

Roj: STS 5654/2016 - **ECLI:**ES:TS:2016:5654

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1331/2016

Nº de Resolución: 974/2016

Fecha de Resolución: 23/12/2016

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: MANUEL MARCHENA GOMEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia Nº: 974/2016

RECURSO CASACION Nº : 1331/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Voto Particular

Procedencia: Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Sección Cuarta

Fecha Sentencia : 23/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Manuel Marchena Gómez

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por : MAJN

LÍMITES TERRITORIALES A LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL ESPAÑOLA: capacidad jurisdiccional de los tribunales españoles para conocer de delitos de protección de la fauna -pesca de austromerluza-, falsedad, blanqueo de capitales y organización ilícita, cometidos en aguas marinas internacionales por barcos españoles bajo pabellón guineano de conveniencia, pesqueros que fueron sorprendidos por una patrullera neozelandesa y trasladados a un puerto vietnamita.

El principio de personalidad (art. 23.2 LOPJ) no ofrece cobertura para afirmar la capacidad de jurisdicción. Este principio actúa como excepción al criterio de territorialidad y asocia la aplicación de la ley penal de un Estado a la condición de ciudadano de éste, más allá del lugar en el que se encuentre en territorio extranjero. La doctrina alude a dos modalidades, un

principio de personalidad activa, que mira preferentemente al sujeto de la acción delictiva y un principio de personalidad pasiva, que se centra en el sujeto ofendido.

Desde la perspectiva que ahora nos interesa -la que es propia del principio de personalidad activa- la extensión de la jurisdicción española impone, por definición, la referencia que proporciona otro Estado que, conforme al primero de los presupuestos exigidos por el apartado a), ha de contar con una legislación penal que incrimine en su propio territorio la conducta imputada. La doble incriminación actúa, por tanto, como "condictio sine qua non" para que el delito cometido fuera de España por un español o por un extranjero que hubiera adquirido la nacionalidad con posterioridad al hecho imputado, pueda ser investigado y enjuiciado por los tribunales españoles. De forma bien plástica podría decirse que el ciudadano español o el extranjero naturalizado que viajan más allá de nuestras fronteras, no llevan en su mochila un código penal con vocación de reprimir hechos cometidos allí donde tales conductas no han sido penalmente desvaloradas por el legislador del país de destino. De ahí la trascendencia de la doble incriminación como elemento llamado a contrarrestar cualquier tentación de vigencia ultraterritorial de la ley penal, más allá de la referencia axiológica que impone la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados.

SINGULARIDAD DE LA PERSECUCIÓN TRANSNACIONAL DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS: mayores matices sugiere el delito de blanqueo de capitales (arts. 301 y ss del CP). En efecto, el apartado 4º del art. 301 establece que "el culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero". Se trata, por tanto, de una disposición de claro sabor procesal que ha sido incluida en el código penal con notoria descolocación sistemática. La redacción de este precepto sugiere que el delito de blanqueo se sujeta a un incondicionado criterio de persecución extraterritorial, equiparando la tutela penal del equilibrio del sistema financiero a la que reclaman otros bienes jurídicos de incuestionada validez para la comunidad nacional. Sin embargo, por mayor interés que revele el legislador en sortear los límites ordinarios en la aplicación de la ley penal, mal puede hablarse de una actividad de blanqueo de capitales si las ganancias no provienen de un delito. La necesidad de un delito antecedente -una actividad delictiva dice textualmente el art. 301 del CP - opera como una exigencia del tipo, sin el cual el juicio de subsunción se desmorona. Y parece evidente que el carácter conexo del delito de blanqueo de capitales, tal y como está anunciado en la querrela, no puede proclamarse en ausencia de un delito principal calificable como tal en el lugar de comisión o, al menos, perseguible en nuestro sistema.

VOTO PARTICULAR

Nº: 1331/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Fallo: 30/11/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA N^o: 974/2016

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Diciembre de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley, interpuesto por la representación legal de **Hugo**, contra el auto de fecha 15 de junio de 2016 dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, en el rollo de apelación núm. 333/2016, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por la procuradora Dña. María de la Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld y como parte recurrida Santiagoy Pedro Enriquerepresentados por el procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero. Siendo Magistrado **ponente** el Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gómez**.

I. ANTECEDENTES

Primero.- Con fecha 15 de junio de 2016 la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional RAA nº 333/2016, dictó auto por el que se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de Hugo contra el auto de fecha 9 de mayo de 2016 dictado por el Juzgado Central de instrucción núm. 3 en las diligencias previas nº 114/2015.

Segundo.- La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó auto núm. 365/2016 cuya **PARTE DISPOSITIVA** es del tenor literal siguiente:

"EL TRIBUNAL ACUERDA: Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del imputado Hugo contra el auto dictado el

día 9 de mayo de 2016 por el Juzgado Central de Instrucción nº 3 en las Diligencias Previas nº 114/15, que denegó la pretensión deducida por el recurrente y otros imputados, enescrito de fecha 7 de abril de 2016, en el que interesaban que se declarase la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles y la falta de competencia de la Audiencia Nacional para el conocimiento de los hechos a los que se refiere la causa.

Por lo que confirmamos en su integridad la referida resolución, con declaración de oficio de las costas procesales devengadas.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno".

Tercero.- Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación legal del recurrente Hugo, basa su recurso en un único **motivo de casación** :

Único.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrimpor aplicación indebida del art. 23 de la LOPJ.

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 7 de septiembre de 2016, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión del recurso con arreglo al art. 885.1y2 de la LECrimy subsidiariamente su desestimación.

Sexto.- Por providencia de fecha 14 de noviembre de 2016 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

Séptimo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 30 de noviembre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Por la representación legal de Hugo se interpone recurso de casación contra el auto 365/16, fechado el día 15 de junio de 2016, dictado por la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, por el que se desestimaba el recurso de apelación promovido por el ahora recurrente contra el auto de 9 de mayo de 2016, suscrito por el titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, en el marco de las DP 114/2015. En esta resolución, frente al criterio del recurrente, se proclamaba la jurisdicción española para investigar los hechos que habían sido objeto de querrela por el Ministerio Fiscal.

Los hechos a los que se refiere la resolución recurrida, tal y como fueron expuestos por el Ministerio Fiscal, habrían acaecido el día 6 de enero de 2015, cuando una patrullera de Nueva Zelanda abordó el buque pesquero " DIRECCION000" que se encontraba pescando, bajo pabellón de Guinea Ecuatorial, en aguas internacionales del Océano Antártico. Días más tarde, el 13 de enero, patrulleras de Nueva Zelanda abordaron también a los pesqueros " DIRECCION001" y " DIRECCION002", bajo idéntico pabellón que el anterior, cuando faenaban en la misma zona. Según narra el

Ministerio Fiscal en su querrela, los tres buques estarían pescando merluza negra con artes tradicionales -redes de arrastre o enmalle- en el área regulada por la Convención sobre la Conservación de Recursos Vivos Marinos Antárticos de 20 de mayo de 1980. Tales hechos estarían siendo llevados a cabo por los investigados y sus beneficios económicos supuestamente blanqueados a través de un entramado societario radicado en España y fuera de nuestro territorio.

