



CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES
DE CATALUNYA

Nota en relació amb el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries 5/2017, de 29 de juny, sobre el Projecte de Llei de l'Agència de Ciberseguretat de Catalunya

Conclusions del Dictamen:

Primera. La lletra c de l'apartat 4 de l'article 2 del Projecte de Llei de l'Agència de Ciberseguretat de Catalunya no és contrària a l'Estatut ni la Constitució, si s'interpreta en els termes exposats en el fonament jurídic tercer, apartat 4.C, d'aquest Dictamen.
Adoptada per unanimitat.

La «ciberseguretat» pot tenir diverses accepcions, com ara identificar-se estrictament amb la defensa militar i la seguretat nacional en aquells supòsits de més gravetat, urgència i major dimensió, o bé amb la seguretat pública quan es tracti de la protecció de determinades infraestructures de telecomunicacions, incloent-hi els aspectes més tècnics. Però, també, amb l'adopció de mesures ordinàries de seguretat respecte a la xarxa i, en general, a les tecnologies de la informació.

L'objecte i les funcions en què s'insereix l'activitat de l'Agència de Ciberseguretat de Catalunya (Agència o ACC), la qual s'ha d'incorporar a l'estructura administrativa de la Generalitat, queden enquadrat, *ab initio*, en el marc competencial dels articles 150 i 159 EAC, l'últim dels quals remet expressament a l'article 149.1.18 CE. D'aquesta manera, li correspon la protecció de la seguretat dels sistemes, les infraestructures i les xarxes de comunicació electròniques de l'Administració de la Generalitat. Ara bé, tal com està configurada per la norma, la seva actuació no se cenyeix a aquest àmbit de l'autoprotecció, sinó que inclou un ventall de funcions de naturalesa ben diversa que, segons el cas, poden incidir —principalment— sobre les competències en matèria de seguretat pública (149.1.29 CE), telecomunicacions i règim general de comunicacions (art. 149.1.21 CE). Àmbits materials aquests amb relació als quals l'Estat disposa d'una important capacitat reguladora, la qual també es projecta sobre el territori de Catalunya.

En aquest marc en què la Generalitat concorre amb l'Estat per garantir la ciberseguretat en les comunicacions electròniques i els sistemes d'informació, s'ha d'afirmar que, atès, sobretot, el contingut poc clar de l'abast efectiu de les funcions atribuïdes a l'ACC (apt. 4 de l'art. 2), caldrà distingir, com a criteri general, entre les relatives a la prevenció dels incidents de ciberseguretat d'aquelles altres que comportin l'adopció de mesures reactives quan aquests s'hagin produït. I, encara més, dins del darrer tipus, s'ha de diferenciar també, d'una banda, entre les mesures d'ordre tècnic que tinguin com a finalitat reparar, comprovar i restablir el normal funcionament de les comunicacions i els sistemes afectats i, de l'altra, les que s'adoptin com a reacció a una actuació que pugui suposar la comissió d'un acte que hagi de merèixer una sanció penal. Perquè, en ambdós supòsits, les conseqüències en l'ordre competencial seran diferents.

Com a fórmula de reacció enfront dels ciberatacs, la lletra c de l'article 2.4 atribueix a l'Agència una modalitat de resposta a emergències que inclou l'articulació de mesures preventives per millorar la seguretat de les xarxes i els sistemes. La mateixa condició de CERT o CSIRT comporta també la capacitat de gestió dels ciberincidents, en aquest cas, que afectin el sector públic, les empreses i les organitzacions d'interès estratègic per a Catalunya. S'ha d'entendre que l'esmentada capacitat reactiva està referida a la restauració i l'aixecament de la xarxa de les comunicacions electròniques i dels sistemes d'informació que siguin competència de la Generalitat o d'altres entitats públiques. I l'anterior, amb l'objecte de garantir el seu normal funcionament.

Del precepte no es deriva una atribució de funcions que permeti sostenir que la resposta a l'emergència que dugui a terme l'ACC s'endinsi en l'àmbit de les funcions pròpies de les forces i els cossos de seguretat ni tampoc de les conductes que corresponen a actes il·lícits que obliguin a prendre una decisió sancionadora en l'ordre penal. El desenvolupament de la

condició de CERT/CSIRT ha de ser interpretat en el sentit que l'Agència durà a terme aquestes funcions en l'àmbit de les competències de l'Administració de la Generalitat i amb els efectes territorials que preveu l'article 115 EAC. Per tant, l'ACC és competent a Catalunya com a equip de resposta a les emergències que es produeixin, tot respectant sempre les facultats d'altres organismes i entitats públics del sector vinculat a la societat de la informació de naturalesa i abast territorial divers, quan estiguin habilitats competencialment per actuar a Catalunya, molts d'ells dotats dels serveis que proporciona un CERT o un CSIRT propi.

