



Bruselas, 5.2.2019
COM(2019) 71 final

Recomendación de

DECISIÓN DEL CONSEJO

por la que se autoriza la participación en las negociaciones sobre un Segundo Protocolo adicional al Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia (STE n.º 185)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. CONTEXTO

La evolución de las tecnologías de la información y la comunicación brinda oportunidades sin precedentes para la humanidad, pero también plantea retos, en particular en el ámbito de la justicia penal y, por tanto, para el Estado de Derecho en el ciberespacio. Al tiempo que se recrudecen la ciberdelincuencia y otros delitos que implican pruebas electrónicas en los sistemas informáticos y que las pruebas relacionadas con tales delitos se almacenan cada vez más en servidores situados en jurisdicciones extranjeras, múltiples, cambiantes o desconocidas, es decir, en la nube, las competencias coercitivas siguen estando limitadas por fronteras territoriales.

En abril de 2015, la Comisión Europea se comprometió, en la Agenda Europea de Seguridad¹, a revisar los obstáculos a las investigaciones penales sobre la ciberdelincuencia, en particular el acceso transfronterizo a las pruebas electrónicas. El 17 de abril de 2018, la Comisión propuso al Consejo y al Parlamento Europeo un Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal² y una Directiva por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales (en lo sucesivo, las «propuestas sobre las pruebas electrónicas»)³. El objetivo de estas propuestas es acelerar en la Unión Europea el proceso tendente a la obtención y protección de las pruebas electrónicas que son almacenadas u obran en poder de los proveedores de servicios establecidos en otra jurisdicción.

Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia

El Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia (STE n.º 185) tiene por objeto facilitar la lucha contra la delincuencia que hace uso de las redes informáticas. Contiene disposiciones que 1) armonizan elementos del Derecho penal sustantivo nacional y disposiciones conexas en el ámbito de la ciberdelincuencia, 2) prevén las competencias nacionales en materia de Derecho procesal penal necesarias para la investigación y los procedimientos relativos a estos delitos, así como otros delitos cometidos sirviéndose de un sistema informático, o para la obtención de pruebas electrónicas, y 3) tienen como objetivo implantar un régimen rápido y eficaz de cooperación internacional. El Convenio está abierto tanto a los Estados miembros del Consejo de Europa como a los que no lo son. Actualmente son Partes en el Convenio 62 países, incluidos 26 Estados miembros de la Unión Europea⁴. Aunque el Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia no contempla la posibilidad de que la Unión Europea se adhiera al Convenio, esta es reconocida como organización observadora en el Comité del Convenio (T-CY). Sobre esa base, la Unión Europea participa en las reuniones del Comité del Convenio.

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Agenda Europea de Seguridad, de 28 de abril de 2015 [COM(2015) 185 final].

² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, 17 de abril de 2018 [COM(2018) 225 final].

³ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales, 17 de abril de 2018 [COM(2018) 226 final].

⁴ Todos excepto Irlanda y Suecia, que aunque han firmado pero no ratificado el Convenio, se han comprometido a avanzar en la adhesión.

El artículo 46, apartado 1, letra c), del Convenio dispone que las Partes se consultarán periódicamente, según sea necesario, con el fin de facilitar el estudio de la posibilidad de ampliar o enmendar el Convenio. Las Partes en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia vienen considerando desde hace algún tiempo los desafíos y los escollos existentes al acceso por parte de las autoridades judiciales y policiales nacionales a las pruebas electrónicas de los delitos objeto de investigación penal en forma de datos informatizados (de 2012 a 2014, mediante un grupo de trabajo sobre el acceso transfronterizo a los datos y de 2015 a 2017 mediante el Grupo sobre pruebas en la nube).

Negociaciones para un Segundo Protocolo adicional al Convenio

Tras las propuestas del Grupo sobre pruebas en la nube⁵, el Comité del Convenio sobre la Ciberdelincuencia (T-CY) adoptó una serie de recomendaciones, una de ellas acerca de la negociación de un Segundo Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia⁶ relativo a una cooperación internacional reforzada (en lo sucesivo, el «Segundo Protocolo adicional»). En junio de 2017, el Comité del Convenio sobre la Ciberdelincuencia aprobó el mandato para la preparación del Segundo Protocolo adicional durante el período comprendido entre septiembre de 2017 y diciembre de 2019.

