

**ADMISIBILIDAD MUTUA DE PRUEBA PENAL TRANSFRONTERIZA EN LA  
UNIÓN EUROPEA: LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL *EUROPEAN LAW  
INSTITUTE***

Por

ANTONIO MARTÍNEZ SANTOS  
Profesor ayudante doctor de Derecho Procesal (acreditado T.U.)  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

[antonio.martinez@der.uned.es](mailto:antonio.martinez@der.uned.es)

*Revista General de Derecho Procesal* 61 (2023)

**RESUMEN:** En mayo de 2023 el European Law Institute (ELI) hizo pública una Propuesta de regulación de la admisibilidad mutua de prueba y prueba electrónica en los procesos penales dentro de la Unión Europea. El objetivo principal de la Propuesta es contribuir al desarrollo del Derecho europeo en este ámbito. La presente aportación es un intento de exponer sucintamente las principales características del texto elaborado por los expertos del ELI, con el fin de promover el debate entre especialistas sobre la prueba penal transnacional en el espacio europeo.

**PALABRAS CLAVE:** admisibilidad mutua de pruebas, reconocimiento mutuo, prueba penal transfronteriza, prueba electrónica

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Principales características de la Propuesta ELI. II.1. Principios generales en materia de admisibilidad de prueba. II.2. Normas específicas sobre prueba electrónica. III. Conclusiones. IV. Referencias bibliográficas.

**MUTUAL ADMISSIBILITY OF CROSS-BORDER CRIMINAL EVIDENCE IN  
THE EUROPEAN UNION: THE EUROPEAN LAW INSTITUTE DRAFT  
DIRECTIVE PROPOSAL**

**ABSTRACT:** In May 2023, the European Law Institute (ELI) published a Draft Directive Proposal for the regulation of mutual admissibility of evidence and electronic evidence in criminal proceedings within the European Union. The main objective of the Proposal is to encourage the development of European law in this area. The present contribution is an attempt to succinctly set out the main features of the text, with the aim of promoting the debate on transnational criminal evidence in the Area of Freedom, Security and Justice between criminal justice experts.

**KEYWORDS:** mutual admissibility of evidence, mutual recognition, cross-border criminal evidence, electronic evidence

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

El principio de reconocimiento mutuo es la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal dentro de la Unión Europea. Por este motivo, el artículo 82, apartados 1 y 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) recoge expresamente la competencia de la Unión para adoptar medidas y normas mínimas con la finalidad de facilitar la aplicación de dicho principio, sin perjuicio de la facultad que asiste a los Estados miembros para mantener o introducir niveles más elevados de protección de las personas.

Como se sabe, en virtud de esta competencia legislativa la Unión Europea ha adoptado ya un buen número de actos normativos con el objetivo de facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, por ejemplo en materia de derechos procesales de las personas acusadas (Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010; Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012; Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013; Directiva 2016/343/UE, de 9 de marzo de 2016...) o de derechos de las víctimas (Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011; Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre); por citar solamente algunas disposiciones promulgadas a lo largo de los últimos años.

Sin embargo, aunque la letra a) del artículo 82.2 TFUE menciona expresamente también la posibilidad de adoptar, por medio de directivas, normas mínimas referidas a «la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros» -en la medida en que ello sea «necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza»-, hasta ahora la Unión no ha presentado ninguna iniciativa legislativa en este ámbito particular.

Desde hace tiempo, tanto la doctrina académica como los principales actores en el ámbito de la justicia penal -fiscales, jueces, abogacía, policía judicial- han venido insistiendo en que es preciso proporcionar una mayor seguridad jurídica, no solo para asegurar la admisibilidad de las pruebas transfronterizas, sino también para garantizar una protección adecuada de los derechos de los acusados cuando se enfrentan a pruebas incriminatorias obtenidas en el extranjero<sup>2</sup>. Aunque desde las instituciones

---

<sup>1</sup> Este trabajo es resultado del proyecto de I+D+i «Proceso penal transnacional, prueba y derecho de defensa en el marco de las nuevas tecnologías y el espacio digital» (ref. PID2019-107766RB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

<sup>2</sup> Véase por ejemplo al respecto Rodríguez-Medel Nieto, C., *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2016; donde se denunciaba al mismo tiempo el carácter incoherente y fragmentario de la plasmación del principio de reconocimiento mutuo en los diferentes instrumentos normativos europeos adoptados hasta entonces.

europas se ha venido intentando impulsar el desarrollo de un marco jurídico en este sentido<sup>3</sup>, lo cierto es que hasta ahora no se ha logrado avanzar hacia la definitiva adopción de una propuesta legislativa sobre la admisibilidad de prueba penal transfronteriza<sup>4</sup>. Con todo, esto no significa que no haya habido esfuerzos en esta dirección desde que, ya en el Consejo de Tampere de 1999<sup>5</sup> -es decir, hace casi veinticinco años-, se conviniera en la necesidad de asegurar la admisibilidad de las pruebas penales entre Estados miembros dentro del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia<sup>6</sup>.