Quant a l'atribució de la funció de «coordinació dels equips de ciberseguretat (CSIRT) i dels equips de resposta a emergències o entitats equivalents que actuïn en llur àmbit territorial», s'ha d'entendre que únicament pot ser exercida en el marc de les seves competències estatutàriament assumides. És a dir, en relació amb els equips de resposta a ciberincidents o a emergències de l'Administració de la Generalitat i el seu sector públic, creats en els diferents àmbits sectorials i que afectin les persones físiques i jurídiques sobre les que pot actuar l'ACC.

En conseqüència, la funció atribuïda a l'Agència de Ciberseguretat de Catalunya per la lletra c de l'apartat 4 de l'article 2 del Projecte de llei no vulnera la Constitució ni l'Estatut, si s'interpreta en els termes exposats anteriorment.

Segona. *La lletra g de l'apartat 4 de l'article 2 del Projecte de llei vulnera els articles 164.5 EAC i 149.1.29 CE.*

Adoptada per unanimitat.

La lletra g de l'article 2.4 atribueix a l'ACC la funció d'«[i]nvestigar i analitzar els ciberincidents i ciberatacs, entesos com a accions dirigides a produir algun perjudici sobre infraestructures tecnològiques, sistemes d'informació, serveis de les tecnologies de la informació i la comunicació o la mateixa informació». L'objecte d'aquesta funció de resposta forma part de manera clara de les funcions policials de preservació de la seguretat pública, que ultrapassen les que corresponen a l'Agència. La potestat d'investigar i d'analitzar els ciberincidents i ciberatacs es projecta sobre fets que són constitutius de delictes informàtics i permet entendre que va més enllà de la capacitat de resposta en l'ordre tècnic i organitzatiu davant aquestes situacions. En aquest context de la delinqüència informàtica (delictes dels art. 264 i 264 bis CP), cal evitar que les funcions de l'ACC es confonguin amb les que en el marc de la resposta a una amenaça o un atac contra la seguretat se situen en l'àmbit explícit de la seguretat pública i la necessitat de la seva garantia i protecció, que correspon a la Policia de la Generalitat-Mossos d'Esquadra. I, en conseqüència, l'actuació de l'Agència ha de defugir de l'adopció de mesures reactives d'aquesta mena i, per tant, ha de limitar-se a posar en coneixement d'aquells els fets que consideri il·lícits.

En conclusió, la funció atribuïda a l'Agència de Ciberseguretat de Catalunya per la lletra g de l'apartat 4 de l'article 2 del Projecte de llei vulnera l'article 164.5 EAC i l'article 149.1.29 CE.

Tercera. *La resta de preceptes del Projecte de llei sol·licitats no són contraris a l'Estatut ni a la Constitució.*

Adoptada per unanimitat.

L'article 2.1 declara que l'actuació de l'ACC «té per objecte garantir la ciberseguretat en el territori de Catalunya», el qual és l'àmbit físic que, com a regla general, delimita l'àmbit de l'autogovern en l'exercici de les competències fixades pel bloc de la constitucionalitat. Es pot dir, doncs, amb caràcter general, que les funcions de l'Agència han de respectar les competències de l'Estat que en cada cas puguin incidir en el mateix àmbit material i que s'han d'exercir amb els efectes territorials que preveu l'article 115 EAC.

Les lletres a, b i c de l'article 2.2, que preveuen els objectius referits a l'execució de les polítiques públiques «en matèria de ciberseguretat», no predeterminen quin és l'àmbit concret d'aquestes polítiques. Se situen, d'una banda, en el marc de les competències esmentades sobre el règim jurídic de l'Administració pública catalana (art. 159 EAC) i la seva potestat d'autoorganització (art. 150 EAC) que, sens dubte, comprenen l'exercici de les funcions de desenvolupament legislatiu, d'execució i de coordinació, però també de divulgació, formació i

promoció de la confiança digital. Però, de l'altra, poden referir-se també a aquells aspectes de la seguretat de les comunicacions electròniques i de les infraestructures que siguin competència de la Generalitat (art. 140.7 EAC), sens perjudici de la intervenció que pugui correspondre a l'Estat en la matèria. En aquest sentit, no es detecten en el tipus de funcions atribuïdes a l'Agència per l'article 2.2 (assessorar el Govern; donar-li suport en els plans de ciberseguretat i executar-los; coordinar-se amb altres organismes), de caràcter eminentment instrumental i executiu, elements que permetin interpretar una intromissió en les competències de l'Estat ex article 149.1.21 CE.

