



7.12.2018

## **DOCUMENTO DE TRABAJO**

sobre la propuesta de Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal: introducción y evaluación general de las cuestiones (2018/0108 (COD))

Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior

Ponente: Birgit Sippel

## Introducción

En el presente documento se establece el contexto de la propuesta legislativa relativa al Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal (COM(2018)225 final - 2018/0108 (COD)). Su principal objetivo es introducir varias cuestiones para su discusión que irán seguidas de documentos de trabajo temáticos. De tal modo, la ponente pretende realizar aportaciones a la vista de las fases posteriores del procedimiento legislativo propuesto en el Parlamento Europeo.

## Antecedentes

El 17 de abril de 2018, la Comisión propuso el llamado «paquete de pruebas electrónicas», es decir:

- la propuesta de Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal (COM(018)0225 final - 2018/0108 (COD));
- una propuesta de Directiva por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales (COM(2018)0226 final - 2018/0107 (COD)) que la acompaña.

El fin de estos nuevos instrumentos es sustituir los instrumentos clásicos de cooperación transfronteriza en materia penal (ya sea la asistencia judicial o el reconocimiento mutuo entre autoridades judiciales) por un nuevo enfoque, en el que la cooperación en materia de pruebas electrónicas se base en órdenes directas de una autoridad emisora de un Estado miembro a un proveedor de servicios de otro Estado miembro, o a su representante legal<sup>1</sup>.

El Reglamento propone la creación de dos nuevos instrumentos:

- una orden europea de entrega que permita a una autoridad judicial de un Estado miembro solicitar pruebas electrónicas (incluidos los datos de contenido) directamente a un proveedor de servicios de otro Estado miembro, o a su representante legal, sin necesidad de informar al otro Estado o de que este participe en el procedimiento. El proveedor de servicios estaría obligado a entregar los datos solicitados en un plazo de diez días, o incluso de seis horas en casos de emergencia;
- una orden europea de conservación que permita a una autoridad judicial de un Estado miembro solicitar que un proveedor de servicios de otro Estado miembro, o su representante legal, conserve datos específicos durante un período de sesenta días (con la posibilidad de realizar una nueva solicitud), sin necesidad de informar al otro Estado o de que este participe en el procedimiento. La orden de conservación podrá ir seguida de una solicitud de entrega de estos datos conservados por medio de la asistencia judicial, una orden europea de investigación o una orden europea de entrega.

---

<sup>1</sup> El propósito inicial de la propuesta de la Comisión era abarcar los procedimientos penales en curso. No obstante, el texto actual de la orientación general del Consejo pretende ampliarla a «la ejecución de penas de privación de libertad o de medidas de seguridad privativas de libertad que no se dictaron en rebeldía en caso de que la persona condenada hubiera huido de la justicia» (véase el artículo 3 del documento del Consejo n.º 14351/1/18, de 30 de noviembre de 2018). Asimismo, el título de la propuesta es más amplio, pues hace referencia al «enjuiciamiento penal».

La Directiva propone añadir al marco establecido por el Reglamento el requisito de designar a un representante de los proveedores de servicios que ofrezcan servicios en la Unión.

Pese a la necesidad general de lograr un acceso más rápido, así como más transparente, a las pruebas electrónicas, dado su carácter volátil, los académicos, los expertos jurídicos, las instituciones de derechos fundamentales y de protección de datos y las partes interesadas, así como las partes afectadas, como los proveedores de servicios (tanto los grandes operadores como las pymes), los profesionales y los abogados, han expresado una serie de preocupaciones jurídicas graves, entre otros, en relación con<sup>1</sup>:

— las cuestiones relativas a la interpretación del artículo 82 del TFUE y la relación entre el reconocimiento mutuo y los derechos fundamentales, en particular en lo que se refiere a la actual falta de armonización del Derecho penal y de las normas nacionales (constitucionales) de los Estados miembros;

— la proporcionalidad;

— el asunto de la doble tipificación;

— el valor añadido del instrumento propuesto, teniendo en cuenta que la orden europea de investigación actual que abarca las mismas cuestiones no se transpuso hasta 2017 y aún no se ha evaluado<sup>2</sup>;

— las cuestiones relativas a los sistemas actuales de asistencia judicial y de reconocimiento mutuo;

— la relación entre el instrumento propuesto y las disposiciones del Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa<sup>3</sup>, especialmente en lo que respecta al debate actual sobre su reforma;