De conformidad con lo dispuesto en el mandato de negociación, el Segundo Protocolo adicional puede incluir los siguientes elementos:

- disposiciones para hacer más eficaz la asistencia jurídica mutua, en particular:
 - un régimen simplificado para las solicitudes de asistencia jurídica mutua relativa a la información sobre los abonados;
 - las órdenes de entrega internacionales;
 - la cooperación directa entre las autoridades judiciales en las solicitudes de asistencia jurídica mutua;
 - las investigaciones conjuntas y equipos conjuntos de investigación;
 - las solicitudes en inglés;
 - las audiencias audio y vídeo de testigos, víctimas y expertos;
 - los procedimientos de urgencia para las solicitudes de asistencia jurídica mutua;
- disposiciones que permitan la cooperación directa con los proveedores de servicios en otras jurisdicciones con respecto a las solicitudes de información sobre los abonados, las solicitudes de conservación y los procedimientos de urgencia para la tramitación de las solicitudes;
- un marco más claro y salvaguardas más sólidas de las prácticas existentes de acceso transfronterizo a los datos;
- salvaguardas, incluidos los requisitos de protección de datos.

⁵ Informe final del Grupo T-CY sobre pruebas en la nube titulado «Acceso de la justicia penal a la pruebas electrónicas en la nube: recomendaciones para su examen por el T-CY», de 16 de septiembre de 2016.

⁶ El Primer Protocolo adicional (STE n.º 189) al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos quedó abierto a la firma por los Estados, que firmaron el Convenio en 2003. Son Partes en el Primer Protocolo adicional 31 países, entre ellos 17 Estados miembros de la UE.

Las negociaciones de las diferentes disposiciones del Segundo Protocolo adicional avanzan a ritmos diferentes. La situación actual en los grupos de trabajo sobre los cuatro grandes bloques de trabajo descritos en el mandato de negociación es la siguiente:

- Las disposiciones sobre las «Lenguas en las que deben formularse las solicitudes» y los «Procedimientos de urgencia para las solicitudes de asistencia jurídica mutua» fueron aprobadas, con carácter preliminar, en la reunión plenaria de redacción del Protocolo de julio de 2018.
- Las disposiciones sobre las «Videoconferencias» fueron aprobadas, con carácter preliminar, en la reunión plenaria de redacción del Protocolo de noviembre de 2018.
- La reunión plenaria de redacción del Protocolo de noviembre de 2018 brindó la posibilidad de entablar también discusiones detalladas (disposiciones relativas a la «Jurisdicción» y el «Modelo de aprobación») y actualizaciones («Cooperación directa con los proveedores», «Órdenes internacionales de entrega», «Ampliación de las búsquedas/acceso sobre la base de credenciales», «Investigaciones conjuntas y equipos conjuntos de investigación» y «Técnicas de investigación»).
- En otros asuntos (salvaguardas, incluidos los requisitos de protección de datos) aún no se ha avanzado lo suficiente.

2. OBJETIVOS DE LA PROPUESTA

La presente Recomendación se presenta al Consejo con el fin de recabar su autorización para participar en las negociaciones en nombre de la Unión Europea y de sus Estados miembros sobre un Segundo Protocolo adicional, adoptar las directrices de negociación y designar a la Comisión como negociadora con arreglo a lo dispuesto en el proyecto de directrices de negociación adjunto, de conformidad con el artículo 218 del TFUE.

El artículo 3, apartado 2, del TFUE, establece que la Unión dispone de competencia exclusiva «para la celebración de un acuerdo internacional [...] en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas». Un acuerdo internacional puede afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas cuando el ámbito del acuerdo se solapa con el de la legislación de la Unión o está regulado en gran medida por el Derecho de la Unión.

La Unión Europea ha adoptado normas comunes, sobre la base del artículo 82, apartado 1, y del artículo 16 del TFUE, relativas a elementos que están siendo considerados con miras al Segundo Protocolo adicional. El actual marco jurídico de la Unión Europea incluye en particular instrumentos de ejecución forzosa y cooperación judicial en materia penal, como la Directiva 2014/41/UE relativa a la orden europea de investigación en materia penal⁷, el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea⁸, el Reglamento 2018/1727 sobre Eurojust⁹, el Reglamento (UE) 2016/794 sobre Europol¹⁰, la Decisión marco 2002/465/JAI del Consejo sobre equipos conjuntos de

⁷ Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DO L 130 de 1.5.2014, p. 1).

