciamiento de delitos, siendo necesaria en un 85 % de las investigaciones penales, incluso cuando el delito no es informático. Unido a lo anterior, el legislador es consciente de que la Orden Europea de Investigación debe ser reforzada a través de mecanismos complementarios que recojan las particularidades de la comisión de delitos en Internet encaminados a obtener pruebas electrónicas por las distintas autoridades. Así, la Comisión habla de crear nuevas reglas para facilitar y agilizar este tipo de evidencias «tales como correos electrónicos o documentos ubicados en la nube, que necesitan para investigar, enjuiciar y condenar a delincuentes y terroristas», al tiempo que enmarca esta acción como un hito para lograr una mayor seguridad de los ciudadanos europeos, puesto que en muchas ocasiones los procesos penales se suspenden e interrumpen porque los operadores de telecomunicaciones no contestan a las peticiones judiciales o se busca de manera intencionada que la información resida en servidores extranjeros de difícil acceso, con lo que se da una especie de «huida de la jurisdicción», lo que complica la investigación y el enjuiciamiento de determinados ciberdelitos.

A continuación, vamos a exponer de manera sucinta los instrumentos de cooperación procesal internacional vinculados a la prueba electrónica en procesos penales.

En primer lugar, nos encontramos con el Reglamento (UE) 2023/1543, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, sobre órdenes europeas de producción y órdenes europeas de conservación con fines de prueba electrónica en procesos penales y ejecución de penas privativas de libertad derivadas de procesos penales.

Este reglamento entrará en vigor a partir del 18 de agosto de 2026. No obstante, la obligación de las autoridades competentes y los proveedores de servicios de emplear el sistema informático descentralizado establecido en el artículo 19 para la comunicación escrita conforme a este reglamento se aplicará un año después de la adopción de los actos de ejecución mencionados en el artículo 25.

En el mismo encontramos a su vez dos órdenes, una que hace referencia a la obtención y otra a la conservación de pruebas electrónicas. Respecto a la Orden Europea de Obtención de pruebas electrónicas, estamos ante un mecanismo articulado para que una autoridad judicial en un Estado miembro pueda obtener una «prueba de datos electrónicos» de un proveedor de servicios o su representante legal en otro Estado miembro, que estará obligado a responder en 10 días, suponemos que hábiles, o incluso en únicamente seis horas en casos de necesidad o extrema urgencia. Con ello se «acelera» y se recorta el tiempo respecto a la Orden Europea de Investigación, que puede llegar a demorarse hasta cuatro meses. Podríamos decir que sería complementaria, paralela o posterior a dicha Orden Europea de Investigación.

Por otro lado, respecto a la Orden Europea de Conservación o Aseguramiento de pruebas electrónicas, permitirá que una autoridad judicial de un Estado miembro solicite que un proveedor de servicios o su representante legal en otro Estado miembro conserve datos específicos con vistas a presentar estos datos en investigaciones

futuras a través de una Orden Europea de Investigación, por lo que podría ser una preorden. La aplicación de esta orden de conservación implica enviar una solicitud al representante legal fuera de la jurisdicción del Estado miembro emisor para preservar los datos con miras a una posible solicitud futura de entrega y la misma deberá ser validada por una autoridad judicial en el marco de un proceso penal específico, tras una evaluación individual de la proporcionalidad y la necesidad en cada caso. De manera directa, se amplían los plazos de conservación, pero no se habla de manera expresa de una técnica de conservación, aunque creemos que de manera indirecta se abre la puerta a la aplicación de tecnología *blockchain* para una conservación y aseguramiento de prueba electrónica eficaces.

En segundo lugar, se publica la Directiva (UE) 2023/1544, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, que establece normas armonizadas para la designación de establecimientos designados y representantes legales con el fin de recopilar pruebas electrónicas en procesos penales. Los establecimientos designados y los representantes legales contemplados en esta directiva deben ser los destinatarios de las resoluciones y órdenes para recopilar pruebas electrónicas basadas en el reglamento que acabamos de indicar, lo que a su vez conecta con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, sobre asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, y con el Reglamento General de Protección de Datos, de aplicación directa en cualquier país de la Unión desde el 25 de mayo de 2018.

Esto se aplica incluso cuando dichas resoluciones y órdenes se transmiten en forma de certificado. Además, también se aplica a las resoluciones y órdenes para recopilar pruebas electrónicas basadas en el derecho nacional, dirigidas por un Estado miembro a una persona física o jurídica que actúe como representante legal o establecimiento designado de un proveedor de servicios en el territorio de dicho Estado miembro.

La directiva establece normas para la representación legal de ciertos proveedores de servicios en la Unión Europea, con el fin de obtener pruebas en procesos penales, al tiempo que define obligaciones para estos proveedores, como recibir órdenes judiciales, proporcionar datos necesarios, conservar información y enfrentar sanciones por incumplimiento. En este sentido, los Estados miembros deben asegurar que los proveedores designen representantes legales y proporcionen sus datos de contacto, con especificaciones sobre el idioma de las comunicaciones.

En el otro lado, se establecen sanciones para el incumplimiento y un mecanismo de coordinación entre Estados miembros para que esta norma se convierta en realidad. A nivel temporal, la transposición de la directiva debe ocurrir en 30 meses desde su entrada en vigor, por lo que tendremos que esperar hasta 2026 para comprobar que estos instrumentos legislativos se convierten en derecho vigente.

Federico BUENO DE MATA
Catedrático de Derecho Procesal. USAL
febuma@usal.es