Con este marco general como trasfondo, recientemente, en concreto el 5 de mayo de 2023, el *European Law Institute* (conocido por sus siglas ELI<sup>7</sup>) ha publicado una Propuesta de Directiva sobre la admisibilidad mutua de prueba y prueba electrónica en los procesos penales (en lo sucesivo, la Propuesta ELI o PDELI)<sup>8</sup>. La propuesta ELI es el resultado de un proyecto de más de dos años, dirigido por la profesora Lorena Bachmaier, cuyo fin primordial era desde un principio intentar contribuir al desarrollo del

---

<sup>3</sup> Véase, entre otros, Comisión de las Comunidades Europeas, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos», COM (2009) 262 final.

<sup>4</sup> Es cierto que tanto la Directiva 2014/41/UE, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, como el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se aplica la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, incluyen alguna norma aislada dirigida a facilitar en la medida de lo posible la admisión de pruebas transfronterizas, pero también lo es que ninguno de estos instrumentos enuncia los principios aplicables en esta cuestión ni alude tampoco a la posible exclusión de prueba.

<sup>5</sup> Véanse, entre otros, el Consejo Europeo de los días 15 y 16 de octubre de 1999, «Conclusiones de la Presidencia», SN 200/1/99 REV 1; el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal (DO C 12 de 15.1.2001, p. 10); y el Libro Verde de la Comisión sobre la obtención de pruebas en materia penal de un Estado miembro a otro y sobre la garantía de su admisibilidad, COM (2009) 624 final.

<sup>6</sup> Cfr. concretamente el punto 36 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere (SN 200/1/99), donde se afirmó lo siguiente: «El principio del reconocimiento mutuo debe aplicarse también a los autos anteriores a la fase de juicio, en particular a los que permiten a las autoridades competentes actuar con rapidez para obtener pruebas y embargar bienes que puedan ser trasladados con facilidad; las pruebas obtenidas legalmente por las autoridades de un Estado miembro deberán ser admisibles ante los tribunales de otros Estados miembros, teniendo en cuenta la normativa que se aplique en ellos».

<sup>7</sup> El *European Law Institute* (ELI), con sede en Viena, es una organización independiente sin ánimo de lucro cuyo fin es impulsar y apoyar la investigación en el ámbito del Derecho europeo, con el fin de hacer recomendaciones y prestar orientación práctica para el desarrollo del ordenamiento de la Unión. Basándose en la diversidad de las tradiciones jurídicas de los diferentes Estados miembros, su misión es contribuir al desarrollo de la legislación en Europa y a la mejora de la integración jurídica. Más información en: <https://www.europeanlawinstitute.eu>

<sup>8</sup> Los relatores de los trabajos del equipo del proyecto son los profesores Lorena Bachmaier (Universidad Complutense de Madrid) y Farsam Salimi (Universidad de Viena). El texto de la Propuesta ELI está disponible en:

[https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Proposal\\_for\\_a\\_Directive\\_on\\_Mutual\\_Admissibility\\_of\\_Evidence\\_and\\_Electronic\\_Evidence\\_in\\_Criminal\\_Proceedings\\_in\\_the\\_EU.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Proposal_for_a_Directive_on_Mutual_Admissibility_of_Evidence_and_Electronic_Evidence_in_Criminal_Proceedings_in_the_EU.pdf) (último acceso: 31 de julio de 2023).

Derecho europeo en este campo. En concreto, la Propuesta ELI es un documento de trabajo que aspira a servir de base para una posible futura Directiva sobre admisibilidad de pruebas transfronterizas en el proceso penal<sup>9</sup>.

La presente aportación es un intento de exponer sucintamente las líneas generales y los rasgos principales de esta propuesta independiente de regulación, con el fin de contribuir también al debate en materia de prueba penal transnacional.

Antes de proseguir, es importante advertir que la Propuesta ELI define los conceptos de «prueba» y de «prueba electrónica», a los efectos de su admisibilidad, en términos muy amplios.

En efecto, el artículo 3 PDELI establece que, a efectos de la Propuesta, se entenderá por «prueba» cualquier «objeto, dato o información» que sirva para acreditar un hecho en un proceso penal [letra a)]. A su vez, por «prueba electrónica», tal como se explica en la letra b) del mismo precepto, se entiende cualquier «dato o información» que exista en forma electrónica -o se transmita o almacene en forma electrónica- y sea susceptible de ser utilizado para acreditar un hecho en un proceso penal, resultando irrelevante a este respecto la circunstancia de que dicha información estuviera ya almacenada electrónicamente antes del momento de la obtención o que se hubiera almacenado electrónicamente solamente como resultado del acto de obtención<sup>10</sup>.

