

EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS Y LA (IN)COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA EN AGUAS INTERNACIONALES

Rafael Rebollo Vargas

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma Barcelona

REBOLLO VARGAS, Rafael. 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* (en línea). 2009, núm. 11-09, p. 09:1-09:23. Disponible en Internet :

<http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-09.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 11-09 (2009), 2 jul]

RESUMEN: El tráfico ilegal de personas y, en particular, la incesante llegada de cayucos a nuestras costas suscita importantes problemas de toda índole en España. Dificultades que, en el plano de lo estrictamente jurídico, hasta hace muy poco residían –entre otras cuestiones- en dirimir si la jurisdicción española era competente para enjuiciar a los patronos de las embarcaciones cuando eran interceptadas en aguas internacionales. En este caso, la LOPJ no albergaba ninguna previsión al respecto, mientras que el Tribunal Supremo, guiado por criterios de justicia material, utilizó distintos argumentos para dar respuesta a ese vacío legal. Tesis que, fundamentalmente, se basaban en acudir a la cláusula de cierre del art. 23.4 de la LOPJ

relativa a los Tratados o Convenios internacionales ratificados por España o, bien, en acudir a la teoría de la ubicuidad. Criterios que, como veremos seguidamente, no comparto y que me llevan a concluir que España carecía de jurisdicción para la instrucción y enjuiciamiento de tales hechos, salvo si el tráfico de personas estaba destinado a la explotación sexual. Situación que finalmente se remedia tras la entrada en vigor de la L.O. 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas que, entre otras cosas, supuso la modificación del art. 23.4 de la LOPJ y con ello la inclusión de estos supuestos.

PALABRAS CLAVE: Tráfico ilegal de personas, competencia jurisdiccional española, principio de territorialidad, principio de justicia universal, Tratados o Convenios Internacionales, ubicuidad, Acuerdos del pleno no jurisdiccional del TS, mar territorial, Justicia supletoria, Derecho penal de representación.

Fecha de publicación: 2 julio 2009

SUMARIO: I. CUESTIONES PREVIAS. II. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA. LA ENTRADA EN VIGOR DE LA L.O. 13/2007, DE 19 DE NOVIEMBRE. III. LA TEORÍA DE LA UBICUIDAD Y EL COLOFON DE LA STS DE 23 DE ENERO DE 2008: UNA PERMANENTE HUIDA HACIA ADELANTE. 1. La teoría de

la ubicuidad en las resoluciones del Tribunal Supremo. 2. Los Acuerdos del Pleno de la Sala penal del Tribunal Supremo: acuerdos jurídicamente no vinculantes. IV. UNA NUEVA MUESTRA DE JURISPRUDENCIA “CREATIVA”. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA SUPLETORIA O DERECHO PENAL DE LA REPRESENTACIÓN. V. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL.

I. CUESTIONES PREVIAS

Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis) se introdujeron en el Código penal mediante la L.O. 4/2000, de 11 de noviembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social; sin embargo, su redacción actual es consecuencia de otra reforma muy reciente llevada a cabo por la L.O. 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas¹. Como es sabido, el tipo básico del art. 318 bis del Código penal incrimina a quien directa o indirectamente, “*promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea...*”. Reforma que, como veremos seguidamente, viene a poner orden en una situación que –a mi entender– jurídicamente es más que discutible, al arrogarse los Tribunales españoles competencia jurisdiccional para juzgar a los patrones de las embarcaciones que transportaban personas a nuestro país, cuando éstas no estaban destinadas a la explotación sexual, a pesar de que eran interceptadas fuera de aguas territoriales españolas.

En la referida L.O. 13/2007, de 19 de noviembre, no sólo se modifica el texto del artículo 318 bis, sino que también se reforma el artículo 23.4 de la LOPJ, donde se establece el principio de justicia universal, y con él la competencia de los Tribunales españoles para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional. En efecto, con independencia de la reordenación de los apartados del precepto, se introduce en el epígrafe g) la competencia de la jurisdicción española para conocer hechos relativos al: “*Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores*”. Ley Orgánica, cuya Disposición final segunda establece que entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, lo que tuvo lugar el día 20 de noviembre de 2007. Como consecuencia de ese principio de justicia universal previsto en el art. 23.4 de la LOPJ, y de la inclusión de ese nuevo apartado, los Tribunales españoles tienen competencia para juzgar tales situaciones, obviamente, a partir de la entrada en vigor de la Ley. No obstante, a día de hoy, el

¹. Entre los trabajos más recientes, vid., PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico de personas e inmigración clandestina: un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*. Valencia, 2008; GUARDIOLA LAGO, M.J., *El tráfico de personas en el derecho español*. Pamplona, 2007; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*. Barcelona, 2007; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Director) *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valencia, 2007; GARCÍA ARÁN, M. (Coordinadora), *Trata de personas y explotación sexual*. Granada, 2006; PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal: Ley orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de integración social de los extranjeros*. Granada, 2004; DE LEÓN VILLALBA, F.J., “*Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Valencia, 2003.

Tribunal Supremo continúa emitiendo resoluciones en las que –con distintos argumentos- atribuye a la jurisdicción española la competencia para enjuiciar esas situaciones, a pesar de que las detenciones de las embarcaciones se produjeran con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, en aguas internacionales y de que éstas carecieran de pabellón español.

Con lo que sigue no pretendo romper una lanza en favor de los patrones que trasladan de forma ilícita o clandestina a personas con destino a España o a otro país de la Unión Europea, pero sí poner de relieve una práctica jurisprudencial a la que no se le ha prestado demasiada atención y que, a mi juicio, es de dudosa legalidad. Ahora bien, insisto, no se trata únicamente de que los Tribunales españoles se arroguen una competencia que no tenían atribuida hasta la entrada en vigor de la L.O. 13/2007, sino que actualmente se continúan dictando sentencias que concluyen reiteradamente en la misma dirección, a pesar de que en la Exposición de Motivos de la citada L.O., el legislador reconozca expresamente que hasta entonces (al momento de entrada en vigor de la Ley): *“no será posible considerar que los tribunales españoles tengan jurisdicción para la instrucción y enjuiciamiento de los hechos...”*.

En esta misma línea de consideraciones, esto es, admitiendo de facto la cuestionable competencia jurisdiccional de los tribunales españoles para enjuiciar estos hechos, se manifiesta el Ministerio Fiscal en sus recursos de casación. Así, cuando una Audiencia Provincial acaba concluyendo la falta de jurisdicción (Vid., entre otras, SSAP Las Palmas, 26 de julio –JUR 2006/294879- y 30 de junio de 2006 –JUR 2006/225351- o 21 junio 2007- La Ley 27980/2007-), éste reproduce en sus escritos la misma argumentación, entre otros, vid, las SSTs 21 –RJ 2007/3330- y 25 de junio 2007 –RJ 2007/4751- o 27 de diciembre del mismo año –RJ 2008/49-, donde se afirma que:

“...El Tribunal de instancia no presta la debida atención al Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y al art. 110 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, en el que se prevé el derecho de visita en relación, entre otros supuestos, con aquellos buques que no tienen nacionalidad (como normalmente son las pateras o cayucos), pues, de no actuar en tales casos, éste tipo de comportamientos quedarían impunes”.

