

LEY PENAL, AGUAS INTERNACIONALES Y EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL¹

Gonzalo Quintero Olivares

Catedrático de Derecho Penal
Universitat Rovira i Virgili de Tarragona

Sumario: 1. Introducción: daño ecológico-marino y globalización. 2. La pesca ilegal y el Derecho penal. 3. Incriminationes y jurisdicción. 3.1. Los hechos delictivos. 3.1.1. Infracciones penales relacionadas con la pesca. 3.2. El alcance de la jurisdicción de los tribunales españoles. 3.3. Españoles embarcados en buques extranjeros dedicados a la pesca ilegal. 3.4. La naturaleza jurídica de la competencia. 3.5. Pesca excesiva y pesca prohibida realizada y vendida fuera de España. 3.5.1. Pesca excesiva. 3.5.2. Pesca prohibida realizada y vendida fuera de España. 3.6. Otras posibles infracciones penales. 3.6.1. Delitos tributarios. 3.6.2. Alteración de precios en el mercado pesquero. 3.6.3. Delitos contra los derechos de los trabajadores. 4. La preferencia jurisdiccional de otros Estados. 4.1. La jurisdicción de otro Estado o la del Estado del pabellón. 4.1.1. La jurisdicción de otro Estado. 4.1.2. Los territorios flotantes. 4.1.3. La jurisdicción preferente del Estado del pabellón. 5. Los problemas de los pabellones de conveniencia. 5.1. Los riesgos de la «justicia penal ficticia». 6. El principio de personalidad activa y la nacionalidad de las personas jurídicas. 6.1. La nacionalidad de las personas físicas. 6.2. Las personas jurídicas y los daños transnacionales. 6.3. El problema de los *holdings* encubiertos. 7. La última y preocupante jurisprudencia española sobre competencia extraterritorial: un paso atrás. 7.1. La sentencia y el voto particular. 7.2. Valoración crítica. 8. La pesca excesiva.

1. INTRODUCCIÓN: DAÑO ECOLÓGICO-MARINO Y GLOBALIZACIÓN

La conciencia de que el medio ambiente, los recursos naturales y la flora y la fauna son bienes que no pertenecen en exclusiva a ningún Estado siempre ha estado presente en el pensamiento jurídico de nuestro tiempo. Así, como daños que van más allá de la aislada capacidad de control de los Estados, se recuerdan los desastres de contaminación producidos por el hundimiento de petroleros provocando mareas negras, o la definitiva desaparición de especies marinas a causa de la sobreexplotación o la pesca ilegal.

Hoy, por lo tanto, nadie duda de la capacidad de expansión transnacional del daño ambiental, en el aire o en las aguas marítimas o fluviales. Ciertamente que el medio ambiente, —y, en concreto, la riqueza de la fauna pesquera— no es el único bien jurídico que puede ser lesionado en un lugar, expandiendo el efecto nocivo de la infracción por un espacio superior, pero sin duda es aquel en que la facilidad de la expansión es mayor. Por ese motivo, las consecuencias o efectos del eventual delito pueden llegar a puntos muy alejados del lugar de la acción, y eso *por sí solo* se opone a cualquier pretensión de atribuir un carácter «nacional» o «local» a las políticas penales de protección.

A eso hemos de añadir, y más abajo volveremos sobre ello, la posibilidad de que la acción

destructiva o lesiva se haya producido en un espacio que no pertenezca a ningún concreto Estado (en aguas internacionales); en esos casos, se impondrá un concierto internacional sobre la materia de que se trate, como hay, en parte, para determinadas clases de pesca y para los vertidos en alta mar.

Es claro, pues, que ha ido aumentando la conciencia de que los ataques a los recursos naturales son claramente, un problema de todos y que todos los Estados deben abordar solidariamente. Pese a ello, no puede afirmarse que el nivel de protección jurídica de los mares sea óptimo, ni siquiera completo.

En 1992 se aprobó el Convenio sobre Diversidad Biológica, que no se tradujo en especiales acciones de protección. En junio de 2015, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó una resolución orientada a alcanzar un tratado jurídicamente vinculante para la conservación de la biodiversidad marina en alta mar, en aguas internacionales. Ese iba a ser el primer tratado mundial dedicado a la protección mundial de la biodiversidad marina. De alcanzarse, sería un gran paso en orden a la protección de los océanos y los recursos o ecosistemas vitales con *la intervención en aguas internacionales de cualquier lugar del mundo* y no solo en las que están afectadas por un tratado regional, como es el caso del Tratado Antártico, del que tendremos que hablar más adelante. De esa manera, según se dice en las organizaciones no gubernamentales preocupadas por los problemas del mar, se acabará con la anomalía de que el alta mar, que supone cerca de la *mitad* del planeta, siga siendo un mundo sin ley que esconde las reservas marinas. Los propósitos de 2015 se retomaron en abril de 2016, año en el que se iniciaron las negociaciones para alcanzar un nuevo tratado internacional sobre biodiversidad marina.

Con ese tratado se sustituiría a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, que no incluye la biodiversidad marina en las áreas situadas fuera de las jurisdicciones nacionales, lo cual da lugar a que

casi dos tercios de las aguas oceánicas están desprotegidas. Según el programa de trabajo que ha transcendido, se confía en alcanzar un acuerdo sobre el tratado para fines de 2017. Cuando eso suceda, y esperemos que así sea, se producirán derivaciones jurídicas, también penales, para los Derechos de todos los Estados miembros, aunque no faltarán los que se nieguen a aceptarlo o los que lo acepten sin voluntad de cumplirlo, pues no ha despreciarse el poder de los intereses pesqueros y del transporte marítimo.

Aceptado que, por lo menos, existe una comunión de ideas y una extendida convicción de que estos problemas no se resuelven sin una decidida acción del Derecho penal y la cooperación judicial, hemos de afrontar la realidad y esta muestra que, al igual que sucede con la criminalidad organizada, mientras no se renueven los instrumentos jurídicos internacionales, y, con ellos, las ideas dominantes sobre *competencia jurisdiccional penal*, toparemos con las ideas tradicionales sobre el principio de territorialidad; en esas condiciones es muy difícil articular una lucha eficaz contra las agresiones ambientales, entre las cuales se deben incluir los actos contra los recursos naturales. La destrucción de los ecosistemas marinos, como actividad masiva, es el ejemplo máximo de contradicción entre ideas universalmente aceptadas y la puesta en práctica de esas ideas.

La eficacia en la persecución de esos hechos, obliga, pues, a *una revisión de los actuales principios determinantes de la competencia*. Hasta ahora, los esfuerzos de la UE se han plasmado en la extensión y ampliación de los objetos de protección ecológico-ambientales. También se ha promovido la necesidad de suministrar información y se ha aceptado el papel de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la preservación del ambiente; tanto a ellas como a los ciudadanos se les reconoce legitimación para la acción penal en delitos contra el medio ambiente. Pero tal vez el terreno menos arado sea el de la competencia jurisdiccional², y es ahí donde puede producirse el fracaso de

las mejores intenciones de los legisladores nacionales y europeo.

Dos son los caminos que se pueden tomar ante un problema de esa naturaleza:

- a) Asumir que el delito se ha cometido en el propio territorio, prescindiendo de que las acciones o los resultados se hayan producido en otros lugares y entendiéndose que se trata de un bien jurídico supranacional que no conoce fronteras.
- b) Reconocer la competencia jurisdiccional *simultánea de todos* los Estados que consideren inaceptable esa clase de acciones y que así lo hayan convenido mediante tratado.

La segunda vía, que por supuesto habría de someterse a cautelas de toda clase, consiste en respetar la «preferencia de paso» del Estado desde el que se ha producido el daño o del Estado que peores consecuencias haya sufrido, o, en el caso de que se trate de aguas internacionales, del Estado al que pertenezca el buque desde el que se haya cometido el hecho o, directamente, del Estado que hubiera aprehendido a los responsables, lo cual sería, a mi juicio, más coherente con el pretendido carácter «supranacional» del bien jurídico tutelado.

En la línea de la «supranacionalidad» de los criterios de lucha, tenemos algunos datos significativos. Por ejemplo, el régimen de la Orden Europea de Arresto y Entrega³ comprende los delitos contra el medio ambiente, lo que incluye desde el daño ambiental hasta los delitos contra la flora y la fauna incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas. Así pues, *la posibilidad de una competencia transnacional y simultánea no es algo «escandaloso»* ni tiene por qué ser fuente de conflictos internacionales, sino que podría contribuir a la mejor defensa del bien tutelado⁴.

Por supuesto que en principio no es admisible la idea de negar la competencia al Estado en cuyas aguas territoriales se ha producido el daño, y esa es una prevención que no solamente

tiene sentido para los supuestos de destrucción de recursos marinos, sino también para cualquier otro delito. Ahora bien, sería ingenuo y peligroso olvidar que las acciones destructivas en materia ambiental —y no solo me refiero a la destrucción o el abuso pesquero— pueden haberse producido con la tolerancia o pasividad del Estado en cuyas aguas ha acaecido el hecho o cuya bandera porta el buque que comete el hecho (parte «flotante» de su territorio).

Por lo tanto, el *problema de la competencia jurisdiccional penal será una cuestión central en el análisis de la lucha contra las actividades dañinas para los recursos marinos*. Precisamente por ese motivo causa escándalo la última posición⁵ del Tribunal Supremo español sobre los límites de la competencia jurisdiccional, que más adelante analizaremos.

La UE ha aprobado directivas y reglamentos que necesariamente determinan, al menos en teoría, la introducción de cambios en el Derecho interno, determinado la creación de delitos contra bienes jurídicos que tienen carácter supranacional, y, junto al ambiente, tenemos los riesgos catastróficos por la energía nuclear, el control de alimentos y medicamentos, el blanqueo de dinero, etc., y, con ellos, por supuesto, los delitos contra intereses de la propia UE⁶.

Se trata, pues, de continuar una senda que ya está abierta.

2. LA PESCA ILEGAL Y EL DERECHO PENAL

La pesca ilegal —de lo que haya de calificarse como pesca ilegal a efectos penales me ocuparé después— es un problema de enorme gravedad por motivos que sería ocioso exponer, pues son de todos conocidos. Una parte de esa actividad se desarrolla en aguas internacionales, hecho que no quiere decir que esas aguas estén sustraídas al Derecho, pues existen diferentes

tratados y convenios que disciplinan lo que en ellas puede y no puede hacerse.

Otra dimensión de la actividad pesquera es que, a veces, se realiza por buques que portan *pabellón de conveniencia*⁷, o que son apátridas. De lo que son y suponen estos pabellones en el Derecho internacional no voy a ocuparme especialmente, pero la dimensión penal y procesal del uso de banderas de conveniencia será el tema central de mi estudio.

Al margen de que la pesca ilegal pueda ser delictiva en sí misma, es una actividad que puede ser además campo para la comisión de otros delitos (contrabando, tributarios, relativos a la competencia, contra los derechos de los trabajadores). La apreciación de infracciones penales que se pueden cometer en el marco de la actividad de pesca ilegal (la pesca no declarada y no reglamentada (INDNR)) depende, por supuesto, de las tipicidades que contenga *cada legislación penal nacional*, y en estas páginas me limitaré al Derecho penal español, el cual declara delictiva (art. 334-1-a del Código Penal) la pesca de *especies protegidas*.

A la posible tipicidad de actividades ligadas a la pesca ilegal se une el no menor problema de la capacidad para juzgar que han de tener los tribunales penales españoles, la cual dependerá, en primer lugar, de la propia legislación orgánica española sobre alcance de la jurisdicción penal (básicamente, la Ley Orgánica del Poder Judicial), a lo que deberá añadirse los límites que al ejercicio de esa jurisdicción puedan oponerse desde el Derecho internacional.

Un problema de singular importancia en relación con la cuestión jurisdiccional es el ya mencionado uso de pabellones *de conveniencia*, cuya utilización, al margen de que persiga eludir obligaciones de toda clase —entre ellas, responder penalmente—, puede generar un problema de limitación del alcance de la jurisdicción.