## II. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA PROPUESTA ELI

Es indudable que, a lo largo de las últimas décadas, se ha producido un claro avance en lo que respecta a la cooperación judicial en materia penal dentro de la Unión Europea, con la aprobación de diversos instrumentos centrados principalmente en agilizar y facilitar dicha cooperación sobre la base del principio de reconocimiento mutuo. En ellos se han ido introduciendo soluciones que se han revelado eficaces, como restringir los motivos de denegación, establecer plazos para la ejecución de las medidas,

---

<sup>9</sup> En ese sentido, L. Bachmaier Winter, «Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in the EU: A new try for European minimum rules in criminal proceedings?», *eucrim*, 2023 (en prensa).

<sup>10</sup> Véase la Exposición de Motivos de la Propuesta ELI, pp. 18 y 19. Se trata de un concepto notoriamente más amplio que el recogido en el artículo 3.8 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 de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales. Ello se explica porque el concepto de «prueba electrónica» en el Reglamento 2023/1543 se circunscribe estrictamente a los datos que debe proporcionar o conservar el destinatario de una orden europea de producción o de una orden europea de conservación, que será siempre un prestador de servicios de telecomunicaciones.

facilitar formularios normalizados, promover una comunicación rápida entre las autoridades judiciales, etc<sup>11</sup>.

Gracias a estas soluciones ha mejorado sensiblemente la cooperación a la hora de obtener pruebas en Estados miembros distintos de aquel en el que se está siguiendo la causa. Sin embargo, una vez obtenidas las pruebas, a día de hoy la admisibilidad en el Estado miembro de destino sigue dependiendo de forma casi exclusiva de su propia legislación interna. Como es sabido, en la actual tesitura no hay principios ni tampoco reglas comunes en materia de admisibilidad de pruebas penales transfronterizas<sup>12</sup>.

Lejos de ser un ejercicio doctrinal, puramente teórico, la Propuesta ELI se presenta como el resultado de numerosos debates y de múltiples compromisos entre todos los actores implicados, que no provienen tan solo de la Universidad. En su redacción han participado tanto académicos expertos como profesionales de la justicia penal, guiados por el propósito común de encontrar un equilibrio adecuado entre todos los intereses en

---

<sup>11</sup> En particular sobre la orden europea de investigación desde la perspectiva española pueden consultarse Arangüena Fanego, C., «Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 58-2017, pp. 905 a 939; Hoyos Sancho M. de, «Orden Europea de Investigación: avanzando hacia la integración en materia procesal penal», en: *Claves de la justicia penal: feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 343-370; Jiménez-Villarejo Fernández, F., «Orden Europea de Investigación: ¿adiós a las comisiones rogatorias?», en: *Cooperación judicial Civil y Penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Comares, Granada 2011, pp. 175 a 203; Jimeno Bulnes, M., «Orden europea de investigación en materia penal», en: *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo*, JM Bosch, Barcelona, 2016, pp. 156 a 163; Laro González, M. E., *La orden europea de investigación en el espacio europeo de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; Martín García, A. L. y Bujosa Vadell, L., *La obtención de prueba en materia penal en la Unión Europea*, Atelier, Barcelona, 2016; Martínez García, E., *La Orden Europea de Investigación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; Rodríguez-Medel Nieto, C., *op. cit.*, pp. 295-301; así como los trabajos reunidos en González Cano, M. I. (dir.), *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

<sup>12</sup> Sobre la prueba penal transfronteriza en la UE, *vid.*, entre otros Van Hoek, A. y Luchtman, M., «Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Safeguarding of Human Rights», *Utrecht Law Review*, 1(2), 2005, pp. 1-39; Allegrezza, S., «Critical Remarks on the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZSTW)*, vol. 9-2010, p. 573; Ruggeri, S., «Introduction to the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns and Open Issues», en: *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, pp. 29-35; Bachmaier Winter, L., «Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law», *Utrecht Law Review*, vol 9(4), 2013, pp. 126-148; Bachmaier Winter, L., «Transnational Evidence: Towards the Transposition of the Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters», *eucri*, 2-2015, pp. 47-59; Bachmaier Winter, L., «La orden Europea de Investigación y el principio de proporcionalidad», *Revista General de Derecho Europeo*, 25-2011; Bachmaier Winter, L., «Prueba transnacional en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación», *Revista General de Derecho Europeo*, 36-2015; Claverie-Rousset, C., «The admissibility of evidence in criminal proceedings between European Union Member States», *European Criminal Law Review (EuCLR)*, 3(2), 2013, pp. 152-169 (disponible en: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5235/219174413808445900.pdf>); Ligeti, K., Garamvölgyi, B., Ondrejova, A., Gräfin Von Galen, M., «Admissibility of evidence in criminal proceedings in the EU», *eucri*, 3-2020, pp. 201-208.

juego. Tal vez por esta razón la Propuesta ELI no se posiciona unilateralmente y de un modo claro e inequívoco a favor de la acusación o de la defensa; ya que por encima de todo se dirige a suministrar pautas o criterios razonables que promuevan la persecución eficaz del delito -facilitando no solo el acceso a las pruebas transfronterizas, sino también la posibilidad de utilizarlas posteriormente en el juicio-; sin que, al mismo tiempo, el elemento transfronterizo se traduzca a la postre en una merma de los derechos de la defensa. Porque el que la defensa no pueda comprobar la legalidad de las pruebas obtenidas en el extranjero -bien porque no existe trámite procesal para ello, bien por imposibilidad práctica o por falta de recursos-, no parece desde luego ser el mejor camino para avanzar en la creación de un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia dentro de la Unión Europea.

