



1.4.2019

## **SÉPTIMO DOCUMENTO DE TRABAJO**

sobre la propuesta de Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal (2018/0108 (COD)): cumplimiento de los certificados de orden europea de entrega (EPOC) y de orden europea de conservación (EPOC-PR)

Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior

Ponente: Birgit Sippel  
Coautor: Ignazio Corrao

## Introducción

El presente documento de trabajo relativo a la propuesta de la Comisión de un Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal examinará la cuestión del cumplimiento de los certificados de orden europea de entrega (EPOC) y de orden europea de conservación (EPOC-PR). Por ello se centrará en el artículo 13, relativo a las sanciones para los proveedores, y en los plazos previstos en el artículo 9 para que los proveedores de servicios ejecuten las EPOC y las EPOC-PR. Por último, también se analizará el procedimiento de ejecución previsto en el artículo 14 para los casos en que los destinatarios no cumplan una EPOC o una EPOC-PR en el plazo establecido sin una justificación aceptada por la autoridad emisora.

### 1. Sanciones (artículo 13)

El artículo 13 de la propuesta de la Comisión dispone: «Sin perjuicio de lo dispuesto en las legislaciones nacionales que prevean la imposición de sanciones penales, los Estados miembros establecerán normas relativas a las sanciones pecuniarias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 9, 10 y 11 del presente Reglamento y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones pecuniarias deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasorias. Los Estados miembros notificarán sin demora a la Comisión dichas normas y medidas, así como cualquier modificación posterior de las mismas.» Por consiguiente, se prevén sanciones pecuniarias para los proveedores que no ejecuten un EPOC o un EPOC-PR o que no respeten las obligaciones de confidencialidad.<sup>1</sup>

Los Estados miembros determinarían y aplicarían dichas sanciones, además de las demás sanciones nacionales previstas con arreglo a los instrumentos nacionales o al Derecho nacional. Así pues, incumbiría a los Estados miembros escoger las sanciones que consideren más adecuadas y más adaptadas a sus respectivos sistemas.

A este respecto, la propuesta de la Comisión, en lugar de prever normas sancionadoras armonizadas para todos los Estados miembros, se remite fundamentalmente al Derecho nacional. Como ya se ha examinado en el segundo documento de trabajo, el instrumento propuesto tiene una naturaleza híbrida: no es un reglamento en toda regla, ya que no puede aplicarse directamente, requiriendo medidas legislativas nacionales para transponerlo y completarlo, por lo que se parecería más a una directiva.<sup>2</sup>

Por consiguiente, se plantea la cuestión de si, en aras de la eficacia, sería necesario algún tipo de armonización del régimen de sanciones, al menos con el fin de fijar un mínimo obligatorio para todos los Estados miembros. La cuestión de un régimen sancionador más armonizado también guarda relación con la cuestión de la búsqueda de los foros más favorables. Dado que los Estados miembros son los únicos competentes para determinar y aplicar las sanciones, existe el riesgo de que los proveedores de servicios decidan designar a su representante legal en los Estados miembros con las sanciones más leves. Al mismo tiempo, determinados Estados miembros podrían inclinarse por mantener las sanciones al nivel más bajo posible,

---

<sup>1</sup> Esta cuestión ya se trató en el segundo documento de trabajo, relativo a la base jurídica, y en el tercer documento de trabajo, relativo a los proveedores de servicios.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

con el fin de resultar más atractivos para los proveedores de servicios.<sup>3</sup> En relación con el punto anterior, también se precisa garantizar que las sanciones se impongan de forma adecuada en todos los Estados miembros.

Por consiguiente, con el fin de hacer más justo el sistema de sanciones y crear condiciones de competencia equitativas para todos los actores implicados, las sanciones tendrían que ser disuasorias para todas las empresas, independientemente de su tamaño. Siguiendo la misma lógica, el Consejo, en su orientación general, ha modificado la propuesta de la Comisión introduciendo un régimen de sanciones igual al 2 % del volumen de negocios anual global para las empresas que no revelan datos.<sup>4</sup> Ahora bien, con ello vuelve a surgir la cuestión de si tal armonización del régimen de sanciones —ya sea en la forma propuesta por el Consejo o de otro modo— sería proporcionada y estaría en consonancia con la actual base jurídica elegida para el Reglamento propuesto (artículo 82, apartado 1, del TFUE).