Asimismo, previamente a lo acabado de transcribir se reproduce también en las mismas sentencias una afirmación realizada en los recursos de casación por el Ministerio Público en los siguientes términos: “la inmigración ilegal constituye uno de los problemas más graves que afronta nuestro país en la actualidad”, añadiendo que: “no parece aceptable entender que España no tiene jurisdicción en relación con los patrones responsables de las embarcaciones que se dirigen a nuestro país”. Pues bien, es cierto que la inmigración ilegal es uno de los grandes problemas de nuestro país, desde luego no voy a polemizar en este momento acerca de si los mecanismos penales son los más idóneos para hacer frente a esa situación; no obstante, me resulta (demasiado) ingenua la afirmación del Ministerio Fiscal al aseverar que no es aceptable entender que España no tiene jurisdicción en ese ámbito. ¿A qué se refiere?, ¿a qué no es posible imaginar la existencia de un vacío legal en nuestro ordenamiento jurídico que técnicamente imposibilite el enjuiciamiento de los patrones de las embarcaciones y que había que

buscar un argumento mínimamente sostenible ya que de lo contrario resultarían impunes?. Ese es realmente el nudo gordiano. Se trata de una tesis que el Ministerio Fiscal reproduce en sus recursos de casación, y que el Tribunal Supremo ha acabado asumiendo en múltiples sentencias sin advertir, además, dos graves inconvenientes para ello. En primer lugar, que el Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, no persigue la tipificación de toda forma de tráfico ilegal de personas: “sino de aquella en la que exista un grupo delictivo organizado”², condición que no siempre queda acreditada en las resoluciones de los Tribunales españoles que se declaran competentes para enjuiciar esos hechos³ y que, en su caso, serían subsumibles en el tipo agravado previsto en el art. 318 bis.5⁴. Con lo cual, aún y en el caso de que el referido Protocolo fuera aplicable en estos casos –circunstancia que, como veremos inmediatamente, es más que discutible-, éste únicamente sería preceptivo en el caso de que el transporte hacia nuestras costas se produjera con la participación de un grupo delictivo organizado. En segundo lugar, se trae a colación la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 y ratificada por España mediante instrumento de 20 de diciembre de 1996, y en particular el art. 110 donde se prevé el derecho de visita⁵. Sin embargo, la simple lectura del art. 110 de la Convención de Naciones Unidas viene a corroborar –sin demasiado esfuerzo interpretativo- que es un precepto intrascendente para los hechos

². Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas”, pág. 14. Afirmación que se recoge en los mismos términos en la Exposición de Motivos de las L.O. 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, en la que se manifiesta lo siguiente, refiriéndose a la pretensión de fundamentar normativamente la jurisdicción española en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada y en Protocolo que complementa la anterior convención: “...siempre que estos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado”.

³. GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., ““Las organizaciones dedicadas a la inmigración ilegal y tráfico de seres humanos”, en *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada* (CANCIO MELIA, M-POZUELO PÉREZ, L, Coordinadores). Madrid, 2008, págs. 197 y ss.

⁴. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., “Tráfico y trata de personas a través de organizaciones criminales”, en *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal* (PUENTE ALBA, L.M., Directora). Granada, 2008, págs. 283 y ss.

⁵ Art. 110. Derecho de visita. 1. Salvo cuando los actos de injerencia se ejecuten en ejercicio de facultades conferidas por un tratado, Un buque de guerra que encuentre en alta mar un buque extranjero que no goce de completa inmunidad de conformidad con los artículos 95 y 96 no tendrá derecho de visita, a menos que haya motivo razonable para sospechar que el buque: a) Se dedica a la piratería; b) Se dedica a la trata de esclavos; c) Se utiliza para efectuar transmisiones no autorizadas, siempre que el Estado del pabellón del buque de guerra tenga jurisdicción con arreglo al artículo 109;d) No tiene nacionalidad; o e) Tiene en realidad la misma nacionalidad que el buque de guerra, aunque enarbore un pabellón extranjero o se niegue a izar su pabellón.2. En los casos previstos en el párrafo 1, el buque de guerra podrá proceder a verificar el derecho del buque a enarbolar su pabellón. Para ello podrá enviar una lancha, al mando de un oficial, al buque sospechoso. Si aún después de examinar los documentos persisten las sospechas, podrá proseguir el examen a bordo del buque, que deberá llevarse a efecto con todas las consideraciones posibles. 3. Si las sospechas no resultan fundadas, y siempre que el buque visitado no haya cometido ningún acto que las justifique, dicho buque será indemnizado por todo perjuicio o daño sufrido. 4. Estas disposiciones se aplicarán, mutatis-mutandis, a las aeronaves militares. 5. Estas disposiciones se aplicarán también a cualesquiera otros buques o aeronaves debidamente autorizados, que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno.

objeto de estudio ya que, ¿qué tiene que ver el derecho de visita con la pretendida competencia jurisdiccional de los tribunales españoles?. Nótese, además, que el precepto hace referencia al derecho de visita que tiene un buque de guerra, cuando una buena parte de los cayucos o de las pateras son remolcados a la costa por embarcaciones pesqueras quienes, en realidad, intervienen en esos casos por razones humanitarias lo que, desde luego, no puede esgrimirse como criterio de atribución de jurisdicción.

Creo que no es descabellado concluir que las resoluciones citadas están presididas por criterios de justicia material con el objeto de evitar la impunidad de los patrones, aunque ello suponga quebrar el principio de legalidad penal. Otra cosa, no menos reprochable, es que el legislador no haya intervenido hasta hace muy poco para poner fin a ese vacío legal cuya cobertura implica la trasgresión de uno de los pilares básicos del Derecho penal.

II. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA. LA ENTRADA EN VIGOR DE LA L.O. 13/2007, DE 19 DE NOVIEMBRE.

Como es de sobras conocido, la extensión y los límites de la jurisdicción penal española se disponen en el artículo 23 de la LOPJ. Sin entrar en mayores consideraciones, aún y siendo consciente de la simplificación, en ese precepto se dispone que el criterio general para determinar la competencia de los tribunales españoles es el principio de territorialidad (art. 23.1 LOPJ), por el que corresponderá a su jurisdicción el conocimiento de los ilícitos cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o de aeronaves españolas, con independencia de cuál se la nacionalidad del sujeto activo del delito. Regla general que es complementada por los principios de personalidad o nacionalidad activa (art. 23.2 LOPJ); por el principio real o de protección de intereses (art. 23.3 LOPJ) y, finalmente, por el principio de justicia universal (art. 23.4 LOPJ). Como es sabido, el principio de personalidad o nacionalidad activa habilita a los tribunales españoles para enjuiciar los hechos realizados por sus nacionales en el extranjero; todo ello sometido a ciertas condiciones, básicamente, siempre que se trate de hechos previstos en las leyes españolas como delitos además de que éstos sean punible en el lugar de la ejecución delictiva. Por otro lado, el principio real o de protección de intereses, atribuye competencia a los tribunales españoles por los delitos cometidos –cualquiera que sea la nacionalidad del autor- fuera del territorio nacional, cuando atentan contra los intereses esenciales del Estado. Y, finalmente, el principio de justicia universal, mediante el que el Estado se reserva la competencia para perseguir hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional y en cuya protección éste se encuentra interesado; se trata, en definitiva, de delitos especialmente odiosos o atentatorios contra los intereses de la comunidad internacional⁶. En efecto, el art. 23.4 de la LOPJ determina la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por nacionales o extranjeros cuando

⁶ . GARCÍA ARÁN, M., “El principio de Justicia Universal en la L.O. del Poder Judicial español”, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal* (GARCÍA ARÁN, M.-LÓPEZ GARRIDO, D. Coordinadores). Valencia, 2000, pág. 67.

sean perpetrados fuera del territorio nacional⁷; aunque, entre los supuestos que se contemplan en el art. 23.4 de la LOPJ no se hacía mención al tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores que, como hemos visto, fue el núcleo esencial de la reforma introducida por la L.O. 13/2007, de 19 de noviembre. Por lo tanto, ¿quiere ello decir que España carecía de jurisdicción para instruir y enjuiciar tales hechos cuando era interceptada una embarcación en aguas internacionales y en ella se transportaban personas que no iban a ser destinadas a la explotación sexual?. Veamos si es así.

La primera cuestión a dilucidar, desde el principio de territorialidad, es determinar cuál es la extensión del mar territorial. En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982) establece en su artículo 3 que la anchura del mar territorial comprende doce millas marinas. Por otro lado, el artículo 7 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, diferencia entre mar territorial, zona contigua y zona económica exclusiva. El referido artículo 7, con respecto a las zonas y tipos de navegación, dispone que: “Son zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, además de las aguas interiores, el mar territorial, la zona contigua y la zona económica exclusiva”. Añadiendo que el mar territorial se extiende hasta una distancia de doce millas náuticas contadas a partir de las líneas de base desde las que se mide su anchura, mientras que la zona contigua se extiende otras veinticuatro millas desde la línea en la que se mide la anchura del mar territorial, y la zona económica exclusiva tiene una extensión de hasta doscientas millas contadas a partir del límite exterior del mar territorial. Sin embargo, a pesar de la referencia en ese primer párrafo del art. 7 a zonas en las que España ejerce su jurisdicción (en las que integra el mar territorial, la zona contigua y la zona económica exclusiva), se trata de zonas en las que el Estado puede adoptar medidas de fiscalización necesaria para prevenir la infracción de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial, aunque ello no es óbice para cuestionar que el límite del mar territorial son las doce millas (SAP Las Palmas, 26 de julio de 2006 –JUR 2006/294879-). Sin olvidar, por otro lado, que esa aparente disparidad de criterios tienen origen en una norma ordinaria que de pretenderse aplicable vulneraría el principio de legalidad penal. Por lo tanto, el territorio en el que la jurisdicción penal española puede extender su ámbito competencial se circunscribe exclusivamente al del mar territorial, esto es, a las doce millas náuticas.