En línea con estos objetivos, la Propuesta ELI se divide a grandes rasgos en dos bloques fundamentales. El primer bloque (capítulo segundo, artículos 4 a 6 PDELI) contiene una serie de normas que pretenden fijar las reglas que deberían respetarse en los procesos penales donde existan pruebas obtenidas en otro Estado miembro diferente; esto es, obtenidas con arreglo a normas o principios que probablemente sean distintos de los aplicables en el Estado del foro. El segundo bloque (capítulo tercero, artículos 7 a 9 PDELI) propone un conjunto de normas específicas en materia de admisibilidad de las pruebas electrónicas.

Conviene notar que la Propuesta ELI no contiene disposiciones acerca del modo en que deben practicarse las medidas de obtención de pruebas en cada Estado miembro, ni tampoco estipula cómo deben regularse a nivel nacional las medidas de investigación penal (excepto determinadas normas relativas a las pruebas electrónicas, como se verá luego). Por supuesto tampoco afecta a la libre valoración de las pruebas, que como era de esperar se deja en todo caso en manos de los tribunales nacionales.

## **1. Principios generales en materia de admisibilidad de la prueba**

Los criterios recogidos en la primera parte de la Propuesta ELI tratan de conjugar los dos principales intereses en juego: la salvaguarda de los derechos de las personas acusadas y la potenciación de la circulación de pruebas dentro de la Unión. Con este propósito, el artículo 4 de la Propuesta ELI establece como principio fundamental el de *locus regit actum*. Según el apartado primero de este artículo 4 PDELI, los Estados miembros garantizarán que las pruebas obtenidas de conformidad con las normas del Estado miembro de origen (*lex loci*) puedan utilizarse también en los procesos penales del Estado miembro del foro.

Naturalmente este principio no es nuevo, puesto que ya figura en la mayoría de los convenios internacionales de Asistencia Jurídica Mutua. Lo que la Propuesta ELI exige

es que el *locus regit actum* se cumpla efectivamente, de modo que el tribunal de primera instancia, junto con las autoridades de ejecución y la defensa, se aseguren siempre de que las pruebas se han obtenido de conformidad con la *lex loci*.

El cumplimiento de la *lex loci* tiene en la Propuesta ELI una función doble: por un lado, opera como requisito para la admisibilidad de las pruebas en el Estado del foro; por otro lado, sirve para garantizar que la diversidad de marcos jurídicos no representará un obstáculo para la admisión de las pruebas obtenidas en el extranjero. Este principio general tendría una única excepción, en los casos en los que el uso de las pruebas infringiese principios constitucionales fundamentales del Estado del foro, pese a haberse obtenido aquellas respetando la *lex loci* (cfr. el artículo 4.1 PDELI).

De este modo, la Propuesta ELI parte de la base de que el reconocimiento mutuo no equivale a la admisibilidad automática y sin control de toda prueba remitida desde el extranjero (el conocido como *principle of non-inquiry* o «principio de no indagación»), ni tampoco la exige por vía de principio. Si bien ello se ajustaría perfectamente al principio de reconocimiento mutuo (pues qué duda cabe de que un régimen de libre circulación total de las pruebas en un contexto de confianza mutua absoluta, sin trabas ni cortapisas de ningún tipo, sería la más consumada realización de ese principio), lo cierto es que en cambio no sería compatible, en el estado actual de cosas, con uno de los principios fundamentales sobre los que se asienta el Estado de Derecho, que es el del cumplimiento de la legalidad. Por otro lado, aunque sobre la base de la confianza mutua se permitiera a las autoridades públicas de los Estados miembros optar por prescindir de esa comprobación, a decir verdad no sería justo ni razonable exigir la misma confianza a la defensa.

Por lo tanto, el objetivo de la regulación contenida en la Propuesta ELI sería reforzar el principio de reconocimiento mutuo, pero solamente cuando las pruebas se hubiesen obtenido legalmente con arreglo a la *lex loci*. Y este mismo principio sería de aplicación también a las pruebas obtenidas en procedimientos administrativos.

Llegados a este punto, se plantea lógicamente el problema de identificar cuál es la *lex loci* en relación con las pruebas electrónicas, ya que en muchos casos se desconoce dónde se encuentran y, por lo tanto, cuál es el lugar de su obtención a efectos de determinar la norma que debe regir la misma. El artículo 2 de la Propuesta de Directiva ELI aclara esta cuestión definiendo la *lex loci* para estos supuestos como la del «lugar donde se tuvo acceso a las pruebas electrónicas», con independencia de la ubicación física de los soportes o del servidor en el que se encuentren almacenadas.