— las cuestiones relativas a la aplicación extraterritorial del Derecho;

---

<sup>1</sup> Varios organismos han publicado su opinión al respecto, como el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) ([https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/eevidence\\_opinion\\_final\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/eevidence_opinion_final_en.pdf)), el Consejo de la Abogacía Europea (CCBE) ([https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality\\_distribution/public/documents/SURVEILLANCE/SVL\\_Position\\_papers/EN\\_SVL\\_20181019\\_CCBE-position-on-Commission-proposal-Regulation-on-European-Production-and-Preservation-Orders-for-e-evidence.pdf](https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/SURVEILLANCE/SVL_Position_papers/EN_SVL_20181019_CCBE-position-on-Commission-proposal-Regulation-on-European-Production-and-Preservation-Orders-for-e-evidence.pdf)), EuroISPA (<http://www.euroispa.org/e-evidence-euroispa-adopts-position-paper/>), Electronic Privacy Information Center (EPIC) (<https://epic.org/2018/11/at-european-parliament-epic-pr.html>), Bundesrechtsanwaltskammer (BRÄK) (<https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-europa/2018/september/stellungnahme-der-brak-2018-28.pdf>), el CEPS (<https://www.ceps.eu/publications/cross-border-access-electronic-data-through-judicial-cooperation-criminal-matters>), etc. Además, otros actores expresaron opiniones críticas, como los Estados miembros (véase la carta de ocho ministros de Justicia a la Presidencia del Consejo de 20 de noviembre de 2018), los proveedores de servicios de telecomunicación como KPN y Vodafone, Deutscher Richterbund (la Asociación alemana de magistrados), un juez del TEDH, etc. Véase también la audiencia de la Comisión LIBE del Parlamento Europeo de 27 de noviembre de 2018 (<http://www.europarl.europa.eu/committees/es/libe/events-hearings.html?id=20181112CHE05283>).

<sup>2</sup> Véase la tabla de transposición de la RJE en <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/NewsDetail.aspx?Id=547>.

<sup>3</sup> COE, STCE n.º 185, especialmente en lo que respecta a la comprensión del artículo 18, y los debates sobre un nuevo protocolo adicional.

— las cuestiones relativas a la privatización del Derecho penal por medio de la entrega de la evaluación de la legalidad y los derechos fundamentales a los proveedores privados y no a una autoridad del Estado;

— las implicaciones en materia de protección de datos y la compatibilidad con el sistema de protección de datos de la Unión, así como con la Carta y la jurisprudencia del CEDH, especialmente en lo que se refiere al derecho a la intimidad (incluidas las implicaciones de las nuevas categorías de datos establecidas en la propuesta y la cuestión de la autoridad competente o adecuada para autorizar una orden de entrega o conservación de estos tipos de datos);

— las garantías procesales (incluidos el derecho a la información y el derecho a la tutela judicial efectiva);

— las cuestiones prácticas relativas a la ejecución de una orden (la información proporcionada en el certificado, plazos, etc.).

## **Observaciones generales de algunas cuestiones específicas**

### La aplicación extraterritorial del Derecho y el principio de reconocimiento mutuo

La propuesta introduce el concepto de aplicación extraterritorial del Derecho. Como consecuencia, las autoridades del territorio en el que una autoridad de otro Estado miembro ha solicitado a un proveedor que entregue o conserve datos no tendrán conocimiento de la solicitud y, por lo tanto, no tendrán la oportunidad de oponerse a ella, incluso si el delito en cuestión no constituye un delito en el territorio de que se trate. Aparte de que el Estado miembro en cuestión corre el riesgo de no tener conocimiento de la evolución o de las nuevas tendencias de las actividades delictivas en su territorio, en esencia dejan de aplicarse en su territorio todas las normas, incluidas las de protección constitucional, del Estado miembro en cuestión, así como todas las prerrogativas de sus órganos jurisdiccionales. En cambio, solo tendrá conocimiento de la orden el proveedor de servicios del Estado miembro de que se trate (o su representante legal) y solo le corresponderá a él comprobar si contiene errores manifiestos, abusos manifiestos o incumplimientos de la Carta<sup>1</sup>.