## **2. Plazo para la ejecución de los EPOC (artículo 9)**

La cuestión del sistema sancionador más idóneo también está estrechamente vinculada a las obligaciones impuestas a los proveedores, incluida la ejecución de los EPOC y EPOC-PR. El artículo 9 del Reglamento propuesto exige a los proveedores que transmitan los datos al Estado emisor «a más tardar en el plazo de 10 días desde la recepción» de un EPOC, y «en un plazo de seis horas» en casos urgentes.<sup>5</sup> En el tercer documento de trabajo ya se argumentó que estos plazos parecen extremadamente ambiciosos. Aunque, desde un punto de vista estrictamente técnico, podrían ser observados por las grandes empresas, estos plazos parecen demasiado ambiciosos teniendo en cuenta que el instrumento propuesto también pide a los proveedores de servicios que evalúen la legitimidad de los EPOC antes de facilitar los datos. El problema se pone aún más de manifiesto en el caso de las pymes, o incluso de las microempresas, que podrían carecer de servicios que funcionen veinticuatro horas del día, siete días a la semana, y también en el de los proveedores de servicios de terceros países que operen en otros husos horarios.<sup>6</sup>

Dejando a un lado la cuestión mucho más general de si efectivamente deberíamos transferir a los proveedores de servicios la función de garantizar la protección de los derechos fundamentales, hasta ahora una prerrogativa soberana de las autoridades estatales, parece que, desde un punto de vista meramente práctico, los plazos propuestos no son realistas. Por lo tanto, con el fin de garantizar la equidad de las posibles sanciones, dos opciones parecen viables: bien se establecen dos regímenes diferentes, uno para las grandes empresas y otro para las pymes, o bien, si se decide mantener un régimen único para todas las empresas, los plazos deben ser más largos que los fijados por la Comisión en su propuesta.

## **3. Procedimiento de ejecución (artículo 14)**

La propuesta de la Comisión introduce un sistema por el que una autoridad judicial (un fiscal en el caso de los datos de los abonados y los datos relativos al acceso, o un órgano

---

<sup>3</sup> En el sexto documento de trabajo ya se indicaron los problemas relativos al «representante legal» para los proveedores de la Unión (pero no para los proveedores de terceros países).

<sup>4</sup> Parece que la propuesta se inspira en el artículo 83 del RGPD, relativo a las multas administrativas. Sin embargo, en ese caso la autoridad competente para imponer tales multas es la autoridad nacional de supervisión y se facilita un catálogo mucho más detallado de los distintos criterios y grados de infracción.

<sup>5</sup> Artículo 9, apartados 1 y 2, del Reglamento propuesto.

<sup>6</sup> Véase el tercer documento de trabajo, relativo a la función de los proveedores de servicios

jurisdiccional en el caso de datos de transacciones y datos de contenido)<sup>7</sup> puede requerir datos directamente al proveedor de servicios, o a su representante legal en la Unión, que esté en posesión de dichos datos. La empresa puede oponerse a tal solicitud, ya sea alegando alguno de los motivos de oposición previstos en el artículo 14, o a causa del denominado conflicto de leyes con la legislación de un tercer país, que se define en los artículos 15 y 16. Dado que el procedimiento de reexamen en caso de obligaciones contradictorias con la legislación de un tercer país ya se ha analizado detenidamente en el cuarto documento de trabajo, el presente documento de trabajo solo se centrará en los motivos de oposición previstos en el artículo 14.

De conformidad con el artículo 14 de la propuesta de la Comisión, el proveedor de servicios solo podría oponerse a un EPOC o un EPOC-PR si, según de su propia apreciación, considera que se cumplen las condiciones enumeradas en el apartado 4, letras a) a f), (EPOC)<sup>8</sup> o en el apartado 5, letras a) a e), (EPOC-PR)<sup>9</sup>.

Además de que, en general, es cuestionable dejar a la discreción de los proveedores de servicios (que son entidades privadas) la apreciación de los motivos de oposición, máxime cuando la información que recibirán dichos proveedores sobre el caso concreto mediante el EPOC o EPOC-PR será limitada, también existe el riesgo de que los proveedores de servicios interpreten los motivos de oposición de forma excesivamente amplia. En ese caso, la autoridad del Estado miembro en el que esté situado el prestador de servicios tendría que decidir si ejecuta o no la orden (véase el artículo 14, apartado 6). Para los proveedores de servicios, cuyo objetivo es atraer a clientes que buscan seguridad para sus datos, y que, por ello, asumirían la posibilidad de ser sancionadas, la propuesta actual podría llegar a crear incentivos para que algunos grandes proveedores de servicios utilicen este mecanismo en beneficio propio oponiéndose a la ejecución de los EPOC y los EPOC-PR con más frecuencia que otros proveedores de servicios. Lo más probable es que esto beneficie a los proveedores de servicios de mayor tamaño, que son económicamente más fuertes y cuentan con servicios jurídicos internos o tienen contratados a bufetes de abogados para redactar las oposiciones. Para evitarlo, sin dar una respuesta definitiva a estas alturas, se pueden estudiar varias opciones:

---

<sup>7</sup> Esta cuestión ya se trató en el segundo documento de trabajo, relativo a la base jurídica, y en el sexto documento de trabajo, relativo a las salvaguardias y vías de recurso.

<sup>8</sup> Los motivos contemplados son los siguientes:

- a) la orden europea de entrega no ha sido emitida o validada por una autoridad emisora con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4;
- b) la orden europea de entrega no ha sido emitida respecto de una infracción prevista en el artículo 5, apartado 4;
- c) el destinatario no pudo ejecutar el EPOC por imposibilidad material o fuerza mayor, o porque el EPOC contiene errores manifiestos;
- d) la orden europea de entrega no se refiere a datos almacenados por el proveedor de servicios, o en su nombre, en el momento de la recepción del EPOC;
- e) el servicio no está cubierto por el presente Reglamento;
- f) 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.