A juicio de la defensa, la jurisdicción española no puede afirmarse con fundamento en el art. 23.2 de la LOPJ, en la medida en que faltan dos de los presupuestos *sine qua non* para que esa capacidad de investigación y enjuiciamiento pueda ser afirmada.

Los hechos -se arguye- no son constitutivos de delito en territorio español, pues no concurren los tipos penales a los que se refiere el Ministerio Fiscal en su querrela, a saber, los arts. 335 y 336 del CP, puesto que la merluza negra, también denominada austromerluza o bacalao austral no es una especie amenazada ni incluida en ningún listado de especies en riesgo de extinción. Su consumo está normalizado y su pesca permitida por la legislación internacional, siempre que medie autorización. Y tampoco pueden ser encajados los hechos en el art. 336 del CP, planteado como precepto alternativo por el Ministerio Fiscal porque en nada se alude al uso de veneno, explosivos o medios de "... *similar eficacia destructiva*", sino tan solo de utilización de las tradicionales redes de enmalle o arrastre.

Por otra parte, tampoco concurre el requisito de la doble incriminación, esto es, que los hechos sean también punibles en el lugar de ejecución. Y es que -se razona- los hechos objeto de sospecha han acaecido en aguas internacionales donde, por definición, no existe autoridad nacional que, en uso de su soberanía, haya ejercido su *ius puniendi* para la tipificación de conductas punibles en un código penal. En España, conforme al art. 23.4.d) de la LOPJ, la jurisdicción española será competente para instruir y castigar cuando las conductas hayan sido realizadas "... *en los espacios marinos*", esto es, en aguas internacionales, en los siguientes casos: piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, trata de seres humanos, delitos contra los derechos de ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima. En definitiva, la LOPJ no prevé ningún tipo penal más y, por supuesto, no abarca el delito de pesca ilegal.

También cuestiona la defensa el forzado apoyo en el Convenio para la Conservación de los Recursos Marinos Vivos del Antártico. En este texto legal no se tipifica la pesca sin licencia como delictiva ni se habilita a los países firmantes a castigar penalmente a los nacionales responsables. Considera decisiva la respuesta de Nueva Zelanda a la comisión rogatoria remitida por la Fiscalía de la Audiencia Nacional.

Excluida la capacidad jurisdiccional para la investigación del delito principal, resultaría imposible atribuir jurisdicción a los supuestos delitos conexos que también se mencionan en la querrela, esto es, blanqueo de capitales (art. 301 CP), integración en grupo criminal (art. 570 ter) o falsedad en documento mercantil (art. 392 CP).

2 .- Frente al criterio de la parte recurrente, el Ministerio Fiscal, sin extender su dictamen a la cuestión suscitada por el recurrente, estima que el auto cuestionado no es susceptible de recurso de casación. Y lo hace con el siguiente argumento: "...*por lo expuesto, no cabe casación por falta de previsión legal que la autorice (art. 848 de la LECrim) (ver auto de 11.12.07, cuestión de competencia 20452/07, entre otros) al estar excluida la cuestión planteada del art. 666 de la LECrim , ya que se plantea un*

conflicto de jurisdicción de carácter internacional" (sic). Tal conclusión se apoya en la sentencia de esta Sala 18 de julio de 2007, recaída en el recurso de casación núm. 329/07y en el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 8 de mayo de 1988.

Entiende la Sala, sin embargo, que la solución a la controversia suscitada no puede ser resuelta a partir de ese enfoque, ni con la fundamentación jurídica que pretende servirle de cobertura. El problema suscitado en el presente recurso no guarda relación con un supuesto conflicto de jurisdicción de carácter internacional. En el caso que centra nuestra atención, nada dice la resolución recurrida de cesión de jurisdicción a otro Estado.

El auto invocado por el Fiscal como precedente de referencia para defender su tesis de la inimpugnabilidad se refiere a un recurso de casación interpuesto frente al pronunciamiento de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional, que había estimado la declinatoria de jurisdicción a favor de la República Argentina. Entonces advertíamos -STS 705/2007, 18 de julio- del inadecuado planteamiento procesal que representa ensanchar artificialmente la vía del artículo 666 de la LECrima un supuesto « *conflicto de jurisdicción* » de carácter internacional. La resolución que ahora es objeto de recurso lo que proclama es justo lo contrario. Afirma la jurisdicción de los tribunales españoles y la competencia de la Audiencia Nacional para la investigación y enjuiciamiento de los hechos que fueron objeto de querrela por el Ministerio Fiscal.

Es cierto que el auto 365/2016, suscrito por los Magistrados de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, puede suscitar dudas acerca de la posibilidad de su impugnación casacional, pero éstas no pueden ser resueltas, como pretende el Fiscal, trayendo a colación la doctrina sentada por esta Sala para resolver supuestos que no guardan relación con el que ahora nos ocupa. El tema ofrece otros matices que no pueden ser obviados cuando se analizan los límites de la jurisdicción española, sobre todo, a raíz de las reformas operadas por la LO 2/2015, 30 de marzo -que ha dado nueva redacción al art. 23 de la LOPJ- y por la Ley 41/2015, 5 de octubre - que ha modificado la redacción tradicional del art. 848 de la LECrim.

3 .- Conviene tener presente que el recurso de casación promovido por la representación legal de Hugono se acoge a la cobertura formal que ofrece el art. 666 de la LECrim. Se trata de la impugnación de una resolución interlocutoria dictada en respuesta a un escrito en el que se interesaba la declaración de falta de jurisdicción de la Audiencia Nacional para la investigación de los hechos imputados.

Tres precedentes de esta Sala son de obligada cita. Se trata de las STS 327/2003, 25 de febrero-Guatemala-; 712/2003, 20 de mayo -Perú- y 319/2004, 8 de marzo-Chile-. La primera de estas resoluciones -luego limitada en su alcance por la STC 237/2005, 26 de septiembre- abrió el camino para la impugnación de las decisiones que ponen término al proceso por falta de jurisdicción. La sentencia aborda, con carácter previo, los términos del recurso promovido por las acusaciones particulares, el contenido del dictamen del Fiscal, contrario a la viabilidad del recurso, y el fundamento de la resolución cuestionada. Decíamos entonces que *"...con carácter previo debemos responder a la alegación inicial del Ministerio Fiscal, que sostiene que contra la resolución del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no cabe recurso de casación. El examen de los antecedentes permite comprobar que, presentada la denuncia inicial e incoadas Diligencias Previas, el Juzgado de instrucción confirió traslado al Ministerio Fiscal para que dictaminara sobre la competencia. El Ministerio Fiscal emitió el correspondiente informe y sostuvo la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de los hechos denunciados, ocurridos fuera del*

territorio nacional, por las razones que en el citado escrito se adujeron, y el Juzgado resolvió a favor de la existencia de jurisdicción. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma, que fue desestimado, interponiendo entonces recurso de apelación, que fue resuelto por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el sentido de negar la jurisdicción de los Tribunales españoles, al no cumplirse, en este momento, los requisitos que entendió exigibles. Contra esta resolución se interpuso recurso de casación".