La cobertura competencial d'aquestes funcions la proporciona, *prima facie*, l'article 159.1 EAC, que atribueix a la Generalitat competència exclusiva sobre «a) Els mitjans necessaris per a exercir les funcions administratives», i, així mateix, altres títols competencials de què disposa la Generalitat respecte de les comunicacions electròniques, com és el cas de l'article 140.7 EAC, que li atribueix la competència executiva sobre aquest tipus de comunicacions «d'acord amb la normativa de l'Estat». Val a dir que aquesta darrera competència no es limita al feix de funcions enunciat específicament en el precepte estatutari i que, com a mínim, corresponen a la Generalitat, sinó que pot habilitar per a l'exercici d'altres competències executives de naturalesa semblant, derivades de la implementació de la convergència tecnològica i la societat digital i, per tant, de la necessitat de protegir les comunicacions electròniques i els sistemes i les infraestructures d'informació que els donen suport.

L'article 2.3 permet diferenciar dos aspectes de l'activitat atribuïda a l'ACC. El primer estableix que, en l'execució dels objectius fixats en l'apartat 2, aquesta entitat «pot exercir les seves funcions» amb relació a les persones físiques i jurídiques situades a Catalunya; i el segon preveu que també pot «establir la col·laboració necessària» amb els prestadors de serveis de la societat de la informació que actuïn a Catalunya o hi tinguin la seva infraestructura. Per tant, d'una banda, es tracta d'exercir «funcions» i, de l'altra, de fer ús dels instruments de col·laboració.

A tall de puntualització respecte d'aquest primer gruix de funcions, s'ha d'assenyalar que els seus destinataris, segons el precepte, són les persones físiques o jurídiques situades a Catalunya. Cal recordar que la Generalitat, en el cas que l'objecte de les seves competències tingui un abast territorial superior al del territori de Catalunya, les exercirà sobre la part d'aquest que estigui ubicada en el seu territori, sens perjudici dels instruments de col·laboració que s'estableixin amb altres ens territorials o, subsidiàriament, de la coordinació per l'Estat de les comunitats autònomes afectades (art. 115.2 EAC). Dit això, tenint en compte l'ambigüitat de l'expressió «situades a Catalunya» per referir-se a les persones físiques o jurídiques sobre les quals l'ACC pot actuar, seria convenient precisar-la per evitar la incertesa de la norma quant als efectes de la seva aplicació.

Respecte a la menció que fa el precepte als prestadors de serveis de la societat de la informació i de comunicacions electròniques «que actuïn a Catalunya o hi tinguin infraestructura», si bé és cert que està redactada en termes igualment vagues i que, per exemple, pot comprendre infraestructures crítiques competència de l'Estat o empreses de caràcter multinacional, no ofereix problemes competencials en la mesura que es tracta d'establir-hi una col·laboració. I aquesta, en tant que regla de funcionament en els estats compostos, sempre és desitjable quan es tracta de conjuminar l'exercici de competències de diverses administracions públiques que conflueixen en un mateix àmbit.

La lletra a de l'article 2.4, a la funció prevista de «prevenir i detectar incidents de ciberseguretat», afegeix la de «respondre-hi, desplegant les mesures de protecció pertinents davant les ciberamenaces». Seguidament, la lletra b, a la funció de «planificar, gestionar, coordinar i supervisar la ciberseguretat a Catalunya, establint la capacitat preventiva», addiciona la d'establir la capacitat «reactiva necessària per a pal·liar els efectes dels incidents de ciberseguretat que afectin el territori de Catalunya».

En ambdós casos, a la dimensió descrita de prevenir els atacs i altres incidents informàtics, s'hi afegeix la de respondre-hi o reaccionar-hi (capacitat reactiva), davant de situacions que podríem identificar amb una «caiguda del sistema», en les quals correspon a l'Agència adoptar

les mesures d'ordre tècnic i organitzatiu que preservin i restaurin les comunicacions electròniques i els sistemes d'informació. És a dir, en aquests supòsits, l'activitat de l'ACC ha de quedar limitada a l'adopció de mesures de restauració i reducció dels efectes que derivin de l'incident informàtic o del ciberatac. Per tant, sense que en cap cas puguin consistir en actuacions que siguin pròpies de la seguretat pública, que ja no li correspondrien.