A tal fin, la Comisión realiza una interpretación jurídica muy amplia del artículo 82, apartado 1, del TFUE, que constituye la base jurídica del instrumento propuesto, esto es, no como cooperación judicial entre autoridades judiciales, sino como órdenes directas dirigidas a proveedores privados de otro Estado miembro. Con esta amplia interpretación, la propuesta entra en el debate jurídico sobre el carácter del principio de reconocimiento mutuo a efectos de enjuiciamiento penal.

A pesar de que, sobre la base del Tratado y teniendo en cuenta el principio de atribución (artículo 5 del TUE), los Estados miembros han conferido a la Unión una serie de

---

<sup>1</sup> En el texto de la orientación general del Consejo (documento n.º 14351/1/18, de 30 de noviembre de 2018) se ha abandonado incluso esta pequeña comprobación casi en su totalidad y se ha introducido tan solo una notificación de los datos de contenido, sin la posibilidad de reaccionar de verdad (véanse los artículos 5 y 7 bis del texto del Consejo).

competencias basándose en su estructura «supranacional», sigue aplicándose una interpretación de la legalidad muy estricta en el Derecho penal. Los instrumentos de reconocimiento mutuo anteriores, principalmente la orden de detención europea<sup>1</sup>, han demostrado que no es posible contar con un reconocimiento mutuo automático en una zona que no esté plenamente armonizada (como ha confirmado el Tribunal de Justicia). Por tanto, el reconocimiento mutuo a efectos de enjuiciamiento penal no es un principio absoluto<sup>2</sup>. Si bien la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto de *Bosphorus*<sup>3</sup> hace referencia a un nivel de protección de los derechos fundamentales en la Unión equivalente al que ofrece el sistema del CEDH, los Estados miembros siguen teniendo la obligación de cumplir las obligaciones del CEDH a la hora de cumplir o tolerar la asistencia mutua o el reconocimiento mutuo en su territorio. A este respecto, se ha indicado claramente que la propuesta de la Comisión podría plantear dudas a la vista de la jurisprudencia del CEDH sobre el artículo 8<sup>4</sup>. Por otra parte, cualquier ampliación de la interpretación de los Tratados, tal como se aplica potencialmente al fundamento jurídico de la propuesta relativa a las prerrogativas de Derecho penal otorgadas a la Unión, supone el riesgo de desencadenar una reactivación peligrosa del debate sobre el caso «Solange» acerca de la primacía del Derecho de la Unión en los tribunales constitucionales nacionales<sup>5</sup>.

### Datos electrónicos

Debido al uso de un número cada vez mayor de tecnologías, es probable que las pruebas electrónicas se conviertan en el tipo de prueba más importante en los procedimientos penales del futuro. Las pruebas electrónicas son la denominación de varios tipos de datos, como los datos de abonados, los datos de tráfico y localización, y los datos de contenido. En su propuesta, la Comisión ha establecido las cuatro categorías siguientes: a) datos de abonados, b) datos relativos al acceso, c) datos de transacciones y d) datos de contenido<sup>6</sup>. Dependiendo de la categoría, una solicitud tendría que ser validada, ya sea por un fiscal o por un juez. En el caso de los datos de transacciones y de contenido, solo un juez puede validar una orden. La sensibilidad de los distintos tipos de datos, en particular los denominados metadatos, ha sido puesta de relieve por el TJUE («medios de comunicación electrónica, cuyo

---

<sup>1</sup> Véase la Decisión Marco 2002/584/JHA.

<sup>2</sup> Véanse la sentencia del Tribunal de Justicia del asunto Aranyosi y Căldăraru, los asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, y la sentencia del asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality/LM*. El TEDH también afirmó esto claramente en su sentencia del asunto *Avotīnš/Letonia* (TEDH, asunto n.º 17502/07, sentencia de 23 de mayo de 2016), en la que se hace referencia al reconocimiento mutuo en el Derecho civil. Esto se aplica aún más al Derecho penal.

<sup>3</sup> TEDH, *Bosphorus/Irlanda*, asunto n.º 45036/98, sentencia de 30 de junio de 2005.

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, la jurisprudencia del TEDH en *Benedik/Eslovenia*, asunto n.º 62357/14, sentencia de 24 de abril de 2018, *Bărbulescu/Rumanía*, asunto n.º 61496/08, sentencia de 5 de septiembre de 2017, *Roman Zakharov/Rusia*, asunto n.º 47143/06, sentencia de 4 de diciembre de 2015, *Rotaru/Rumanía*, asunto n.º 28341/95, sentencia de 4 de mayo de 2000, etc. Véase también la presentación del magistrado profesor Bošnjak del TEDH sobre pruebas electrónicas en la audiencia del Parlamento Europeo del 27 de febrero de 2018.