Como puede apreciarse, la resolución entonces combatida -a diferencia de la que constituye el objeto del presente recurso- negaba la existencia de jurisdicción para el conocimiento de los hechos acaecidos con ocasión del *Genocidio de Guatemala*. Y para respaldar la decisión final favorable a la capacidad jurisdiccional de los tribunales españoles, razonábamos así: "... la jurisdicción es una de las expresiones de la soberanía del Estado. Es entendida como la facultad o potestad de juzgar, es decir, de ejercer sobre determinadas personas y en relación a determinados hechos, uno de los poderes del Estado, sometiéndolas, en el caso del derecho penal, al *ius puniendi* que la ley le atribuye. En este sentido tiene carácter previo a la competencia y no puede ser confundida con ella. La determinación de la competencia supone atribuir a unos determinados órganos jurisdiccionales el conocimiento de una determinada clase de asuntos de forma prevalente a otros órganos jurisdiccionales, pero a todos ellos les ha sido reconocida previamente la jurisdicción.

La ley regula expresamente algunos supuestos de conflictos sobre la jurisdicción. Pueden plantearse entre órganos de diversos órdenes jurisdiccionales; entre órganos de la jurisdicción ordinaria y de la militar, y entre órganos jurisdiccionales y la Administración. Los primeros, llamados conflictos de competencia en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , son resueltos por una Sala especial del Tribunal Supremo. Los mencionados en segundo lugar son resueltos por la Sala de Conflictos de Jurisdicción presidida por el Presidente del Tribunal Supremo e integrada por Magistrados de este alto Tribunal (artículo 39 de la LOPJ). Y los citados en tercer lugar se resuelven por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, presidido por el Presidente del Tribunal Supremo e integrado por Magistrados de ese Tribunal y por Consejeros Permanentes de Estado (artículo 38 de la LOPJ y Ley Orgánica 2/1987, de 18 May., de Conflictos Jurisdiccionales).

La regulación que determina el órgano competente para la resolución de estas cuestiones, sintéticamente mencionada, permite resaltar que cuando se trata de determinar el alcance de la jurisdicción, bien entre distintos órdenes jurisdiccionales, bien entre la jurisdicción ordinaria y la militar o bien entre los Tribunales y la Administración, la decisión se sitúa al máximo nivel".

La dimensión constitucional de la capacidad de jurisdicción de los tribunales españoles hace explicable que todo debate acerca de su afirmación o negación se solucione mediante normas que sitúan la decisión en órganos de primer orden en la estructura del Estado. Este dato, fácilmente constatable, permitió a la Sala Segunda concluir la necesidad de una interpretación integradora que confiera al Tribunal Supremo la oportunidad de pronunciarse. El principio *pro actione* respaldó entonces un desenlace favorable a la viabilidad del recurso de casación, haciendo posible una interpretación integradora que abriera una vía excepcional frente al silencio del art 848 de la LECrim.

La transcripción literal de algunos de los pasajes de la repetida STS 327/2003, 25 de febrero, favorece el entendimiento de la solución finalmente proclamada: "el

problema que se resuelve en el Auto impugnado no se suscita entre los distintos órganos citados antes, sino que se trata de una cuestión que se ha planteado al amparo del artículo 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . En este precepto, luego de afirmar el carácter improrrogable de la jurisdicción, ya consignado respecto de la jurisdicción criminal en el artículo 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se ordena a los órganos judiciales el examen de oficio de la falta de jurisdicción, resolviendo sobre la misma con audiencia previa del Ministerio Fiscal y de las partes, dictando resolución fundada e indicando el orden jurisdiccional que se estime competente.

Debe resaltarse además que, habida cuenta de las características de la cuestión concreta planteada, no llegará a producirse una auténtica controversia entre órganos jurisdiccionales acerca de la capacidad de conocer de los hechos denunciados, pues como de alguna forma ya vinimos a reconocer en el Auto de esta Sala núm. 260/1998, de 21 Ene ., hoy en día no es viable jurídicamente plantear una cuestión de competencia con un Tribunal extranjero pues no existe ningún mecanismo o instancia supranacional para la resolución del eventual conflicto positivo o negativo que pudiera plantearse. De esta manera, ante la negativa del Auto que se recurre a estimar la jurisdicción de los Tribunales españoles no puede esperarse el planteamiento de un conflicto negativo con otro Tribunal, por lo que la resolución adoptada resolvería definitivamente la cuestión".

Añade la sentencia que estamos glosando:

"Se trata, pues, de un supuesto excepcional, no regulado expresamente por el legislador, que trasciende de una cuestión de competencia entre órganos jurisdiccionales internos y que se diferencia de los conflictos antes expuestos en cuanto que consiste en la determinación del alcance de un poder del Estado español, el Poder Judicial, sobre hechos cometidos en territorios sometidos a la soberanía de otro Estado, teniendo la decisión carácter definitivo al no ser posible el planteamiento de un conflicto negativo de jurisdicción.

El artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que sólo procederá recurso de casación contra los autos dictados con carácter definitivo por las Audiencias Provinciales y únicamente por infracción de ley en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso. En el segundo párrafo de este mismo artículo se dispone que los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos en el solo caso de que fuere libre el acordado, por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos.

Ni la Ley Orgánica del Poder Judicial ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen específicamente los recursos que caben contra la decisión adoptada en el ámbito del artículo 9.6 de la primera, ni concretamente si cabe recurso de casación. La excepcionalidad y especial importancia de la cuestión en cuanto que afecta a la extensión espacial de la jurisdicción de los Tribunales del Estado español harían razonable que la decisión final correspondiera al Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 de la Constitución).

Sin embargo, podemos decir que en tanto que se trata de la posición de un Tribunal de instancia que resuelve definitivamente apreciando la falta de jurisdicción, sin que exista la posibilidad del planteamiento posterior de un conflicto negativo que permitiera una decisión definitiva por otro órgano superior, la decisión adoptada es

equiparable a la resolución estimatoria de la declinatoria prevista en el artículo 676 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que esta Sala ha interpretado desde el acuerdo adoptado en el Pleno no jurisdiccional de 8May. 1998, aplicado entre otras en la STS de 6 Jul. 1998 , en el sentido de estimar procedente el recurso de casación salvo en las causas tramitadas con arreglo a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado" .