En cuanto a la normativa internacional –como hemos visto- no es infrecuente que la jurisprudencia del Tribunal Supremo haga mención a normas que considera que son instrumentos válidos para fundamentar la competencia de la jurisdicción española en aguas internacionales⁸. Me refiero a la Convención de Naciones Unidas contra la

⁷. Entre otros, vid., JAÉN VALLEJO, M., *Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho penal internacional*. Barcelona, 2006, pág. 94 y ss.; WERLE, G., *Tratado de Derecho penal internacional*. Valencia, 2005, págs. 104 y ss.; SÁNCHEZ LEGIDO, Á., *Jurisdicción Universal penal y Derecho internacional*. Valencia, 2004, págs. 126 y ss.

⁸. Vid., entre otras muchas, SSTS, 15 y 25 de junio 2007, 5 de julio de 2007, o la muy reciente de 18 de febre-

Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000⁹, ratificada por España el 21 de febrero de 2002, texto complementado por el Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra Mar y Aire, hecho en el mismo lugar y fecha y ratificado también por España el 21 de febrero de 2002. El argumento para fundamentar esa conclusión gravita alrededor del art. 24.3 h de la LOPJ (actualmente 24.3 i), cláusula de cierre que remite a los delitos que deban ser perseguidos en España conforme a lo tratados o convenios internacionales aunque, como expondré a continuación, no parece que esas normas internacionales otorguen a los Estados la competencia para

ro de 2008: "Se alega como fundamento del motivo que la embarcación en la que viajaban los noventa y cuatro ciudadanos subsaharianos y los tres acusados fue interceptada fuera de las aguas bajo soberanía española. El motivo no puede prosperar, pues, como se pone de manifiesto, entre otras, en la sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2007 (RJ 2007, 3463), para pronunciarse sobre esta cuestión, es preciso tener en cuenta: a) que la inmigración ilegal constituye actualmente uno de los problemas más relevantes de la Comunidad Internacional que, de ordinario, guarda una relación muy próxima con la denominada "delincuencia organizada transnacional"; b) que la Convención de 15 de noviembre de 2000 (RCL 2003, 2326), persigue -como se expresa en su artículo 1- "promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional"; c) que el Protocolo que complementa la anterior Convención establece, en su artículo 7, que "los Estados parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar"; d) que la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (RCL 1997, 345) establece que la navegación por alta mar "se ejercerá en las condiciones fijadas en esta Convención y por las otras normas de derecho internacional" (v. art. 87.1); y, e) que el art. 4 de la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 (RCL 1971, 2306) establece que "todos los Estados, con litoral o sin él, tienen derecho de que naveguen en alta mar los buques que enarbolan su bandera", previniéndose en el art. 12.2 de dicha Convención que "el Estado ribereño fomentará la creación y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz, en relación con la seguridad en el mar". Es preciso, además, tener en cuenta también que el delito por el que ha sido condenado el aquí recurrente (art. 318 bis, apartados 1º y 3º del CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]) es uno de los denominados delitos de mera actividad que se consuma por la realización de los actos de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, por lo cual cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su realización en condiciones de ilegalidad está incluida en la conducta típica. Por lo demás, al regular "la extensión y límites de la jurisdicción", la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635) establece que: "los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros, con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte" (art. 21.1 LOPJ); y que la jurisdicción española será competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, cuando se trate de cualquier delito "que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España" [v. art. 23.4, h) LOPJ]. Llegados a este punto, hemos de tener en cuenta: 1º) que la embarcación en que viajaban los acusados y los noventa y cuatro pasajeros subsaharianos carecía de pabellón (v. HP); 2º) que todos los pasajeros de dicha embarcación se dirigían hacia las Islas Canarias con la pretensión de penetrar clandestinamente en territorio español; 3º) que la embarcación fue localizada a la deriva, a unas treinta millas de la isla de El Hierro, al habérsele agotado el combustible (v. HP); 4º) que, por las razones expuestas, el delito por el que han sido condenados los acusados se había consumado antes de ser localizada la embarcación y remolcada a un puerto español; y, 5º) que no consta que ningún Estado haya pretendido el conocimiento de este hecho por sus Tribunales. Por todo lo expuesto, es evidente que la jurisdicción española está legitimada para el conocimiento del hecho objeto de la presente causa. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado".

⁹. Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York 15 de noviembre de 2000.

enjuiciar esos hechos, sino que sólo les faculta para introducir normas en su derecho interno para sancionar tales ilícitos.¹⁰

Así, la tesis de basar la extensión de la jurisdicción española atendiendo a los textos internacionales que acabo de mencionar no la comparto por dos razones distintas. La primera de ellas, se recoge también en la Exposición de Motivos de la L.O. 13/2007, de 19 de noviembre y es, simplemente, porque la Convención de Naciones Unidas del año 2000 lo que establece es otra cosa. En efecto, en su art. 5.1, en relación con la penalización de la participación en un grupo delictivo organizado, dispone que “Cada Estado Parte *adoptará* las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente...”, y a partir de ahí describe una serie de conductas. Téngase en cuenta, que la fórmula utilizada en el precepto es la de que cada Estado Parte “*adoptará*”, por lo que no puede inferirse otra conclusión que no sea el que los Estados Parte se comprometen a tipificar comportamientos destinados a penalizar la participación en un grupo delictivo organizado¹¹. Por otro lado, en el art. 15.2.c de la misma Convención, en este caso relativo a la jurisdicción de los Estados, se prevé que “un Estado parte también *podrá* establecer su jurisdicción para conocer determinados delitos cuando “se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio”¹². Por lo tanto, los

¹⁰. Vid., Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, pág. 16.

¹¹. Art. 5.- Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:

i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:

a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado; y,

b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita; y,

b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

2. El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

3. Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo velarán por que su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Esos Estados Parte, así como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella.

¹². Art. 15.2. Jurisdicción. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Convención, un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando: a) El delito se cometa contra uno de sus nacionales; b) El delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga

referidos preceptos de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional estipulan, por un lado, que los Estados Parte de la Convención podrán adoptar las medidas que correspondan para tipificar como delitos determinadas conductas (que es lo que en realidad hizo el legislador al incriminar los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, art. 318 bis mediante la LO 4/2000) y, por otro, la posibilidad de que cada Estado Parte pueda establecer su jurisdicción cuando se cometan delitos fuera de su territorio con “miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio”. Opción que, como ya he dicho, es acogida mediante la L.O. 13/2007, de 29 de noviembre, al modificarse el art. 23.4 de la LOPJ para incluir dentro del ámbito de la competencia jurisdiccional española el actual apartado g), relativo al “Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadoras”.

Como se infiere de lo anterior, una cosa es que la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional prevea esas opciones y otra cosa muy distinta es que ésta sea el mecanismo que permita atribuir a los Tribunales españoles la jurisdicción para enjuiciar tales hechos, como así se ha interpretado por el Tribunal Supremo al entender que el anterior art. 23.4 de la LOPJ g) -actual art. 23.4 i-, facultaba a la jurisdicción española para conocer de hechos cometidos fuera del territorio nacional, cuando según los tratados o convenios internacionales deban ser perseguidos por España. Sin embargo, la cláusula de cierre del art. 23.4 está referida a los delitos que según los Tratados o Convenios internacionales deban ser perseguidos en España, mientras que el texto aludido (art. 15.2 c) Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional) únicamente hace alusión a que un Estado parte “podrá”, establecer su jurisdicción para conocer determinados delitos cuando “se cometan fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio”, lo que no tuvo lugar hasta la entrada en vigor de la reforma de la LOPJ en noviembre de 2007.