Se parte de que buques con pabellón de conveniencia practican una pesca ilegal o abusiva que, además, tiene consecuencias de toda índole. Lógicamente, cuando un problema re-

viste suma gravedad se vuelve la mirada hacia el Derecho penal *en sentido amplio* esto es, sin concretar si debieran crearse *nuevos delitos* o si la preocupación procede de una supuesta *ineficacia del Derecho penal vigente*.

Es posible que ambas inquietudes tengan una razón de ser, y más adelante lo veremos. Pero bueno es advertir que, muchas veces, la sensación de ausencia de reacción represiva no trae causa de las carencias de la ley penal, sino de *dificultades para su aplicación* derivadas de otros factores. En segundo lugar, es importante tener en cuenta que existen vías no penales que pueden ser mucho más eficaces que el Derecho penal (lo cual no quiere decir que sean incompatibles con este), como es, por ejemplo, el recientemente entrado en vigor Acuerdo sobre medidas del Estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada⁸.

En tercer lugar, es también importante recordar que las necesidades de tipificación de nuevos delitos pueden referirse no solamente a acciones *directamente ligadas a la pesca ilegal*, sino también a *derivaciones colaterales* de esa actividad. Así se comprende que en el Informe del Consejo de Estado sobre las reformas a introducir en el Derecho español para adaptarlo a la normativa internacional y comunitaria en relación con la lucha contra la pesa INDNR⁹ se aconsejara, paralelamente a la adopción de medidas de lucha contra esta: por una parte, la reforma de la normativa tributaria para seguir el rastro de las ganancias en territorio español y, por otra, la tipificación autónoma de conductas de ingeniería financiera y societaria como delito específico.

En el marco internacional no puede apreciarse con claridad absoluta una corriente de opinión que reclame la intervención —o una mayor intervención— del Derecho penal. En el Derecho comunitario se indica a los Estados miembros que deben prever *sanciones administrativas fuertes y disuasorias*, empleando una terminología usual, y así lo hace el Reglamento del Consejo de 2008¹⁰, que en su art. 42 se-

ñala cuáles son las infracciones más graves, si bien en el art. 44-3 deja *al criterio de los Estados miembros el recurso al Derecho penal*.

Las acciones relativas a la pesca INDNR y las falsificaciones son las infracciones que se mencionan expresamente, pero eso no cierra la posibilidad de tratar penalmente esas infracciones e intervenir en otras dimensiones del problema que puedan propiciar nuevas tipificaciones.

No es esa la única muestra del criterio de la UE sobre el recurso al Derecho penal, si bien hay que recordar que *en algunos problemas concretos, como el de la tutela del medio ambiente*, concepto mucho más amplio que el de pesca destructiva, hace ya tiempo que se pronunció expresamente sobre la conveniencia de recurrir al Derecho penal¹¹; pero lo cierto es que, prescindiendo del interesante problema de la incapacidad de la UE para dictar directamente normas penales, hay que tener en cuenta que, en muchos problemas de los que se ocupa el Derecho comunitario, el protagonismo corresponde a antes más que a personas físicas. De ahí nació, precisamente, la recomendación de que se establecieran mecanismos para sancionar directamente y, si se creía adecuado, a través del Derecho penal, a las *personas jurídicas*.

Esa relativa prioridad cuantitativa de las empresas explica en parte la orientación a la sanción administrativa que tienen muchas de las indicaciones, lo cual, por supuesto, no excluye en modo alguno la vía de la exigencia de responsabilidad penal de la persona jurídica.

3. INCRIMINACIONES Y JURISDICCIÓN

La intervención del Derecho penal, por lo tanto, está sometida a dos condiciones, derivadas del principio de legalidad tanto en su dimensión básica (*nullum crime sine lege*) cuanto en su garantía criminal procesal (*nullum crime sine legale iudicium*), que implica la necesidad

de que los delitos sean juzgados respetando las condiciones de un proceso justo y por un tribunal que actúe de acuerdo con sus competencias constitucionales y respetando la eventual prioridad jurisdiccional de otros Estados.

Por supuesto, no se plantean problemas competenciales en relación con los delitos que se cometan en el mar territorial español¹², con independencia de que, en virtud de acuerdos bilaterales, España pueda renunciar a su jurisdicción a favor de la de los autores y víctimas de los delitos (personalidad activa y pasiva simultánea, por ejemplo: delito cometido por alemán contra alemán en un buque anclado en puerto español).

Diferente del concepto de mar territorial es el de *zona económica exclusiva*, reconocida por la Convención de Derecho del Mar de 1982¹³. Es esta una franja marítima que se extiende desde el límite exterior del mar territorial hasta una distancia de 200 millas marinas. En esa zona, cada Estado tiene derechos de explotación (art. 56 de la Convención) y debe asegurar la preservación de los recursos vivos frente a los riesgos derivables de un exceso de explotación. Es fácil comprender que, en relación con esa obligación, pueden darse diferentes situaciones:

- a) Que el Estado titular de esa zona (Estado ribereño) no tenga capacidad para ejercer ese control o, simplemente, no lo ejerza.
- b) Que el Estado ribereño no pueda explotar por sí solo los recursos posibles y permita a otros Estados realizar actividades pesqueras.
- c) Que el Estado ribereño forme parte de una organización superior —como es el caso de la UE— en cuyo marco se haya establecido para todos los miembros un sistema de cuotas por Estado, situación que, por razones en las que me detendré, es variable, sin olvidar algún problema concreto de enorme gravedad¹⁴.

En lo que interesa en estas páginas, el Estado ribereño tiene *jurisdicción sobre la protección y preservación del medio marino*, respetando, dentro de los límites que haya marcado en virtud de acuerdo, la libertad de pesca.

La conclusión que se deriva es clara: en el concepto de aguas *exclusivamente internacionales* solo podrán entrar *aquellas que no pertenezcan a la zona económica de ningún Estado*. El posible ejercicio de la jurisdicción penal de un Estado —respecto de hechos acaecidos fuera de su mar territorial— deberá analizarse desde la doble posibilidad de que se haya cometido en aguas internacionales o en aguas pertenecientes a la zona económica exclusiva de un Estado *que de facto no ejerza el control al que está obligado por el Derecho internacional*.

3.1. LOS HECHOS DELICTIVOS

En todo lo que rodea a la pesca INDNR es posible encontrar asidero para una tipificación penal en relación con algún hecho, pero está fuera de duda que la totalidad de las actividades constitutivas de pesca INDNR no son tipificables como infracciones penales, y, posiblemente, hacerlo sería un exceso legislativo que infringiría el principio de intervención mínima.

Sentado lo anterior, veamos qué actividades pueden tener dimensiones penales, *con arreglo, repito, al Código Penal español*, y prescindiendo momentáneamente del problema de la *preferencia competencial del Estado del pabellón*, veamos cuáles son las infracciones penales directa o indirectamente vinculables a las directamente atinentes a la pesca ilegal.

3.1.1. Infracciones penales relacionadas con la pesca

De acuerdo con el art. 334.1 del Código Penal, es claro que la pesca de especies protegidas es, en todo caso, *un supuesto de pesca ilegal perseguible como delito*. Para interpretar del tipo es preciso centrarse, como es lógico,

en el concepto de especie «protegida», que, evidentemente *no se limita a una sola razón de la protección*, ya que puede provenir tanto de la condición de especie en extinción como de especie en peligro. *La condición de protegida surge en la medida en que existan normas nacionales y, especialmente, supranacionales que impidan la pesca libre*, impedimento que puede llegar a la prohibición absoluta de su captura.

Se trata, técnicamente, de un elemento normativo del tipo y, por lo tanto, hay que acudir a fuentes extrapenales para interpretarlo. En el caso concreto de la especie conocida como *Dissostichus eleginoides*, comúnmente llamada merluza negra austral —o bacalao o róbalo de profundidad—, así como su pariente el *Dissostichus mawsoni*, cuya sobreexplotación ha llevado a los científicos a advertir que puede desaparecer en unos cuatro o cinco años, cabe plantear si su pesca es delictiva, pero respecto de su consideración como especie protegida hay que señalar que:

- a) En el catálogo que ofrece Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas ciertamente no aparece el *Dissostichus eleginoides* ni el *Dissostichus mawsoni*.
- b) Pero la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos de la Antártida (CCRVMA) *la declara especie protegida*. Esta Convención es un acuerdo internacional que fue adoptado en la Conferencia sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos celebrada en Canberra, Australia, el 7-20 de mayo de 1980. España forma parte de la Convención desde 1984. Además, la Convención se articula como parte del Tratado Antártico, del que España es parte por instrumento de adhesión de 9 de marzo de 1984. La CEE es parte contratante desde septiembre de 1981 (Decisión del Consejo

81/691/CEE, 04.09). España también es miembro desde su adhesión por instrumento de 9 de marzo de 1984.

- c) El artículo 96.1 de la Constitución española dispone: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional». La CCRVMA es parte del Tratado Antártico, suscrito y ratificado por España (*vid.* BOE 18 de febrero de 1998). En consecuencia, el concepto de especie protegida que utiliza el art. 334 del Código Penal también *se puede y se debe interpretar* acudiendo al mencionado Tratado y, en virtud de ello, cabe sostener que la pesca de las especies a las que se refiere la CCRVMA puede tipificarse como delito con arreglo al Derecho español.
- d) El Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES), al que España se adhirió en 1986, es aplicado por la UE desde 1982. Desde 2002, los Estados que pertenecen al CITES, directamente o a través de su pertenencia a la UE¹⁵, se comprometieron a vigilar la pesca de la merluza negra, que habita a gran profundidad en aguas de América del Sur y en zonas cercanas a la Antártida, tras rechazar incluirla en las listas para su protección. Sin perjuicio de ello, algún Estado —por ejemplo, Francia— aplica una regulación muy estricta en lo que concierne a la merluza negra austral¹⁶. En todo caso, la pesca de esa especie está en la actualidad sometida a un plan de recuperación. El hecho de que el CITES no se pronuncie en la manera en que lo hace la CCR-

VMA *no resta valor a la declaración de especie protegida que hace esta.*

En conclusión: no hay problema para la tipificación de la conducta. Cuestión diferente es la de su perseguibilidad y castigo por los tribunales españoles. El Tribunal Supremo acaba de responder *negativamente* a esa pregunta —por cierto, sin entrar a discutir la tipicidad, pero aceptándola tácitamente, pues si se pronuncia sobre la competencia de los tribunales españoles para juzgar un hecho acaecido en aguas internacionales es *porque estima que ese hecho es delictivo*: si fuera atípico no tenía necesidad de entrar en ese aspecto de la cuestión—. La Audiencia Nacional había abierto causa por delito relativo a la fauna y lo que llegó al Tribunal Supremo¹⁷ no fue eso, sino la cuestión de la competencia jurisdiccional. La decisión del Tribunal Supremo no es admisible. Sin perjuicio de que pueda cambiar de criterio en el futuro, intentaré exponer las razones que me llevan a rechazarla.

3.2. EL ALCANCE DE LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

En relación con la competencia de los Tribunales españoles, el artículo 23.4 p) de la LOPJ dispone que conocerán de *cualquier otro delito 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.*

Partiendo de ese dato, puede plantearse si ese compromiso internacional existe en relación con los delitos de pesca ilegal cometidos en aguas internacionales. Y yendo a lo dispuesto en el Convenio de la Comisión para la Conservación de los Recursos Marinos Vivos de la Antártida, podemos ver que, de acuerdo con esa Convención, y en lo que concierne a la competencia de los Tribunales españoles, habrá *aparentemente* una base competencial, puesto que:

- a) En su artículo XXI dispone que «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. Cada una de las Partes contratantes *transmitirá a la Comisión información sobre las medidas adoptadas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 supra, incluyendo la imposición de sanciones* por cualquier violación de esta Convención».
- b) En su art. XXIV, dispone: «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*, entre otras cosas, 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».