4.- Nota común a esos pronunciamientos estaba constituida por el hecho de que la resolución de la Audiencia Nacional que era objeto de impugnación negaba la capacidad jurisdiccional de los tribunales españoles. Se trataba, por tanto, de recursos que aspiraban a extender los límites jurisdiccionales más allá de lo que inicialmente había declarado la Audiencia Nacional. Pues bien, esta idea de impugnación de las resoluciones de cierre está presente en el nuevo art. 848 de la LECrim, redactado conforme a la Ley 41/2015, 5 de octubre. Ahora su contenido literal es del siguiente tenor: "*podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción...*".

Fijar el alcance de este renovado precepto no resulta ahora necesario. Su entrada en vigor el día 6 de diciembre de 2015 es posterior a la fecha de los hechos que ahora analizamos y que fueron objeto de querrela por el Ministerio Fiscal. Apuntemos tan solo el valor interpretativo del acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 19 de diciembre de 2013. En él se decidió que "*los autos que resuelven una declinatoria de jurisdicción planteada como artículo de previo pronunciamiento son recurribles en casación siempre cualquiera que sea su sentido; es decir, tanto si estiman como si desestiman la cuestión*".

Para concluir la viabilidad del recurso de casación formalizado por la defensa de Hugo nuestra argumentación ha de enlazarse, no con el nuevo precepto -que, como hemos apuntado, habrá de ser objeto de interpretación cuando se suscite su aplicación efectiva- sino con los precedentes jurisprudenciales citados *supra*. En ellos hemos entendido que la discusión sobre la concurrencia de jurisdicción, como presupuesto de legitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional, ha de ser resuelta por el órgano superior en todos los órdenes, en el que culmina la organización judicial española (art. 123 CE).

En consecuencia, la objeción hecha valer por el Ministerio Fiscal acerca de la no recurribilidad en casación del auto por el que se declara la jurisdicción española, no puede ser atendida.

5 .- Afirmada la viabilidad del recurso de casación interpuesto por la defensa de Hugo, procede ahora abordar si los hechos objeto de querrela pueden ser conocidos por la jurisdicción española y, en su caso, si la Audiencia Nacional es competente para su investigación y enjuiciamiento.

El auto de 9 de mayo de 2016, dictado por la titular del Juzgado Central de instrucción núm. 3, incluye una batería argumental expresiva de un encomiable estudio de los textos internacionales llamados a ofrecer una solución al debate suscitado. Sin embargo, las singularidades que son propias del examen de cualquier presupuesto jurisdiccional y la necesidad de operar con conceptos no siempre unívocos, hacen explicable que la decisión de esta Sala no sea coincidente con la de la instructora. Esta divergencia no impide el reconocimiento de una elogiada

meticulosidad analítica en la resolución firmada por la titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 3. En esta resolución -que luego fue confirmada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional haciendo suyo el razonamiento de aquélla- se invoca expresamente la Convención de 20 de mayo de 1980 para la Conservación de los Recursos Marinos Vivos del Antártico, con plena vigencia desde el 7 de abril de 1982. En ese texto internacional (CRVMA o CCAMLR, en inglés) se proclama expresamente que es objeto de la mencionada Convención "... *la conservación de los recursos vivos marino antárticos*" (art. II.1º), fijándose al mismo tiempo (apartado 3º) unos principios de conservación que se basan "... *en la prevención de la disminución del tamaño o de la población de cualquier especie recolectada (...), el mantenimiento de las relaciones ecológicas entre poblaciones recolectadas (...) y la prevención de cambios o minimización del riesgo de cambios en el ecosistema marino que no sean potencialmente reversibles en un plazo que determina la propia Convención*". Asimismo, el art. III compromete a todas las partes contratantes a no realizar "... *actividad contraria a los propósitos y principios del Tratado Antártico*". En virtud de lo dispuesto en el art. XXI España queda obligada a adoptar "... *las medidas adecuadas, dentro de su competencia para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la (...) Convención y de las medidas de conservación adoptadas por la Comisión que sean obligatorias para la parte*". De forma más concreta, el art. XXII añade que " *cada una de las partes contratantes se compromete a hacer los esfuerzos apropiados, compatibles con la Carta de las Naciones Unidas, con el fin de que nadie se dedique a ninguna actividad delictiva contraria al objetivo de la presente Convención*". Y el art. XXIV.2 precisa que " *el sistema de observación e inspección será elaborado por la Comisión sobre la base de los siguientes principios: a) las partes contratantes cooperarán entre sí para asegurar la aplicación efectiva del sistema de observación e inspección, teniendo en cuenta las prácticas internacionales existentes*".

Ya desde la perspectiva de la legislación nacional, el auto recurrido invoca como respaldo a la decisión favorable a la admisión de la jurisdicción española los arts. 23 apartados 1,2y3,65.1.e) y88 de la LOPJ.

6 .- La Sala entiende, sin embargo, que ni la Convención para la Conservación de los Recursos Marinos Vivos del Antártico, ni los preceptos indicados de la LOPJ proporcionan las bases necesarias para la proclamación jurisdiccional.

Una puntualización inicial resulta obligada. La cita del art. 23.2 de la LOPJ-que para algunos recoge el histórico *principio de personalidad*- no ofrece cobertura para afirmar la capacidad de jurisdicción. En él se señala expresamente: " *conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: a) que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes; b) que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles; c) que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda*".

Este principio actúa como excepción al criterio de territorialidad y asocia la aplicación de la ley penal de un Estado a la condición de ciudadano de éste, más allá del lugar en el que se encuentre en territorio extranjero. La doctrina alude a dos

modalidades, un *principio de personalidad activa*, que mira preferentemente al sujeto de la acción delictiva y un *principio de personalidad pasiva*, que se centra en el sujeto ofendido.

Desde la perspectiva que ahora nos interesa -la que es propia del principio de personalidad activa- la extensión de la jurisdicción española impone, por definición, la referencia que proporciona otro Estado que, conforme al primero de los presupuestos exigidos por el apartado a), ha de contar con una legislación penal que incrimine en su propio territorio la conducta imputada. La doble incriminación actúa, por tanto, como *conductio sine qua non* para que el delito cometido fuera de España por un español o por un extranjero que hubiera adquirido la nacionalidad con posterioridad al hecho imputado, pueda ser investigado y enjuiciado por los tribunales españoles. De forma bien plástica podría decirse que el ciudadano español o el extranjero naturalizado que viajan más allá de nuestras fronteras, no llevan en su mochila un código penal con vocación de reprimir hechos cometidos allí donde tales conductas no han sido penalmente desvaloradas por el legislador del país de destino. De ahí la trascendencia de la doble incriminación como elemento llamado a contrarrestar cualquier tentación de vigencia ultraterritorial de la ley penal, más allá de la referencia axiológica que impone la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados.