<sup>5</sup> Véase la sentencia 2 BvE 2/08 del Bundesverfassungsgericht, que hace referencia a la interpretación estricta de las disposiciones de Derecho penal de los Tratados. El principio de primacía del Derecho de la Unión no se menciona directamente en los Tratados, sino tan solo en una declaración a los Tratados que hace referencia a la jurisprudencia del TJCE. En los últimos años, varios tribunales constitucionales nacionales han retomado el debate del caso «Solange» en lo que se refiere a las nuevas prerrogativas de la Unión en materia penal (por ejemplo, los asuntos del TJUE, *Melloni*, C-399/11, o *M.A.S./M.B.*, C-42/17: «Taricco 2»). Por lo tanto, se requiere un enfoque cauteloso, legalista y evolutivo en el ámbito del Derecho penal de la Unión para no dañar la estructura básica de la misma.

<sup>6</sup> Artículo 2 de la propuesta.

uso está muy extendido y que tienen una importancia creciente en la vida cotidiana de las personas»<sup>1</sup>, así como por varios tribunales constitucionales nacionales, en relación con la conservación de datos<sup>2</sup>. Como consecuencia, la propuesta hace referencia a los datos extremadamente sensibles que pueden aportar una imagen completa de la vida, las opiniones y los hábitos de una persona. Sin embargo, las definiciones del Reglamento propuesto relativas a las categorías de datos se solapan parcialmente, por ejemplo, en lo que respecta a las direcciones IP dinámicas, de modo que los metadatos sensibles podrían entrar en la nueva categoría de datos de transacciones, aunque también en la categoría supuestamente menos intrusiva de «datos relativos al acceso», a la que se aplicaría un umbral inferior<sup>3</sup>. Por otro lado, también surgen problemas en cuanto al desajuste entre estas categorías de datos y las definiciones de categorías de datos establecidas en otros instrumentos del Derecho de la Unión en el ámbito de la protección de datos y la privacidad de las comunicaciones electrónicas. Además, hay que tener en cuenta que existen diferentes normas nacionales y constitucionales en materia de acceso a estos datos, así como que en algunos Estados miembros se necesita una autorización judicial para acceder a ellos, independientemente de las categorías de datos<sup>4</sup>.

Dicho esto, es evidente que debe evitarse cualquier relajación de las normas de protección de datos o privacidad. Asimismo, no debe hacerse ni considerarse aceptable ninguna diferencia entre los derechos y salvaguardias que se ofrecen a las personas en cuestión en el mundo real y en el mundo virtual.

### Derechos fundamentales, doble tipificación y derechos procesales

La propuesta de la Comisión propone transferir determinados derechos y obligaciones a los proveedores privados de servicios y de telecomunicación y pedirles que comprueben la autenticidad de las órdenes, así como la legalidad y la validez de estas (incluida la evaluación de los derechos fundamentales)<sup>5</sup>, basándose en la poca información que aporta el certificado que acompaña a la orden. Hasta ahora, esta tarea tan solo se ha confiado a las autoridades nacionales y existen dudas con respecto a que las empresas privadas tengan la autoridad o la capacidad para llevarla a cabo. La autoridad de ejecución del segundo Estado solo se vería implicada en caso de incumplimiento por parte del proveedor de servicios, aunque no tendría la posibilidad real de denegar la orden. En cambio, en lo que respecta a los casos de conflicto con el Derecho de un tercer país, la propuesta prevé un proceso de litigación especial. No obstante, correspondería a un órgano jurisdiccional competente del país emisor revisar la orden y, si este decide confirmarla y no ha recibido ninguna objeción por parte del tercer país, la orden se confirmaría automáticamente<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> TJUE, *Digital Rights Ireland*, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, y *Tele2 Sverige*, asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15.

<sup>2</sup> Bundesverfassungsgericht, sentencia de la Sala Primera de 2 de marzo de 2010, 1 BvR 256/08 - párrafos (1-345). Véanse también, entre otras, las resoluciones de los tribunales constitucionales austriaco, checo, rumano y eslovaco.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, el análisis crítico del CEPD (Comité Europeo de Protección de Datos), el CCBE, etc.