En esa misma línea de consideraciones, otro de los textos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido barajando como legitimador de la jurisdicción española para enjuiciar a los patrones de las embarcaciones cuando eran interceptadas en aguas internacionales, ha sido el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas¹³, donde en su ar. 5.1, con una redacción muy similar a la del art. 5.1 de la

residencia habitual en su territorio; o, c) El delito: i) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio. ii) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 6 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión, dentro de su territorio, de un delito tipificado con arreglo a los incisos i) o ii) del apartado a) o al inciso i) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 6 de la presente Convención.

¹³ . Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (BOE nº 296 de 11 de diciembre de 2003). Artículo 5. Penalización. 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente. 2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito: a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo ;b) La participación como cómplice en la

Convención, estipula que: “Cada estado parte *adoptará* las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente...”, entre las que se encuentra, en el apartado a) del referido art. 3, la trata de personas con “fines de explotación”.

En definitiva, lo realmente previsto en la Convención de Naciones Unidas es la facultad de los Estados Parte para extender su jurisdicción sobre los delitos previstos en el artículo 318 bis cuando se cometieran fuera de su jurisdicción; facultad adoptada por el legislador con la reforma introducida en la LOPJ mediante la L.O. 13/2007, de 19 de noviembre¹⁴. Ahora bien, nótese que una cosa es la facultad de extender la jurisdicción y otra distinta es que por el simple hecho de la firma y ratificación del Convenio, España disponga de ella sin adoptar la norma que le otorgue esa jurisdicción extraterritorial. En los mismos términos que los aquí propuestos se manifiesta la referida Exposición de Motivos de la L.O. 13/2007, de 19 de noviembre, donde se afirma: “*España, sin duda, debe adoptar las medidas legislativas al respecto a fin de enjuiciar este tipo de delitos...En esta línea se inscribe la presente Ley Orgánica al posibilitar la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas...*”.

Con una línea de argumentación similar a la aquí defendida, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley Orgánica hace hincapié en que la Convención se limita a facultar a los Estados Parte para establecer los mecanismos necesarios para la represión de este tipo de infracciones, pero ello no otorga por sí mismo jurisdicción extraterritorial alguna. En el mismo sentido se manifiesta el Magistrado Enrique Bacigalupo en su Voto Particular a la STS, de 3 de enero de 2008 – RJ 2008/47- , donde la Sala –a pesar de lo que acabamos de ver- vuelve a insistir en que la jurisdicción española para enjuiciar hechos de esta naturaleza se basa en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, así como en la Convención de Naciones Unidas¹⁵. Criterio que el Magistrado discrepante no duda en calificar como “*equivocado*”, ya que afirma que las disposiciones del Protocolo que “*autorizan legislar tipificando ciertos delitos, nada dicen sobre la jurisdicción y ésta no se deriva de la facultad para visitar y registrar el buque*”.

comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo ; y c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.II. Protección de las víctimas de la trata de personas.

¹⁴ . Previsión legislativa que hasta entonces no se había desarrollado. Al respecto, vid., Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, pág. 25.

¹⁵ . En el mismo sentido, vid., STS 18 de febrero de 2008.

III. LA TEORÍA DE LA UBICUIDAD Y EL COLOFÓN DE LA STS 23 DE ENERO DE 2008 –RJ 2008/43-: UNA PERMANENTE HUIDA HACIA DELANTE

1. La teoría de la ubicuidad en las resoluciones del Tribunal Supremo

Además de la tesis anterior, basada en la pretendida fundamentación que le otorgan los Tratados y Convenios internacionales para considerar la competencia jurisdiccional española cuando la intervención de los cayucos tiene lugar más allá de nuestro mar territorial, los criterios sostenidos por el Tribunal Supremo para atribuir la competencia jurisdiccional a los tribunales españoles y con ello juzgar a los patrones de las embarcaciones dedicados al tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas han sido varios. Uno de los más sugerentes es el que por primera vez se recoge en el Voto Particular de la STS de 3 de enero de 2008 –RJ 2008/47- acabado de mencionar que, posteriormente, es desarrollado por la STS de 23 de enero de 2008 –RJ 2008/43-¹⁶, de la que es ponente el mismo Magistrado que emite el Voto particular y donde se fundamenta que la legitimación de la jurisdicción española para enjuiciar tales hechos se basa en el *criterio de la ubicuidad*.

El lugar de la comisión del delito ha sido siempre una cuestión sobre la que ha existido una cierta controversia en Derecho español. A ese respecto, los criterios sostenidos tradicionalmente por la doctrina para determinar cuál es el lugar de la comisión del delito han sido tres. En primer lugar, la *teoría de la acción* parte del criterio que el lugar de comisión del delito es aquél donde se realiza el comportamiento típico; por otro lado, la *teoría del resultado*, sostiene que el delito se realiza en aquél lugar donde se ha producido el resultado con independencia de que la acción típica haya tenido lugar en otro país; y, por último, la *teoría de la ubicuidad*, considera que el delito se comete tanto en el lugar en el que se produce la acción como en el lugar donde se produce el resultado, por lo que resultaría aplicable tanto la ley penal del país en el que se realiza el comportamiento típico como también la ley penal del país en el que se produce el resultado¹⁷. A ese respecto conviene recordar que la anterior LOPJ de 1870, en su art. 335¹⁸ parecía optar por la teoría del resultado¹⁹, y que la vigente LOPJ de 1985 no hizo ninguna mención expresa sobre la cuestión en su art. 23 ni, tampoco, el Código penal de 1995, a pesar de que alguno de los Anteproyectos de Código penal anteriores sí recogía el criterio de la ubicuidad, como es el caso del de 1983 en su art. 7.1²⁰; pues bien, a pesar de esa anomia normativa para determinar el lugar de la comi-

¹⁶ . Adoptando el criterio de la ubicuidad se ha pronunciado, también, la STS 31 de enero de 2008,

¹⁷ . ANDRÉS DOMÍNGUEZ, C., *Derecho penal internacional*. Valencia, 2006, págs. 103 y ss.

¹⁸ . “El conocimiento de los delitos comenzados a cometer en España y consumados o frustrados en países extranjeros corresponderá a los tribunales y jueces españoles en el caso de que los actos perpetrados en España constituyan delito, y sólo respecto a éstos”. Vid., la STS 9 de febrero de 1977, donde el TS se posiciona expresamente por la teoría del resultado.

¹⁹ . Vid., ampliamente, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Lugar del delito”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XV. Barcelona, 1974, págs. 723 y ss.

²⁰ . CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte General*. Madrid, 2002, págs. 274-275, nota a pie de página 264.

sión del delito, la doctrina –prácticamente de forma unánime- se pronuncia por la teoría de la ubicuidad y, por lo tanto, entiende que el delito se ha producido tanto en el lugar en el que se llevan a cabo los actos típicos como en lugar en el que reproduce el resultado, por lo que es factible que los hechos sean enjuiciados por cualquiera de las dos jurisdicciones, tanto por la extranjera como por la española.

En el mismo sentido lo interpretó ya el TS en una resolución previa a las que he referido, y de la que es ponente el mismo Magistrado que dicta la Sentencia de 23 de febrero de 2008 –RJ 2008/43-. En efecto, en la STS de 29 de enero de 2003 –RJ 2004/1380- se suscita esa polémica entorno a cuál es la ley penal aplicable, si la española o la norteamericana, en un asunto de estafa por la adquisición de un vehículo en el extranjero, y aunque las circunstancias del caso no son extrapolables a las que ahora nos interesan, el TS se inclina por la teoría de la ubicuidad con unos argumentos muy similares a los utilizados más tarde²¹.

Sin embargo, como acabo de mencionar, la primera resolución del Tribunal Supremo donde se hace mención a la teoría de la ubicuidad para determinar que la jurisdicción española es la competente para enjuiciar a dieciocho ciudadanos extranjeros a los que se les acusaba de pretender introducir en España a ciento cincuenta inmigrantes a bordo de un buque, es el Voto Particular de la STS de 3 de enero de 2008 –RJ 2008/47-, donde el Magistrado discrepante rechaza que la competencia jurisdiccional española venga atribuida por el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre la delincuencia organizada, sino que:

“La jurisdicción española, por el contrario, se fundamenta en el principio territorial y los criterios jurisprudenciales que establecen el lugar de comisión del delito (criterio de la ubicuidad, decisión del Pleno no jurisdiccional de la Sala Penal de 3 de febrero de 2005) y no requiere que se recurra al 23.4.g) de la LOPJ”. A lo que añade más adelante: “Por lo tanto, una adecuada fundamentación de la jurisdicción española no debe ser deducida de donde no es posible deducirla y de donde, en todo caso, no es necesario hacerlo. Las disposiciones del Protocolo que autorizan legislar tipificando ciertos delitos, nada dicen sobre la jurisdicción y ésta no se deriva de la facultad para visitar y registrar el buque. La Convención de la ONU contra la delincuencia organizada en su art. 15.c, i), por lo demás, no hace sino repetir, de una manera que permita unificar diferencias legislativas en la materia, la misma solución que se

²¹ . “...La doctrina ha alcanzado una cierta unidad en las últimas décadas, sobre todo después de las declaraciones del Instituto de Derecho Internacional, formulada en su sesión de Cambridge de julio de 1931, y de la Academia Internacional de Derecho Comparado, de La Haya de agosto de 1932, respecto de un criterio que ha terminado por imponerse en las más modernas legislaciones europeas. En este sentido, la teoría de la ubicuidad se ha constituido en la doctrina dominante receptada, como se dijo en las modernas legislaciones penales europeas. De acuerdo con ella el delito se reputará cometido tanto en todos los lugares en los que se haya llevado a cabo la acción como en el que se haya producido el resultado; en los supuestos de delitos omisivos, en el lugar en el que se hubiera debido ejecutar la acción omitida. Ciertamente, la teoría de la ubicuidad, dado que admite varios lugares de comisión, requiere ser completada por criterios para resolver los conflictos de varias pretensiones jurisdiccionales que se puedan presentar. Pero esta cuestión ni siquiera se plantea en el presente caso, dado que el acusado se encuentra en territorio nacional y no existe ninguna pretensión jurisdiccional de los USA para enjuiciar el caso según su derecho y ante sus tribunales.” (STS. 29 de enero 2003)

desprende de nuestro derecho interno, es decir, la que se basa en el principio territorial y la teoría de la ubicuidad. Su cita es, en consecuencia, superflua”.

Con independencia de las consideraciones que se desprenden del párrafo reproducido, lo que está fuera de cualquier duda para el Magistrado discrepante –como hemos visto con anterioridad- es que la tradicional referencia al Convenio y al Protocolo para argumentar la competencia extraterritorial de la ley penal española para instruir y enjuiciar esos delitos es, como poco, infundada; hasta el punto de que el legislador español ha tenido que modificar la LOPJ mediante la LO 13/2007, de 19 de noviembre, para dar cobertura a esos supuestos. Sin embargo, el problema no sólo atañe a las resoluciones dictadas hasta ahora por los Tribunales españoles para resolver asuntos sobre los que no tenían competencia, sino que con ese frágil argumento se vuelven a enjuiciar hechos anteriores a la entrada en vigor de la L.O. 13/2007, de 19 de noviembre, que dan lugar, a las SSTs de 3 de enero de 2008 –RJ 2008/47- y de 18 de febrero de 2008 –RJ 122/2008- , donde se reiteran tesis que –a mi entender- carecen de fundamento y que el Magistrado que emite el Voto Particular, en la primera de esas resoluciones, califica de equivocadas.

En cualquier caso, es en la STS de 23 de enero de 2008 – RJ 2008/43- donde se desarrolla el criterio esbozado en el Voto Particular y donde se insiste en que el lugar donde se debe considerar que se ha cometido el delito ha de establecerse mediante el criterio de la ubicuidad, que determina que el delito se consuma en todos los lugares en los que se ha producido la acción o se ha cometido el resultado. En efecto, en el Fundamento de Derecho Único de la Sentencia se afirma:

“...La doctrina establecida por nuestra jurisprudencia debe ser considerada a la luz de la establecida en la resolución del Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, en la que se ha decidido, interpretando razonadamente el silencio legal respecto del lugar en el que se debe considerar cometido el delito, que dicho lugar de comisión debe ser establecido mediante el criterio de la llamada teoría de la ubicuidad...De acuerdo con la premisa básica de esta tesis, el delito se consuma en todos los lugares en los que se ha llevado a cabo la acción o en el lugar en el que se haya producido el resultado. De esta premisa básica se derivan asimismo otras que completan el alcance del criterio que la informa en ciertas formas particulares de delitos....” (subrayado añadido)

Criterio que, como pone de relieve la Sentencia, se asienta en la resolución del Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, que hubo de ser adoptado –se añade como consecuencia del “*silencio legal respecto al lugar en el que se debe considerar cometido el delito*”. La afirmación anterior me parece de una trascendencia más que notable por las consecuencias de toda índole que de ella se desprenden, tal y como veremos más adelante. Ahora bien, ¿cuáles son los términos del referido Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, adoptado en su reunión del día 3 de febrero de 2005²², en dónde se adopta el principio de ubicuidad.:

²² . IÑIGO CORROZA, E-RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Los acuerdos de la sala penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*. Barcelona, 2007, pág. 344.

“El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa”.

En efecto, se trata del tradicional criterio de la ubicuidad delictiva en el que, como se puede observar, se acuerda que el lugar de comisión del delito se corresponde con todas aquellas jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo²³. Sin embargo, el Acuerdo me suscita serias dudas. Al menos, una de carácter formal y otra de contenido material que expondré a continuación.

2. Los Acuerdos del Pleno de la Sala penal del Tribunal Supremo: acuerdos jurídicamente no vinculantes

El art. 264 de la LOPJ, ubicado bajo la rúbrica del Capítulo V, Título III, L. III, “De la vista, votación y fallo”, prevé la posibilidad de que los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reúnan para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales; quedando a salvo, a la vez, la independencia de las secciones para el enjuiciamiento y resolución de los procesos. Esto es, se trata de un mecanismo orientado para aunar en una misma dirección la interpretación normativa de una Sala, ya sea de índole sustantivo o procesal, dada la existencia de cambios legislativos o por existir criterios dispares²⁴.

Una interpretación literal del art. 264 de la LOPJ y, en particular, de la referencia en el párrafo segundo a la independencia de las Secciones (en consonancia con lo previsto en el art. 117.1 de la CE) nos llevaría a concluir sin demasiadas dificultades que los Acuerdos adoptados por los Plenos de la Sala Penal no son vinculantes. Sin embargo, ésta es una cuestión que últimamente ha suscitado una indiscutible controversia que tiene origen en el propio Tribunal Supremo. Así, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de 8 de mayo de 1997, había concluido que:

*“aunque no siendo jurídicamente vinculantes, los acuerdos deben ser respetados, en aras del bien que debe prevalecer, que es el de la estabilidad y uniformidad de la doctrina jurisprudencial”*²⁵.

Acuerdo que, a mi parecer, se adecua a lo previsto en el referido precepto de la LOPJ, en particular con la previsión de “la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos que conozcan”. No obstante, más tarde, un nuevo Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 18 de julio de 2006, se manifiesta de forma contraria a la anterior:

²³. Criterio adoptado con posterioridad en la STS de 24 de marzo de 2005, donde se hace mención expresa al Acuerdo. Téngase en cuenta que la STS de 29 de febrero de 2003 se había pronunciado en el mismo sentido.

²⁴. GRANADOS PÉREZ, C., *Acuerdos del pleno de la sala Penal del TS para unificación de la Jurisprudencia*. 2ª edición, actualizada y ampliada. Valencia, 2002, pág. 12. IÑIGO CORROZA, ERUÍZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Los acuerdos de la sala penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido*, ob. cit., págs. 26-27, 50-51.

²⁵. GRANADOS PÉREZ, C., ibídem. IÑIGO CORROZA, ERUÍZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Los acuerdos de la sala penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido*, ob. cit., pág. 192.

*“Los acuerdos de la Sala General (Pleno no jurisdiccional) son vinculantes”*²⁶.

Acuerdo que supone un cambio radical con respecto a lo decidido en mayo de 1997 por el mismo Tribunal Supremo. Ahora bien, ¿cuál ha sido la opinión del Tribunal Supremo, anterior a éste último, con respecto al carácter vinculante o no de los mismos?. Como pone de manifiesto MANJÓN-CABEZA²⁷, la Jurisprudencia de la Sala Segunda se ha referido en distintas ocasiones a la naturaleza de estas “reuniones” (así es como las denomina el art. 264 de la LOPJ), y se ha pronunciado calificándolas como una “deliberación más o menos oficiosa...Pleno atípico y huérfano de valor jurisprudencial directo”²⁸; “Estos acuerdos plenarios no son jurisdiccionales ni crean jurisprudencia...”²⁹; es más, en la misma línea que los anteriores, afirma que un Acuerdo no es “un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la Ley Penal...acuerdos que no son jurídicamente vinculantes, por lo que difícilmente puede alegarse su infracción como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva...”³⁰.

Los argumentos adicionales a los anteriores (con origen en el propio TS) que se anteponen a la validez del Acuerdo de 18 de Julio de 2006 son de toda índole y, desde luego, algunos de los más sólidos se ubican en sede constitucional. En este sentido, no se olvide que el art. 24.2 de la CE establece el derecho al juez predeterminado por la ley, mientras que la reunión de unos Magistrados que componen las diversas Secciones de una misma Sala no son el juez predeterminado por la ley, es más, por no ser, como señala MANJÓN-CABEZA³¹, no es ni siquiera “el juez”, ya que en ese momento en las “reuniones” no se ejerce función jurisdiccional alguna. O, por otro lado, piénsese en el art. 117.1 de la CE en donde se proclama la independencia de los Jueces y Magistrados y su único sometimiento al imperio de la Ley y no, desde luego, a lo acordado por los Magistrados de las Secciones de una misma Sala cuando no ejercen funciones jurisdiccionales. Es más, los Acuerdos a los que nos estamos refiriendo carecen de la más mínima motivación, adoptando en más ocasiones de las imaginables la forma de una sola frase lapidaria que más que un Acuerdo no pasa de ser una afirmación sin ninguna clase de justificación; en este sentido, nótese que el TC y el TS, al referirse al derecho a obtener una resolución fundada, lo interpretan como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva³².

²⁶ . IÑIGO CORROZA, E-RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Los acuerdos de la sala penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido*, ob. cit. Pág. 412.

²⁷ . MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?”, RECPC 10-02 (2008), <http://criminet.ugr.es/recpc>; ISSN 1695-0194 págs. 2 y ss.

²⁸ . STS 22 de marzo de 1997.

²⁹ . STS 28 de junio de 2000

³⁰ . STS 15 de diciembre de 2004.

³¹ . MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?”, ob. cit., pág. 6. Vid., igualmente, los argumentos adicionales proporcionados por la misma autora, págs. 5 y ss. que avalan la opinión de que se trata de Acuerdos no vinculantes. Asimismo, vid., pág. 13, nota a pie de página nº 21, donde trae a colación algunos Acuerdos que se contradicen con otros anteriores en los que, una vez más, no se ofrece ninguna clase de motivación.

³² . Entre otras muchas, vid. STS de 8 de marzo de 2006: “Finalmente, y como dice nuestra Sentencia 555/2003, de 16 de abril, el derecho a la tutela judicial efectiva, establecida en el art. 24.1 de la CE, comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en Derecho de los Jueces y Tribunales, y exige que las

Con lo anterior no pretendo negar la función de los Plenos no jurisdiccionales cuando tienen por objeto las funciones previstas en el art. 264 de la LOPJ. Sin embargo, una cuestión es valorarlos como un instrumento eficaz mediante el que se pretenden resolver contradicciones o vacíos interpretativos en sede judicial y otra distinta irrogarles el carácter de jurisprudencia, cuando por sí mismos no constituyen ninguna clase de resolución judicial ni tampoco se adoptan por Magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional³³; o, aunque así fuera, no se olvide el valor relativo que tiene la jurisprudencia y su cometido complementador del ordenamiento jurídico pero, en ningún caso, se puede otorgar a los Tribunales el carácter de órgano normativo. Por lo tanto, a pesar de que el contenido de los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda (o Juntas Generales de la Sala Penal del Tribunal Supremo) se siga habitualmente por los Tribunales ya que en el caso de no hacerlo verán como sus decisiones son reiteradamente recurridas –como lo son las relacionadas con el objeto de esta investigación-, se trata de decisiones que no son vinculantes, que no tienen el carácter de jurisprudencia, que se producen en un ámbito que no es el del ejercicio de la jurisdicción y del que se desprende un carácter de simple “recomendación”; todo lo cual nos lleva a concluir que los Acuerdos no son vinculantes aunque, a la vez, tienen la vocación de ser observadas siempre que no interfieran la función jurisdiccional³⁴. Por todo ello no se debe concluir que tales Acuerdos no vinculan al resto de Tribunales y que su carácter no puede exceder de lo previsto en el art. 264 de la LOPJ, esto es, tienen por objeto dilucidar aspectos relacionados con la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales sin que ello suponga que la independencia de las Secciones se vea condicionada como consecuencia de los Acuerdos adoptados en tales reuniones.

Volviendo a los Fundamentos de Derecho de la Sentencia de 23 de enero de 2008 – RJ 2008/43-, hay en ella otra afirmación realizada por el TS que me parece de un calado indiscutible:

“La doctrina establecida por nuestra jurisprudencia debe ser considerada a la luz de la establecida en la resolución del Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, en la que se ha decidido, *interpretando razonadamente el silencio legal respecto del lugar en el que se debe considerar cometido el delito*, que dicho lugar de comisión debe ser

sentencia expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además venía ya preceptuado en el art. 142 de la LECrim, está prescrito por el art. 120.3º de la CE, y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3º de la misma. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma; que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera. En este mismo sentido, la más reciente STC 57/2003, de 24 de marzo”.

³³ . GARCÍA-PABLOS, A., “Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial y los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo”, en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal* Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 2006, págs. 210-212.

³⁴ . ALVAREZ GARCÍA, F.J., “Reflexiones sobre el Principio de legalidad”, en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, ob. cit., pág. 354. Vid., asimismo, IÑIGO CORROZA, E-RUÍZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Los acuerdos de la sala penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido*, ob. cit. Pág. 101, quienes adoptan una posición intermedia y al caracterizarlos normativamente se refieren a ellos como: “entre la ley y la jurisprudencia”, ob. cit., pág. 101.

establecido mediante el criterio de la llamada teoría de la ubicuidad.” (cursivas añadidas).

Esto es, dicho de otra manera, los Acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda son vinculantes (Acuerdo de 18 de julio de 2006), por lo que en este caso rige el criterio de la ubicuidad (Acuerdo de 3 de febrero de 2005), de modo que ante el vacío normativo existente, dado que en el art. 23 de la LOPJ no se hace ninguna alusión al criterio para determinar el lugar de la comisión delictiva - ni tampoco se establece en el Código penal- el Tribunal en una reunión que tiene por objeto la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales (art. 264 de la LOPJ), decide de forma unilateral que cuando un delito se comete en distintas jurisdicciones, el Juez que primero haya iniciado las actuaciones procesales será el competente. A lo primero he respondido con anterioridad; y, con respecto a lo segundo se suscitan otras interrogantes que tienen un cierto interés:

1. Así, ese “*silencio legal respecto del lugar en el que se debe considerar cometido el delito*”, que en su día –se dice- motivó la adopción del Acuerdo, ¿legítima al Tribunal Supremo para dar respuesta a esa laguna legal hasta el punto que de *facto se* convierte en un creador indirecto de normas, y más cuando pretende que los Acuerdos tengan carácter vinculante?.

2. ¿Acaso el Tribunal Supremo mediante esa vía no deviene en una especie de intérprete pseudo-legislador que se arroga unas atribuciones que le corresponden en exclusiva al poder legislativo?³⁵.

Cuestiones a las que, de forma indirecta, responde ALVAREZ GARCÍA con una reflexión que asumo plenamente cuando afirma lo siguiente: “Los Tribunales, más en concreto el Tribunal Supremo, están ‘echando un pulso’ al Estado de Derecho –al Legislativo, pero no sólo- por el dominio del Derecho Penal, por la facultad de crear normas penales”³⁶.

He señalado con anterioridad que el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, en el que se adoptaba el criterio de la ubicuidad para fijar la competencia jurisdiccional de los tribunales españoles, me suscitaba dudas de índole formal y otras de índole material. Con respecto a las últimas, recuérdese que el Acuerdo estipulaba lo siguiente: “*El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa*”.

Una vez más, las cuestiones que se desprenden de lo anterior son varias ya que no es inhabitual que los países desde lo que parten las embarcaciones con destino a nuestro país no tengan tipificados en sus respectivos Códigos penales el que tales comportamientos son constitutivos de delito, por lo que se trataría de conductas penalmente irrelevantes en los lugares de origen donde las jurisdicciones respectivas carece-

³⁵ . En el mismo sentido, vid., DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Sobre el difícil arte de legislar en materia penal”, en *La Ley*, 2004, T. V, págs. 1614-1615.

³⁶ . ALVAREZ GARCÍA, F.J., “Reflexiones sobre el Principio de legalidad”, en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, ob. cit., pág. 341.

rían de competencias para enjuiciarlos; o, incluso, tampoco es desdeñable la hipótesis de que el Estado del que parte la embarcación no sea Parte en las Convenciones internacionales sobre esta materia, por lo que el patrón de la embarcación podría no conocer la ilicitud de su conducta con lo cual puede irrogarse una vulneración de las garantías contenidas en los principios de legalidad y de seguridad jurídica³⁷. Luego, si partimos de la premisa de que en los países de origen de las embarcaciones ese comportamiento no es constitutivo de delito, cabe preguntarse ¿qué sucede cuando ninguno de los elementos del tipo se realiza en el ámbito territorial del país que se atribuye la jurisdicción para enjuiciar los hechos?; o, en otras palabras, ¿qué ocurre cuando la embarcación es detenida en aguas internacionales y en el país de origen ello no es constitutivo de delito? ¿Acaso cabe sostener también en esos casos la competencia de la jurisdicción española?

A mi entender, utilizando el criterio del Tribunal Supremo, nos encontramos frente a un argumento circular que nos sitúa en el mismo punto de partida, ya que si atendiéramos a la teoría de la ubicuidad en sentido estricto, para el caso de embarcaciones detenidas en aguas internacionales, los Tribunales españoles continuarían sin tener competencia para enjuiciar hechos anteriores a la entrada en vigor de la L.O. 13/2007, de 19 de noviembre.

Por otro lado, la propia Sentencia apostilla que la referencia hecha al principio de ubicuidad es una premisa básica a la que hay que añadir otras que complementan el alcance del criterio; añadiendo un elemento de controversia: en el caso de tentativa o para los supuestos de actos preparatorios, el lugar de la comisión delictiva será tanto aquél en el que se inicie el acto de ejecución o los actos preparatorios, como aquél en el que *“según la representación del hecho del autor, debía producirse el resultado (no acaecido)”*. A lo anterior añade distintos ejemplos de Códigos penales europeos que han positivizado expresamente esa opción político criminal (es el caso de los Códigos penales de Alemania, Austria, Eslovenia, Finlandia, Polonia, Portugal, Suiza o Italia). Continúa afirmando la resolución que la difusión de tal vía interpretativa entre los derechos penales nacionales: *“permite que pueda ser considerada como constitutiva del derecho penal internacional de los estados europeos”*. Afirmandose a continuación que dado que nuestro derecho vigente guarda silencio sobre un supuesto conceptual esencial para la aplicación del principio territorial, se trata de una conclusión que tiene apoyo en la doctrina que actualmente *“postula el reconocimiento del derecho comparado como un método interpretativo que se suma a los cánones interpretativos del siglo XIX”*.

Evidentemente no voy a poner en tela de juicio la utilidad Derecho comparado como método o como criterio interpretativo complementario del Derecho vigente en otro país. No obstante, si bien es admisible su utilización con carácter interpretativo instrumental, lo que me resulta francamente discutible es que nuestro Tribunal Supremo lo utilice como criterio normativo dado el “silencio”, afirma, que guarda el Derecho

³⁷ . En el mismo sentido, vid., Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas”, pág. 32.

español vigente sobre la materia. Una vez más, las observaciones críticas que se infieren de esa pretensión son de indudable importancia, ya sean las que hagan referencia a que con ello se quiebra el principio de legalidad o ya sean las relativas a que mediante esa vía se habilita una interpretación analógica *in malam partem* cuando, además, no existe ninguna base normativa en Derecho español que posibilite ni directa ni indirectamente esa hipótesis. Añádase a lo anterior que el Tribunal Supremo acude a ese criterio desde la perspectiva del principio de territorialidad de la ley, mientras que la L.O. 13/2007, de 19 de noviembre, que modifica el art. 23.4 de la LOPJ para darle cabida a estos supuestos de “Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores”, lo hace atendiendo al principio de justicia universal, no en el de territorialidad como menciona expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo, lo cual – a mi entender- crea un nuevo elemento de distorsión competencial en estos delitos.

En directa relación con lo anterior, con el principio de justicia universal y las dudas que a la vez me suscita que sea éste el criterio habilitante para enjuiciar estos ilícitos, si atendemos a la esencia del principio, no se debe olvidar que la doctrina le atribuye una triple fundamentación. En primer lugar, en relación a los bienes jurídicos atacados existe prácticamente unanimidad en que se trata de intereses reconocidos por la comunidad internacional, es decir, intereses comunes a todos los Estados. En segundo lugar, el principio de justicia universal está íntimamente ligado al principio de solidaridad entre Estados. Y, finalmente, el que los bienes jurídicos lesionados pertenecen al orden internacional, por lo que cuando el ataque procede del propio Estado lo que resulta directamente afectados son los Derechos Humanos, de modo que en ello reside la necesidad de intervención de la comunidad internacional, ya que el Estado donde han tenido lugar las vulneraciones no puede perseguirlos o no los persigue³⁸. Consecuencia lógica de lo anterior es que se trata de un principio que, dada su excepcionalidad, ha de ser interpretado de forma particularmente restrictiva, dado que su utilización supone una injerencia por parte de un Juez o de un Tribunal en el espacio judicial de otro país soberano³⁹. En definitiva, la razón de la persecución de determinados delitos bajo el amparo del principio de justicia universal se basa en las particularidades de los ilícitos que se le someten, es decir, que trascienden a las víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto, por ello, responde a un interés compartido de todos los Estados, así su legitimidad no debería fundamentarse en los intereses particulares de cada uno de esos ellos sino en los de la Comunidad internacional⁴⁰. Una consecuencia de lo anterior, que no creo que se pueda ignorar, es preguntarnos por el acierto de haber atribuido la persecución de estos delitos relativos al tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas (sean o no trabajadores) bajo el principio de justicia universal o si,

³⁸ . GARCÍA ARÁN, M., “El principio de Justicia Universal en la L.O. del Poder Judicial español”, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal*, ob. cit., págs. 71-73. Igualmente, vid., ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., *Derecho penal internacional*, ob. cit., págs. 132-133.

³⁹ . JAÉN VALLEJO, *Legalidad y extraterritorialidad en el derecho penal internacional*, ob. cit., pág. 96.

⁴⁰ . STC 27 de marzo de 2000, FJ 4.

quizá, como señala el Informe del CGPJ, hubiera sido más oportuno ubicarlos bajo el principio real o de protección de intereses⁴¹.

Finalmente, debo insistir que la referida Sentencia del TS de 23 de enero de 2008 – RJ 2008/43- es una resolución que no comparto aunque, en cualquier caso, plantea unas hipótesis hasta ahora inéditas para resolver tales conflictos. Permítaseme enfatizar en algo que ya he dicho pero que me parece capital: afirma que, dado el silencio del legislador español en la materia, el criterio interpretativo que debe seguirse es el fijado por un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo que, en ese caso, -me permito añadir- actúa a modo de legislador positivo; pero es más, dado que la resolución asume el criterio de la ubicuidad (no positivizado en derecho español pero que el TS incorpora extensivamente a nuestro ordenamiento jurídico por asimilación puesto que el legislador español guarda silencio a ese respecto y éste –añade- es el criterio seguido por otros países europeos) señala que la competencia es de todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo, viniendo a corroborar la existencia de jurisdicción española cuando la detención se comete en aguas internacionales por la necesidad de interpretar ese criterio en consonancia con el Derecho penal de otros países de nuestro entorno en los que expresamente se ha positivizado que el lugar de la comisión del delito es, no sólo, aquél en el que se ejecuta la acción o se produce el resultado sino, también, “*el del lugar en el que el autor piensa atacar el orden jurídico nacional*”.