<sup>9</sup> Los motivos contemplados son los siguientes:

- a) la orden europea de conservación no ha sido emitida o validada por una autoridad emisora con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4;
- b) el proveedor de servicios no pudo ejecutar el EPOC-PR por imposibilidad material o fuerza mayor, o porque el EPOC-PR contiene errores manifiestos;
- c) la orden europea de conservación no se refiere a datos almacenados por el proveedor de servicios, o en su nombre, en el momento de la recepción del EPOC-PR;
- d) el servicio no está cubierto por el presente Reglamento;
- e) basándose únicamente en la información contenida en el EPOC-PR, se desprende que es claramente contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o manifiestamente abusivo.

1. Implicar a las autoridades del Estado de ejecución (y, posiblemente, también al Estado de residencia del interesado) en una fase más temprana (es decir, en el mismo momento en que se emite el EPOC o EPOC-PR y se remite al proveedor de servicios), incluida la posibilidad de un aviso significativo, ya sea mediante una posibilidad de confirmación positiva o una posibilidad de confirmación negativa tácita si no hay reacción en un determinado plazo (dependiendo de las diferentes categorías de datos);

2. Si se modificase la propuesta de Reglamento para establecer una mayor implicación del Estado de ejecución (y, posiblemente, también del Estado de residencia del interesado): Limitar los motivos de oposición a la ejecución de los EPOC y EPOC-PR que pueden invocar los proveedores de servicios, por ejemplo, al caso de órdenes emitidas por instancias que manifiestamente no son autoridades judiciales, o a situaciones realmente limitadas y bien definidas, lo que daría lugar a la supresión de los actuales apartados 4 y 5, respectivamente, y resolvería asimismo las objeciones relativas a la labor de evaluar la conformidad de los EPOC y EPOC-PR con los derechos fundamentales, que actualmente se deja a la discreción de los proveedores de servicios; o

3. Incluir en los EPOC y EPOC-PR que se remiten a los proveedores de servicios una justificación más detallada de los motivos de su necesidad y de proporcionalidad; sin esa información, es bastante dudoso que el proveedor del servicio pueda evaluar correctamente la legalidad de la solicitud.

Todas estas opciones están estrechamente relacionadas con la cuestión más general sobre el reconocimiento mutuo en el Derecho penal de la Unión. Los puntos de vista sobre esta cuestión varían sustancialmente entre los Estados miembros<sup>10</sup>, las autoridades nacionales, la Comisión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>11</sup>, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>12</sup>, los académicos y los profesionales<sup>13</sup>, y queda claro que el principio de reconocimiento mutuo sigue en fase de definición, en estrecha sincronía con la naturaleza cambiante de la integración en la Unión. En cualquier caso, como ya ha precisado el Tribunal de Justicia, no es un principio absoluto que prevalezca sobre la obligación de todo Estado miembro de proteger los derechos fundamentales. Por consiguiente, existe por lo menos un motivo tácito de no reconocimiento en caso de grave violación de los derechos fundamentales, que no se limita a la «denegación flagrante de justicia», sino que engloba todos los derechos fundamentales.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Así quedó de manifiesto en el debate sobre pruebas electrónicas, en el que un grupo de Estados miembros se opuso a la orientación general del Consejo, o en los divergentes puntos de vista de los Estados miembros en relación con las recientes conclusiones del Consejo sobre el reconocimiento mutuo en materia penal (documento del Consejo 14540/18).

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, el dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y las sentencias posteriores sobre excepciones de derechos fundamentales Aranyosi y Căldăraru (C-404/15 y C-659/15 PPU) y Minister for Justice and Equality (C-216/18 PPU).

<sup>12</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tienen enfoques diferentes en materia de reconocimiento mutuo. Véase la sentencia de 23 de mayo de 2016, Avotiņš contra Letonia, demanda n.º 17502/07.

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, A. Weyembergh, E. Sellier, *Criminal procedural laws across the European Union – A comparative analysis of selected main differences and the impact they have over the development of EU legislation*, 2018, pp. 93-101.

<sup>14</sup> En la sentencia Minister for Justice and Equality, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no siguió la propuesta del abogado general de limitarse al criterio más estricto de «denegación flagrante de justicia». Este criterio también ha sido descartado por los legisladores en la Directiva sobre la orden europea de investigación y en el Reglamento (UE) 2018/1805 sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso.

## **Conclusiones**

Las cuestiones analizadas —sanciones, plazos y ejecución de los EPOC y EPOC-PR—, así como las diferentes opciones propuestas tendrán que ser objeto de nuevos debates dentro del proceso político, con el fin de encontrar el modo de crear un instrumento que, por una parte, contribuya a mejorar la cooperación transfronteriza en el ámbito del Derecho penal, pero, por otra, sea viable en la práctica y, lo que es más importante, garantice la protección de los derechos fundamentales.