Se abren así problemas diferentes:

1. El Convenio para la conservación antes citado declara que cada una de las Partes contratantes adoptará las medidas adecuadas, dentro de su competencia, para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la Convención. La atribución *a la propia competencia* tenemos que interpretarla conforme a lo que eso significa en Derecho español: por lo tanto, alcanza claramente a la zona económica exclusiva de cada Estado.
2. En relación con los *supuestos de extraterritorialidad* de la ley penal establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial,

tenemos que esta incluye una genérica indicación de que los tribunales españoles podrán juzgar *cualquier otro delito 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*. Fuera de duda están los deberes que tiene España *derivados del Convenio de Conservación de la Antártida*, que incluyen inspección y abordaje, pero *cuesta afirmar que esos deberes equivalen a una atribución de competencia jurisdiccional penal* o, dicho de otro modo, que el deber de cooperar en el cumplimiento del Convenio incluye el poder y el deber de juzgar con arreglo a las leyes españolas *a cualquier persona española o extranjera que haya cometido esos hechos en aguas afectadas por el Tratado Antártico*.

3. Pero, por otra parte, si se acepta la tesis de que no habría competencia jurisdiccional de España (ni de nadie), *se llegaría al absurdo de entender que la pesca ilegal en aguas internacionales no puede ser perseguida por ningún Estado firmante del Tratado*, salvo aquellos que sean ribereños y, *además*, en el caso de que el hecho se haya producido en sus aguas jurisdiccionales. Si se llega a esa conclusión, está servido el incumplimiento de las obligaciones contraídas en los citados arts. XXI y XXIV del Convenio, que claramente incluyen la obligación del Estado de *aportar todo lo que en su mano esté* para lograr la eficacia de los acuerdos del Convenio. Se trataría, entonces, de un Convenio que se niega a sí mismo. Por lo tanto, la conclusión ha de ser favorable a reconocer la competencia de los tribunales españoles¹⁸ para juzgar esos hechos cometidos por españoles o extranjeros en aguas internacionales, *pues cualquiera otra interpretación conduce al absurdo*.

4. Con más claridad, cabe sostener que los españoles que participen en esos hechos pueden ser juzgados en España de acuerdo a lo dispuesto en el art. 23.2. LOPJ: «[...] conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles¹⁹ o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurren 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 solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda».
5. La cláusula competencial del art. 23.2 LOPJ es aplicable a los españoles que delinquen en el extranjero y, además, el requisito de doble incriminación viene resuelto a través del Convenio (un tratado internacional o un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte). Hasta aquí, pues, tenemos una solución que, prescindiendo de la necesidad de haber detenido a los responsables de los hechos, deja fuera de alcance jurisdiccional a los extranjeros, salvo que se acudiera a la interpretación del art. 23.4 p) y los de-

beres derivados del tratado en el modo antes expuesto.

6. En cuanto a la posibilidad de enjuiciar a extranjeros que hayan realizado pesca *siempre pirata, de especies protegidas, llevada a cabo por extranjeros en aguas internacionales* —dejando de lado, por un momento, que lo hayan hecho desde buques apátridas o con pabellón de conveniencia, como es habitual—. A la pregunta sobre si esa acción *puede también ser perseguida en España*, debe darse una respuesta positiva, *prescindiendo de la bandera del buque y de la nacionalidad de los tripulantes*. La efectividad de la competencia depende, por supuesto, de que esas personas, por cualquier razón, lleguen a ser detenidas en España; si así fuera, pueden y deben ser juzgados en España.

3.3. ESPAÑOLES EMBARCADOS EN BUQUES EXTRANJEROS DEDICADOS A LA PESCA ILEGAL

Diferente de la situación de los extranjeros, por supuesto, la de los ciudadanos *españoles que estén embarcados en buques extranjeros dedicados a la pesca ilegal*. Al margen de las competencias sancionadoras o penalizadoras que correspondan a otro Estado (con la lógica salvedad de evitar el *bis in idem*), tenemos, ante todo, un *sistema sancionador administrativo* que se recoge en el Real Decreto 1134/2002, de 31 de octubre, sobre aplicación de sanciones en materia de pesca marítima a españoles enrolados en buques con abanderamiento de conveniencia, que introdujo varias medidas para desalentar la actividad de pesca ilegal por nacionales españoles, entre las que cabe destacar el establecimiento de un mecanismo para la *aplicación del régimen sancionador español a los nacionales españoles, personas físicas o jurídicas, que lleven a cabo actividades de pesca ilegal mediante buques de pabellón de conveniencia, aplicando subsidiariamente el principio de la nacionalidad sobre el de la territorialidad, cuando los*

Estados competentes según su bandera no ejerzan su jurisdicción de manera eficaz.

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificó diversos aspectos de la Ley 3/2001, entre otras cosas para agravar la calificación de las infracciones pesqueras cuando estas son cometidas por *personas físicas o jurídicas con nacionalidad española y vinculadas jurídicamente a buques con pabellón de países calificados por las organizaciones internacionales de pesquerías, por haber incurrido en actividades de pesca ilegal*. Asimismo, incluye como sujetos responsables de este tipo de infracciones no solo a los capitanes sino también *empresas, personas jurídicas*²⁰, vinculadas jurídicamente a un buque con pabellón de conveniencia o con pabellón de un tercer país no cooperante.

La cuestión que se suscita no se reduce, por supuesto, a la posibilidad de imponer sanciones administrativas, *sino a la posibilidad de enjuiciar penalmente a las personas físicas o jurídicas de nacionalidad española que hayan realizado actividades de pesca ilegal desde un buque de pabellón extranjero (sea o no de conveniencia)*. En relación con las sanciones administrativas, ya hemos visto que se aplica *subsidiariamente el principio de la nacionalidad sobre el de la territorialidad cuando los Estados de bandera competentes no ejerzan su jurisdicción de manera eficaz*.

Entiendo que la respuesta ha de ser *abiertamente positiva* y, además, ha de darse una singular importancia a la proclamación, aunque sea en una norma no penal, de la regla de la legitimación de la propia jurisdicción ante la inhibición de la del pabellón del buque, pues podría llegar a plantearse el seguimiento del mismo principio en la jurisdicción penal.

Problema diferente, del que me ocuparé más adelante, es el que genera el uso de pabellones de conveniencia, que, por supuesto, no son solo un problema para la pesca prohibida, pues son corazas protectoras frente a otras muchas obligaciones y prohibiciones, y para eso los usan los armadores.

3.4. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPETENCIA

En Derecho penal es clásica la diferenciación entre fuentes de competencia jurisdiccional, especialmente cuando se trata de competencia *extraterritorial*. La extraterritorialidad se presenta como algo excepcional, inspirado en principios también clásicos, como el real o de protección, el personal o el de justicia universal. Gracias a este último, un Estado puede juzgar hechos que no han ocurrido en su territorio y que no han sido protagonizados por sus nacionales ni como autores ni como víctimas.

Es posible que alguien considere exagerado que la protección de especies marinas pueda tener, en cuanto a la competencia jurisdiccional, una extensión similar a la del principio de justicia universal, al permitir que todos los Estados firmantes de un convenio puedan llegar, dadas unas circunstancias, a poder juzgar hechos que no se han cometido en su territorio, que no necesariamente han sido protagonizados por sus nacionales ni estos son tampoco las víctimas. La razón, es esa línea de ideas, es la presencia de un interés común en relación con un bien (los recursos marinos) que tiene un impacto directo en la preservación del equilibrio ambiental y la supervivencia de las especies.

En cuanto a la *naturaleza jurídica* de esa competencia, es evidente que no se trata de un caso de justicia universal, entre otras razones porque esos supuestos de hecho están tasados y expresamente regulados en la LOPJ. Dado que la idea es evitar la impunidad que se produciría con el juego de factores tales como el lugar del hecho, la nacionalidad del buque o de su propietario, la razón determinante de esa intervención jurisdiccional es no permitir que a la postre el hecho no sea juzgado por ningún Estado. Cuando eso sucede, estamos ante lo que en la ciencia penal se denomina *principio de justicia supletoria o suplente*, aunque formalmente no se haga uso de esa calificación.

En teoría, el Derecho español, centrado en la LOPJ, y esas son sus más graves carencias, no acoge el llamado principio de justicia suple-

toria o subsidiaria, que sí es admitido en otras legislaciones, y cuyo significado analizaremos después, ni tampoco el de *personalidad pasiva*. Gracias al principio de justicia supletoria, un Estado se declara competente para juzgar aquellos graves crímenes que, en teoría, pertenecen a la jurisdicción de otro Estado que no los va a perseguir o, con mayor importancia, aquellos en los que es imposible determinar dónde se ha producido el crimen en orden a decidir la competencia. Se trata de un principio inspirado en la solidaridad penal internacional y con un objetivo sencillo: evitar la impunidad. En cierto modo, se asemeja a la cláusula *aut dedere aut judicare*, presente en algún convenio y en cuya virtud el Estado que lo suscribe se obliga a extraditar siempre al sujeto acusado de ciertos delitos —o, si no lo extradita, a juzgarlo por el delito en cuestión—.

3.5. PESCA EXCESIVA Y PESCA PROHIBIDA REALIZADA Y VENDIDA FUERA DE ESPAÑA

3.5.1. Pesca excesiva

De la *pesca que supera las cuotas asignadas* se ha dicho con razón que, a la larga, es una actividad que va a dificultar la reproducción, pero sucede que el de «superación», por su propia condición de concepto derivado de un cálculo conjunto de «Totales Admisibles de Capturas» (TACs), *no puede reducirse a la actividad de un sujeto concreto*. Se trata de una responsabilidad de los Estados: según un estudio de la New Economics Foundation del año 2015, las cuotas pesqueras de la UE están un 20 por ciento por encima de los niveles recomendados por los dictámenes científicos, una cifra que se eleva hasta el 37 por ciento en los casos de España y Portugal.

Así y todo, por supuesto, cabe plantear *la infracción concreta* que se puede cometer aisladamente en atención a que las cuotas pueden ser asignadas por Estados, que a su vez las pueden redistribuir por flotas o zonas pesqueras. Atendiendo a ello, podría llegar a sostenerse

que la actividad pesquera fuera del período autorizado para faenar es calificable como actividad que dificulta la reproducción. Pero sería excesivo llegar al Derecho penal, pues *el bien jurídico protegido (limitación de la pesca para facilitar la reproducción) se sitúa demasiado lejos de la acción de un buque concreto, que, aun siendo ilegal, resulta suficientemente sancionada en la vía administrativa*²¹ y permite prescindir de una complicada interpretación del artículo 334.1 c) del Código Penal.

Por otra parte, en medios concededores del problema se dice que los dictámenes científicos que establecen los índices de explotación máxima no son los únicos criterios que deciden a la Comisión Europea a asignar cuotas y licencias comunitarias de pesca.

3.5.2. Pesca prohibida realizada y vendida fuera de España

Claro es que puede darse venta de pesca prohibida y pesca ilegal fuera de España realizada *por buques españoles o extranjeros en los que hayan trabajado tripulantes españoles*, la merluza negra de profundidad vendida, por ejemplo, en EE. UU. por los que ilegalmente la han capturado).

En su caso, podría sostenerse la jurisdicción de los tribunales españoles para juzgar a los autores de esos hechos si fueran detenidos en España. Pero no se puede despreciar la realidad de que esa es una posibilidad muy difícil, y que poco se puede hacer si los responsables del puerto de descarga, en el ejemplo, el hecho de que sea de EE. UU. (cuestión diferente es que la pesca entre allí de contrabando) no hacen objeción alguna al desembarco de esas capturas.

3.6. OTRAS POSIBLES INFRACCIONES PENALES

Desde el comienzo de estas páginas vengo diciendo que, en derredor de la pesca ilegal y del uso de pabellones de conveniencia, se gene-

ran o conviven otros delitos, más o menos relacionados con la pesca, pero en los que priman otros bienes jurídicos. Solo a título meramente enumerativo, sin propósito de entrar en el análisis de esas infracciones, tenemos:

3.6.1. Delitos tributarios

Los delitos tributarios pueden cometer por diferentes vías. A título de ejemplo, cabe señalar las siguientes:

- Ocultación de rendimiento y ganancias de sociedades o de personas físicas.
- Fraude a través de la llamada «refacturación» de pesca por pesqueros españoles, con recompra de pesca propia a barcos y empresas supuestamente extranjeros, pero materialmente españoles.
- Blanqueo del dinero obtenido a través del delito de pesca ilegal.