⁸ Acto del Consejo, de 29 de mayo de 2000, por el que se celebra, de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (DO C 197 de 12.7.2000, p. 1).

⁹ Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) y por el que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo.

¹⁰ Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y por el que se sustituyen y

investigación¹¹, y la Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales¹². Por otra parte, la Unión Europea ha adoptado una serie de directivas que refuerzan los derechos procesales de sospechosos y acusados¹³.

En el exterior, la Unión Europea ha celebrado una serie de acuerdos bilaterales con terceros países, como los acuerdos de asistencia judicial entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América¹⁴ y entre la Unión Europea y Japón¹⁵.

La protección de los datos personales es un derecho fundamental consagrado en los Tratados de la UE y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y estos datos solo pueden tratarse de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento general de protección de datos)¹⁶ y la Directiva (UE) 2016/680 (Directiva sobre protección de datos policiales)¹⁷. El derecho fundamental de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones está consagrado asimismo en la Carta de los Derechos Fundamentales, e incluye como elemento esencial el respeto de la privacidad de las comunicaciones personales. Los datos de las comunicaciones electrónicas únicamente pueden

derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo (DO L 135 de 24.5.2016, p.º 53).

¹¹ Decisión marco 2002/465/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación (DO L 162 de 20.6.2002, p. 1).

¹² Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales (DO L 328 de 15.12.2009, p. 42).

¹³ Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (DO L 280 de 26.10.2010, p. 1); Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (DO L 142 de 1.6.2012, p. 1); Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (DO L 294 de 6.11.2013, p. 1); Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención (DO L 297 de 4.11.2016, p. 1); Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales (DO L 132 de 21.5.2016, p. 1); Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio (DO L 65 de 11.3.2016, p. 1); Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

¹⁴ Decisión 2009/820/PESC del Consejo, de 23 de octubre de 2009, sobre la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América y del Acuerdo de Asistencia Judicial en materia penal entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América (DO L 291 de 7.11.2009, p. 40).

¹⁵ Acuerdo entre la Unión Europea y Japón sobre cooperación judicial en materia penal (DO L 39 de 12.2.2010, p. 20).

¹⁶ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

¹⁷ Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

ser tratados de conformidad con la Directiva 2002/58/CE (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas)¹⁸.

Por otra parte, para evaluar si un ámbito está regulado en gran medida por normas comunes, ha de tenerse en cuenta no solo el Derecho de la Unión en su estado actual, sino también su evolución en el futuro, en la medida en que sea previsible en el momento de dicho análisis. El ámbito cubierto por el Segundo Protocolo adicional es de relevancia directa para la previsible evolución en el futuro de las correspondientes normas comunes. A este respecto, también son relevantes las propuestas de la Comisión de abril de 2018 sobre el acceso transfronterizo a las pruebas electrónicas¹⁹.

El ámbito de aplicación de las propuestas incluye tipos específicos de proveedores de servicios que prestan servicios en la Unión Europea. Se entiende que un proveedor presta servicios en la Unión Europea cuando permite a usuarios en uno o varios Estados miembros utilizar sus servicios y cuando tiene un vínculo sustancial con la Unión, por ejemplo por tener un establecimiento en un Estado miembro o prestar servicios a un gran número de usuarios en dicho Estado miembro. Los proveedores que no tengan presencia en la Unión Europea deben designar a un representante legal como responsable de las órdenes de entrega.

Según las conclusiones del Consejo Europeo de 18 de octubre «Deben hallarse soluciones para garantizar el acceso transfronterizo rápido y efectivo a las pruebas electrónicas, con objeto de combatir eficazmente el terrorismo y otras formas de delincuencia grave y organizada, tanto en la UE como a escala internacional; debe alcanzarse un acuerdo, a más tardar al final de la legislatura, sobre las propuestas de la Comisión relativas a las pruebas electrónicas y al acceso a la información financiera, así como a la mejora de la lucha contra el blanqueo de capitales. La Comisión debe presentar asimismo con urgencia mandatos de negociación para las negociaciones internacionales sobre las pruebas electrónicas».

Las propuestas sobre las pruebas electrónicas de la Comisión constituyen la base para un enfoque coordinado y coherente tanto dentro de la Unión Europea como de cara a su posición a escala internacional, con el debido respeto de las normas de la Unión Europea, en particular las que consagran la no discriminación entre los Estados miembros de la Unión Europea y entre sus nacionales respectivos. Aunque en su evaluación de impacto de las propuestas sobre las pruebas electrónicas la Comisión ya había señalado que estas podrían complementarse de manera útil con acuerdos bilaterales o multilaterales sobre el acceso transfronterizo a las pruebas electrónicas con las salvaguardas correspondientes, decidió proponer normas de la

¹⁸ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DO L 201 de 31.7.2002, p. 37), modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores.

¹⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, 17 de abril de 2018 [COM(2018) 225 final]; Propuesta de Directiva por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales, 17 de abril de 2018 [COM(2018) 226 final].

UE relativas a las modalidades y salvaguardas apropiadas para el acceso transfronterizo a las pruebas electrónicas, antes de entablar negociaciones internacionales con terceras partes²⁰.

A nivel internacional, la Comisión ha seguido participando en calidad de observadora en los debates relacionados en el marco del Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia²¹. El acceso transfronterizo a las pruebas electrónicas ha sido un punto recurrente en las recientes reuniones ministeriales de Justicia y Asuntos de Interior entre la UE y los EE. UU.

Las dos recomendaciones (participar en las negociaciones del Segundo Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia y entablar negociaciones con los Estados Unidos de América) van a ser adoptadas por la Comisión al mismo tiempo. Aunque ambos procesos progresan a distinto ritmo, abordan cuestiones interrelacionadas, y los compromisos asumidos en una negociación podrían tener un impacto directo sobre otros capítulos de las negociaciones.

Si bien las propuestas sobre las pruebas electrónicas abordan la situación de tipos específicos de proveedores de servicios que prestan servicios en el mercado de la UE, existe el riesgo de que se impongan obligaciones contradictorias con las legislaciones de terceros países. A fin de abordar estos conflictos legales, y en consonancia con el principio de cortesía internacional, las propuestas sobre las pruebas electrónicas incluyen disposiciones relativas a mecanismos específicos en caso de que un proveedor de servicios se vea confrontado con obligaciones contradictorias que se derivan de la legislación de un tercer país cuando se solicitan pruebas. Estos mecanismos incluyen un procedimiento de revisión para aclarar tales situaciones. El Segundo Protocolo adicional al Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia debe aspirar a evitar las obligaciones contradictorias entre las Partes en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia.

Por consiguiente, cabe considerar que la conclusión del Segundo Protocolo adicional puede afectar a normas comunes o alterar su ámbito de aplicación.

En consecuencia, la Unión dispone de competencia exclusiva para la negociación del Segundo Protocolo adicional que complementa el Convenio sobre la Ciberdelincuencia (en virtud del artículo 3, apartado 2, del TFUE).

El objeto del Segundo Protocolo adicional entraría en el ámbito de aplicación de las competencias y políticas de la UE, en particular en el ámbito de los instrumentos sobre cooperación judicial en materia penal (artículo 82, apartado 1, del TFUE) y la protección de datos (artículo 16 del TFUE), y, siendo como son una cuestión del Derecho de la Unión, las negociaciones no pueden llevarse a cabo sin la participación de la UE. Además, la Comisión tiene una función de representación de la Unión Europea en general en virtud del artículo 17, apartado 1, del TUE. En vista de lo anterior, la Comisión debe ser designada por el Consejo como negociadora para el Segundo Protocolo adicional que complementa el Convenio sobre la Ciberdelincuencia (STE n.º 185).

3. DISPOSICIONES RELEVANTES EN LA MISMA POLÍTICA SECTORIAL

Las negociaciones deben garantizar que las disposiciones que se acuerden sean compatibles con el Derecho de la UE y con las obligaciones de los Estados miembros derivadas del

²⁰ Mientras siguen su curso las negociaciones con el Parlamento Europeo y el Consejo, el Consejo acordó una orientación general sobre la propuesta de la Comisión relativa a un Reglamento en el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 7 de diciembre de 2018.

²¹ Convenio de Budapest del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia (STE n.º 185), 23 de noviembre de 2001, <http://conventions.coe.int>.

mismo, teniendo también en cuenta su desarrollo en el futuro. Además, también será necesario garantizar que el Segundo Protocolo adicional incluya una cláusula de desconexión que permita a los Estados miembros de la Unión Europea que sean Partes en el Segundo Protocolo adicional regular las relaciones entre sí sobre la base del Derecho de la Unión. En concreto, el funcionamiento de las propuestas sobre las pruebas electrónicas de la Comisión Europea, en particular a medida que estas evolucionan en las negociaciones de los colegisladores en el marco del procedimiento legislativo y finalmente en su forma definitiva (una vez adoptada), debe preservarse entre los Estados miembros de la Unión Europea.

El Segundo Protocolo adicional debe incluir las salvaguardas necesarias de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y las comunicaciones reconocido en el artículo 7 de la Carta, el derecho a la protección de los datos de carácter personal reconocido en el artículo 8 de la Carta, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial reconocido en el artículo 47 de la Carta, la presunción de inocencia y el derecho de la defensa reconocidos en el artículo 48 de la Carta y los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas reconocidos en el artículo 49 de la Carta. El Segundo Protocolo adicional ha de aplicarse de conformidad con estos derechos y principios.

El Protocolo debe incluir salvaguardas apropiadas en materia de protección de datos y privacidad para la recogida, transferencia y ulterior utilización de los datos personales y de las comunicaciones electrónicas, con el fin de garantizar el pleno cumplimiento por parte de los proveedores de servicios de la UE con las obligaciones que les incumben en virtud de la legislación de la UE en materia de protección de datos y privacidad, en la medida en que un acuerdo internacional de estas características puede proporcionar una base jurídica para la transferencia de datos en respuesta a órdenes de entrega o de solicitudes formuladas por una autoridad de una Parte en el Protocolo Adicional que no sea un Estado miembro de la UE para que un responsable o un encargado del tratamiento revele datos personales y datos de comunicaciones electrónicas. Estas salvaguardas deben garantizar por tanto la protección de los derechos y las libertades fundamentales de los ciudadanos de la UE, incluido el derecho a la vida privada y la protección de los datos personales cuando se comuniquen datos personales o comunicaciones electrónicas a las autoridades con funciones coercitivas de países no pertenecientes a la UE.

En vista de la ausencia de disposiciones que permitan a las autoridades acceder a los datos sin la ayuda de un intermediario («acceso directo») en las propuestas sobre las pruebas electrónicas de la Comisión Europea, la utilización de estas medidas solo puede basarse en el Derecho nacional. Aunque el Segundo Protocolo adicional podría incluir disposiciones en relación con la «Ampliación de las búsquedas/acceso sobre la base de credenciales» y las «Técnicas de investigación», el principal objetivo debe ser desarrollar salvaguardas más sólidas para tal acceso transfronterizo directo a los datos a fin de garantizar la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos de la UE, incluido el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales.

La conclusión del Segundo Protocolo adicional debe permitir la celebración de tratados o acuerdos bilaterales entre las Partes en el Protocolo y entre las Partes en el Protocolo y la Unión Europea que regulen sus relaciones. A tal fin, debe insertarse una cláusula que contemple que si dos o más Partes en el Convenio ya han celebrado un acuerdo o un tratado sobre las cuestiones abordadas en el Convenio o vayan a hacerlo en el futuro, podrán aplicar dicho acuerdo o tratado o regular dichas relaciones en consecuencia, siempre que se haga de forma coherente con los objetivos y principios del Convenio. En las relaciones bilaterales entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea, el Acuerdo entre la Unión Europea

y los Estados Unidos sobre el acceso transfronterizo a las pruebas electrónicas para la cooperación judicial en cuestiones penales debe prevalecer sobre cualquier acuerdo o arreglo alcanzado en las negociaciones del Segundo Protocolo adicional, en la medida en que regule las mismas cuestiones.

DECISIÓN DEL CONSEJO

por la que se autoriza la participación en las negociaciones sobre un Segundo Protocolo adicional al Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia (STE n.º 185)

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en particular su artículo 218, apartados 3 y 4,

Vista la Recomendación de la Comisión Europea,

Considerando lo siguiente:

