



1.4.2019

## **SEXTO DOCUMENTO DE TRABAJO (A)**

sobre la propuesta de Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal (2018/0108 (COD)) – Salvaguardias y vías de recurso

Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior

Ponente: Birgit Sippel  
Coautor: Romeo Franz

## Introducción

El presente documento de trabajo se centrará en las salvaguardias y las vías de recurso previstas en la propuesta de Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal (la denominada propuesta sobre pruebas electrónicas). De este modo, se analizará el principio según el cual **se debe informar al sospechoso de la solicitud de datos**, a menos que, con carácter excepcional, se justifique la no divulgación (orden mordaza). A continuación se examinarán las salvaguardias que deben garantizarse antes de que se obtengan los datos y se transfieran al Estado solicitante (**salvaguardias *ex ante***), así como las vías de recurso que deben garantizarse después de que los datos se hayan transferido al Estado requirente (**salvaguardias *ex post***). Por último, el documento de trabajo tratará la cuestión de un **mecanismo eficaz de supervisión y rendición de cuentas** de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley mediante un posible nuevo instrumento sobre pruebas electrónicas.<sup>1</sup>

## I. Notificación al interesado

A tenor del artículo 11 («Confidencialidad e información al usuario») del Reglamento propuesto, el destinatario «adoptará las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad del EPOC o del EPOC-PR y de los datos entregados o conservados, y si así lo solicita la autoridad emisora, se abstendrá de informar a la persona cuyos datos se buscan con objeto de no obstruir el proceso penal pertinente» (artículo 11, apartado 1). «Cuando solicite al destinatario que se abstenga de informar a la persona cuyos datos se buscan a través del EPOC, la autoridad emisora informará sin demora injustificada a dicha persona de la entrega de los datos. Esta información podrá aplazarse el tiempo que sea necesario y proporcionado con objeto de no obstruir el proceso penal pertinente» (artículo 11, apartado 2). «Al informar a la persona, la autoridad emisora deberá incluir información sobre las vías de recurso disponibles a que se refiere el artículo 17» (artículo 11, apartado 3).

Una cuestión importante por lo que se refiere a la notificación al interesado, que también ha sido suscitada por varias partes interesadas,<sup>2</sup> se refiere al principio de igualdad de armas y al principio contradictorio, que se inscriben en el derecho a un juicio justo (por lo que se refiere a la obtención de pruebas exculpatórias) establecido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.<sup>3</sup> Cabe afirmar que, en general, este principio se vulnera con facilidad cuando la fase de investigación preliminar es secreta y no se notifica al interesado la

---

<sup>1</sup> Véase también el documento presentado por Fair Trials International (febrero de 2019), p. 4.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 12.: «En los modelos contradictorios, como en los Estados Unidos, la defensa debe asumir un papel activo en la preparación de su argumentación y debe reunir información y documentos de forma autónoma. En muchos ordenamientos jurídicos de la Unión, a los que se les suele denominar “inquisitivos”, las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley son las únicas competentes para llevar a cabo la investigación destinada a determinar la “verdad”. Por ello, dichas autoridades están obligadas a utilizar sus facultades de investigación para reunir todas las pruebas pertinentes, tanto incriminatorias como exculpatórias, y no solo las pruebas que demuestren la culpabilidad. Sin embargo, no siempre ocurre así en la realidad, e incluso un investigador imparcial puede ignorar cuáles son las pruebas que podrían ser de utilidad para el acusado si no puede consultarle a fin de comprender la naturaleza de su defensa, lo que es imposible cuando la investigación es secreta.»

<sup>3</sup> Véase la jurisprudencia sobre el artículo 6 del CEDH, por ejemplo, D. Vitkauskas y G. Dikov, Consejo de Europa, *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights*, 2012.

obtención de datos personales. Ahora bien, la notificación previa al sospechoso o acusado es fundamental para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de defensa, en concreto para garantizar que también se conserven los datos electrónicos exculpativos (y no solo los datos incriminatorios) y que el sospechoso o acusado pueda e impugnar *a priori* la legalidad de los datos electrónicos que se hayan obtenido ilegalmente o no sean admisibles ante los tribunales.