Para garantizar con mayor eficacia el respeto al principio de legalidad, como regla, el Estado miembro de ejecución no transferirá pruebas que se hayan obtenido con infracción de sus normas legales. Esas pruebas, sin embargo, como se explica en la

Exposición de Motivos de la Propuesta<sup>13</sup>, podrán transferirse excepcionalmente si la legislación del foro es menos estricta en cuanto a su admisibilidad.

El ejemplo que se cita es el de pruebas obtenidas por sujetos privados mediante grabaciones de conversaciones orales en las que ellos mismos han participado como interlocutores. Aunque en el Estado de ejecución no pudieran utilizarse, porque su legislación no lo autorice -por ejemplo, porque tiene unas normas muy estrictas en lo relativo a la admisión de prueba obtenida por particulares-, si ya consta ese material en el Estado requerido, deberá remitir esas pruebas en ejecución de una orden de investigación europea (OEI). El acusado no quedaría en peor situación que si tales pruebas se hubiesen obtenido conforme a las normas nacionales del foro, por lo que su derecho de defensa tampoco se vería menoscabado.

Después de establecer los principios generales que han de regir la admisibilidad de las pruebas transfronterizas, la Propuesta de Directiva ELI aborda el siempre espinoso tema de las reglas de exclusión de prueba. Los Estados miembros siempre se han opuesto a cualquier norma común en este sentido, argumentando que corresponde exclusivamente a los tribunales nacionales determinar, conforme a un juicio de ponderación, si debe excluirse la prueba ilícita o no en cada caso concreto, a la vista de la entidad de la ilicitud cometida en su obtención puesta en relación con la gravedad del delito objeto de la acusación. No hay que olvidar a este respecto que, en muchos de los Estados miembros, no existe actualmente un riguroso sistema de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida -como puede ser el prevenido en la Ley Orgánica del Poder Judicial española-, sino que con carácter general suele prevalecer el *balancing test*<sup>14</sup>.

Es por ello que la Propuesta ELI en su artículo 5 solo recoge como reglas de exclusión absoluta de prueba las así definidas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Son tres los supuestos: (a) pruebas obtenidas mediante tortura o trato inhumano o degradante; (b) pruebas obtenidas a través de la provocación del delito (*entrapment*); y (c) pruebas obtenidas en violación del principio *nemo tenetur seipsum accusare*, es decir, del derecho a no autoinculparse (*privilege against self-incrimination*).

De esta forma la Propuesta ELI evita interferir en la estructura de los sistemas nacionales de justicia penal y en los correspondientes regímenes internos de admisibilidad de pruebas, pero no renuncia a exigir que se respeten de forma efectiva los derechos fundamentales contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con el alcance que les otorga en la actualidad la jurisprudencia del TJUE y el TEDH.

---

<sup>13</sup> Vid. Exposición de Motivos PDELI, p. 19.

<sup>14</sup> Cfr. los trabajos reunidos en Thaman, S. C., *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Springer, 2013.

El artículo 6 de la Propuesta ELI establece una serie de normas de «inadmisibilidad relativa» de la prueba; en virtud de las cuales los Estados miembros deben «velar» para que no se admitan determinadas pruebas, pero donde al mismo tiempo se autoriza su admisión en determinadas circunstancias.

Aquí se incluyen, entre otras, las pruebas obtenidas con vulneración del secreto profesional del abogado (*attorney-client privilege*) o de la confidencialidad de las comunicaciones secretas de las personas acusadas con los ministros de las confesiones religiosas, o las declaraciones del detenido en sede policial sin presencia de abogado (doctrina *Salduz*<sup>15</sup>). Con esto, el artículo 6 PDELI pretende reforzar el respeto de derechos fundamentales que ya figuran en la mayoría -si no en todos- los códigos nacionales de enjuiciamiento penal de los Estados miembros de la Unión Europea.

## 2. Normas específicas sobre prueba electrónica

La segunda parte, como se explica en la exposición de motivos de la propuesta de ELI, tiene por objeto establecer normas particulares sobre la admisibilidad de las pruebas electrónicas. Estas normas se basan principalmente en estándares forenses internacionales que son ya de común aceptación en la práctica de los tribunales de los Estados miembros<sup>16</sup>.

El Artículo 7.1 PDELI incluye salvaguardias para asegurar la integridad, autenticidad y exhaustividad de las pruebas electrónicas, de tal manera que como regla solo podrán utilizarse si se garantiza que los datos se corresponden con el preciso estado en que se obtuvieron (principio de autenticidad). Con ello se busca evitar manipulaciones o alteraciones entre el momento de obtención de la prueba electrónica y el momento de su utilización en el proceso principal.

---

<sup>15</sup> STEDH (GS) de 27 de noviembre de 2008, asunto *Salduz c. Turquía*. En relación con esta sentencia -que provocó importantes cambios legales en algunos de los Estados miembros del Consejo de Europa e inspiró los trabajos de redacción de la Directiva 2013/48/UE- y la evolución posterior de la jurisprudencia de Estrasburgo sobre la cuestión, véase Martínez Santos, A., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante las restricciones del derecho a la asistencia letrada en los primeros momentos de la privación de libertad», *Revista española de derecho constitucional*, 118-2020, pp. 109-137.