En el presente caso, sin embargo, carece de sentido invocar la aplicación de este precepto, pues el hecho reputado delictivo fue cometido, según aclara la querella entablada por el Ministerio Público, en aguas internacionales, eso sí, abarcadas por el tantas veces citado Convenio para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos. Pero tampoco este convenio -como razonamos *infra*- permite colmar la exigencia de una doble incriminación avalada por la comunidad internacional, única con capacidad para la regulación de esos espacios ultraterritoriales.

7 .- Tampoco pueden ser encajados los hechos que fueron objeto de querella en alguno de los tipos penales mencionados en el art. 23.3 de la LOPJ. En él se dispone que " *conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) de traición y contra la paz o la independencia del Estado; b) contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente; c) rebelión y sedición; d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales; e) falsificación de moneda española y su expedición; f) cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado; g) atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles; h) los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española; i) los relativos al control de cambios*".

Este precepto -clara expresión del principio real o de protección- no incorpora ninguno de los delitos imputados en la querella del Fiscal al repertorio de aquellas infracciones penales que pueden ser perseguidas por los tribunales españoles, sea cual fuere el lugar de comisión. Los delitos contra el medio ambiente por pesca ilegal (arts. 335o336 CP), falsedad documental (arts. 390y392 CP) o integración en grupo u organización criminal (arts. 570 *ter* 1 y 570 *quater* 2 y 3 CP) no protegen, a juicio del legislador, un bien jurídico de valor singular para la comunidad nacional, hasta el punto que resulte justificado romper las barreras impuestas por el principio de territorialidad.

Mayores matices sugiere el delito de blanqueo de capitales (arts. 301 y ss del

CP). En efecto, el apartado 4º del art. 301 establece que " *el culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero*". Se trata, por tanto, de una disposición de claro sabor procesal que ha sido incluida en el código penal con notoria descolocación sistemática. La redacción de este precepto sugiere que el delito de blanqueo se sujeta a un incondicionado criterio de persecución extraterritorial, equiparando la tutela penal del equilibrio del sistema financiero a la que reclaman otros bienes jurídicos de incuestionada validez para la comunidad nacional. Sin embargo, por mayor interés que revele el legislador en sortear los límites ordinarios en la aplicación de la ley penal, mal puede hablarse de una actividad de blanqueo de capitales si las ganancias no provienen de un delito. La necesidad de un delito antecedente -una *actividad delictiva* dice textualmente el art. 301 del CP - opera como una exigencia del tipo, sin el cual el juicio de subsunción se desmorona. Y parece evidente que el carácter conexo del delito de blanqueo de capitales, tal y como está anunciado en la querrela, no puede proclamarse en ausencia de un delito principal calificable como tal en el lugar de comisión o, al menos, perseguible en nuestro sistema.

8 .- La defensa aduce que la verdadera cobertura normativa para el adecuado tratamiento jurisdiccional de los hechos que fueron objeto de querrela hay que encontrarla, no en los apartados 2y3 del art. 23 de la LOPJ, sino en el apartado 4, letra d) del mismo precepto. En él se dispone lo siguiente: " *igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: (...) d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte*".

Tiene razón la defensa.

Es en este precepto donde se enumeran los delitos susceptibles de persecución en España cuando hayan sido cometidos "... *en los espacios marinos*". Y también ahora el listado se olvida de los delitos por los que el Fiscal formula querrela. Se impone, por tanto, el análisis de la cláusula de cierre que se contiene en el apartado p) del mismo precepto, que extiende la aplicación de la ley penal a cualquier otro hecho delictivo ejecutado fuera del territorio nacional " *cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos* ".

Sin embargo, la lectura de los principales preceptos de la Convención invocada en las resoluciones objeto de recurso no revela un propósito de las partes contratantes de imponer la persecución penal obligatoria de las infracciones de pesca en la captura de austromerluza. Su literalidad refleja con claridad esta idea. Nos referimos, claro es, a la Convención, hecha en Canberra el 20 de Mayo de 1980, referida a la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, cuyo Instrumento de adhesión fue publicado en el BOE de 25 de mayo de 1985. En su art. II se establece que " *el objetivo de la presente Convención es la conservación de los recursos vivos marinos antárticos*". Añade su apartado 2º que " *para los fines de la presente Convención, el término*

«conservación» incluye la utilización racional".

Es en el apartado 3 en el que se definen lo que las partes contratantes denominan los *principios de conservación*: "toda recolección y actividades conexas en la zona de aplicación de la presente Convención deberá realizarse de acuerdo con las disposiciones de la presente Convención y con los siguientes principios de conservación:

a) *Prevención de la disminución del tamaño de la población de cualquier especie recolectada a niveles inferiores a aquellos que aseguren su restablecimiento a niveles estables. Con tal fin no deberá permitirse que disminuya a un tamaño inferior a un nivel aproximado al que asegure el mayor incremento anual neto.*

b) *Mantenimiento de las relaciones ecológicas entre poblaciones recolectadas, dependientes y afines de los recursos vivos marinos antárticos y reposición de poblaciones disminuidas por debajo de los niveles definidos en el apartado a).*

c) *Prevención de cambios o minimización del riesgo de cambios en el ecosistema marino que no sean potencialmente reversibles en el lapso de dos o tres decenios teniendo en cuenta el estado de los conocimientos existentes acerca de las repercusiones directas e indirectas de la recolección, el efecto de la introducción de especies exóticas, los efectos de actividades conexas sobre el ecosistema marino y los efectos de los cambios ambientales, a fin de permitir la conservación sostenida de los recursos vivos marinos antárticos.*

El art. III incluye el compromiso de las partes contratantes de proscribir toda actividad ilegal, por su oposición a los principios y propósitos proclamados en la Convención: " *las Partes Contratantes, sean o no Partes en el Tratado Antártico, acuerdan que no se dedicarán en la zona del Tratado Antártico a ninguna actividad contraria a los propósitos y principios del Tratado Antártico, y conviene en que, en sus relaciones entre sí, están vinculadas por las obligaciones contenidas en los artículos I y V del Tratado Antártico*".

De especial importancia es el enunciado del art. XXI, en el que las partes contratantes asumen el compromiso de velar por el cumplimiento de las reglas impuestas por la Convención. Pero la Sala no detecta en su contenido ningún mensaje imperativo orientado a la incriminación penal de las conductas infractoras: " *1. Cada una de las Partes Contratantes adoptará las medidas adecuadas, dentro de su competencia, para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la presente Convención y de las medidas de conservación adoptadas por la Comisión que sean obligatorias para la Parte de conformidad con el artículo IX de esta Convención. 2. Cada una de las Partes Contratantes transmitirá a la Comisión información sobre las medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, inclusive la imposición de sanciones por cualquier violación de esta Convención*".

La misma idea late en el art. XXII cuando proclama en sus dos apartados lo siguiente: " *1. Cada una de las Partes Contratantes se compromete a hacer los esfuerzos apropiados, compatibles con la Carta de las Naciones Unidas, con el fin de que nadie se dedique a ninguna actividad contraria al objetivo de la presente Convención. 2. Cada una de las Partes Contratantes notificará a la Comisión cualquier actividad contraria a dicho objetivo que llegue a su conocimiento*". Y en el art. XXIV, en el que se anuncian y definen los mecanismos de observación e inspección: " *1. Con el fin de promover el objetivo y asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la presente*

Convención, las Partes Contratantes acuerdan que se establecerá un sistema de observación e inspección. 2. El sistema de observación e inspección será elaborado por la Comisión sobre la base de los siguientes principios:

a) Las Partes Contratantes cooperarán entre sí para asegurar la aplicación efectiva del sistema de observación e inspección, teniendo en cuenta las prácticas internacionales existentes. Dicho sistema incluirá «inter alia», procedimientos para el abordaje e inspección por observadores e inspectores designados por los miembros de la Comisión, y procedimientos para el enjuiciamiento y sanciones por el Estado del pabellón sobre la base de la evidencia resultante de tales abordajes e inspecciones. Un informe sobre dichos procesos y las sanciones impuestas será incluido en la información aludida en el artículo XXI de esta Convención".

El mismo tono programático, ajeno a toda nota de imperatividad, se aprecia en las previsiones del Reglamento 601/2004 CE del Consejo, de 22 de Marzo, referido a las "medidas de control a actividades pesqueras en la zona de la Convención para la Conservación de Recursos Vivos Marinos Antárticos", publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (Serie L) con fecha 1 de abril de 2004 (cfr. art. 32).

Por cuanto antecede, procede la estimación del recurso entablado, declarando que los hechos que fueron objeto de querrela por el Ministerio Fiscal desbordan los límites de la jurisdicción española, procediendo el sobreseimiento libre de la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional.

9.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

DECLARAR HABER LUGAR al recurso de casación promovido por la representación legal de **Hugo**, y a los recursos de casación formalizados por adhesión y que han sido entablados por la representación legal de Pedro Enriquey Santiago, contra el auto 365/16, fechado el día 15 de junio de 2016, dictado por la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, por el que se desestimaba el recurso de apelación promovido por los recurrentes contra el auto de 9 de mayo de 2016, suscrito por la titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, en el marco de las diligencias previas 114/2015, incoadas por los delitos contra el medio ambiente, blanqueo de capitales, falsedad documental e integración en grupo u organización criminal, **anulando** dicha resolución y acordando que por el órgano competente se concluya y archive el procedimiento conforme a derecho, **decretando el sobreseimiento libre** por falta de jurisdicción de los tribunales españoles.

Se declaran de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Manuel Marchena Gómez D. Luciano Varela Castro D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral García D. Pablo Llarena Conde

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Voto particular

FECHA:23/12/2016

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Antonio del Moral García, RESPECTO DE LA SENTENCIA Nº 974/2016 DE FECHA 23 DE DICIEMBRE QUE RESUELVE EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 1.331/2016.

I.

Vaya por delante, mucho más allá del obligado respeto o acatamiento protocolarios, la constancia de mi más sincera y honda admiración por la sentencia de la mayoría, de brillante factura técnica, elegante literatura con imágenes expresivas y profundidad analítica. Contrastará todo ello con las carencias de esta opinión discrepante que lamento exteriorizar pues hará inevitable una comparación en la que tengo todo que perder. Hubiese preferido ahorrarme estas líneas y guardarme para mí estas reflexiones. Pero por más posibles disculpas que han desfilado por mi cabeza, no he encontrado ninguna que justificase esconder el criterio contrario a la mayoría que defendí, sin duda torpemente, en la deliberación, y que me creo obligado a aflorar asumiendo esos costes.

Tres elementos integran mi discrepancia: **a)** la cuestión de la impugnabilidad en casación de la resolución de la Audiencia Nacional; **b)** la interpretación que se confiere al principio de personalidad en la aplicación de la ley penal en el espacio; y **c)** el silencio sobre el delito de falsedad, infracción que queda olvidada tras la apabullante argumentación -que comparto- sobre el convenio relativo a la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos y sobre los delitos de blanqueo de capitales y, por extensión, los de organización o grupo criminal.

II.

La resolución combatida no tiene acceso a la casación. Ni después de la reforma procesal de 2015 que entró en vigor hace un año; ni, mucho menos, antes de esa modificación legal. Esa es mi tesis.

Situémonos: estamos ante un auto dictado por la Instructora en la fase de diligencias previas de un procedimiento abreviado que rechaza la petición de la defensa para que se archive la causa y se clausure la investigación en virtud de la aducida falta de jurisdicción de nuestros Tribunales (art. 23 LOPJ). Tras la denegación de la reforma, se accede a la apelación (art. 766 LECrim) que es desestimada por Auto dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el que se hace constar, a mi juicio con toda la razón, que no cabe recurso ulterior alguno.

Pues bien frente a la cristalina, según mi criterio, evidencia de tal aseveración, asumida también por el Fiscal del Tribunal Supremo, la sentencia mayoritaria abre paso a la casación a través de un triple salto mortal interpretativo, tan audaz como

habilidoso y exitoso, contando con la red de una analogía más aparente que real. El *iter* argumental que recorre acaba con una insólita resolución que rompe las costuras del sistema legal de recursos frente a resoluciones interlocutorias. Se alumbra una decisión que, en lo que alcanzo a conocer, carece de cualquier precedente. Es no solo insólita, sino inédita: el Tribunal Supremo resolviendo una casación decreta *ex novo* (es decir no por la vía de confirmar una resolución precedente) el sobreseimiento libre de unas diligencias previas en tramitación.

Por más lecturas que hagamos de los preceptos que disciplinan el recurso de casación o el régimen de impugnabilidad de autos; y más vueltas que le demos a la imaginación rebuscando algún supuesto, no encontraremos (al menos yo he sido incapaz de hacerlo) ningún caso en que como consecuencia de la estimación de un recurso de casación se decrete un sobreseimiento no acordado en anteriores instancias.

Tres piruetas exegéticas permiten derrumbar la aparente infranqueabilidad de ese muro diseñado por unas norma legales, tozudas, pero que resultan ser muy moldeables y nada resistentes frente a las herramientas exegéticas utilizadas:

a) Primeramente se lee *casación* donde el legislador de forma deliberada escribió *apelación* (art. 676.3º LECrim) (el contexto -un voto particular- autoriza esta consideración que incide en el criterio oficial de esta Sala -que acato y aplico: acuerdo de 18 de julio de 2006- emanado del Pleno no jurisdiccional de 8 de mayo de 1999).

b) En un segundo paso se adelanta a fase de instrucción lo que la ley prevé en exclusiva para la fase intermedia: arts. 666 y ss y en especial art. 676 LECrim.

c) Por fin, y en un último *dribling* argumental, se asimilan las decisiones denegatorias a las que aceptan una pretensión basada en la falta de jurisdicción, torciendo el axioma de que a la casación solo acceden las resoluciones **definitivas**, es decir aquéllas que ponen fin al proceso (art. 848 LECrim), principio que solo cede ante previsiones expresas y, por lo demás excepcionales, de la ley.

La concepción del legislador está imbuida de una lógica aplastante. La casación sirve para corregir la interpretación de la ley realizada por los tribunales inferiores. Al igual que el recurso de amparo y aunque no se cuente con formulación legal expresa, las puertas de la casación han de abrirse solo cuando ya los tribunales inferiores han dicho su última palabra, es decir, cuando se pone fin al proceso en la instancia previa. A ese criterio general obedece el actual art. 847.2. LECrim. Mientras tanto, se impide entorpecer la marcha de la investigación o del proceso incrustando continuas posibilidades de casación. Si alguien es imputado, procesado o acusado por hechos que se discute si son constitutivos de delito, la ley quiere que resuelva el Tribunal de instancia. Solo si aborta el procedimiento anticipadamente será posible en determinadas condiciones acceder a la casación. En otro caso será preciso esperar su pronunciamiento definitivo para debatir la cuestión en esta sede.

Comparto la consideración efectuada por la mayoría enlazando con otros precedentes: las cuestiones sobre jurisdicción tienen la suficiente importancia como para que sea el Tribunal Supremo quien fije el criterio. Pero ese criterio ha de establecerlo en el momento procesal adecuado según la legitimación. No a destiempo.

El argumento que utilizan los impugnantes para justificar la posibilidad de casación consistente en que no tendría sentido aguardar a la sentencia, dilapidando

esfuerzos procesales, para corregir el supuesto error, es efectista pero infundado. Si se le da pábulo habría que admitir el recurso de casación contra el auto de admisión de querrela, contra el auto de imputación, contra el auto de apertura del juicio oral etc,... por virtud de igual discurso: ¿por qué postergar el pronunciamiento del Tribunal Supremo a un momento ulterior cuando en aras de la economía procesal podría dejarse ya zanjada la cuestión evitando investigación, recursos incidentales, trámites y hasta el mismo juicio oral? Cualquier cuestión jurídica que pudiera determinar el archivo de la causa debería poder traerse a casación en cualquier momento.

No se adapta esa consideración al orden procedimental establecido en nuestra legislación. Es patente. El recurso de casación se pospone al momento en que se adopta una resolución que pone fin al procedimiento exteriorizando el criterio definitivo del Tribunal de instancia. No se permite al Tribunal de casación irrumpir abruptamente en una investigación en marcha cerrándola sin más.

En los casos excepcionales en que se habilita una casación frente a resoluciones interlocutorias que no ponen fin al proceso son otras las razones que justifican la previsión legislativa: evitar nulidades que supondrían la necesidad de **repetir** costosos actos procesales. Eso es lo que explica la previsión del art. 676.3 LECrim. Se admite casación, sea cual sea el sentido de la decisión del artículo de previo pronunciamiento, cuando está en juego la competencia. Se quiere ahuyentar el fantasma de un juicio oral celebrado ante un tribunal incompetente que luego habría de repetirse ante el competente (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19 de diciembre de 2013 y STS 604/2014, de 30 de septiembrecitada por el recurrente). El legislador quiere que el tema de la competencia -no el de la jurisdicción- llegue definitivamente resuelto al juicio oral. No sucede así con el resto de cuestiones previas que solo acceden a casación cuando implican la terminación del proceso. En los demás casos hay que esperar a la sentencia para replantearlas en casación. Es más, en el procedimiento abreviado (y en esa modalidad procesal nos encontramos) el art. 786.2 LECrim permite cuestionar incluso que quepa casación previa contra la decisión desestimatoria de la declinatoria.

Aquí se invocaba por los recurrentes ese argumento de supuesta analogía con el art. 676.3 para admitir la casación, razonamiento que ha convencido a la mayoría. No se repara en una diferencia trascendental que priva de base a la analogía pues no se detecta identidad de razón. Pese a la similitud terminológica que en ocasiones puede producir equívocos, entre las cuestiones de competencia interna (qué juez o Tribunal de los que integran la jurisdicción española está llamado a conocer de un asunto) y los temas de aplicación de la ley penal en el espacio hay pocas semejanzas. En un caso estamos ante una cuestión de derecho procesal estricto: siempre hay un juez competente, pero se discute cuál. En el otro, el derecho procesal -jurisdicción- se ve desbordado y sobrepasado por el mismo derecho penal sustantivo: conectamos con el principio de legalidad penal pues se trata de dilucidar cuál es el ámbito espacial de aplicación de la ley penal (un tema clásico y obligado en cualquier tratado del derecho penal). No estamos decidiendo qué jurisdicción es la competente -una u otra-, sino ventilando si una ley penal estatal obliga a una persona que no se encontraba en territorio nacional. La decisión no consistirá en atribuir la competencia a uno u otro órgano (art. 666.1 LECrim), sino en dilucidar si procede o no el sobreseimiento. Esto no guarda analogía con una decisión sobre competencia. En cambio sí es resolución estrechamente emparentada con las que decretan un sobreseimiento libre.

Recordemos los requisitos para que una decisión de sobreseimiento sea controlada en casación: solo si se acuerda el sobreseimiento -no cuando lo deniega-,

solo si hay procesados; y solo si es libre. Aquí se prescinde de todos esos condicionantes. La analogía con estos supuestos es lo que ha permitido a esta Sala Segunda conocer de recursos de casación interpuestos contra decisiones que declaraban la falta de jurisdicción de nuestros tribunales lo que es asimilable a un sobreseimiento (además de las citadas en la sentencia mayoritaria, SSTS 345/2005, de 18 de marzo, 645/2006, de 20 de junio y 1240/2006, de 11 de diciembre). Pero nunca cuando la decisión interlocutoria era la contraria (se afirmaba la jurisdicción). En esos casos se hace preciso esperar a la sentencia para debatir en casación (no pocas muestras de esta situación encontramos en los repertorios de jurisprudencia: por todas, SSTS 1362/2004, de 15 de noviembre y 1387/2011, de 12 de diciembre). De hecho, el legislador de 2015 lo que ha querido hacer -y ha hecho- es llevar a la ley esa interpretación jurisprudencial: cabe casación contra los autos definitivos **cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción** (nuevo art. 848 LECrim). Ese recurso no es *reversible*. Solo cabe cuando se declara la falta de jurisdicción, no cuando se afirma (procederá en su caso contra la sentencia). Lo mismo que solo cabe la casación contra los autos de sobreseimiento; no contra los autos de *no sobreseimiento*.