3.6.2. Alteración de precios en el mercado pesquero

Como es lógico, la entrada de pesca ilegal en puertos españoles (con o sin refacturación) coloca en situación de desventaja a los que han pescado respetando todas las normas, pesqueras, laborales y fiscales. El problema es, entonces, decidir si esa actividad puede llegar a ser calificada como delito contra la libre competencia o de alteración del precio de las cosas, y la respuesta ha de darse en dos pasos:

- Sin duda alguna, se trata de conductas que pueden afectar a los precios y que suponen un grave ataque a las condiciones de igualdad en las que debe desarrollarse el negocio pesquero, lo cual les confiere una importante dimensión de *competencia desleal*.
- Lamentablemente, de acuerdo con la vigente regulación de los delitos contra la competencia por alteración de

precios (*cf.* art. 281 CP), esa clase de conductas no pueden subsumirse en los tipos de delito, que están centrados en la alteración de los precios a través de dos clases de acciones: la manipulación del mercado (difusión de noticias falsas, etc.) y la detracción de mercancías para provocar una elevación de precios.

- Todo ello es independiente de que los hechos puedan ser constitutivos de otros delitos, como el de contrabando²².

3.6.3. Delitos contra los derechos de los trabajadores

Desde diferentes instancias se ha señalado que las legítimas preocupaciones por la pesca IDNDR, el impacto en los recursos marinos, las organizaciones criminales tejidas en torno a ellos, el abuso de banderas de conveniencia, los fraudes fiscales, parecen dejar de lado que, *además*, existe un problema que debería ser colocado a la cabeza de todos, que es el de la explotación y abuso de los tripulantes hasta niveles cercanos a la esclavitud y a la trata de seres humanos, todo favorecido por la práctica inexistencia de lo que puede tenerse como condiciones de contratación y por la dificultad de impedir abandonos e imposición de condiciones inhumanas²³.

Es claro que no estamos ante un problema de «ausencia de respuesta penal», sino de efectiva posibilidad de hacer efectiva la vigencia de la ley penal, lo cual no es sencillo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores no forman parte de los supuestos de *extraterritorialidad de la ley penal*. La competencia de los tribunales españoles ha de limitarse a los casos en los que la relación laboral ha sido creada en España.

También en este punto se impone un cambio de legislación, a la luz de lo que disponen el Convenio sobre el trabajo marítimo 200 y el Convenio sobre el trabajo en la pesca, de 2007.

4. LA PREFERENCIA JURISDICCIONAL DE OTROS ESTADOS

Hemos visto cuáles son los delitos que se pueden producir en el ámbito de la pesca ilegal. He hecho también, de pasada, alguna alusión a problemas de persecución de los delitos ecológicos o contra la fauna marina, los delitos fiscales, los de blanqueo de capitales, los delitos contra derechos de los trabajadores, los delitos contra la libre competencia o los de alteración del precio de las cosas.

La competencia penal²⁴ de los tribunales españoles, cuando esos hechos se producen fuera del territorio español, no es siempre sencilla. No plantea especiales problemas en caso de delitos fiscales o de blanqueo, pues la estructura de esos delitos es independiente de componentes de lugar de comisión ya que se basan en deberes de orden tributario, que se evaden, o en actividades que se plasman en el territorio propio antes o después, como es el caso del blanqueo.

Pero la cuestión se complica, como antes hemos visto, al llegar a la pesca en alta mar o aguas internacionales. Como regla básica, la comisión del delito de pesca ilegal, hecho descrito en el art. 334 del Código Penal, tal como ya he dicho antes, *puede ser juzgada por los tribunales españoles*, siempre que los autores, cualquiera que sea su nacionalidad, estén a disposición de los tribunales españoles y se cumplan los demás requisitos señalados en la LOPJ.

De esa manera, se sigue el criterio sentado por la reglamentación comunitaria, cuya vocación es ser aplicada en las aguas sometidas a la jurisdicción de países ribereños y a las actividades pesqueras realizadas en alta mar.

Pero hay importantes problemas se cruzan con esta cuestión: la jurisdicción preferente del Estado en cuyas aguas se hubiera cometido el delito o la del Estado del pabellón, y ahí se inserta el problema de los pabellones de conveniencia.

4.1. LA JURISDICCIÓN DE OTRO ESTADO O LA DEL ESTADO DEL PABELLÓN

4.1.1. La jurisdicción de otro Estado

Teóricamente, es imaginable que la pesca ilegal de una especie protegida por acuerdos internacionales se lleve a cabo en aguas de un Estado que no haya suscrito los acuerdos internacionales o que, a pesar de haberlo hecho, lo permita. No voy a entrar en los problemas de Derecho internacional que de eso se pueden derivar, sino solamente en un aspecto penal: la posibilidad de que esa *tolerancia* de un Estado genere un insalvable obstáculo: la desaparición del requisito de *doble incriminación* y, con ella, la posibilidad de que sea juzgado en España.

La respuesta, en principio, se puede extraer de lo dispuesto en el art. 23.2 de la LOPJ, que, como sabemos, condiciona la competencia 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*.

En mi opinión, y al menos cuando se trate de pesca ilegal que ha sido objeto de un tratado multinacional que compromete a los firmantes a luchar contra ella, *debe entenderse prescindible el requisito de doble incriminación*.

Problema más complejo se dará cuando «formalmente» el hecho haya sido castigado, pero solo en apariencia, con penas insignificantes o no ejecutadas, orientadas solo a generar el requisito negativo de que el hecho ya ha sido juzgado y castigado.

Volveremos a ello a propósito de lo que puede suceder, en la misma línea, con las banderas de conveniencia.

4.1.2. Los territorios flotantes

Una parte tradicional del territorio, a efectos penales, son los buques nacionales (nacionalidad determinada por el pabellón). De esa manera, el Derecho penal internacional acepta

la existencia del *mar territorial*, como es lógico, y también los por algunos llamados *territorios flotantes*.

Nuestro Derecho también los incluye en el art. 23.1 de la LOPJ²⁵, aunque evidentemente llamar territorio español a un buque que está fuera de España no deja de ser una *ficción jurídica*, como tantas otras construidas por el Derecho, que posibilita la aplicación de la ley penal a hechos cometidos por *cualquier persona*, aunque sea en aguas de soberanía extranjera o en alta mar, con las excepciones, por supuesto, que se deriven de los tratados o de los acuerdos internacionales. Los hechos que se cometen en el territorio de otro Estado (aguas jurisdiccionales) pueden estar sometidos también a la jurisdicción territorial de ese otro Estado, y solo los tratados o acuerdos específicos pueden dar preferencia al Estado del pabellón, ya que un Estado no puede limitar *unilateralmente* la jurisdicción territorial de otro Estado. Por lo tanto, aunque materialmente sea imposible, formalmente cabe que coexistan dos territorios nacionales en el mismo espacio físico²⁶.

Cuestión distinta es que se pueda limitar la jurisdicción del Estado del pabellón cuando los hechos delictivos se cometen en aguas internacionales. Una reacción primaria es, lógicamente, la de defender la prioridad del Estado del pabellón, pues parece un criterio razonable jurídicamente. Pero esa razonabilidad se tambalea cuando surge la *duda fundada de que el Estado del pabellón vaya a aplicar justicia penal de especie alguna*²⁷.

Diferente, aunque parecido en muchos aspectos, es el caso de los buques sin pabellón ni registro alguno, aunque puedan llevar una bandera falsa. En esos supuestos de buques «apátridas» no parece existir jurisdicción alguna, lo cual, para el conjunto de las naciones es inadmisibile. Se ha dicho, pero es discutible, que si se cometen crímenes en aguas internacionales en un buque se pueden aplicar las leyes penales del país del autor o las del país de la víctima, pero eso solo es posible (dando por supuesto que el autor ha sido detenido) cuan-

do el Estado que reclame la competencia tenga haya incorporado a su Derecho el principio *absoluto* de personalidad *pasiva* (nacionalidad de la víctima), que determina la competencia de ese Estado cualquiera que sea el lugar en que se ha cometido el delito, o *activa* (personalidad del autor), que permite aplicar las leyes de su propio Estado.

Pero esas condiciones no son ni sencillas ni fáciles de conciliar, pues ulteriormente se han de comprobar otros requisitos usuales, como por ejemplo el de doble incriminación. A modo de ejemplo de esta dificultad, conviene recordar que el Derecho español no contiene el *principio absoluto de personalidad pasiva*.

Claro está, y es importante, que también existe la competencia de la Corte Penal Internacional, pero esta se ciñe a una relación limitada de crímenes (contra la humanidad, genocidio, tortura, desplazamiento forzoso, desaparición forzada, esclavitud) que no son juzgados por el Estado del que es nacional el acusado porque el hecho no se castiga en ese Estado, no hay voluntad de castigarlo o ha sido arbitrariamente indultado o amnistiado. La legislación española (art. 23.5 LOPJ) permite declinar competencia a la jurisdicción penal española en relación con esa clase de delitos cuando se haya incoado un proceso en el Estado al que pertenece el acusado o donde ocurrieron los hechos, o cuando se haya iniciado un proceso en una corte o tribunal internacional.

En todo caso, la vía de la Corte Penal Internacional no está contemplada para cualquier clase de delito ni podría ser una solución para todos los hechos delictivos cuya persecución es dificultosa.

4.1.3. La jurisdicción preferente del Estado del pabellón

La Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar²⁸ sienta como principio el derecho de todos los Estados a que los buques que portan su pabellón, y que, por esa causa, son *nacionales suyos*, de modo que pueden na-

vegar por todos los mares, sean o no ribereños (arts. 90 y 91).

La nacionalidad de los buques es y debe ser una *garantía para los demás Estados*, que de esa manera tienen la seguridad de que un Estado concreto garantizará el cumplimiento de las leyes y el castigo de los delitos que se cometan en o desde esos buques. También eso explica que se pueda perseguir a los buques sin bandera o con bandera falsa (art. 92)

La preferencia del Estado del pabellón está, pues, ampliamente proclamada.

El propio Convenio para la protección de las especies marinas de la Antártida se refiere a los procedimientos para el abordaje e inspección por observadores e inspectores designados por los miembros de la Comisión, así como a los *procedimientos para el enjuiciamiento y sanciones por el Estado del pabellón* sobre la base de la evidencia resultante de tales abordajes e inspecciones.

Leyendo esa disposición, parece claro que el criterio del Convenio es el reconocimiento de la preferencia del Estado del pabellón, como *no podía ser de otra forma*, puesto que difícilmente se puede imaginar un tratado internacional en el que las partes contratantes excluyan expresamente de la «igualdad como parte» a una relación de Estados bajo la imputación de ser vendedores de pabellones. A ello ha de añadirse que los convenios y tratados solo comprometen a los Estados que los ratifican.

Así las cosas, se comprende que exista un *movimiento orientado a no reconocer a esos pabellones de conveniencia*, y que, en su lugar, se busquen otras calificaciones orientadas a debilitar la pretendida *nacionalidad del buque* (como la adoptada por la Convención para la Conservación de los Recursos Marinos Vivos de la Antártida a través de la Resolución 19/XXI (R01/XXI), que es la de «*banderas de incumplimiento aplicable a las de los Estados de pabellón [...] (que) no cumplen con sus obligaciones de jurisdicción y control de conformidad con la legislación internacional* relativa a barcos

pesqueros, que tienen el derecho de enarbolar su pabellón [...]».

Es evidente la importancia que tienen esas líneas de actuación, que pueden permitir incluso la actuación contra barcos que practican pesca INDNR, sean o no sean firmantes del Convenio. Pero también es evidente que, *no es posible negarle la competencia penal en caso de que el Estado del pabellón reclame su preferencia jurisdiccional*.

Ese es, al menos, el principio. Cuestión diferente es lo que deba hacerse cuando ese Estado, que ha reclamado la competencia penal, *no la haya ejercido o la haya ejercido ficticiamente*.

5. LOS PROBLEMAS DE LOS PABELLONES DE CONVENIENCIA

La utilización de banderas de conveniencia no es un fenómeno nuevo; de hecho, comenzó con el comercio de los buques negreros que buscaban sortear la acción de los Estados que habían prohibido el comercio de esclavos, y continuó después siendo impulsada por empresas, principalmente norteamericanas, para eludir obligaciones fiscales²⁹. Cuando un buque enarbola una bandera que no se corresponde con la del país en que reside la empresa propietaria del buque, tenemos una bandera de conveniencia.