<sup>16</sup> En la Exposición de Motivos de la Propuesta ELI se mencionan expresamente los estándares definidos en el documento *The Global Guidelines for Digital Forensics Laboratories* de Interpol de 2019 (disponible en: [https://www.interpol.int/en/content/download/13501/file/INTERPOL\\_DFL\\_GlobalGuidelinesDigitalForensicsLaboratory.pdf](https://www.interpol.int/en/content/download/13501/file/INTERPOL_DFL_GlobalGuidelinesDigitalForensicsLaboratory.pdf)); en el *Best Practice Manual for the Forensic Examination of Digital Technology* de la European Network of Forensic Science Institutes (ENFSI), que es de fecha de 2015 (disponible en: [https://enfsi.eu/wpcontent/uploads/2016/09/1\\_forensic\\_examination\\_of\\_digital\\_technology\\_0.pdf](https://enfsi.eu/wpcontent/uploads/2016/09/1_forensic_examination_of_digital_technology_0.pdf)); y en la norma ISO/IEC 27037:2012, Tecnología de la información. Técnicas de seguridad. Directrices para la identificación, recogida, adquisición y preservación de evidencias electrónicas, cuya última revisión es de 208 (disponible en: <https://www.iso.org/standard/44381.html>).

En definitiva, se exige expresamente que la utilización de pruebas electrónicas se someta siempre a la previa comprobación de su autenticidad e integridad.

Se contempla también la posibilidad de impugnar este tipo de pruebas y se garantiza que la defensa tenga acceso a todo el material, incluida la pericial informática, pudiendo cuestionar sus resultados así como la integridad de la cadena de custodia. Al mismo tiempo, se prevé que los Estados miembros puedan conferir a la defensa el derecho a solicitar la utilización de codificación predictiva o de tecnología de *machine learning* necesaria para el rastreo de datos en dispositivos de almacenaje, cuando el examen completo o la búsqueda por palabras clave no basten para una apreciación adecuada de la prueba (artículo 7.5 PDELI).

Mientras que, en relación con otro tipo de pruebas, la Propuesta ELI no prevé normas que promuevan la armonización legislativa, en el caso de la obtención de datos electrónicos el documento apuesta por lograr una mayor uniformidad. Ello obedecería principalmente al hecho de que, a nivel nacional, la regulación sobre la obtención de pruebas electrónicas todavía se encuentra en una fase incipiente. De hecho, en muchos ordenamientos jurídicos ni siquiera existe aún una normativa específica<sup>17</sup>.

De esta forma, se aspira a una normativa común en esta materia, para evitar tener que enfrentarse en el futuro a las dificultades de todo tipo que genera la diversidad legislativa entre los distintos Estados miembros en materia de medidas de investigación. Y puesto que, en lo que a este punto se refiere, los tribunales de los distintos Estados miembros ya se están guiando por los estándares forenses internacionales elaborados por los expertos de la informática, los autores de la Propuesta han considerado apropiado y razonable que esos estándares tengan también plasmación en normas a nivel europeo.

Si en este punto de desarrollo legislativo nacional la armonización es todavía posible, y no choca con principios constitucionales o tradiciones legales que lo impidan, no es de extrañar por lo tanto que la Propuesta ELI en su artículo 8 se decante por promover la armonización normativa, reforzando en paralelo la fiabilidad y la legalidad de las pruebas.

Así, por ejemplo, se prevé que, en la medida de lo posible, el acceso a los datos electrónicos se realice en presencia del acusado o del usuario del dispositivo o, en su defecto, de una tercera persona independiente. Algunos ordenamientos jurídicos, como es el caso de España, ya prevén la presencia de este tercero independiente -que en nuestro caso es el letrado de la Administración de Justicia-.

---

<sup>17</sup> Véase la Exposición de Motivos de la Propuesta ELI, p. 17.

Se añaden también garantías específicas para el supuesto de registro de ordenadores en despachos de abogados, en los cuales deberá estar presente el propio abogado y, como regla, también un tercero independiente --normalmente el presidente del Colegio de Abogados o persona en quien este delegue-, con el fin de velar por la necesaria protección de la confidencialidad entre abogado y cliente. La Propuesta ELI sigue aquí los criterios ya definidos con anterioridad en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo<sup>18</sup>.

En cuanto al acceso a los ordenadores o dispositivos de almacenamiento para obtener los datos electrónicos necesarios en la investigación del hecho delictivo, el artículo 9 PDELI prevé expresamente el empleo de la coacción física, con sujeción a dos importantes condicionantes. Así, si en un momento de la investigación se requiere una identificación biométrica para la ejecución de la medida (por ejemplo, huella dactilar, reconocimiento facial, escáner del iris para acceder a determinada información), cuando el usuario no preste libremente su colaboración, los agentes podrán procurarse el acceso al sistema de que se trate colocando directamente la huella del sujeto en el escáner o sujetando su cabeza para que se active el sistema de identificación. La Propuesta ELI considera que esa intervención, que tiene un evidente carácter coercitivo, es admisible siempre y cuando respete el principio de proporcionalidad y se someta a autorización judicial previa.