<sup>4</sup> Véase la sentencia del TEDH, *Benedik/Eslovenia*, mencionado anteriormente. Consúltense también la RJE (las comparaciones en las llamadas «Fichas Belgas»: [https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN\\_FichesBelges.aspx](https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_FichesBelges.aspx)).

<sup>5</sup> Véase el artículo 14 de la propuesta inicial («basándose únicamente en la información contenida en el EPOC, se desprende que es claramente contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o manifiestamente abusivo»). Sin embargo, en el último texto del Consejo (la orientación general), la mayoría de los Estados miembros han suprimido también esta pequeña comprobación (por parte de un proveedor privado).

<sup>6</sup> Véanse los artículos 15 y 16 de la propuesta de la Comisión.

Siguen existiendo dudas relacionadas con el ámbito de aplicación del Reglamento y las infracciones penales para las que podría emitirse una orden de entrega y conservación. Según la propuesta, podrían emitirse órdenes de conservación, así como órdenes de entrega de datos de los abonados y datos relativos al acceso, para todas las infracciones penales; órdenes de entrega de datos de transacciones y de contenido para todas las infracciones penales punibles en el Estado emisor con una pena de privación de libertad de una duración máxima de al menos tres años. Con ello dejará de aplicarse el principio de doble tipificación, lo que significa que podrían enviarse órdenes por infracciones que no se consideran penales en los Estados miembros donde está situado el proveedor de servicios. Teniendo en cuenta el poco grado de armonización del Derecho penal entre los Estados miembros en lo que respecta, por una parte, a la definición de los delitos (por ejemplo, las definiciones de rebelión contra el Estado<sup>1</sup>, los límites de la libertad de expresión, el derecho al aborto, etc.) y, por otra, a las respectivas normas nacionales relativas a la investigación de estos delitos, la propuesta va mucho más allá del sistema de reconocimiento mutuo actual del Derecho penal de la Unión. El problema se agrava aún más debido a que la propuesta aborda de forma insuficiente las garantías de los derechos procesales. A pesar de la obligación de las autoridades emisoras de informar sobre la investigación penal y el derecho a la información, la propuesta permite a la autoridad emisora solicitar al proveedor de servicios que se abstenga de informar a la persona cuyos datos se solicitan y puede solicitar que se aplaze la información «el tiempo que sea necesario y proporcionado con objeto de no obstruir el proceso penal pertinente». Además, la propuesta tan solo permite que se ejerza el derecho a la tutela judicial efectiva ante un tribunal del Estado de emisión de conformidad con su Derecho nacional, incluso si la persona afectada no reside en dicho país y mucho menos habla la lengua o conoce el ordenamiento jurídico del Estado miembro.

## Conclusión

A lo largo del presente documento, la ponente ha presentado algunas de las cuestiones jurídicas graves que deben abordarse de manera integral.

En lo que respecta a las numerosas consultas realizadas hasta la fecha (en reuniones de ponentes alternativos, en la audiencia de la Comisión LIBE y en reuniones bilaterales con las partes implicadas), así como a las publicaciones recibidas (en particular el estudio «An assessment of the Commission's proposals on electronic evidence» (Una evaluación de las propuestas de la Comisión relativas a las pruebas electrónicas), encargada por el Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo a petición de la Comisión LIBE), la ponente, junto con los ponentes alternativos, ha detectado varios ámbitos jurídicos que requerirán una mayor clarificación, a fin de garantizar la elaboración de un instrumento jurídico sólido en lo que se refiere a la entrega y la conservación de las pruebas electrónicas.

Por lo tanto, otros documentos de trabajo temáticos, redactados en el marco de la coponencia entre la ponente y los ponentes alternativos, proporcionarán un análisis más detallado. Los documentos de trabajo temáticos que deben redactarse son los siguientes:

- Ámbito de aplicación y relación con otros instrumentos,
- Ejecución de las órdenes europeas de entrega o de conservación y el papel de los proveedores de servicios,

---

<sup>1</sup> Véase la resolución de los tribunales alemanes sobre la orden de detención europea en el asunto de Puigdemont.

- Relación con el Derecho de terceros países,
- Condiciones para la expedición de una orden europea de entrega o de conservación,
- Salvaguardias y recursos (incluidas las salvaguardias relativas a la protección de datos),
- Control de la ejecución de las órdenes europeas de entrega o de conservación.