Por supuesto, eso es solo un aspecto del problema, pues hay que añadir otros que se suman a la bandera de conveniencia, como la dificultad para detectar el domicilio real de quien sea el armador real o para determinar a quién pertenece la propiedad de la carga, o la existencia de otros buques o propiedades del armador.

En estas pocas páginas, como es lógico, solamente me ocupo de la cuestión de la bandera de conveniencia en relación con los delitos vinculados a la pesca ilegal; pero sería injusto no señalar otros supuestos de impunidad o imposibilidad práctica de exigir responsabilidades en orden a la reparación de daños causados.

Todo lo que rodea al problema de las banderas de conveniencia va *mucho más allá de la ya de por sí importante cuestión de la competencia jurisdiccional del Estado al que pertenece esa bandera*.

A modo de pequeño recuento, pueden señalarse, además de las agresiones propias de la pesca ilegal, los siguientes casos:

- a) La explotación esclavista de tripulaciones³⁰.
- b) Los desastres ecológicos de los que nadie responde.
- c) La elusión de obligaciones fiscales mediante el refugio de las actividades en paraísos fiscales.
- d) El incumplimiento de tratados que en ocasiones los Estados de pabellón ni siquiera han suscrito, pero que se consideran esenciales para la mayoría de las naciones.
- e) La seguridad del tráfico marítimo.
- f) La ayuda a toda clase de criminalidad organizada.
- g) La competencia desleal para todos los armadores que, en sus respectivas actividades, respetan el Derecho nacional e internacional.
- h) El abandono de buques en puerto, muchas veces dejando a las tripulaciones a su suerte.

No continuaré con la descripción de un dramático problema que es sobradamente conocido y en el que participan Estados que han hecho del «abanderamiento» una fuente de ingresos³¹. Me centraré en el hecho de que la explotación de los recursos económicos marinos está marcada por la realidad de las banderas de conveniencia. Los dedicados a la pesca ilegal pueden usar banderas de conveniencia, domicilios ficticios de las navieras, cadenas de sociedades propietarias y cuantas otras argucias sean precisas para no respetar el Derecho internacional.

Lo lamentable es que la UE no tome decisiones contundentes, y posiblemente esa es la causa de los muchos intereses navieros creados en torno a las banderas de conveniencia, pero también de las dificultades en un mundo globalizado, en el que se han de respetar las posturas nacionales a la vez que se defiende la libertad de comercio y de circulación y otros principios que, a la postre, acaban transformándose en excelentes burladeros para las actividades delictivas.

5.1. LOS RIESGOS DE LA «JUSTICIA PENAL FICTICIA»

Para encuadrar adecuadamente esta cuestión, es preciso tener en cuenta que estamos pensando en la conducta de Estados calificados como «no cooperadores» en la lucha contra la pesca ilegal. En la UE existe incluso una «lista negra» de esos Estados, y está precisamente orientada a lograr una cooperación internacional efectiva para combatir la pesca ilegal, *para asegurar que los operarios que quieran saltarse la ley no puedan cambiar simplemente la bandera de sus barcos a fin de evadir responsabilidades*. La inclusión en esa lista no es algo meramente simbólico, sino que comporta consecuencias, entre ellas, como es lógico, las que afectan a la imprescindible *reciprocidad* en las relaciones internacionales y, en especial, a la aplicación práctica de los principios del Derecho penal internacional o internacional penal. En el plano comercial, el Consejo de la UE tiene decidido que queda prohibida la importación en la UE de los productos de la pesca capturados por buques que enarboles el pabellón de esos países.

En ese marco se han de encuadrar reglas como, por ejemplo, el art. 54 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen³² (CAAS) o el art. 20.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³³. En todas ellas late una misma idea: el respeto a la cosa juzgada internacional exige que *realmente se haya producido un proceso y una condena comparativamente adecuada*.

Así las cosas, y partiendo de esas prevenciones, se puede entrar en el tema de un grave riesgo, que podría darse en la práctica —o no, eso es cosa diferente—: que un Estado, competente por un domicilio ficticio o competente por razón del pabellón ejerza la jurisdicción penal de manera que favorezca los intereses de los infractores. En este supuesto, pueden tomarse dos vías:

- a) Aceptar denuncias contra buques portadores de su pabellón para luego imponer condenas simbólicas que generen efecto internacional de *cosa juzgada*, en orden a la operatividad de la condición de que el hecho no haya sido ya juzgado en otro Estado.
- b) Reclamar la competencia cuando un Estado incoe procedimiento penal contra un infractor por haber cometido delito desde un buque portador de bandera de conveniencia.

Tanto en uno como en otro caso se plantearía la misma cuestión: ¿debe un tribunal, —concretamente, un tribunal español— aceptar que el hecho ya ha sido juzgado en otro país y que, por lo tanto, no puede ser juzgado de nuevo? Y, en segundo lugar, ¿es atendible una demanda de extradición cuando se tiene la seguridad de que su objetivo no es realmente someter al extraditable a un auténtico proceso penal?

La respuesta es, en el fondo, común para ambos casos. En relación con los hechos que pueden conocer los tribunales españoles en supuestos de delitos de pesca ilegal, la invocación de que el hecho ha sido ya juzgado en el Estado del pabellón puede ser rechazada si se trata de una condena meramente simbólica, sin contenido punitivo alguno. Es cierto que la condición marcada por la LOPJ es que el hecho «no haya sido juzgado ya», condición coherente con el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁴. Una primera variante de esa regla se produjo, gracias al antes citado Estatuto de Roma, con los crímenes contra la humanidad, respecto de los cuales no

se respetan los pseudoprocesos³⁵ o las amnistías o indultos dictados en los Estados en los que se produjeron los delitos. Es otro precedente a tener en cuenta.

Es cierto que en ningún momento se dice que haya sido «juzgado *de verdad*», pero la LOPJ también ha de ser objeto de interpretación, como cualquier otra ley, y no debe olvidarse que el Convenio de protección de la Antártida frente a la pesca ilegal, *obliga a los Estados (y a sus tribunales) a aportar en defensa de los principios del convenio su competencia jurisdiccional*. Por eso mismo, el tribunal español podría decidir si la sentencia dictada es una reacción adecuada de acuerdo con el sentido de los convenios internacionales de lucha contra la pesca ilegal y, de no ser así, rechazar la *excepción de cosa juzgada internacional*, pues de no operar de esa manera —rechazar lo que con razón se ha calificado de «cosa juzgada fraudulenta»— desaparecería cualquier esperanza de eficacia del Derecho internacional penal³⁶.

En cuanto a la petición de extradición o la reclamación de preferencia jurisdiccional, el art. 9.3 de la Ley de Extradición Pasiva prevé una solución, inspirada en el fondo en las mismas ideas, toda vez que el proceso de extradición pasiva tiene una fase política o ejecutiva previa: «[...] El Ministerio de Justicia, en un plazo máximo de ocho días, computados desde el siguiente al de la recepción de la solicitud, o en su caso, de los justificantes, aclaraciones o traducciones por él reclamados, elevará al Gobierno propuesta motivada sobre si ha lugar o no a continuar en vía judicial del procedimiento de extradición [...] El Gobierno adoptará su decisión dentro del plazo de quince días, contados desde la elevación de la propuesta por el Ministerio de Justicia [...]». Siendo así, es lógico pensar que una extradición solicitada por un Estado calificado como *no colaborador* en la eficacia de un tratado internacional suscrito por España debería ser rechazada tan pronto como se percibiera que el objetivo último de la misma sea solamente proteger al responsable de la pesca ilegal.

6. EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD ACTIVA Y LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

6.1. LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Con lo dicho hasta ahora, es fácil concluir que la nacionalidad de la persona que ha realizado el delito de pesca ilegal y por cualquier razón ha sido detenida en España, no supone obstáculo alguno para la aplicabilidad de la ley penal, con independencia del lugar en el que cometió el delito. De nuevo, surge, claro está, el posible problema de que aparezca una solicitud de extradición emitida por un Estado que se considere preferente por razón territorial o de pabellón.

Si eso sucediera, la posibilidad de *denegar la extradición por falta de fiabilidad de la justicia penal de ese Estado* tendría que ser asumida por las razones que antes he indicado.

6.2. LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LOS DAÑOS TRANSNACIONALES

En materia de daños ambientales, que incluyen los daños a la fauna marina, es motivo de preocupación la *impunidad de sociedades multinacionales residenciadas en el mundo desarrollado o en paraísos fiscales*, que cometen sus abusos ya en el tercer mundo o en espacios de imprecisa jurisdicción (como es el caso de las aguas internacionales) y que disfrutan de todas las ventajas de los negocios ilícitos. Pero el análisis de ese gravísimo problema humano y jurídico tendría que ser objeto específico de otro trabajo. A buen seguro que los habrá, ya que la importancia de la cuestión no consiente que se trate como una simple repetición del abuso de los países ricos sobre los países pobres —entre otras cosas, porque es inadmisibles confundir a un Estado con una empresa multinacional—. Pero ahora hemos de ocuparnos de los específicos problemas que plantea la persecución penal

de las personas jurídicas cuando se dedican a la pesca ilegal.

La irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas da entrada a un problema nuevo: el establecimiento de la competencia jurisdiccional penal para los delitos que cometen, dado que esas personas pueden a su vez *ser multinacionales*. El problema es grave, porque normalmente la justicia penal del Estado en que haya acaecido el hecho podrá alcanzar a juzgar, como mucho, a las personas físicas que han actuado, pero no será fácil llegar a la persona jurídica de la que dependen y, como máximo, esa persona jurídica podrá ser formalmente encausada, sin que sea fácil hacer efectiva la condena. Es posible que un Estado proceda criminalmente contra empresas domiciliadas en ese Estado como también lo pueden estar en otro, lo cual no resuelve el problema principal, a saber: que cuando se declara la competencia penal respecto a los delitos cometidos por (o contra) los nacionales de un Estado no queda resuelta sin más la complicada cuestión de la nacionalidad de las personas jurídicas, problema que se estudia en Derecho internacional y mercantil, pero que, en el ámbito penal, puede generar dificultades.

Ahora bien, en lo que se refiere específicamente a la pesca ilegal, entiendo que, del mismo modo que pueden juzgar a los autores sin limitaciones derivadas de la nacionalidad de estos (no entro ya en la posible preferencia jurisdiccional de otro Estado), los tribunales españoles *pueden declarar a la vez la responsabilidad penal de la persona jurídica en cuyo interés hayan obrado*.

Dicho esto, pero retornando *a la realidad de las cosas*, forzoso será reconocer que la efectividad de la declaración de responsabilidad penal de personas jurídica tropieza con dificultades casi *insalvables*:

– Como antes se ha señalado, una característica de los negocios ilegales marítimos es que, en los casos de buques con pabellón de conveniencia, existe una empresa por buque, y eso es así precisamente para poder burlar cual-

quier responsabilidad patrimonial que se quiera acordar. Y ello en el casos de que el buque haya sido aprehendido, pues de lo contrario ni siquiera cabría esa posibilidad.

– En el supuesto de que sea fácil determinar cuál es la nacionalidad de la persona jurídica³⁷ en cuyo interés han obrado las personas físicas sometidas a proceso penal, habrá de ser llamada juicio, citación que tendrá éxito o no; teniendo en cuenta el carácter de las empresas dedicadas al negocio de la pesca ilegal, es difícil que esa llamada sirva de algo.

– Asimismo, en el supuesto de que se quiera contar con la colaboración del Estado al que pertenezca esa empresa, y esa colaboración sea posible (lo que es mucho suponer), será preciso también que se cumplan las condiciones derivadas del principio de doble incriminación, esto es, que en su legislación penal también sea posible derivar responsabilidad criminal de personas jurídicas por esa clase de delitos.

Claro es que también queda la vía de renunciar a la declaración de responsabilidad penal de la empresa propietaria del buque o de la carga y limitarse a reclamar las reparaciones económicas que se estimen oportunas, si estas se impusieran. También eso dependerá de que el otro Estado esté dispuesto a exigir el cumplimiento de acuerdos de responsabilidades civiles dictados en el marco de un tratado internacional (por ejemplo, el Convenio de Lugano)³⁸. Pero lo cierto es que cuesta mucho superar el escepticismo.