- (1) El 9 de junio de 2017, el Comité de Partes en el Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia (STE n.º 185) (T-CY) adoptó una decisión por la que se adopta el mandato para la preparación de un Segundo Protocolo adicional al Convenio.
- (2) El mandato para el Segundo Protocolo adicional incluye los siguientes elementos de reflexión: disposiciones para hacer más eficaz la asistencia jurídica mutua (un régimen simplificado para las solicitudes de asistencia jurídica mutua relativa a la información sobre los abonados; órdenes de entrega internacionales; cooperación directa entre las autoridades judiciales en las solicitudes de asistencia jurídica mutua; investigaciones conjuntas y equipos conjuntos de investigación; solicitudes en inglés; audiencias audio y vídeo de testigos, víctimas y expertos; procedimientos de urgencia para las solicitudes de asistencia mutua); disposiciones que permitan la cooperación directa con los proveedores de servicios en otras jurisdicciones con respecto a las solicitudes de información sobre los abonados, las solicitudes de conservación y los procedimientos de urgencia para la tramitación de las solicitudes; un marco más claro y salvaguardas más sólidas de las prácticas existentes de acceso transfronterizo a los datos; y salvaguardas, incluidos los requisitos de protección de datos.
- (3) La Unión ha adoptado normas comunes que se solapan en gran medida con los elementos que se están considerando para el Segundo Protocolo adicional. Se trata en particular de un conjunto completo de instrumentos con el fin de facilitar la cooperación judicial en materia penal²² y garantizar unos estándares mínimos en

²² Acto del Consejo, de 29 de mayo de 2000, por el que se celebra el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (DO C 197 de 12.7.2000, p. 1); Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) y por el que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo (DO L 295 de 21.11.2018); Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo (DO L 135 de 24.5.2016, p. 53); Decisión marco 2002/465/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación (DO L 162 de 20.6.2002, p. 1); Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales (DO L 328 de 15.12.2009, p. 42); y Directiva 2014/41/UE relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DO L 130 de 1.5.2014, p. 1).

materia de derechos procesales²³, así como salvaguardas en materia de protección de datos y respeto de la vida privada²⁴.

- (4) La Comisión presentó igualmente propuestas legislativas relativas a un Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, y una Directiva por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales, que introduce órdenes europeas de entrega y conservación vinculantes y transfronterizas que pueden dirigirse directamente a un representante de un proveedor de servicios en otro Estado miembro²⁵.
- (5) Por lo tanto, el Segundo Protocolo adicional puede afectar a normas comunes de la Unión o alterar su ámbito de aplicación.
- (6) El artículo 82, apartado 1, y el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión especifican las competencias de la Unión en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, así como en materia de protección de datos y respeto de la vida privada. A fin de proteger la integridad del Derecho de la Unión y de velar por que las normas del Derecho internacional y del Derecho de la Unión sigan siendo coherentes, es preciso que la Unión participe en las negociaciones sobre el Segundo Protocolo adicional.
- (7) El Segundo Protocolo adicional debe incluir las garantías necesarias de los derechos y las libertades fundamentales, en particular el derecho a la protección de los datos personales y de la privacidad, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y las comunicaciones reconocido en el artículo 7 de la Carta, el derecho a la protección de los datos de carácter personal reconocido en el artículo 8 de la Carta, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial reconocido en el artículo 47 de la Carta, la presunción de inocencia y el derecho de la defensa reconocidos en el artículo 48 de la Carta y los principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas reconocidos en el artículo 49 de la Carta. El Segundo Protocolo adicional ha de aplicarse de conformidad con estos derechos y principios.

²³ Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (DO L 280 de 26.10.2010, p. 1); Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (DO L 142 de 1.6.2012, p. 1); Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (DO L 294 de 6.11.2013, p. 1); Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención (DO L 297 de 4.11.2016, p. 1); y Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales (DO L 132 de 21.5.2016, p. 1).

²⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE; Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

²⁵ COM(2018) 225 final y COM(2018) 226 final.

- (8) El Supervisor Europeo de Protección de Datos, al que se consultó de conformidad con el artículo 42, apartado 1, del Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo²⁶, emitió su dictamen el ...²⁷,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

Se autoriza a la Comisión a negociar, en nombre de la Unión, el Segundo Protocolo adicional al Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia (STE n.º 185).

Artículo 2

Las directrices de negociación figuran en el anexo.

Artículo 3

Las negociaciones se llevarán a cabo en consulta con un comité especial que deberá designar el Consejo.

Artículo 4

El destinatario de la presente Decisión es la Comisión.

Hecho en Bruselas, el

*Por el Consejo
El Presidente*

²⁶ Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 45/2001 y la Decisión n.º 1247/2002/CE (DO L 295 de 21.11.2018, p. 39).

²⁷ DO C ...