Por último, en el capítulo cuarto la Propuesta ELI establece la necesidad de prever mecanismos de reacción efectivos en la vía judicial (*effective remedies*) contra el uso de pruebas obtenidas infringiendo las normas establecidas en la propia Propuesta (artículo 10 PDELI). Al mismo tiempo, aclara también cuáles deben ser las consecuencias de declarar inadmisibles las pruebas transfronterizas. En este sentido, el artículo 11 PDELI no impone un sistema de exclusión rígido -salvo en los supuestos de inadmisibilidad absoluta a los que se ha aludido antes-, dejando en consecuencia cierto margen a los Estados miembros a la hora de determinar el alcance de la inadmisibilidad de una prueba.

### III. CONCLUSIONES

La Unión Europea es consciente desde hace tiempo de la necesidad de adoptar normas o principios comunes sobre la admisibilidad de las pruebas penales obtenidas en Estados miembros distintos del Estado del foro. Esa consciencia queda acreditada no

---

<sup>18</sup> Al respecto *vid.* Bachmaier Winter, L., «*Lawyer-client privilege* en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en: *Investigación penal, secreto profesional del abogado, empresa, y nuevas tecnologías. Retos y soluciones jurisprudenciales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 21-79.

solo por la mención expresa de esta materia en el artículo 82.2 del TFUE, sino también por los continuos llamamientos a los Estados miembros para que abran una negociación encaminada a que se acabe adoptando una normativa europea al respecto. En instancias europeas no existe duda alguna ahora mismo acerca de la necesidad y la urgencia de regular esta materia por medio de una Directiva, tal como previó el Tratado de Funcionamiento de la Unión.

Actualmente se calcula que, en más de la mitad de los procesos penales, se hace uso de prueba electrónica de algún tipo. Esta relevancia creciente de las pruebas electrónicas en la justicia penal exige actuar sin mayor dilación, especialmente habida cuenta del carácter eminentemente transfronterizo de muchos de los datos electrónicos. El recién aprobado Reglamento (UE) 2023/1543, sobre las órdenes de producción y conservación de pruebas electrónicas<sup>19</sup>, no hace sino robustecer las razones que aconsejan elaborar en breve plazo una regulación europea sobre el tratamiento de la prueba penal transfronteriza<sup>20</sup>.

En estos momentos urge dotar de una mayor seguridad jurídica a la admisión de prueba transfronteriza en el proceso penal y definir en qué casos y en qué condiciones las pruebas electrónicas obtenidas en otros Estados miembros de la Unión Europea podrán o deberán ser finalmente admitidas o rechazadas como prueba en el Estado miembro del foro. La incertidumbre actual afecta por igual a la acusación y a la defensa, pero para esta última es particularmente gravosa, ya que en muchos casos le resulta imposible comprobar cómo se extrajeron las pruebas electrónicas de un dispositivo, cómo se almacenaron, qué palabras clave o selectores se utilizaron durante la búsqueda en un ordenador o cuáles fueron los medios utilizados para transferir dichos datos al tribunal del foro; extremos todos ellos que revisten una importancia clave a la hora de cuestionar la fiabilidad de la prueba electrónica.

---

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> La bibliografía sobre la propuesta de Reglamento es abundante. Véanse entre otros Fuentes Soriano, O. «Europa ante el reto de la prueba digital. El establecimiento de instrumentos probatorios comunes: las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas», en: *Era digital, sociedad y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 281-319; Gómez Amigo, L., «Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas penales electrónicas: una regulación que se aproxima», *REDE. Revista Española de Derecho Europeo*, 71-2019, pp. 23-55; Cuadrado Salinas, C., «La efectividad de las pruebas penales obtenidas en el marco de la futura normativa europea relativa a la obtención y conservación de pruebas electrónicas», *Revista General de Derecho Procesal*, 55-2021; Laro González, M. E., «Prueba penal transfronteriza: de la orden europea de investigación a las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas», *Revista de estudios europeos*, 79-2022, pp. 285-303; y Hoyos Sancho, M. de, «Novedades en materia de obtención transfronteriza de información electrónica necesaria para la investigación y enjuiciamiento penal en el ámbito europeo», *Revista de Estudios Europeos*, 1-2023, pp. 99-128.

La situación actual es manifiestamente incompatible con un verdadero espacio común de libertad, seguridad y justicia: no permite la libre circulación de las pruebas, pero tampoco favorece la seguridad, afectando negativamente tanto a la lucha eficaz contra la delincuencia transfronteriza como a las garantías del acusado, que con frecuencia se enfrenta a pruebas cuyo posible carácter ilícito muchas veces desconoce, bien porque no tiene la posibilidad de impugnarlas, bien porque se admiten ciegamente sobre la base del principio de no indagación, o bien porque no dispone de medios para averiguar cómo se obtuvieron en el extranjero.

En cierto modo, la Propuesta ELI es un intento de poner de manifiesto que no tiene mucho sentido seguir alimentando el debate interminable acerca de la conveniencia de que existan normas europeas sobre la admisibilidad de las pruebas penales, y que se impone la tarea de impulsar cuanto antes una iniciativa legislativa europea en este sentido.

En el momento de escribirse estas líneas no se sabe todavía si el texto propuesto por el ELI será asumido finalmente por la Comisión europea para articular una Propuesta institucional oficial de Directiva. Sea como fuere, de lo que no cabe duda es de que el documento plantea soluciones interesantes que merecen ser discutidas y tenidas en consideración. Ojalá esa discusión, tan necesaria hoy, llegue a fructificar en la adopción de una nueva norma europea en un futuro no muy lejano.

#### IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Allegrezza, S., «Critical Remarks on the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZSTW)*, vol. 9-2010, p. 573.

Arangüena Fanego, C., «Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 58-2017, pp. 905 a 939.

Bachmaier Winter, L., «La orden Europea de Investigación y el principio de proporcionalidad», *Revista General de Derecho Europeo*, 25-2011.

Bachmaier Winter, L., «Prueba transnacional en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación», *Revista General de Derecho Europeo*, 36-2015.

Bachmaier Winter, L., «Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law», *Utrecht Law Review*, vol 9(4), 2013, pp. 126-148.

Bachmaier Winter, L., «Transnational Evidence: Towards the Transposition of the Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters», *eucrim*, 2-2015, pp. 47-59.

Bachmaier Winter, L., «Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in the EU: A new try for European minimum rules in criminal proceedings?», *eucri*, 2023 (en prensa).

Bachmaier Winter, L., «*Lawyer-client privilege* en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en: *Investigación penal, secreto profesional del abogado, empresa, y nuevas tecnologías. Retos y soluciones jurisprudenciales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 21-79.

Claverie-Rousset, C., «The admissibility of evidence in criminal proceedings between European Union Member States», *European Criminal Law Review (EuCLR)*, 3(2), 2013, pp. 152-169. Disponible en: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5235/219174413808445900.pdf> (último acceso: 31 de julio de 2023).

Cuadrado Salinas, C., «La efectividad de las pruebas penales obtenidas en el marco de la futura normativa europea relativa a la obtención y conservación de pruebas electrónicas», *Revista General de Derecho Procesal*, 55-2021.

Fuentes Soriano, O. «Europa ante el reto de la prueba digital. El establecimiento de instrumentos probatorios comunes: las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas», en: *Era digital, sociedad y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 281-319.

Gómez Amigo, L., «Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas penales electrónicas: una regulación que se aproxima», *REDE. Revista Española de Derecho Europeo*, 71-2019, pp. 23-55.

González Cano, M. I. (dir.), *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Hoyos Sancho M. de, «Orden Europea de Investigación: avanzando hacia la integración en materia procesal penal», en: *Claves de la justicia penal: feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 343-370.

Hoyos Sancho, M. de, «Novedades en materia de obtención transfronteriza de información electrónica necesaria para la investigación y enjuiciamiento penal en el ámbito europeo», *Revista de Estudios Europeos*, 1-2023, pp. 99-128.

Jiménez-Villarejo Fernández, F., «Orden Europea de Investigación: ¿adiós a las comisiones rogatorias?», en: *Cooperación judicial Civil y Penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Comares, Granada 2011, pp. 175 a 203.

Jimeno Bulnes, M., «Orden europea de investigación en materia penal», en: *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo*, JM Bosch, Barcelona, 2016, pp. 156 a 163.

Laro González, M. E., *La orden europea de investigación en el espacio europeo de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Laro González, M. E., «Prueba penal transfronteriza: de la orden europea de investigación a las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas», *Revista de estudios europeos*, 79-2022, pp. 285-303.

Ligeti, K., Garamvölgyi, B., Ondrejova, A., Gräfin Von Galen, M., «Admissibility of evidence in criminal proceedings in the EU», *eu crim*, 3-2020, pp. 201-208.

Martín García, A. L. y Bujosa Vadell, L., *La obtención de prueba en materia penal en la Unión Europea*, Atelier, Barcelona, 2016.

Martínez García, E., *La Orden Europea de Investigación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Martínez Santos, A., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante las restricciones del derecho a la asistencia letrada en los primeros momentos de la privación de libertad», *Revista española de derecho constitucional*, 118-2020, pp. 109-137.

Rodríguez-Medel Nieto, C., *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

Ruggeri, S., «Introduction to the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns and Open Issues», en: *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, pp. 29-35.

Thaman, S. C., *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Springer, 2013.

Van Hoek, A. y Luchtman, M., «Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Safeguarding of Human Rights», *Utrecht Law Review*, 1(2), 2005, pp. 1-39.