El recurso debió ser desestimado sin entrar a analizar el fondo, por concurrir la causa de inadmisibilidad del art. 884.2 LECrim .

III.

No debería esta Sala haber entrado a resolver el fondo del recurso. Su análisis habría de quedar diferido a un momento posterior (si es que llega): el recurso contra la sentencia o el auto de sobreseimiento que pudiera dictarse. De cualquier forma quiero dejar constancia de dos reflexiones que representan otras tantas discrepancias con la opinión mayoritaria. Asomándome a ese fondo, aunque sea de una manera somera, sin propósito de ofrecer una solución definitiva (que reputo prematura y precipitada también por razones no exclusivamente procesales: faltan datos relevantes, algunos de los cuales posiblemente pendan del curso de las investigaciones), creo que no hay base material ni jurídica suficiente en el actual estado de las actuaciones para concluir con rotundidad como hace la sentencia mayoritaria que la jurisdicción penal española carece de competencia para conocer de ninguno de los diversos hechos que se están investigando.

Los investigados ostentan la nacionalidad española y al parecer residen en España. Eso permite ponderar la posible habilitación competencial de la jurisdicción penal española a través del principio de personalidad (art. 23.2 LOPJ). La sentencia mayoritaria lo descarta por entender que no concurre el requisito de la doble incriminación (dogmáticamente tratado como una condición objetiva de punibilidad).

Que los hechos no sean constitutivos de delito en Nueva Zelanda es indiferente. Hay que estar, sin perjuicio de matices que luego se introducirán, al pabellón del barco, Guinea Ecuatorial, que determina su nacionalidad y atrae la jurisdicción. Sobre la punibilidad o no de los hechos en tal nación, cuyo ordenamiento jurídico guarda estrechas vinculaciones y en algún caso identidad con legislación española ya derogada, nada consta o nada se ha indagado. Es precipitado presumir que no existe norma penal alguna en tal nación que fuese aplicable.

Me parece, por otra parte, un argumento forzado y artificioso que aletea tácitamente en el discurso de la mayoría, entender que como en sí la actividad de pesca no se realiza *en* la embarcación, sino *desde* la embarcación, el hecho se habría

producido en alta mar, es decir en *tierra de nadie* (o, mejor, para salvar la paradoja, en *aguas de nadie*).

Esa exégesis, unida a una interpretación del principio de personalidad tan estricta como la manejada por la mayoría lleva a consecuencias que se me antojan inasumibles.

El principio de personalidad no permite perseguir una conducta que se ha realizado en un país cuya legislación no la castiga. Pero creo que no es correcto de ahí colegir que los espacios terrestres, marinos o espaciales, situados al margen de toda soberanía nacional se convierten en pleno siglo XXI en *ciudades sin ley*, donde todo se puede hacer, salvo los delitos en los que rige el principio de justicia universal y que conforman un listado amplio pero en cualquier caso limitado y con notables ausencias.

Un nuevo ingrediente exagera aún más la inasumibilidad de las consecuencias. Pienso en embarcaciones sin pabellón (y, por tanto, no sujetas en principio a soberanía de ningún estado cuando están en alta mar); o en las que llevan varios pabellones o un pabellón de conveniencia, sin vínculos reales con el país. Según la legislación del mar estaríamos ante supuestos en que ningún país ejerce jurisdicción (arts. 91 y siguientes de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982).

Pues bien, eso supondría que actos como acribillar a disparos desde un barco en alta mar a naufragos que luchan por no ahogarse (en supuesto que no es fruto de la imaginación como enseñan unas terribles imágenes filmadas que circulan por la red), desde un barco sin pabellón, sería ajeno a la jurisdicción española aunque los autores sean españoles, residan en España y desembarquen en territorio español. El requisito de la doble incriminación estaría ausente y nuestro delito de piratería, rescatado felizmente hace pocos años, tiene unas limitaciones terminológicas que lo distancian de otras concepciones (art. 15 del Convenio de Ginebra de 1958). No puede ser correcta una exégesis que conduce a conclusiones tan poco suscribibles. Ciertamente no es lo mismo la conducta aquí analizada -no entro ahora por no ser momento ni lugar para debatir si colma las exigencias típicas del art. 335 CPlO que es muy cuestionable: eso es lo que debe ventilarse y decidirse en el proceso penal abierto, con posibilidad, en su caso, de casación-. Pero el criterio interpretativo que se sienta no puede sustraerse a su inherente vocación de generalización. Y pensemos en otras infracciones como los delitos contra los trabajadores que tampoco son puramente hipotéticos en esos escenarios (Informe "*Buques esclavos y competencia*" de la Comisión Marítima Internacional -International Commission on Shipping). Resulta un sinsentido premiar a quienes navegan sin pabellón o con una Bandera de conveniencia o no auténtica con el propósito de sacudirse del imperio de toda legislación nacional).

Dejo nuevamente esbozada esta línea argumental. Sumergirse (en sentido figurado: la temática que se está tocando parece exigir esta apostilla) en ella hasta agotarla exigiría adentrarse en el estudio de otros preceptos convencionales (vid., por ejemplo, art. 117 de la Convención sobre Derecho del Mar) y escudriñar en la atormentada redacción del vigente art. 23 LOPJ. Abundar más en ello supondría traicionar la inicial premisa de este voto.

IV.

Por fin, y con esto acabo, llama la atención el silencio que se guarda respecto de los supuestos delitos de falsedad también objeto de investigación y cuyo lugar de

comisión no consta. La lectura de la sentencia no permite conocer las razones por las que son excluidos. Desde luego si la razón es que al no estar acreditado dónde se han cometido se debe presumir que se han perpetrado en un lugar donde falsificar no es infracción penal o en zona (alta mar o embarcación sin pabellón real) no sometida a jurisdicción soberana alguna no puedo compartirlo. La falsedad atribuida a españoles perpetrada en territorio no nacional es perseguible en principio por los Tribunales españoles.

La argumentación que sobre ese extremo vuelcan los recurrentes se encamina más bien a solicitar respecto de esa infracción el sobreseimiento provisional, una nueva prueba del anómalo planteamiento de origen de este debate casacional. No es eso propio de la casación, como tampoco lo es en este momento medir el alcance del *non bis in idem* y el efecto bloqueador del proceso penal de una previa sanción administrativa, como plantea el impugnante adhesivo con profundidad pero a destiempo, lo que otra vez se convierte en razón para orillar el abordaje (en sentido también figurado) de ese tema (alguna muy reciente Sentencia del TEDH, así como la jurisprudencia constitucional parecen militar en contra del criterio defendido).

Antonio del Moral García

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gómez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.