Se dirá que faltan *normas de Derecho internacional penal* capaces de afrontar estos problemas, pero lo cierto es que la competencia de los Estados para enjuiciar hechos delictivos que han sido cometidos en aguas internacionales no está suficientemente desarrollada. Es verdad que, en algunos casos —como el de la pesca ilegal—, la competencia de los Estados ribereños, si es que estos desean ejercerla, es clara, aunque en muchas ocasiones no la ejerzan, pero se puede fundamentar la competencia propia, siempre que un tratado ayude a ello, circunstancia que puede no darse.

Para algunos, la solución ideal sería proclamar que los delitos de esa clase quedan sometidos al principio de justicia universal, pero eso sería de muy difícil consecución y poco practicable. Lo único tal vez viable sería, con las cautelas precisas, abrir el paso al principio de justicia supletoria, guiado por la sencilla regla de que, en todo caso, la impunidad ha de evitarse.

6.3. EL PROBLEMA DE LOS HOLDINGS ENCUBIERTOS

En el apartado precedente se ha planteado la posibilidad de aplicar las disposiciones penales sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas a las empresas responsables de esos delitos, prescindiendo, por un momento, de los problemas de competencia jurisdiccional penal y de la concreta calificación penal de los hechos enjuiciables. Pero, tal como planteó la profesora Valeije Álvarez³⁹, en el campo de la pesca prohibida o ilegal las tramas de empresas, españolas o extranjeras, son muy espesas, y eso dificulta apreciar que se está ante *una sola empresa* que tiene múltiples «caras» aparentemente sin relación entre sí.

Ante esa realidad, Valeije se preguntaba con razón cuál es la causa de que en el Derecho penal no se aplique la vía de la simulación contractual o levantamiento del velo societario para evitar el abuso de personalidad jurídico societaria como en Derecho mercantil o Derecho laboral, que levantan el velo incluso en los casos de grupos de sociedades. Si así se hiciera, podría detectarse la existencia de una sola sociedad, subdividida formalmente en muchas sociedades, muchas de ellas de simple fachada, pero que tienen entre sí confusión de patrimonio, de plantillas, unidad de caja, un mando único, mando que los trabajadores de cada «empresa» puede que ni siquiera sepan dónde está. La Directiva 94/45/CE del Consejo de 22 de septiembre de 1994 sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria tiene presente estas

situaciones, aunque no recoge la clase de problemas que se producen en el mundo de la pesca ilegal.

En relación con estas cuestiones pueden decirse muchas cosas, pero eso desbordaría los objetivos de este trabajo. No obstante, es preciso recordar algunos problemas del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ) que no han sido resueltos:

- a) En primer lugar, en el régimen de la RPPJ del Derecho penal español parece ignorarse lo que son los *holding*; en ellos se toman decisiones desde la empresa matriz, pero sus responsables no están presentes en la empresa subordinada, pues por definición esos sujetos no son integrantes de un órgano de esa persona jurídica ni ostentan facultades de organización y control *dentro de la misma*. Simplemente, participan en la toma de decisiones de la empresa principal, que la subordinada ejecutará. La única solución será, en tales casos — pero con grandes dificultades, pues se cruzarán problemas de nacionalidad de las empresas materialmente «filiales» o controladas—, dirigir la posible RPPJ a la empresa matriz.
- b) En segundo lugar, la creación y utilización de sociedades ficticias, que no tienen otra finalidad que la de desviar obligaciones laborales o tributarias, no recibe, que doctrinalmente se ha reclamado con frecuencia, y que, incluso, aparecía en el anteproyecto de 2007, no ha llegado al Código Penal.

Así las cosas, la posibilidad de dirigir eficazmente la acción penal contra una empresa controladora de un enjambre de empresas diseminadas por diferentes lugares del mundo, en aplicación del régimen legal de la RPPJ, resulta altamente improbable.

Las consecuencias de esa realidad, no se plasman solamente en el problema de la pesca ilegal, sino también en los delitos fiscales y los

delitos contra los derechos de los trabajadores, aspecto antes mencionado.

7. LA ÚLTIMA Y PREOCUPANTE JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE COMPETENCIA EXTRATERRITORIAL: UN PASO ATRÁS

De consecuencias impredecibles para la lucha contra la pesca ilegal, y para la propia respetabilidad de España en cuanto Estado miembro del Tratado Antártico⁴⁰, puede considerarse la STS 974/2016 de 23 de diciembre. En ella, el Tribunal Supremo archiva causa seguida en la Audiencia Nacional contra varios armadores españoles por delitos asociados a la extracción de austromerluza o «merluza negra» en aguas internacionales del océano Antártico por falta jurisdicción de los tribunales españoles. Veamos, en síntesis, la sentencia y el voto particular. Luego expondré mi opinión, que, por demás, puede deducirse fácilmente de todo lo antes expuesto.

7.1. LA SENTENCIA Y EL VOTO PARTICULAR

La tesis de la sentencia se resume, en lo más importante, del siguiente modo:

- a) De acuerdo con lo que dispone el artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los tribunales españoles no tienen capacidad jurisdiccional para conocer de los concretos delitos investigados en la causa (protección de la fauna, falsedad, blanqueo de capitales y organización ilícita) cometidos en aguas internacionales por barcos españoles.
- b) Los hechos tuvieron su punto de partida el 6 de enero de 2015, cuando una patrullera de Nueva Zelanda abordó el buque pesquero *Shongua* 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 *Yongding* y *Kunlun*, bajo *idéntico pabellón* que el anterior, cuando faenaban en la misma zona.

- c) Los buques faenaban en el área regulada por la Convención sobre la Conservación de Recursos Vivos Marinos Antárticos, de 20 de mayo de 1980.
- d) 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.
- e) El *principio de personalidad* (artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) no ofrece cobertura para afirmar la capacidad de jurisdicción de los tribunales españoles en este caso. Este principio asocia la aplicación de la ley penal de un Estado a la condición de ciudadano de este, más allá del lugar en el que se encuentre en territorio extranjero.
- f) La doble incriminación actúa, por tanto, como *conditio 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.
- g) El ciudadano español que viaja más allá de nuestras fronteras no lleva 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 axio-

lógica que impone la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados.

- h) La ley indica que la jurisdicción española sí conocerá de hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como una serie de delitos entre los cuales no están los que se imputan a los acusados.
- i) 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 quáter 2 y 3 CP) no protegen, a juicio del legislador, un bien jurídico de valor singular para la comunidad nacional, hasta el punto de que resulte justificado romper las barreras impuestas por el principio de territorialidad, indica el Supremo.
- j) Ni la Convención para la Conservación de los Recursos Marinos Vivos del Antártico, ni los preceptos indicados de la Ley Orgánica del Poder Judicial española proporcionan las bases necesarias para la proclamación jurisdiccional.

El voto particular, formulado por Antonio del Moral, coincide en muchos puntos con las ideas expresadas en este trabajo. Parte de una cuestión previa —la improcedencia de un recurso de casación frente al auto de la Audiencia— para, además, entrar en cuestiones sobre el fondo. Pero, en lo que aquí interesa, destaca con rotundidad 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 [...]».

En ampliación de su tesis, añade que los *investigados ostentan la nacionalidad española* y al parecer residen en España. Partiendo de ello, se plantea la posible aplicación del principio de

personalidad (art. 23.1 LOPJ) y se centra en el criterio mayoritario, que lo rechaza por no cumplirse el requisito de doble incriminación. Rechaza la necesidad de cumplir con este porque: «[...] 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 [...]», y se desconoce si en Guinea Ecuatorial existe o un delito similar al español de pesca ilegal.

En seguida, el autor del voto sale al paso de su propio razonamiento, indicando que un hecho *cometido en aguas internacionales no puede considerarse ajeno a cualquier norma jurídica*, como si no hubiera más excepciones que las derivadas del principio de justicia universal.

Eso se agrava con el problema de los pabellones de conveniencia: no puede asumirse que las embarcaciones sin pabellón o las que llevan varios pabellones o un pabellón de conveniencia, sin vínculos reales con el país, no están sometidas a jurisdicción alguna y, por lo tanto, pueden hacer, en aguas internacionales, lo que les venga en gana, incluyendo, señala Del Moral, el asesinato de naufragos y otras atrocidades conocidas. Y concluye: «[...] 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 [...]».

Termina el voto haciendo constar la perplejidad que produce la facilidad y falta de razonamiento con que la sentencia mayoritaria rechaza también la competencia para conocer de los delitos de falsedad.

7.2. VALORACIÓN CRÍTICA

Personalmente, comparto la conclusión del voto particular de Antonio del Moral en cuanto considera inadecuado rechazar la competencia jurisdiccional de los tribunales penales españoles para conocer de esos hechos.

El razonamiento, en el que puedo no tener razón, para llegar a esa conclusión difiere en algunos puntos:

- a) La sentencia parte de que la pesca ilegal no tiene cabida en el artículo 23.2 de la LOPJ y de que tampoco la tienen los delitos de falsedad, blanqueo de capitales y asociación ilícita. A juicio del Tribunal Supremo, ni la Convención para la Conservación de los Recursos Marinos Vivos del Antártico ni los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial española proporcionan las bases necesarias para sostener la competencia de la jurisdicción española. Esa tesis no puede suscribirse sin discusión.
- b) Dejaré de lado los temas de la falsedad, el blanqueo de capitales y la asociación ilícita, pero no sin subrayar que en esos delitos el elemento relativo al lugar de comisión del hecho tiene una importancia menor, pues la actividad de blanqueo de capitales seguirá existiendo en el territorio nacional —la propia sentencia admite que los beneficios de la actividad pueden ser blanqueados a través de un entramado societario radicado en España y fuera de nuestro territorio—, al igual que la organización criminal o la utilización de documentos falsos. Dejar fuera de perseguibilidad esos hechos en nombre de que quedan fuera de los supuestos de extraterritorialidad supone despreciar la estructura típica de esa clase de delitos.
- c) Fuera de duda está que los hechos se cometieron en *aguas internacionales*, desde un pesquero propiedad real de españoles, que enarbolaba bandera de conveniencia de Guinea Ecuatorial, Estado del que, hasta hoy, se desconoce que haya hecho esfuerzo alguno por juzgar los delitos que se cometen en buques que portan su bandera.
- d) La zona en la que se cometieron los hechos está incluida en el área de apli-

cación de la Convención sobre la Conservación de Recursos Vivos Marinos Antárticos, de 20 de mayo de 1980, que, como se ha dicho, se incluye en el Tratado Antártico, del que España es parte.

- e) La competencia de los tribunales españoles *no ha de buscarse a través del principio de personalidad*, sino del art. 23.4 LOPJ, que establece las obligaciones de juzgar derivadas, entre otras fuentes, de tratados internacionales suscritos por España. Como dije antes, los tribunales españoles han de juzgar *cualquier otro delito 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 este caso, tenemos el Convenio de Conservación de la Antártida, parte del Tratado Antártico, del que deriva la obligación de las partes de perseguir y juzgar con arreglo a las leyes españolas, que, a su vez, integran al tratado (concretamente, a través del concepto de especies protegidas) *a cualquier persona española o extranjera que haya cometido esos hechos en aguas afectadas por el Tratado Antártico*.
- f) Llevando el razonamiento *ad absurdum*, asumiendo indirectamente la tesis del Tribunal Supremo, llegaríamos a la conclusión de que en aguas internacionales no habría competencia jurisdiccional ni de España ni de nadie, con la consecuencia de que la pesca de las especies que un tratado *quiere proteger* no puede ser perseguida por los propios Estados que suscriben un convenio. Solo se perseguiría la pesca de especies protegidas cuando esta se lleve a cabo en aguas jurisdiccionales de un Estado que, *además, quiera proteger sus recursos naturales*. Para llegar a esta conclusión no hacía falta ningún convenio.