La propuesta de Reglamento sobre pruebas electrónicas impide que el proveedor de servicios informe a la persona cuyos datos se solicitan «con objeto de no obstruir el proceso penal pertinente». Se plantea la cuestión de qué situaciones cabe subsumir en esta formulación. Se trata de una redacción poco clara, con la que se corre el riesgo de que se aduzcan obstáculos menores en el marco del procedimiento. Sin embargo, por lo que se refiere al principio de igualdad de armas, toda limitación de la notificación al interesado («órdenes mordaza») debe estar claramente definida y circunscribirse, por ejemplo, a casos de peligro grave y manifiesto para la vida, la integridad física o la propiedad. Además, podría surgir un problema —tanto en general como en lo que se refiere a la confidencialidad— habida cuenta de la definición de «proveedores de servicios» de la propuesta de Reglamento y la consiguiente cuestión de la diferenciación entre el responsable y el encargado del tratamiento de datos:<sup>1</sup> ¿también está obligado el encargado del tratamiento a respetar las normas de confidencialidad y, por tanto, tampoco puede informar al responsable del tratamiento sobre la orden recibida?<sup>2</sup>

#### 1. Notificación al interesado en caso de certificados de órdenes de entrega (EPOC):

Por lo que se refiere a los EPOC, el Reglamento propuesto establece, además, que «la autoridad emisora informará sin demora injustificada a [la persona cuyos datos se buscan a través del EPOC] de la entrega de los datos» (véase el artículo 11, apartado 2). Sin embargo, la propuesta permite que la autoridad requirente aplaze la notificación «el tiempo que sea necesario y proporcionado con objeto de no obstruir el proceso penal». De este modo, la proporcionalidad del retraso en la notificación será evaluada únicamente por la autoridad emisora. Como ya se ha señalado en el documento de trabajo anterior, no está claro que las autoridades emisoras puedan cumplir y vayan a cumplir estas disposiciones en la práctica. Los instrumentos de reconocimiento mutuo vigentes, como la orden europea de investigación (OEI), ofrecen al Estado de ejecución al menos algunos motivos de oposición que también se refieren a la proporcionalidad<sup>3</sup>. Además, por lo que se refiere a la cuestión de la necesidad, el

---

<sup>1</sup> Véase el artículo 2, apartado 3, del Reglamento sobre pruebas electrónicas. Véase asimismo el artículo 4, apartados 7 y 8, del Reglamento 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos o RGPD).

<sup>2</sup> Dictamen 23/2018 del Comité Europeo de Protección de Datos, en el que se afirma: «El Comité Europeo de Protección de Datos teme que se puedan eludir los derechos de los interesados si no existen limitaciones a la actuación de los proveedores de servicios como responsables del tratamiento en el sentido del RGPD y tampoco se impone al encargado del tratamiento una obligación específica de notificación al responsable del tratamiento cuando se le ha remitido una orden de entrega o conservación» (p. 10).

<sup>3</sup> La OEI, al menos, ofrece a la autoridad de ejecución algunos motivos de oposición relativos a la proporcionalidad de la solicitud. Es el caso de los motivos basados en una posible violación de los derechos fundamentales (véase, por ejemplo, el artículo 11, apartado 1, letra f), de la Directiva 2014/41/UE sobre la OEI: «cuando existan motivos fundados para creer que la ejecución de la medida de investigación indicada en la OEI sería incompatible con las obligaciones del Estado miembro de ejecución de conformidad con el artículo 6 del TUE y de la Carta»), o de determinados umbrales o categorías de delitos (véase el artículo 11, apartado 1, letra h), de la Directiva OEI: «cuando el uso de la medida de investigación indicada en la OEI esté limitado, con arreglo al Derecho del Estado de ejecución, a una lista o categoría de delitos, o a delitos castigados con penas de a partir de un determinado umbral que no alcance el delito a que se refiere la OEI»), o en el supuesto de inexistencia de la medida para situaciones similares en el ordenamiento de la autoridad de ejecución (véase el artículo 10, apartado 5, de la Directiva OEI).

Reglamento, en la redacción propuesta, puede dar lugar a que las «órdenes mordaza» sean la regla en lugar de una excepción que se aplique cuando sea estrictamente necesario. Ahora bien, dado que pueden existir motivos legítimos para la confidencialidad, al menos de algunos tipos de datos y principalmente al principio del procedimiento (por ejemplo, cuando el procedimiento aún no está orientado necesariamente a una persona en particular), podrán producirse tensiones entre, por un lado, la necesidad legítima de confidencialidad de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y, por otro lado, el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo. Estas tensiones podrían apaciguarse con las siguientes medidas:<sup>1</sup>

- Creación de un régimen de notificación claro que limite estrictamente a medidas excepcionales la imposición de la confidencialidad por parte de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley;
- Exigencia de una justificación específica para el recurso a las órdenes mordaza por parte de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, así como control judicial (por un órgano jurisdiccional) del recurso a las órdenes mordaza;<sup>2</sup> una vez más, se plantea la cuestión relativa a la autoridad emisora de los EPOC y los EPOC-PR, que ya se expuso en el quinto documento de trabajo;
- Plazos claros para la imposición de la confidencialidad (por ejemplo, como máximo hasta la acusación formal);
- Obligación de las autoridades emisoras de comunicar al proveedor de servicios motivos claros y detallados cuando le soliciten que se abstenga de informar al interesado;
- Notificación adicional a las autoridades judiciales del Estado miembro en el que esté establecido el prestador de servicios o en el que resida la persona cuyos datos se solicitan;
- Derecho de los proveedores de servicios a solicitar más información, si no están de acuerdo con las justificaciones de una orden mordaza aducidas por el Estado emisor, incluido el derecho a negarse en último término a cumplir la orden, en caso de que persistan dudas sobre su legalidad; con este derecho, también se resolverían las cuestiones relativas a las obligaciones de los proveedores de servicios frente a sus clientes;
- Obligación de una rápida notificación *ex post* una vez que desaparezcan los motivos legítimos de confidencialidad y, en cualquier caso, bastante antes de la divulgación completa de las pruebas en el procedimiento (con independencia de que el afectado sea finalmente procesado), y derecho del afectado a impugnar el recurso a la confidencialidad y la legalidad de la entrega de las pruebas;
- Incentivos disuasorios para que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley no hagan un uso indebido de esta excepción, por ejemplo, declarando la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas;
- Obligación explícita de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley que solicitan datos electrónicos (en el contexto de la confidencialidad) de ampliar, con carácter general, los

---

<sup>1</sup> Fair Trials International, *ibídem*, pp. 5-6.

<sup>2</sup> Una autoridad judicial independiente e imparcial es más adecuada que las autoridades policiales y la fiscalía para sopesar la necesidad de confidencialidad y los derechos de defensa. Véase asimismo la posición del Consejo de la Abogacía Europea (CCBE), de 19 de octubre de 2018, en la que se afirma (p. 7): «El CCBE considera que la imposición de restricciones de confidencialidad a los EPOC debe estar sujeta a la aprobación de una autoridad judicial independiente y estar debidamente motivada y justificada en cada caso por la autoridad emisora con arreglo a una evaluación significativa y documentada».

EPOC y los EPOC-PR a las pruebas exculpatorias o de ofrecer determinados derechos a la defensa, a fin de respetar el principio de «igualdad de armas» en el procedimiento penal.<sup>1</sup>

## 2. Notificación al interesado en caso de certificados de órdenes de conservación (EPOC-PR):

En el caso de los certificados de órdenes de conservación (EPOC-PR), la cuestión de la notificación al interesado suscita graves problemas en materia de respeto del principio de igualdad de armas.

Como ya se ha expuesto, si se ha solicitado al destinatario que se abstenga de informar al interesado, el Reglamento propuesto se limita a establecer que «la autoridad emisora informará sin demora injustificada a [la persona cuyos datos se buscan a través del EPOC] de la entrega de los datos» (véase el artículo 11, apartado 2). La propuesta no prevé ninguna obligación del Estado emisor de notificar al interesado en lo que respecta a los EPOC-PR. Por consiguiente, el interesado nunca sabrá que sus datos se han conservado si el EPOC-PR no va seguido de un EPOC. En esos casos, el interesado no tendrá posibilidad alguna de impugnar el recurso a la confidencialidad y la legalidad de la conservación de las pruebas. Además, no tendrá acceso a ninguna vía de recurso (véase más adelante).

---

<sup>1</sup> A este respecto, por ejemplo, la defensa puede recurrir explícitamente a la EOI. Véase el artículo 1, apartado 3, de la Directiva EOI, que dispone: «3. 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.» Sin embargo, la propuesta sobre pruebas electrónicas carece de una disposición de este tipo. Véase también CCBE, *ibidem*, p. 7: «La propuesta relativa a la obtención de pruebas electrónicas no debe referirse únicamente a la acción acusación [...] La propuesta no tiene debidamente en cuenta el requisito de igualdad de armas en el proceso penal, que es un concepto reconocido por el TEDH en el contexto del derecho a un juicio justo». Véase también el documento de posición de Fair Trials International, mayo de 2018. Véase asimismo la carta de Fair Trials dirigida al ponente, fechada el 30 de noviembre de 2018.