En suma, se trata de una sentencia sin parangón que va mucho más allá de lo que pudiera ser una interpretación extensiva o una interpretación analógica de la ley penal; es más que eso, ya que incorpora a nuestro Derecho penal preceptos de otros ordenamientos para convertirlos en Derecho positivo español. En este sentido, adviértase la afirmación del Tribunal Supremo para atribuir la competencia jurisdiccional a los Tribunales españoles fundada en que, en ese caso, lo son también los “*del lugar en el que el autor piensa atacar el orden jurídico nacional*”; a la luz de lo anterior, creo que no es aventurado afirmar que el Derecho penal de autor parece abrirse camino indirectamente en el ordenamiento jurídico español a partir de unos discutibles criterios de justicia material, ya que uno de los elementos de imputación se fundamenta en que el autor “*piensa*” –se afirma- atacar el orden jurídico nacional, no en el injusto realizado.

IV. UNA NUEVA MUESTRA DE JURISPRUDENCIA “CREATIVA”: EL PRINCIPIO DE JUSTICIA SUPLETORIA O DERECHO PENAL DE LA REPRESENTACIÓN

Al inicio de este trabajo he reproducido un extracto de los escritos del Ministerio Fiscal en los que recurría en casación ante el Tribunal Supremo ya que las Audiencias Provinciales respectivas (las de Granada y Las Palmas) habían concluido la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de distintos hechos

⁴¹ . Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas”, págs. 28 y ss.

que habían sido objeto de acusación contra varios acusados por la comisión de un delito del art. 318 bis del Código penal, a quienes se les imputaba que patroneaban pateras, con un número indeterminado de inmigrantes a bordo con origen en la costa africana y con destino a España. El motivo de pronunciarse sobre la falta de jurisdicción es que las embarcaciones habían sido interceptadas a 55 y a 46 millas al sur de la isla de Gran Canaria (SSTS 21 de junio 2007 – RJ 2007/3330- y 5 de julio de 2007 –RJ 2007/742-) y a 42.5 millas de la costa de Motril (STS 27 diciembre 2007 –RJ 2008/49-); es decir, habían sido interceptadas fuera del mar territorial español. Como se recordará, el Ministerio Fiscal argumentaba lo siguiente:

“...El Tribunal de instancia no presta la debida atención al Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y al art. 110 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, en el que se prevé el derecho de visita en relación, entre otros supuestos, con aquellos buques que no tienen nacionalidad (como normalmente son las pateras o cayucos), pues, de no actuar en tales casos, éste tipo de comportamientos quedarían impunes”.

A la primera cuestión ya me referido con anterioridad (supra I) e incluso indirectamente a la segunda. Sin embargo, me resisto a no hacer mención a lo que en la rúbrica del presente epígrafe he denominado jurisprudencia “creativa”; esto es, a cuáles son los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para asumir los argumentos en casación del Ministerio Fiscal quien añadía a lo anterior el que: “no parece aceptable entender que España no tiene jurisdicción en relación con los patrones responsables de las embarcaciones que se dirigen a nuestro país”. Valga como ejemplo la siguiente muestra:

“No quedaría debidamente perfilado el ámbito de la jurisdicción española sin aludir al llamado principio de la justicia supletoria, también denominado del Derecho penal de representación, el cual opera en caso de inexistencia de solicitud o de no concesión de extradición, al permitir al Estado donde se encuentra el autor, con aplicación de la Ley penal, juzgarlo. El fundamento de este principio no es otro que el de la progresiva armonización de las distintas legislaciones como consecuencia de la estructura semejante de los Tratados internacionales, en cuanto vienen a diseñar unos tipos punibles e imponen normalmente a los Estados la obligación de introducirlos en sus ordenamientos jurídicos. De ahí que la incorporación de tales tipos penales en el Derecho interno permita la aplicación en su caso de la regla "aut dedere auto iudicare", si no se concediere la extradición.... Por último, el criterio residual del principio de justicia supletoria, entre los que definen el ámbito de la jurisdicción del Estado, trata de evitar que un hecho estimado delictivo quede impune, habida cuenta -como ya hemos dicho- que la comunidad tiende a considerar delictivos las mismas clases de hechos, en el contexto de determinados campos de interés general.” (Subrayado añadido)

Como se puede observar en el texto reproducido se manejan (o se confunden) dos tipos de argumentos distintos. En primer lugar, es indiscutible –por mandato constitucional, art. 96.1 CE- que los Tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados forman parte de nuestro ordenamiento interno. Sin embargo los Tratados

internacionales a los que se refieren las citadas resoluciones son el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, así como la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada Transnacional que, como hemos visto, (supra II), facultaban para adoptar medidas para tipificar como delito el tráfico ilícito de migrantes y, por otro lado, prevenían la posibilidad, por los Estados Parte, de poder establecer su jurisdicción para conocer de determinados delitos cuando se cometieran fuera del territorio de cada Estado. Opciones que fueron asumidas por el legislador español al tipificar como delito el tráfico ilícito de inmigrantes en el art 318 bis y, posteriormente, al modificar la LOPJ en noviembre de 2007 e incluir entre los supuestos del art. 23.4 y por lo tanto extendiendo la jurisdicción de nuestro país, a los supuestos de Tráfico ilegal o de inmigración clandestina de personas. Sin embargo, insisto una vez más, la competencia material de los Tribunales españoles es inexistente en esa materia hasta la entrada en vigor de la referida reforma de la LOPJ. Sin embargo, más adelante afirma el Tribunal Supremo que el principio de justicia supletoria trata de evitar que un hecho estimado delictivo quede impune. ¿Un hecho estimado delictivo por quién?, ¿dónde se positiviza normativamente ese hecho?. Evidentemente que los Estados Parte que suscriben un Tratado internacional pueden adoptar determinadas decisiones de política criminal en las que se acuerden que ciertos comportamientos serán constitutivos de delito pero, obviamente, deben introducirlo previamente a su legislación interna, como hizo España en el año 2000 al incorporar el art. 318 bis al Código penal y, posteriormente, atribuirse la correspondiente jurisdicción para enjuiciar esos hechos atendiendo al principio de justicia universal, lo cual no ocurrió hasta noviembre de 2007, lo que resulta inadmisibles –al menos a mi juicio- es que se atienda a principios de justicia material para que esos hechos queden impunes cuando se carecen de las correspondientes previsiones legales que lo faculden, ya que ello supondría una vulneración flagrante del principio de legalidad⁴².

V. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Como hemos visto a lo largo de esta investigación, la jurisdicción penal española – hasta la entrada en vigor de la LO 13/2007, de 19 de noviembre- ha sido materialmente incompetente para enjuiciar a los patrones de las embarcaciones detenidos fuera de las aguas territoriales de nuestro país, cuando las personas transportadas no estaban destinadas a la explotación sexual. A pesar de ello, e incluso tras la promulgación de la Ley, se han continuado dictando resoluciones en ese mismo sentido con una, fundamentalmente, doble argumentación. La primera de ellas aludiendo a que ello se desprendería de la Convención de las NNUU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, así como del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y

⁴² . Los trabajos aparecidos sobre Derecho penal e internacional y principio de legalidad son ya muy numerosos. Vid., sin embargo, el reciente trabajo de NIETO GARCÍA, A.J., “A vueltas con el principio de legalidad en el ámbito del derecho penal internacional. Estudio de cuatro aspectos relativos al alcance normativo e interpretativo de la imprescriptibilidad de delitos y penas”, en *Diario la Ley*, 21 de noviembre de 2008, pág.3. Asimismo, vid., GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*. Madrid, 1999, págs. 66 y ss.

aire, aunque, a mi entender, no facultan para ello. Y, por otro lado, con una línea distinta a la anterior, aunque llegando a la misma conclusión, se pretende basar esa competencia extraterritorial en la teoría de la ubicuidad y en el tratamiento que se dispensa en el Derecho comparado a estas situaciones. Interpretación que, por las razones expuestas, no puedo compartir. Permítaseme insistir en el clamoroso (e inexplicable) silencio del legislador sobre esta materia hasta noviembre de 2007. Téngase en cuenta, además, de que mediante esa vía se pretende resolver el problema a través de la incorporación de normas de Derecho comparado a nuestro ordenamiento positivo. El corolario de todo lo anterior, tal y como el propio legislador señala en la Exposición de Motivos de la L.O. 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, es el siguiente: "...en la actualidad...no será posible considerar que los tribunales españoles tengan jurisdicción para la instrucción y enjuiciamiento de lo hechos, salvo si el tráfico de los seres humanos está orientado a la explotación sexual de los mismos..."