- g) Ante la imposibilidad metodológica de sostener que un tratado se niega a sí mismo al no poder ser aplicado en la práctica —o, peor aún, que puede permitir abordajes, registros, inspecciones, detenciones, pero no enjuiciamientos—, lo lógico, para evitar ese sinsentido, es reconocer la competencia de los tribunales españoles para juzgar esos hechos cometidos por españoles o extranjeros en aguas internacionales, *pues cualquiera otra interpretación conduce al absurdo*.
- h) El requisito de *doble incriminación* no puede operar cuando la conducta se ha descrito en un instrumento multilateral, como es un tratado, que produce el efecto de incorporar la declaración de ilegalidad de una conducta a todos los Derechos internos de los Estados firmantes. El sentido de ese principio se concreta en la aplicación del principio de personalidad (art. 23.2 LOPJ), pero no en el presente caso. Por eso, y por otras razones, es inadmisibles la idea de que el español no viaja con 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 [...]», pues eso no tiene sentido cuando no se «viaja» a país alguno, sino a aguas internacionales sujetas a lo dispuesto en los tratados. La asunción conceptual de la existencia de espacios absolutamente carentes de ley aplicable es un postulado inadmisibles en el siglo XXI.

Cuando esto escribo, *ha sido aceptado por el TS un recurso* contra la Sentencia presentado por *Oceana*, una ONG ecologista que ha alegado indefensión porque no fue escuchada en el juicio. Teóricamente, es posible que el Tribunal Supremo aproveche la oportunidad para cambiar su criterio, aunque desgraciadamente no parece fácil que eso suceda.

8. LA PESCA EXCESIVA

La frontera entre la pesca prohibida y la pesca ilegal es, a veces, borrosa; el propio concepto de especie protegida es difuso. La pesca prohibida de especies protegidas, por supuesto, reduce las posibilidades de reproducción de la especie afectada, pero *no todo lo que acaba dañando a la supervivencia de una especie tiene el carácter de pesca prohibida*. Por lo tanto, las nociones de especie protegida, pesca prohibida, pesa ilegal y pesca no regulada son diferentes, aunque puedan tener un común denominador: que se trata de conceptos que, en todo caso, implican que no es posible la pesca limitada y descontrolada de la especie afectada por protección, prohibición o regulación.

Si la pesca de una especie está regulada de una u otra manera, cualquier actividad de pesca a ella referida será «ilegal», lo cual no significa ni que se trate de una especie protegida ni que estemos en el territorio jurídico del Derecho penal, lo que no impide que el Derecho administrativo intervenga y sancione actividades pesqueras. El Derecho penal castiga:

- a) Pescar, dificultar la reproducción o migración y traficar con especies *protegidas* (art. 334.1 CP), con un tipo cualificado si se trata de *especie protegida en peligro de extinción* (art. 334.2 CP).
- b) Pescar una especie estando *prohibido* hacerlo, y esa prohibición no depende de que se trate de una especie protegida, sino que puede tener otras razones (art. 335.1 CP).
- c) Pescar en zonas sometidas a concesión o autorización sin el debido título administrativo habilitante (art. 335.2 CP).
- d) Pescar utilizando medios prohibidos, como los venenos o los explosivos (art. 336 CP).

Los hechos más gravemente penados son los reseñados en a) y d). Ciertamente, la diferencia entre las dos primeras conductas puede

resultar poco clara, pero eso viene motivado por la concreción del concepto de «especie protegida». Si se acude al Catálogo nacional, que obra en el Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas, comprobaremos que la merluza negra de profundidad no aparece en el mismo, que no menciona al *Dissotichus eleginoides* ni el *Dissostichus mawsoni*. Algunos intérpretes de la ley (entre ellos, la Audiencia Nacional) limitan la indagación a ese catálogo *como si no cupieran más fuentes interpretativas de un elemento normativo del tipo que el Derecho interno*, en este caso el RD 139/2011.

Si nos detuviéramos en ese punto, tendríamos que la pesca de una especie como la merluza antártica de profundidad, en la medida en que pueda estar parcialmente autorizada, pierde la condición de protegida y pasa a la de pesca sometida a regulación —de menor significación penal— y, por ello, su práctica podría subsumirse en el art. 335.1 CP.

Pero esa interpretación parte de un error de enfoque: entender que solamente la legislación nacional puede determinar lo que es una especie protegida, lo cual no es cierto, pues eso también pueden hacerlo, y con eficacia para el Derecho interno, los tratados internacionales suscritos por España, como la ya citada Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos de la Antártida (CCRVMA), que *considera especie protegida* a la merluza negra de profundidad, pero la Convención no lo hace incluyéndola en un catálogo, sino que parte de una declaración de principios y un desarrollo de esos principios. Veamos:

El preámbulo de la Convención declara que las Partes contratantes reconociendo la importancia de salvaguardar el medio ambiente y de *proteger la integridad del ecosistema de los mares* que rodean la Antártida [...] reconociendo las responsabilidades fundamentales de las Partes Consultivas del Tratado Antártico en materia de *protección y preservación del medio ambiente*

antártico y, en particular, sus responsabilidades en virtud del párrafo 1, (f) del artículo IX del Tratado Antártico con respecto a la protección y conservación de los recursos vivos de la Antártida. Sigue el art. IX de la Convención, atribuyendo a la Comisión (CCAMLR) la facultad de *designación de especies protegidas*.

En uso de esa potestad, la Comisión declara áreas de protección, zonas marítimas concretas, como la incluida en el Tratado Antártico, en las que se encuentran especies muy vulnerables, como la merluza de profundidad o el *krill*. El control de actividades sobre esas especies, especialmente, la merluza de profundidad, incluye el seguimiento por satélite y la vigilancia de las marinas de guerra de los Estados más próximos.

A partir de estos datos, puede salirse al paso de una idea muy extendida en relación con el concepto de especie protegida, que solo merecen esa consideración las que se encuentren en el catálogo nacional y, en segundo lugar, que son aquellas respecto de las cuales la pesca está *absolutamente prohibida*. Esta segunda condi-

ción puede no cumplirse si se establecen cupos cuantitativos y temporales, pero no por ello se perderá la condición de «protegida» que procede de estar *incluida en una política de protección*, y eso se cumple sobradamente en relación con la merluza de profundidad.

Cuestión diferente es que la preferencia por aplicar el artículo 335 CP, en concreto, en relación con el caso que se contempla en estas páginas, *no varía las conclusiones*, pues si el Tribunal Supremo llega, como veremos, a excluir la aplicación de la ley penal española no es por resistencia a aplicar el art. 334 CP o el 335 CP, sino por su *negativa a aceptar que los Tratados generen extraterritorialidad de la ley penal española*.

Es posible, sin duda, que el legislador penal español no pensara en las obligaciones internacionales en el momento de redactar los arts. 334 y 335 del CP, y, aún menos, en las obligaciones que se derivarían de la pertenencia de España a la UE por la vía de los tratados que esta suscribe.

NOTAS

1. Este pequeño estudio tiene, en parte, su origen en la conferencia que pronuncié en el Colegio de Abogados de Vigo, promovido por la profesora Dra. Inma Valeije, en un Curso sobre «El papel de los pabellones de conveniencia en el sector de la pesca y normativa de la Unión Europea». Workshop Jean Monnet Module «Summer Course Crossing Borders in the European Area of Justice: Civil, Commercial and Criminal Matters (Ref. 2013/2942)», organizada por el Centro de Excelencia Europeo Jean Monnet de la Universidade de Vigo con la colaboración del Colegio de Abogados de Vigo el 15 de junio de 2016
2. Del tema me ocupé en Quintero (2006).
3. *Cf.* Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la orden europea de detención y procedimientos de entrega entre Estados miembros de 13 de junio de 2002 y Ley 3/2003, de 14 de marzo y Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley sobre orden europea de detención y entrega, actualmente integrada en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, como Título II.
4. En el tema del mandato europeo de arresto, sin cuestionar su enorme importancia como avance en orden a la unificación de la justicia penal en el territorio UE, conviene ser prudentes y no caer en la equivocada idea de que constituye una extensión «europea» de la competencia de todos los jueces penales de la UE: no es eso, entre otras cosas, porque tiene importantes restricciones y limitaciones. Es cierto que el llamado «euroarresto» —prescindiendo de sus actuales restricciones— es imprescindible para una política unitaria de lucha contra la criminalidad.
5. Se expresa en la STS 974/2016 de 23 de diciembre, por la que el TS archiva una causa por extracción de merluza negra en Antártico por falta jurisdicción tribunales españoles. La sentencia incluye un importante voto particular.

6. *Vid.*, especialmente, el Reglamento de la UE para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, que entró en vigor el 1 de enero de 2010, y la normativa vinculada al mismo. Una exposición completa (hasta 2008) de la producción normativa de la UE con relevancia para el Derecho penal puede verse en Arroyo y Nieto (2008); VVAA (2009); Quintero (2009) o en las Decisiones Marco de la Unión Europea (2009).

7. Un pabellón de conveniencia (*flag of convenience* o FOC en sigla inglesa) es aquel que un buque enarbola y es de un país diferente al de su propietario. Eso significa que entre el naviero y el Estado del pabellón solo hay una relación formal, determinada por el registro del buque en ese Estado y nada más. Con ello se consiguen ventajas económicas y de toda clase respecto del país de origen.

8. El Acuerdo sobre Medidas del Estado Rector del Puerto Destinadas a Prevenir, Desalentar y Eliminar la Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada fue aprobado por la Conferencia de la FAO durante su 36º período de sesiones (Roma, 18-23 noviembre de 2009), de conformidad con el párrafo 1 del artículo XIV de la Constitución de la FAO, por medio de la Resolución 11/2009 de 22 de noviembre de 2009. Todos los Estados de la UE participan en ese convenio. Es un instrumento esencial para la lucha contra la pesca ilegal, la pesca no declarada y la pesca no reglamentada, así como la pesca irresponsable de especies sobre las que no hay reglamentación.

9. Informe del C. de E. Nº: E 2/2007 sobre la Adaptación del Ordenamiento jurídico español a las nuevas exigencias internacionales y de Derecho comunitario europeo relacionadas con la lucha contra la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (pesca INDNR). Consejo de Estado, julio, 2009.

10. Reglamento (CE) No 1005/2008 del Consejo de 29 de septiembre de 2008.

11. La conveniencia de aplicar sanciones penales fue indicada por el Consejo de Europa en su Resolución 28/1977, relativa a la contribución del Derecho penal a la protección del medio ambiente. Posteriormente, en 1999 se aprobó el Tratado de Amsterdam, y bajo su vigencia, se adoptó el programa de Tampere (en octubre de 1999), que expresamente se refería a la necesidad de tutelar el medio ambiente a través del Derecho penal. Luego llegaría la Directiva 2008/99/CE del Parlamento y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal. Sobre el tema, ampliamente, puede verse Quintero (2013).

12. En relación con el concepto de mar territorial, hay que señalar que actualmente, y tras una evolución que ha ido de una relativa imprecisión a una concreción acorde con el Derecho internacional marcado especialmente por la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958, a la que España se adhirió con fecha 25 de febrero de 1971. En el Derecho español, la norma fundamental es la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial. De acuerdo con lo que se establece en esa ley, la anchura de esa zona es de doce millas marinas, que es el límite más común entre los Estados y por eso es considerado acorde con el Derecho internacional. Es también el límite válido a efectos pesqueros (Ley 20/1967, de 8 de abril) y fiscales (Decreto 3281/1968, de 26 de diciembre). Hay que tener en cuenta también las potestades que en diversas materias confiere a cada Estado la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, según la cual el Estado, en la franja contigua al mar territorial, que no podrá extenderse más allá de 24 millas marinas, puede tomar medidas para prevenir y sancionar las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios.

13. Para profundizar en el alcance de la Convención, *vid.* Cervera Pery (1992).

14. Me refiero en concreto al problema del *Brexit*, pues la salida de la UE decidida por los británicos —no entro en la discusión sobre cómo se llevará a cabo— parece agrandar al sector pesquero británico mediano y pequeño, cuyo mercado es exclusivamente el interior, y que se oponía tradicionalmente a la posibilidad de que otros buques de otros Estados de la UE pudieran faenar en sus aguas. *Cfr.*, información de *El País*, 20/06/2016, «Los pescadores británicos enarbolan la bandera del “Brexit”». En cambio, el *Brexit* supone un grave problema para las compañías propietarias de grandes buques pesqueros, que deseaban continuar en la UE (disfrutando de sus cuotas pesqueras alcanzadas por tratados).

