



Bruselas, 28 de mayo de 2018
(OR. en)

9418/18

Expedientes interinstitucionales:
2018/0107 (COD)
2018/0108 (COD)

JAI 516
COPEN 166
CYBER 117
DROIPEN 76
JAIEX 56
ENFOPOL 284
DAPIX 158
EJUSTICE 62
MI 399
CODEC 873

NOTA

De: Presidencia
A: Consejo

Asunto: Prueba electrónica
a) Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas
b) Directiva sobre los representantes legales para recabar pruebas
= Debate de orientación

I. Introducción

1. El 17 de abril de 2018 la Comisión adoptó dos propuestas legislativas: una *propuesta de Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal*¹ y una *propuesta de Directiva por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales*². Ambas van encaminadas a mejorar el acceso transfronterizo a las pruebas electrónicas mediante la creación de un marco jurídico para las órdenes judiciales dirigidas directamente a los representantes legales de los proveedores de servicios sin la intervención de una autoridad del Estado miembro en el que está ubicado su representante legal.

¹ Doc.8110/18.

² Doc.8115/18.

2. Los primeros debates de expertos y un debate del CATS mostraron una serie de cuestiones de importancia política que la Presidencia desea someter al Consejo (JAI) del 4 de junio a fin de obtener una orientación política no solo sobre la dirección que se ha de seguir en las futuras negociaciones acerca de las propuestas, sino también respecto de las relaciones exteriores de la UE con interlocutores fundamentales, como los EE.UU., sobre este tema.

II. Ámbito de aplicación de las propuestas legislativas de la Comisión

3. Si bien recibieron positivamente las propuestas, una serie de delegaciones lamentó el ámbito de aplicación reducido de la propuesta de Reglamento, que no aborda el *acceso directo a las pruebas electrónicas* (acceso directo a los datos sin la asistencia de un tercero (proveedor de servicios) como intermediario), ni la *intercepción de datos en tiempo real*. Muchas delegaciones estimaban necesario abordar estos dos elementos, ya que responden a una necesidad operativa y por tanto requieren estudio adicional y con mucho mayor detalle. Sin embargo, hay división de opiniones sobre si esto se ha de hacer con miras a incluir estos elementos en las propuestas actuales o mejor en paralelo a estas a fin de no demorar o prolongar las negociaciones en curso.
4. Por lo que se refiere a la *intercepción de datos en tiempo real*, hasta el momento se han hecho las consideraciones siguientes:
 - se trata de una medida sensible e intrusiva;
 - esta posibilidad está prevista en la mayoría de las legislaciones nacionales para circunstancias internas, en la Directiva sobre la orden europea de investigación y en la ley CLOUD estadounidense; todo fundamento jurídico a escala de la UE para la intercepción de datos en tiempo real ha de considerarse en este marco general y debe tener en cuenta la necesidad de dotar a las autoridades de los Estados miembros de la gama completa de instrumentos para combatir la delincuencia en la era digital (a disposición de sus colegas de los Estados Unidos). Además, los Estados miembros plantearon, como parte de la reflexión sobre esta medida, que se considerara la posibilidad de contemplar la intercepción en tiempo real en un acuerdo ejecutivo, con carácter recíproco, a título de la ley CLOUD estadounidense.

5. Por lo que se refiere al *acceso directo a las pruebas electrónicas*, hasta el momento se han hecho las consideraciones siguientes:
- es un poderoso instrumento en caso de pérdida de localización o de poca colaboración de los proveedores de servicios, que capacita a las autoridades de los Estados miembros para acceder a distancia a los datos disponibles tras la búsqueda e incautación de un dispositivo o el uso de credenciales lícitamente obtenidas para el acceso a una cuenta;
 - existen grandes diferencias en las legislaciones nacionales vigentes que regulan dicho acceso directo en los Estados miembros, en particular las salvaguardias y los poderes que atribuyen;
 - la posible creación de un marco común de la UE sería beneficiosa, si bien tal enfoque de la UE se debería plantear con cuidado a la luz de los diferentes marcos jurídicos nacionales y habría que estudiar con atención una serie de cuestiones jurídicas, como la de la base jurídica adecuada.
6. *Se invita a los ministros a que cambien impresiones sobre la urgencia de la cuestión y las modalidades para continuar los debates relativos a la creación de un marco de la UE para el «acceso directo a las pruebas electrónicas» y la «interceptación de datos en tiempo real» en un futuro próximo.*

III. Evolución internacional reciente y repercusiones de la ley CLOUD estadounidense

7. La ley CLOUD estadounidense³, adoptada por el Congreso de los Estados Unidos el 23 de marzo de 2018, aclara mediante una enmienda de la Ley sobre comunicaciones almacenadas de 1986 que los proveedores de servicios estadounidenses están obligados a cumplir con las normas del país para divulgar el contenido de datos independientemente del lugar en que estén almacenados dichos datos⁴. Además, la ley CLOUD estadounidense permite la celebración, en determinadas condiciones, de acuerdos ejecutivos con gobiernos extranjeros, sobre cuya base los proveedores de servicios estadounidenses podrían ofrecer contenidos de datos directamente a dichos gobiernos extranjeros (así como intervenir comunicaciones por cable), en las condiciones que se estipulen en los acuerdos ejecutivos.

³ *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* (Ley de aclaración del uso legítimo de los datos en el extranjero).

⁴ Con lo que quedó sin objeto el litigio entre la administración estadounidense y la Microsoft Corporation sobre esta misma cuestión, a saber si, en virtud de la Ley sobre comunicaciones almacenadas de 1986, las autoridades policiales de los Estados Unidos pueden requerir a un proveedor de servicios establecido en dicho país, amparándose en una orden judicial, que entregue el contenido de una cuenta de correo electrónico almacenado en un servidor situado en el extranjero.

8. Cuando esta cuestión se debatió en el Consejo (JAI) en marzo, los ministros abogaron por un planteamiento común de la UE respecto de los Estados Unidos, subrayando que esto no solo contribuiría en gran medida al establecimiento de claridad jurídica para los proveedores de servicios y las autoridades competentes de los Estados miembros, sino que también impediría la proliferación de regímenes divergentes, la fragmentación en la UE y el trato desigual entre Estados miembros.
9. En la reunión del CATS del 18 de mayo, la Comisión y el Servicio Jurídico del Consejo aclararon que la UE es competente para intervenir en tales negociaciones con los Estados Unidos y que los Estados miembros no debían entrar en negociaciones bilaterales. La Comisión también puso de relieve alguno de los beneficios apuntados. La Comisión y la Presidencia aclararon asimismo la competencia de la UE en la materia en la reunión ministerial entre la UE y los Estados Unidos que se celebró los días 22 y 23 de mayo de 2018 en Sofía.
10. La celebración de un acuerdo ejecutivo entre la UE y los Estados Unidos debería verse también a la luz de las disposiciones del artículo 48 del Reglamento general de protección de datos, que empezó a aplicarse recientemente. Dicho artículo prevé que *«[c]ualquier sentencia [...] que exijan que un responsable o encargado del tratamiento transfiera o comunique datos personales únicamente será reconocida o ejecutable en cualquier modo si se basa en un acuerdo internacional [...] entre el país tercero requirente y la Unión [...] in perjuicio de otros motivos para la transferencia al amparo del [...] capítulo [V]»*.
11. Por último, al definir la relación futura, se debe prestar atención especial a las normas contenidas en los textos legislativos respectivos aplicables a los casos en los que los proveedores de servicios se encuentren en un conflicto entre legislaciones nacionales. La ley CLOUD estadounidense contiene una «cláusula de cortesía»⁵, mientras que el proyecto de Reglamento de la UE establece en su artículo 15⁶ un procedimiento de reexamen en caso de obligaciones contradictorias. Se requerirá un estudio atento y minucioso de dichas disposiciones a fin de asegurar la reciprocidad y la eficacia operativa.

⁵ La cláusula de cortesía permite a los proveedores de servicios solicitar a un tribunal estadounidense que anule o modifique una orden emitida para la protección o la divulgación de datos si estos se refieren a un nacional de un país que no sea Estados Unidos y si el acatamiento de la orden supusiera la violación de las leyes de un país con el que los Estados Unidos han celebrado un acuerdo ejecutivo que contempla posibilidades similares para los proveedores de servicios con arreglo a sus leyes.

⁶ El artículo 15 prevé un diálogo con la autoridad central del tercer Estado de que se trate. Únicamente en el caso de que esta autoridad no ponga objeciones, la orden europea de entrega se confirmaría y se facilitarían los datos.

12. Se invita a los ministros a que confirmen su deseo de entrar rápidamente en negociaciones con los Estados Unidos con miras a la celebración de un acuerdo ejecutivo entre la UE y los Estados Unidos y también se les invita a que pidan a la Comisión que presente urgentemente al Consejo una recomendación de mandato de negociación al efecto. Se invita a los ministros a que pidan a la Comisión que proceda del mismo modo respecto del Segundo Protocolo adicional del Convenio de Budapest, que actualmente se está redactando bajo los auspicios del Consejo de Europa.