La lletra e de l'article 2.4 disposa que l'ACC donarà suport a qualsevol autoritat competent per a l'exercici de les seves funcions públiques, en la tasca «de lluita contra conductes il·lícites, incloent-hi la intervenció directa i l'obtenció de proves electròniques». A més, «[e]n la investigació i repressió d'il·lícits penals, l'Agència ha de col·laborar amb els cossos policials i les autoritats judicials d'acord amb el que estableix la normativa vigent, amb requeriment previ, actuant d'una manera coordinada i preservant i posant a llur disposició els elements rellevants de prova per a la investigació i els que puguin constituir una prova».

Atenent al contingut d'aquesta funció, és evident que, de manera potencial, està previst que l'ACC pugui actuar en relació amb la «lluita contra conductes il·lícites», la qual cosa la situaria en un terreny expressament vinculat al manteniment de la seguretat pública, una funció aquesta que està atribuïda als cossos i les forces de seguretat (la norma es refereix, a més, als elements rellevants per a la investigació i als que puguin constituir prova). Ara bé, si bé aquesta actuació li estaria prohibida *prima facie*, d'acord amb el marc competencial aplicable, la formulació literal del precepte permet arribar a la conclusió contrària. I això és degut al fet que, per habilitar la participació de l'Agència en l'activitat d'investigació i repressió dels il·lícits penals, és *conditio sine qua non* que, prèviament, hagi estat requerida per fer-ho, com també ho és que actui d'acord amb el que estableix la normativa vigent.

La lletra f de l'article 2.4, que atribueix a l'ACC la funció (en realitat, obligació) relativa al deure d'informar les forces i els cossos de seguretat competents sobre els fets que puguin ser considerats il·lícits o puguin afectar la seguretat jurídica, no admet cap retret quant a la seva adequació a la Constitució i a l'Estatut. És més, es tracta d'una norma que, de fet, hauria de constar a l'inici de l'apartat 4, com a premissa de les funcions atribuïdes a l'Agència, i com a regla general que hauria de regir en tot moment les actuacions que aquesta dugui a terme que tinguin relació amb els àmbits competencials dels cossos de seguretat competents.

L'article 2.5 conté una llista d'atribucions que no pressuposa cap vulneració de la regla competencial de delimitació entre les bases estatals i el seu desenvolupament autonòmic en l'àmbit de les administracions públiques (art. 149.1.18 CE). La Generalitat, ex articles 159.1.a, 159.2 i 140.7 EAC, pot establir una estructura i un suport administratiu que li permetin exercir les funcions que li són pròpies, com a conseqüència de la seva potestat d'autoorganització ex article 150 EAC, com a mínim irreductible de l'autonomia política. D'acord amb això, està habilitada a bastament per constituir una entitat com l'ACC, a fi de disposar dels mitjans necessaris per a l'autoprotecció i la garantia de la seguretat de les seves xarxes de comunicacions electròniques i les infraestructures que els donen suport en l'àmbit de l'Administració de la Generalitat i el seu sector públic, tant en el seu funcionament intern com en les relacions que, a través d'aquestes, mantingui amb els administrats (via procediment administratiu, prestació de serveis, etc.) i les altres administracions i entitats públiques. A priori, les funcions descrites es despleguen *ad intra* de l'aparell administratiu de l'Administració de la Generalitat, sens perjudici que els efectes beneficiosos per a la ciberseguretat que se'n deriven es projectin també sobre l'activitat externa de l'Administració en les seves relacions amb els administrats i en la prestació dels seus serveis. D'altra banda, tampoc no prejutja que, en l'exercici d'aïtals funcions, no es respecti la normativa estatal que en resulti d'aplicació.

L'article 2.6, de la mateixa manera que fa la lletra e de l'apartat 4, també introdueix la col·laboració com a principi de funcionament ordinari de l'ACC amb el que el Projecte denomina «els organismes judicials i policials» i tampoc no ha de merèixer aquí cap retret. Addicionalment, la norma mateixa incorpora un seguit de clàusules sobre l'observança de la normativa aplicable i el respecte a l'àmbit d'actuació dels cossos policials i de seguretat competents en la matèria afectada.