15. La aplicación en la UE, y por tanto en España, del Convenio CITES se lleva a cabo mediante el Reglamento (CE) 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio, y mediante un reglamento de ejecución más detallado: el Reglamento (CE) 865/2006 de la Comisión de 4 de mayo de 2006, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) 338/97.

16. Francia mantiene la exclusividad de la pesca de la merluza negra en sus aguas territoriales, que se extienden 360 kilómetros alrededor de las islas de Kerguelen, Crozet y St. Paul Amsterdam, cerca de la Isla Reunión, capital de los territorios árticos franceses.

17. Indebidamente, pues, como destaca el voto particular suscrito por Antonio del Moral, el auto de la Sección Cuarta de lo Penal de la Audiencia Nacional, que era el recurrido en este caso, no era recurrible en casación ante el Tribunal Supremo.

18. Cuestión distinta, en la que no voy a entrar, es la absurda regla que atribuye el conocimiento y fallo a la Audiencia Nacional.

19. Por razones históricas, hay que entender que esta regla, en lo que se refiere a «españoles» solo está dirigida a personas físicas, pues es anterior a la introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero, evidentemente, y como luego veremos, no determina una exclusión competencial.

20. Es claro que se trata de una norma administrativa, pero evidentemente marca una dirección lógica del Derecho: de las acciones ilegales responden tanto las personas físicas como las jurídicas, también penalmente. Cuestión diferente, y de difícil solución como en su momento veremos, es determinar cuándo una persona jurídica es «española» a efectos penales.

21. *Cfr.* art. 100. 3, letra e de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado, revisada en 31 de julio de 2015. Se califica como infracción grave la captura, tenencia, transbordo, desembarque, custodia o almacenamiento, antes de su primera venta, de especies pesqueras no autorizadas o de las que se hubieran agotado los totales admisibles de capturas (TACs) o cuotas.

22. No hay que olvidar que, según informaciones más o menos fidedignas, es enorme la cantidad de pescado de contrabando que se consume en Europa.

23. *Cfr.* Entrevista a Luz Baz Abella, Inspectora de la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte, en *Faro de Vigo*, 04/04/2015.

24. La competencia en materia sancionadora administrativa es mucho más clara, a tenor de los dispuestos en el art. 104 de la Ley 3/2001 de Pesca marítima del Estado, que establece: «Infracciones muy graves. 1. A los efectos de la presente ley se consideran infracciones muy graves c) Toda conducta tipificada como grave, cuando suponga un incumplimiento de las obligaciones establecidas en virtud de tratados internacionales o normas de terceros países, que estén relacionadas con actividades de pesca de buques apátridas, buques con pabellón de países calificados reglamentariamente como de abanderamiento de conveniencia o buques de países terceros identificados por las organizaciones regionales de ordenación pesquera u otras organizaciones internacionales por haber incurrido en actividades de pesca ilegal, no declarada y no reglamentada o contrarias a las medidas de conservación y gestión de los recursos pesqueros».

25. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o *cometidos a bordo de buques* o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte. A su vez, la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial, describe cuáles son las aguas territoriales españolas.

26. De esa posibilidad hay que excluir el régimen de los buques militares, pero en ese punto no entraremos.

27. La gravedad del problema va mucho más allá del tema de la pesca ilegal, se puede captar cuando se han conocido casos de clamorosa impunidad. Por ejemplo: asesinato cometido en un buque que enarbola pabellón liberiano (de conveniencia) en aguas internacionales, siendo el autor del hecho de nacionalidad guineana y la víctima, de nacionalidad nigeriana. Arriba a puerto español y no se encuentra el criterio jurisdiccional adecuado para poder detener al autor, que había sido detenido a denuncia de otros tripulantes, y ser juzgado por tribunales españoles. Solo queda la vía de ofrecer la posible petición de extradición a Liberia (jurisdicción «preferente») o a Nigeria si su derecho contiene el principio de personalidad pasiva. Si transcurre el tiempo máximo de detención previa a extradición sin que se haya producido esa petición, no queda otra vía que dejar en libertad al detenido (así sucedió en un caso real).

28. *Vid.* Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, BOE del 14 de febrero de 1997.

29. *Vid.* Del Pozo (2015).

30. De hecho, la lucha contra las banderas de conveniencia ha sido encabezada por organizaciones preocupadas por los derechos humanos, entre ellos los que afectan a las relaciones de trabajo, destacando la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte (ITF), y sus inspecciones y denuncias.

31. Al respecto, es de interés el trabajo de Irujo (2002). Un buen ejemplo, que reúne casi todos los vicios señalados, fue el conocido caso del *Prestige*.

32. Artículo 54: «Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena».

33. Artículo 20.3: «Cosa juzgada. 1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.

2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia».

34. Art. 14, apdo. 7: «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país».

35. Expresamente se excluyen los casos en los que «el proceso en el otro tribunal obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte» (art. 20.3. a del Estatuto de la CPI).

36. A este respecto, escribe García Ramírez: «[...] Es notoria la decadencia de la autoridad absoluta de la cosa juzgada inherente a la sentencia definitiva y firme, entendida en el sentido tradicional de la expresión. Difícilmente podrían actuar con eficacia, y quizás ni siquiera existirían, la jurisdicción internacional de derechos humanos y la jurisdicción internacional penal si se considera que las resoluciones últimas de los órganos jurisdiccionales nacionales son inatacables en todos los casos». Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, caso Gutiérrez Soler. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez. *Vid.*, también, Albán (2013).

37. Se acepta que las personas jurídicas poseen derechos de su especial personalidad jurídica: derecho al nombre, a los signos distintivos de la empresa, a la nacionalidad y al domicilio. En cuanto a la nacionalidad, son variables los criterios seguidos en cada legislación estatal que normalmente se inclinan por establecer la nacionalidad en función del domicilio en que se constituye la persona jurídica. Pero también se ha defendido la tesis de que la nacionalidad de una persona jurídica debe marcarla la que mayoritariamente tengan sus socios o el Estado en que desarrolle prioritariamente su actividad. Por otra parte, para aceptar la competencia jurisdiccional de un Estado tan importante es la nacionalidad como el domicilio del autor del delito (o de la víctima). El domicilio es la sede legal y jurídica de las personas. Su fijación tiene especial importancia práctica para las personas jurídicas, pues ha de ser el centro de la vida social; será el que publique el registro correspondiente; determinará, en muchos casos, la jurisdicción de los tribunales y puede ser tenido en cuenta para delimitar su nacionalidad y su vecindad. Los criterios para decidir que una empresa es española son aparentemente claros. El problema aparece cuando *la legislación de otro Estado también le reconoce su propia nacionalidad, esto es, cuando una empresa ostenta en apariencia varias nacionalidades*. Eso en principio no es cierto, sino manifestación de diferentes domicilios de una misma empresa o de diferentes empresas que comparten nombre a partir de una matriz común, pero que se constituyen específicamente en el Estado. Ahora bien, con eso no se resuelve la competencia por personalidad activa más que cuando se reúnan las condiciones para poder afirmar que una empresa tiene una concreta nacionalidad. Cuestión diferente, por supuesto, es que la competencia de los tribunales nacionales no dependa de la personalidad activa.

Más allá del problema de la nacionalidad de la persona jurídica, aparece otro: la decisión sobre cuál es el *locus commissi delicti*, lo cual nos lleva a los obstáculos que se producen cuando se imputa la comisión de un delito a una persona jurídica multinacional. Ciertamente tendrá un domicilio «fundacional», pero eso no obsta a que haya constituido

sociedades filiales en otros Estados. En ese supuesto, que es perfectamente imaginable, un Estado podrá estimar que si esa Empresa ha constituido otra, aunque sea filial, en su territorio, y tiene allí un domicilio, puede considerarla «nacional» a efectos penales.

Sin duda, el problema más importante es el del delito cometido por una persona jurídica que está domiciliada o presente en diferentes Estados. Esa es una posibilidad que, aunque se parezca al problema de la delincuencia organizada transnacional (un mismo grupo organizado que desarrolla sus actividades criminales en diferentes Estados) difiere abiertamente. La lucha contra la criminalidad organizada es un objetivo que se han marcado los Estados de la UE, junto con otros, y para ello han sido creados organismos y redes de colaboración de enorme importancia. Ciertamente que la responsabilidad de las multinacionales puede verse de otros modos; destaca el de la cooperación en la ejecución de sentencias dictadas por un Estado, que podrían ser efectivas en todos los Estados en los que esa empresa estuviera presente, gracias a lo que teóricamente se ha avanzado en el tema del reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas por tribunales de otros Estados, aunque es prudente no confiar excesivamente en la eficacia de esa solidaridad. Pero eso no resuelve la cuestión de la competencia para juzgar y, concretamente, la que puede corresponder a España; con toda probabilidad, el problema se planteará en otros Estados).

Con esas reservas, podemos regresar al problema inicial referente a la competencia para juzgar a una persona jurídica que está domiciliada en diferentes Estados, o que para muchas legislaciones es suficiente para fundar la propia competencia. Puede suceder que en diferentes Estados se abran, con relativa proximidad en el tiempo, procesos penales contra la misma empresa por los mismos hechos y que ninguno esté dispuesto a renunciar a juzgar ante la invocación de precedencia del proceso iniciado en otro Estado. La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción ofrece criterios para fijar la jurisdicción competente, pero no bastan para resolver el posible conflicto que se produciría en caso de procesos simultáneos (que, además, pueden dar paso a la invocación del principio *non bis in idem*, posibilidad que contempla el art. 23.2 LOPJ).

38. Convenio de Lugano sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (último texto, 2007).

39. En el curso citado en nota 1.

40. La reacción en Nueva Zelanda y Australia ha sido de asombro e indignación. El tiempo dirá qué consecuencias tendrá eso.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁN, Juan Pablo (2013) «Cosa juzgada fraudulenta vs. prohibición de doble juzgamiento, en Pro Homine», [en línea], <<https://prohomine.wordpress.com/2013/11/24/cosa-juzgada-fraudulenta-v-prohibicion-de-doble-juzgamiento/>>.
- ARROYO, Luis y Adán NIETO (2008): *Código de derecho penal europeo e internacional* (coord.), Madrid: Ministerio de Justicia, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, UCLM.
- CARRA, Alejandro (2015): «A la caza de la merluza negra, el “oro blanco” de la Antártida», *ABC*, 24 de abril.
- CERVERA PERY, José (1992): *El Derecho del Mar. Evolución, contenido, perspectivas*, Madrid: Editorial Naval.
- DEL POZO, Fernando (2015): *Las banderas de conveniencia y la seguridad marítima*, Madrid: Publicación del Instituto Español de Estudios Estratégicos.
- DECISIONES MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA (2009): Madrid: Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones.
- HUESA VINAIXA, Rosario (2016): «La jurisdicción extraterritorial española sobre el tráfico ilícito de armas y los tratados internacionales suscritos por España», *Revista electrónica de estudios internacionales*, 31, 1-44.
- IGLESIAS, Leyre (2016): «Los “piratas” gallegos de la merluza negra», *El Mundo*, 14 de marzo.
- IRUJO, José María (2002): «La ley de los nuevos piratas», *El País*, 15 de diciembre.
- NIETO, Adán (2012): «Bases para un futuro Derecho penal internacional del medio ambiente», en C. Massicci y F. J. Garcimartín (coords.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 16, 137-164.
- PAPASTAVRIDIS, Efsthymios (2010): «Enforcement Jurisdiction in the Mediterranean Sea: Illicit Activities and the Rule of Law on the High Seas», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 25, 569-599.
- QUINTERO, Gonzalo (2006): *Lugar de comisión del delito. El principio de territorialidad. Estado miembro de ejecución y de emisión*, Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha.

- (2009): «La última transposición de directivas medio ambientales al derecho penal», *Actas del Congreso V Foro de Derecho Agrario y Desarrollo Rural*. Cáceres: Fundación R. Hernández Mancha y Junta de Extremadura.
 - (2013): *Derecho Penal Ambiental*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- REBOLLO VARGAS, Rafael (2009): «El delito de tráfico ilegal de personas y la (in)competencia de la jurisdicción española en aguas internacionales» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11, 9-23.
- VVAA (2009): *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch.