

ESTUDIOS

LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y COOPERACIÓN JUDICIAL EN LA UE: INSTRUMENTOS, LÍMITES Y PERSPECTIVAS EN LA ERA DIGITAL

FRANCISCO JAVIER GARRIDO CARRILLO

DIRECTOR

VALENTINA FAGGIANI

COORDINADORA



LUDELOR
LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA
ORGANIZADA



Junta de Andalucía
Consejería de Transformación Económica,
Industria, Conocimiento y Universidades



With the support of the
Erasmus+ Programme
of the European Union

INCLUYE LIBRO ELECTRÓNICO
THOMSON REUTERS PROVIEW™

THOMSON REUTERS

ARANZADI

LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y
COOPERACIÓN JUDICIAL EN LA UE: INSTRUMENTOS,
LÍMITES Y PERSPECTIVAS EN LA ERA DIGITAL

FRANCISCO JAVIER GARRIDO CARRILLO
Director

VALENTINA FAGGIANI
Coordinadora

LUCHA CONTRA
LA CRIMINALIDAD
ORGANIZADA Y
COOPERACION JUDICIAL
EN LA UE: INSTRUMENTOS,
LÍMITES Y PERSPECTIVAS EN
LA ERA DIGITAL

Autores

SERENA CACCIATORE
LUCANA ESTÉVEZ MENDOZA
TOMÁS FARTO PIAY
FRANCISCO JAVIER GARRIDO CARRILLO
PABLO GRANDE SEARA
ALEJANDRO HERNÁNDEZ LÓPEZ
FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ FORTEA
ELENA LARO GONZÁLEZ
JOSÉ RAFAEL MARÍN AÍS
JUAN ALEJANDRO MONTORO SÁNCHEZ
SUSANA SÁNCHEZ GONZÁLEZ
FRANCESCA TASSINARI

THOMSON REUTERS

ARANZADI

Primera edición, 2022



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBooks

Incluye versión en digital

La obra ha sido financiada en el marco del proyecto LUDELOR: Por el Programa Erasmus+, dentro de la modalidad "Actividades Jean Monnet" (referencia 620390-EPP-1-2020-1-ES-EPPJMO-PROYECT). Y por el Proyecto de Investigación I+d+i en el marco del Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020 (modalidad Frontera), con referencia A-SEJ-054-UGR-18.

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2022[Thomson Reuters (Legal) Limited / Francisco Javier Garrido Carrillo (Dir.), Valentina Faggiani, (Coord.) y otros]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1391-868-6

DL NA 27-2022

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 – Pamplona

PRÓLOGO.....	21
COOPERACIÓN JUDICIAL VS. CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EL MARCO DE LA <i>RULE OF LAW BACKSLIDING</i> . ¿HACIA DÓNDE VAMOS?.....	21
<i>Valentina Faggiani</i>	

Sección I

LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN A TRAVÉS
DE LOS INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN
JUDICIAL EN MATERIA PENAL

CAPÍTULO I

DEBILIDADES DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN (OEI) EN LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	33
<i>Dr. Francisco Javier Garrido Carrillo</i>	
I. Introducción	34
II. Finalidad, concepto y objeto de la OEI.....	36
1. Finalidad de la OEI	36
2. Concepto y objeto.....	38
III. Ámbito de aplicación	39
1. Ámbito de aplicación material	39
1.1. Regla general y excepciones.....	40

	<u>Página</u>
1.2. <i>La limitación de procedimientos en los que puede acordarse su emisión</i>	43
1.3. <i>Fases procesales en las que cabe acordar una OEI</i>	45
2. Ámbito de aplicación subjetivo	46
3. Ámbito de aplicación espacial	47
IV. Procedimiento activo para la emisión de una OEI por las autoridades españolas	47
1. Autoridades competentes para la emisión	47
2. Mecanismo de validación de la OEI	48
3. Iniciativa	49
4. Requisitos para la emisión	50
4.1. <i>Necesidad y proporcionalidad. La debida ponderación</i>	51
4.2. <i>La Equivalencia o requisito de legalidad</i>	53
5. Denegación de la emisión de la OEI y sistema de recursos	53
V. Validez de los actos de investigación realizados en el estado de ejecución. La necesidad de respetar los derechos y garantías fundamentales	55
VI. Reflexión final	57
VII. Bibliografía	60

CAPÍTULO II

LAS ÓRDENES EUROPEAS DE ENTREGA Y CONSERVACIÓN DE PRUEBAS PENALES ELECTRÓNICAS EN EL MARCO DE LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	63
---	----

Pablo Grande Seara

I. INTRODUCCIÓN	64
------------------------------	----

	<u>Página</u>
II. LAS ÓRDENES EUROPEAS DE ENTREGA Y CONSERVACIÓN DE PRUEBAS ELECTRÓNICAS: CONCEPTO Y AMBITO DE APLICACIÓN.....	68
1. Concepto	68
2. Ámbito de aplicación	70
2.1. <i>Ámbito subjetivo</i>	70
2.2. <i>Ámbito objetivo o material</i>	73
III. EMISIÓN Y TRANSMISIÓN DE LAS ÓRDENES EUROPEAS DE ENTREGA Y CONSERVACIÓN DE PRUEBAS ELECTRÓNICAS.....	75
1. Autoridades de emisión	75
2. Condiciones para la emisión	77
2.1. <i>Emisión de una orden europea de entrega</i>	77
2.2. <i>Emisión de una orden europea de conservación</i>	79
3. Transmisión de las órdenes europeas de entrega y conservación: destinatarios y certificados	80
3.1. <i>Destinatarios</i>	80
3.2. <i>Certificados</i>	81
IV. CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS ÓRDENES EUROPEAS DE ENTREGA Y CONSERVACIÓN DE PRUEBAS ELECTRÓNICAS.....	82
1. Cumplimiento por el destinatario de la orden	82
1.1. <i>Cumplimiento de un EPOC</i>	82
1.2. <i>Cumplimiento de un EPOC-PR</i>	84
2. Ejecución por la autoridad competente	85
V. PROCEDIMIENTO DE REEXAMEN DE LA ORDEN EUROPEA DE ENTREGA.	88
1. Reexamen por obligaciones contradictorias basadas en la protección de derechos fundamentales o	

	<u>Página</u>
en intereses relacionados con la seguridad y de- fensa nacionales.....	88
2. Reexamen por obligaciones contradictorias basa- das en otros motivos	89
VI. VÍAS DE RECURSO.....	91
VII. BIBLIOGRAFIA.....	92
CAPÍTULO III	
INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS EN LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.....	
	95
<i>Elena Laro González</i>	
I. Introducción.....	96
II. Breve referencia a la orden europea de investigación.....	97
III. Un nuevo instrumento de recopilación y aseguramiento de pruebas electrónicas: las órdenes europeas de entrega y conservación.....	100
1. Consideraciones generales	100
2. Ámbito de aplicación.....	102
3. Autoridades competentes para la emisión de una orden europea de entrega y conservación	103
4. Presupuestos para la emisión de una orden euro- pea de entrega y conservación	104
5. El destinatario de la orden europea de entrega y conservación.....	107
6. Procedimiento de ejecución de una orden europea de entrega y conservación.....	109
IV. Bibliografía	112

CAPÍTULO IV

REFLEXIONES SOBRE EL PROCESO DE DECOMISO AUTÓNOMO Y LA RESERVA DE LA ACCION DE DECOMISO EN EL PROCESO PENAL	115
--	------------

Tomás Farto Piay

I. Introducción	116
II. Objetivos del decomiso	117
III. La modalidad de decomiso autónomo	120
IV. Aspectos básicos del proceso de decomiso autónomo	123
V. Supuestos de aplicación: especial referencia a la facultad de reserva de la acción de decomiso en el proceso penal ..	128
1. Imposibilidad de enjuiciamiento	129
2. Reserva de la acción de decomiso en el proceso penal	130
2.1. <i>Concepto y requisitos</i>	130
2.2. <i>Finalidad</i>	135
VIII. Bibliografía	137

CAPÍTULO V

ALGUNAS LUCES Y SOMBRAS EN EL CAMINO HACIA LA COMUNITARIZACIÓN DEL ANTIGUO TERCER PILAR	141
--	------------

José Rafael Marín Aís

I. La pervivencia de algunas peculiaridades institucionales y jurídicas del antiguo tercer pilar	142
II. La Decisión Marco y sus limitaciones para garantizar la primacía del Derecho de la Unión	149
III. El control horizontal entre Estados miembros del respeto a los derechos fundamentales como límite a la primacía del Derecho de la Unión y a la confianza y reconocimiento mutuos	152

	<u>Página</u>
IV. La utilización en el antiguo tercer pilar del recurso por incumplimiento por parte de la Comisión ha brillado por su escasez.....	160
V. Ideas finales	164
VI. Bibliografía	167

CAPÍTULO VI

EL RECONOCIMIENTO MUTUO COMO PRINCIPIO CLAVE PARA LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO 171

Serena Cacciatore

I. Introducción	173
II. Reconocimiento mutuo y aproximación legislativa	174
1. El reconocimiento mutuo como piedra angular de la cooperación judicial	174
2. La confianza mutua como base del reconocimiento mutuo.....	177
3. Aproximación legislativa complementaria al reconocimiento mutuo.	180
III. LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN.....	181
1. Principales características de la OEI.....	181
2. La OEI como instrumento idóneo para la lucha contra la criminalidad organizada	183
IV. Reflexión final	185
V. Bibliografía	186

Sección II

LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

CAPÍTULO VII

¿EXISTE UN "DERECHO PROCESAL DEL ENEMIGO" EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO EN ESPAÑA? 193

Fco. Javier Jiménez Fortea

- | | | |
|------|---|-----|
| I. | Introducción | 194 |
| II. | El "derecho penal -y procesal- del enemigo" | 196 |
| III. | Las respuestas legales al terrorismo | 204 |
| | 1. La respuesta del Reino Unido..... | 204 |
| | 2. La respuesta de los EE.UU. | 207 |
| | 3. La legislación procesal antiterrorista española | 211 |
| IV. | Terrorismo y restricciones de derechos fundamentales y libertades públicas..... | 213 |
| V. | Valoración de la legislación antiterrorista procesal española | 220 |
| VI. | Nota bibliográfica | 223 |

CAPÍTULO VIII

ANÁLISIS DE EFECTIVIDAD DE LOS MECANISMOS DE LUCHA CONTRA EL TERRORISMO EN LA SOCIEDAD EUROPEA..... 227

Lucana Estévez Mendoza

- | | | |
|-----|--|-----|
| I. | Introducción | 228 |
| II. | Aproximación al estado actual del terrorismo en la UE | 229 |
| | 1. Concepto de terrorismo..... | 229 |
| | 2. Características y tipología del terrorismo..... | 230 |

	<u>Página</u>
3. Situación del terrorismo en la actualidad.....	232
III. Instrumentos de lucha contra el terrorismo	234
1. Legislativos de carácter multidisciplinar.....	235
1.1. Directiva 2017/541 de lucha contra el terrorismo	235
1.2. Directiva 2016/681, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros en relación a delitos de terrorismo y delincuencia grave	237
1.3. Reglamentos de interoperabilidad de los sistemas de información.....	240
1.4. Decisiones PESC sobre listas de terroristas	242
1.5. Reglamento sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea	243
2. Institucionales.....	246
2.1. Centro Europeo de Lucha contra el Terrorismo .	247
2.2. Unidad de Europol para luchar contra la propaganda terrorista en Internet.....	248
2.3. Unidad de Europol para la inteligencia financiera.....	249
2.4. Otros servicios de apoyo de Europol	250
2.5. Registro Antiterrorista de Eurojust	251
2.6. Evaluación del sistema institucional	251
3. Interestatales: intensificación exterior de la lucha contra el terrorismo	252
IV. Conclusiones	253
V. Referencias bibliográficas y legislativas	255

Sección III

LA DIGITALIZACIÓN DE LA JUSTICIA COMO
NUEVA HERRAMIENTA CONTRA EL CRIMEN

CAPÍTULO IX

EL EQUIPO CONJUNTO DE INVESTIGACIÓN COMO INSTRUMENTO EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO EN LA ERA DE LA DIGITALIZACIÓN

263

Alejandro Hernández López

- | | | |
|------|--|-----|
| I. | Introducción | 264 |
| II. | Base y naturaleza jurídicas | 265 |
| | 1. Base jurídica | 265 |
| | 2. Naturaleza jurídica | 267 |
| III. | Características y ventajas derivadas del uso de un ECI..... | 268 |
| | 1. Ámbito de aplicación objetivo | 268 |
| | 2. Autoridades competentes y participación de organismos de la UE | 270 |
| | 3. Requisitos formales y temporales | 272 |
| | 4. Obtención de información, transmisión y admisibilidad de las fuentes de prueba | 274 |
| | 5. Responsabilidad de los miembros del equipo | 277 |
| IV. | La necesidad de adaptar los ECI a la era de la digitalización..... | 278 |
| | 1. El impacto Crisis COVID-19 y las restricciones de movilidad | 278 |
| | 2. Sobre la necesidad de una reforma legislativa del instrumento | 280 |
| | 2.1. <i>Reformar el instrumento a nivel europeo</i> | 281 |
| | 2.2. <i>Reformar la transposición a nivel nacional</i> | 282 |

