

4.2 Adaptación del 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 ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales

4.2.1 CUESTIONES RELACIONADAS CON LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL AL REGLAMENTO (UE) 2023/1543

Respecto de la ley española que debería promulgarse en adaptación al Reglamento (UE) 2023/1543, conviene hacer un comentario preliminar sobre su ubicación sistemática. El principal objetivo de la nueva legislación es disponer de un mecanismo alternativo –más rápido y eficaz– a los actuales instrumentos de cooperación internacional y asistencia judicial para abordar específicamente los problemas derivados de la naturaleza volátil de las pruebas electrónicas y el aspecto de «pérdida de localización» de los datos almacenados. Concretamente, el instrumento de referencia en relación con la obtención de prueba transfronteriza en la UE es la OEI, regulada en la Directiva 2014/41/EU a la que el Reglamento viene a completar, respecto de los datos ya almacenados por los proveedores de servicio.

Por ello, sin perjuicio de su naturaleza procesal, al afectar la prueba electrónica a un alto porcentaje de la prueba recabada en las investigaciones penales, incluso respecto de delitos no cometidos a través de medios informáticos y, pese a que el planteamiento en el que se basa no encaja perfectamente en los parámetros del reconocimiento mutuo previsto para la cooperación entre autoridades judiciales, ya que la asistencia se requiere directamente por la autoridad de emisión a las compañías proveedoras de servicios, en lo que se ha considerado como una «privatización» de la confianza mutua, entendemos que la adaptación de la ley nacional al Reglamento, en aplicación del principio de autonomía procesal como Estado miembro, debería acometerse mediante la introducción de un nuevo Capítulo IV dentro del Título X dedicado a la Orden Europea de Investigación en materia penal en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (LRM) y no mediante reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y ello porque la generalidad de esta última generaría un riesgo de descontextualización normativa que en poco se compadece con una técnica

legislativa solvente que permita la necesaria seguridad jurídica en su aplicación por los operadores jurídicos.

4.2.2 MINISTERIO FISCAL COMO AUTORIDAD DE EMISIÓN DE EPOC Y EPOC-CR

De acuerdo con el artículo 4 del Reglamento, el Ministerio Fiscal puede ser reconocido como autoridad competente para emitir EPOC-CR y EPOC referidas a datos de los abonados o datos solicitados con el único fin de identificar al usuario, haciéndose constar de ese modo en la adaptación de la LRM que se promulgue, en relación con las diligencias de investigación extraprocerales y los expedientes de menores, dirigiéndolas directamente al establecimiento designado o a un representante legal del prestador de servicios afectado.

4.2.3 DESIGNACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL COMO AUTORIDAD DE EJECUCIÓN NOTIFICADA DEL ARTÍCULO 8 DEL REGLAMENTO (EU) 2023/1543

El sistema que establece el Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, sobre las órdenes europeas de producción (EPOC) y las órdenes europeas de conservación (EPOC-PR) a efectos de prueba electrónica en procesos penales, impone a la autoridad judicial de un Estado Miembro en el que se esté investigando un delito, la transmisión directa de dichas órdenes al establecimiento designado o al representante legal del proveedor de servicios afectado si tiene su sede o reside en España, respectivamente, como Estado de ejecución, con la finalidad de que estos destinatarios (art. 7) entreguen o conserven pruebas electrónicas, con independencia de la ubicación de los datos.

El art. 3 (17) del Reglamento define a «la autoridad de ejecución» como *la autoridad del Estado de ejecución que, de conformidad con el Derecho nacional de dicho Estado, es competente para recibir una orden europea de producción EPOC o una orden europea de conservación EPOC-PR transmitida por la autoridad emisora a efectos de su notificación o a efectos de su ejecución de conformidad con el presente Reglamento.*

Por lo tanto, el Reglamento crea junto al binomio de interlocutores principales en este procedimiento obtención de prueba electrónica (*issuing authority* y *addressee*, en la versión inglesa), la figura de la *autoridad de ejecución* para diferenciarla de otros instrumentos de

reconocimiento mutuo, como concepto autónomo del Derecho de la Unión a la que se le notificaría las EPOC y EPOC-PR en determinados supuestos, siendo la cuestión si dicha autoridad de ejecución es una autoridad judicial en sentido amplio, en la que, por sus funciones, pudiera incluir al Ministerio Fiscal español o si por el contrario ha de ser un juzgado o tribunal, por tratarse las funciones previstas en el Reglamento de atribuciones estrictamente jurisdiccionales.

La notificación a la autoridad de ejecución se prevé en el art. 8 (1) del Reglamento únicamente en los casos en los que se emite una EPOC para obtener datos de tráfico y de contenido. Además, de acuerdo con el artículo 8 (2) y el Considerando 51 del Reglamento, se precisa que no haya suficientes vínculos con el Estado Miembro de emisión, por el lugar de comisión de la infracción y de residencia de la persona respecto de la que se solicitan datos. En estos casos, la autoridad judicial de emisión tendrá que notificar simultáneamente la EPOC a una autoridad de ejecución española, cuando nuestro país sea Estado de ejecución, incluyendo cualquier información adicional que pueda ser necesaria para valorar la concurrencia de un motivo de denegación. Esta autoridad de ejecución tiene principalmente encomendado el control de legalidad de los motivos de denegación recogidos en el Reglamento (art. 12) y de la adecuación de la EPOC a los derechos fundamentales consagrados en el art. 6 del TFUE (Considerandos 61 al 67 del REG), para garantizar que la eventual ejecución de una EPOC sea respetuosa con el ordenamiento jurídico. La notificación a la autoridad de ejecución no tiene carácter decisorio, pero sí efecto suspensivo, por ello cuando invoque un motivo de denegación total o parcial el destinatario interrumpirá su ejecución, siendo la autoridad emisora la que tiene que decidir la retirada de la orden (art. 12.2 Reglamento).

El considerando 61 del Preámbulo del Reglamento distingue que *«Cuando la notificación a la autoridad de ejecución o la ejecución tenga lugar de conformidad con el presente Reglamento, el Estado de ejecución podría disponer en su Derecho nacional que la ejecución de una orden europea de producción pueda requerir la participación procesal de un órgano jurisdiccional (might require the procedural involvement of a court) en el Estado de ejecución.»* Con ello distingue un papel judicial genérico de la autoridad de ejecución notificada, que puede desempeñar el Ministerio Fiscal, frente a la hipotética intervención de un tribunal, cuando fuere necesario, de acuerdo con el Derecho español.

Desde la Fiscalía consideramos que las funciones previstas para la *autoridad de ejecución* en el Reglamento no conllevan competencias decisorias dentro del procedimiento instrumental de ejecución de la

EPOC que se regula, por lo que el papel previsto de *custodio de la ley*, aun cuando se refiera a datos de tráfico y contenidos que afectan al núcleo duro de la privacidad, encajaría en las funciones judiciales genéricas de promoción de la acción de la justicia propias del Ministerio Fiscal.

La propuesta que se hace desde la Fiscalía toma como precedente la intervención del Ministerio Fiscal en la OEI, que ha sido recientemente alabada en las recomendaciones y buenas prácticas adelantadas por el equipo de evaluación que visitó nuestro país en el marco de la Décima Ronda de Evaluaciones Mutuas sobre la aplicación de la OEI en España. Si tomamos como referencia la exitosa intervención del Ministerio Fiscal en relación al principal instrumento de reconocimiento mutuo como autoridad de recepción de todas las OEIs y autoridad de ejecución efectiva del 93,31 % de las recibidas en 2023 y el relevante papel de filtro que la propia LRM ha encomendado al Ministerio Fiscal como *custodio de la ley* en relación con el principal instrumento de obtención de prueba en la UE, decidiendo la denegación por Decreto de manera directa y en base al art. 207 de la LRM, respecto de aquellas que entran dentro del ámbito de su competencia, informando al respecto en el 6,69 % restante que han sido remitidas al Juzgado de Instrucción para su ejecución, por afectar claramente a derechos fundamentales, de acuerdo con el artículo 187 (2) b), párrafo segundo, de la LRM, debemos llegar a la conclusión que el papel previsto en los artículos 3.17, 8, 10, 11 y 12 del Reglamento (EU) 2023/1543 para la *autoridad de ejecución* es similar al que ya realiza el Ministerio Fiscal español en la OEI.

Por todo lo expuesto, se propone que se designe al Ministerio Fiscal como única autoridad de ejecución notificada en España, de acuerdo con el art. 8 del Reglamento. Además, se propone que sea la UCIF la Unidad centralizada de la Fiscalía General del Estado, la que reciba como autoridad de ejecución las EPOC y EPOC-PR, en su caso, teniendo en cuenta que en dicha Unidad se puede incoar un expediente digitalizado de cooperación internacional en el sistema informatizado de gestión de expedientes de cooperación internacional (CRIS/CJI), de manera similar a como lo hacer actualmente con las OEIs, decidiendo su distribución entre los Delegados de Cooperación Internacional competente si ello fuere necesario. Dicha propuesta legislativa derivada del Reglamento 2023/1543 debería realizarse mediante la adaptación del artículo 187 de la Ley 23/2014, de manera coherente con lo indicado en el apartado 2.2.1.