



Recurso Nº: 1331/2016

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia Nº: 974/2016.

RECURSO CASACION Nº: 1331/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Voto Particular

Señalamiento: 30/11/2016

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

N°: 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°: 974/2016

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez
D. Luciano Varela Castro
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Antonio del Moral García
D. Pablo Llárcena Conde

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida 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



Recurso Nº: 1331/2016

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 **MANUEL ANTONIO VIDAL PEGO**, basa su recurso en un único motivo de casación:

Único.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim por 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. 885.1 y 2 de la LECrim y 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.



Recurso Nº: 1331/2016

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 austrómerluza 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

vía del artículo 666 de la LECrim a 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 Manuel Vidal Pego no 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 SSTS 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

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

"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



Recurso Nº: 1331/2016

Para concluir la viabilidad del recurso de casación formalizado por la defensa de Manuel Vidal 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 Manuel Vidal, 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

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

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 querrela 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. 335 o 336 CP), falsedad documental (arts. 390 y 392 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

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

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).



Recurso Nº: 1331/2016

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 Lajarúa Conde

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.

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.

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 ó 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 ó 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

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

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* 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

pedaño a veintitres de Diciembre de dos mil dieciséis.