	<u>Página</u>
2.3. <i>Adecuar su funcionamiento a la era de la digitalización</i>	285
V. Conclusiones	287
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	288

CAPÍTULO X

LA INTEROPERABILIDAD DE LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN DE GRAN MAGNITUD DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DETECCIÓN DE IDENTIDADES MÚLTIPLES: GARANTÍAS Y RESPONSABILIDADES	291
--	-----

Tassinari Francesca

I. La interoperabilidad de los Reglamentos 2019/817 y 2019/818: <i>¿quid pluris?</i>	292
II. Una nueva infraestructura tecnológica	297
III. La detección de identidades múltiples: análisis del art. 21 de los Reglamentos sobre interoperabilidad	300
1. El procedimiento automatizado: los vínculos blanco y amarillo	301
2. El procedimiento de verificación manual	305
IV. Garantías en el procedimiento de detección de identidades múltiples	309
1. El derecho de información del interesado	309
2. El derecho de acceso, rectificación, supresión de datos personales y el derecho de restricción al tratamiento	313
2.1. <i>El Portal web</i>	313
2.2. <i>El régimen general para el acceso, rectificación, y supresión de los datos personales en el DIM..</i>	315
V. Los responsables y encargados del tratamiento de datos personales vinculados.....	319

	<u>Página</u>
1. Los responsables del tratamiento de datos en los Reglamentos sobre interoperabilidad.....	322
2. El rol de las agencias de la Unión en el procedimiento de detección de identidades múltiples.....	326
2.1. <i>La Agencia Europea de Guardia Fronteras y Costas responsable del tratamiento de datos de la Unidad Central SEIAV</i>	328
2.2. <i>eu-LISA: ¿de encargada a responsable del tratamiento de datos?</i>	330
VI. Conclusiones	333
VII. Bibliografía	335

CAPÍTULO XI

POSIBILIDADES DE USO DE LOS DATOS DE TRÁFICO Y LOCALIZACIÓN PARA LA REPRESIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.....	339
---	------------

Juan Alejandro Montoro Sánchez

I. Los datos de tráfico y localización asociados a las comunicaciones electrónicas: elementos clave para la investigación del delito	340
II. Los datos de tráfico y localización: datos personales protegidos por un haz de derechos fundamentales	344
III. La Ley 25/2007 sobre conservación de datos de tráfico con fines penales.....	346
IV. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los regímenes de conservación de datos de tráfico..	349
1. La Sentencia Digital Rights: el primer golpe a los regímenes de conservación de datos de tráfico.....	350
2. La Sentencia Tele 2 Sverige: el tiro de gracia a los regímenes nacionales de conservación indiscriminada de datos.....	352

	<u>Página</u>
3. La Sentencia La Quadrature du Net: un nuevo planteamiento para la lucha contra las amenazas más graves para la seguridad nacional	354
3.1. Sobre las medidas legislativas que establecen la conservación preventiva de los datos de tráfico y de los datos de localización para proteger la seguridad nacional	354
3.2. Sobre las medidas legislativas que establecen la conservación preventiva de las direcciones IP y de los datos relativos a la identidad civil a efectos de la lucha contra la delincuencia y de la protección de la seguridad pública	356
3.3. Sobre las medidas legislativas que establecen la conservación rápida de los datos de tráfico y de localización a efectos de la lucha contra la delincuencia grave	357
3.4. Sobre el análisis automatizado de los datos de tráfico y de localización.....	359
3.5. Sobre la recopilación en tiempo real de los datos de tráfico y de localización	361
3.6. Sobre la posibilidad de que un tribunal pueda validar el uso de datos de tráfico obtenidos en virtud de una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión.....	363
V. La delicada situación del régimen nacional de conservación preventiva de datos de tráfico.....	363
VI. Conclusiones	365

CAPÍTULO XII

EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO EN LA LUCHA CONTRA LA PORNOGRAFÍA INFANTIL	367
--	------------

Susana Sánchez González

I. Internet, delincuencia organizada y pornografía infantil..	367
---	-----

	<u>Página</u>
II. Concepto y características del agente encubierto informático.....	371
III. Límites del agente encubierto informático	379
1. El delito provocado, pruebas de cargo a un precio muy alto.....	379
2. El respeto a los derechos, garantías del imputado así como a los principios del proceso penal.....	382
3. El agente encubierto informático como fuente de investigación y como prueba en el proceso penal, una cuestión controvertida	384
IV. Conclusiones	387
V. Bibliografía	389

Thomson Reuters ProView. Guía de uso