

LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD AÉREA EN LA REFORMA PENAL DEL AÑO 2010

Beatriz López Lorca

Profesora asociada de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha

LÓPEZ LORCA, Beatriz. Los delitos contra la seguridad aérea en la reforma penal del año 2010. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2015, núm. 17-16, pp. 1-50. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-16.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 17-16 (2015), 27 nov]

RESUMEN: En este artículo se lleva a cabo un análisis de los delitos contra la seguridad de la navegación aérea modificados en la reforma penal del año 2010 con el que se pretende poner de manifiesto, por un lado, la incorrección técnica de la reforma y, por otro, su alcance superficial; elementos que han originado un tratamiento jurídico fragmentario y poco coherente de estos delitos. Se trata de unos delitos que han recibido una escasa atención por parte de la doctrina en comparación, por ejemplo, con la piratería y otros delitos contra la seguridad de la navegación marítima, junto con los que aparecen regulados en el art. 616 *ter* del CP, por lo que este artículo intenta también responder a un vacío doctrinal que posibilite una comprensión lo más amplia posible de estos delitos.

PALABRAS CLAVE: Delitos contra la seguridad de la navegación aérea, Código Penal, Ley Penal y

Procesal de la Navegación Aérea, competencia penal, reforma.

ABSTRACT: This article analyses the Criminal Code reform from 2010 regarding the offences against the security of aerial navigation. It also seeks to show on the one hand the questionable effects of the reform on terms of legal technique and on the other hand its narrow scope in such a way that this reform has led to a piecemeal and little coherent approach to these sort of offences. To date little attention has been paid to these offences in comparison to, for instance, maritime piracy and other offences against the security of maritime navigation even though article 616 *ter* of the Criminal Code regulates them all together. This is why this article also intends to fill a gap in legal writing in order to enable a comprehensive understanding of the offences against the security of aerial navigation to the maximum possible extent.

KEYWORDS: illicit acts against the security of aerial navigation, Criminal Code, Aerial Navigation Criminal and Procedure Act, criminal jurisdiction, amendment.

Fecha de publicación: 27 noviembre 2015

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Aproximación al marco jurídico internacional. 3. Los delitos contra la seguridad de la navegación aérea. 3.1. El art. 616 *ter* del CP. 3.1.1.

Delimitación del bien jurídico. 3.1.2. La estructura típica. Cuestiones problemáticas en la configuración del tipo. 3.2. La Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea de 1964. 3.2.1. Breve análisis del delito de apoderamiento de aeronaves y otras conductas contra la seguridad de la navegación aérea. 3.3. Problemas concursales. 4. La competencia penal de los tribunales españoles en materia de delitos contra la seguridad de la navegación aérea. 5. Conclusión. La necesidad de reformar el art. 616 ter del CP y de derogar los arts. 39 y 40 de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

En el año 2010 se llevó a cabo una importante reforma del CP que incluyó la reintroducción del denominado delito de piratería en el Título XXIV de este texto debido a “la necesidad de dar respuesta a la problemática de los eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea”¹. Según el legislador, este delito se construyó sobre la base del Convenio de Naciones Unidas de Derecho del Mar (CNUDM) de 1982 y el Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la navegación marítima (Convenio SUA) de 1988. Por tanto, a pesar de que la *ratio legis* se fundamentó en la necesidad de dar una respuesta normativa a los ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea, los instrumentos internacionales tomados como referencia para la configuración de este delito ya ponen de manifiesto la preeminencia que tuvo el ámbito marítimo frente al aéreo en la redacción del nuevo tipo. Este hecho se ve reforzado por la propia denominación sistemática que engloba a los delitos de los arts. 616 *ter* y 616 *quáter* del CP (delito de piratería). Una denominación inclusiva de ambos tipos de ilícitos acorde con la normativa internacional de referencia en el ámbito marítimo y aéreo, hubiera obligado a superar el término “piratería” – concepto ligado al ámbito marítimo ya en su sentido consuetudinario y convencional - y a utilizar una denominación más significativa del interés que se está protegiendo.

Aunque la definición de actos de piratería establecida en el art. 101 de la CNUDM hace referencia a la posibilidad de que desde una aeronave se lleven a cabo este tipo de actos y, por tanto, desde un punto de vista formal, podría decirse que existe la piratería aérea, la utilidad del concepto de piratería aplicado al ámbito aéreo se perfila como escaso si se tiene en cuenta que la finalidad de la CNUDM no fue la protección de la seguridad de la navegación en este ámbito, sino la protección de la seguridad de la navegación marítima². Así lo demuestra que los supues-

¹ El delito de piratería fue eliminado del catálogo de delitos del CP en la reforma del año 1995 por considerarse un ilícito obsoleto y extemporáneo a pesar de que los datos oficiales de la Organización Marítima Internacional y de la International Maritime Bureau-International Chamber of Commerce mostraban que la piratería se había reactivado desde la década de los ochenta. En el contexto de la reforma, únicamente algún autor puso de manifiesto la necesidad de eliminar también los delitos regulados en la Ley Procesal y Penal de la Navegación Aérea (LPPNA). Vid. SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995, pág. 1.163.

² La aplicación del término “piratería aérea” al ámbito de los ilícitos contra la seguridad de la aviación

tos de piratería aérea queden reducidos a aquellos casos en los que se produce un ataque desde una aeronave a un buque y que los ilícitos que se llevan a cabo a bordo de una aeronave o contra ella no formen parte del ámbito de aplicación de esta Convención³. En este sentido, aunque en la IV Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, celebrada en París en 1931, se decidió ampliar el concepto de piratería a los actos de violencia con fines privados cometidos a bordo de una aeronave⁴, inspirándose en un proyecto de artículos relativos a la represión de la piratería elaborado por PELLA para la Sociedad de Naciones en 1926⁵, esta Conferencia no tuvo ningún impacto en el proceso de codificación de la piratería como puede deducirse de las sesiones preparatorias de la Conferencia de Naciones Unidas de la Alta Mar (CNUAM) de 1958 y, posteriormente, de la CNUDM⁶. Si se tienen en cuenta las características de los delitos contra la seguridad de la navegación aérea, puede apreciarse con claridad cómo los elementos de la piratería son difícilmente aplicables en este ámbito⁷, lo cual subraya la incorrección técnica que supone incluir delitos que afectan a la seguridad de la navegación aérea en un delito de piratería⁸.

La mayor atención que se prestó al ámbito marítimo en la redacción del nuevo delito de piratería se refleja también en la dimensión de la reforma. Esa “necesidad

civil ha sido una cuestión muy controvertida que generó una amplia discusión doctrinal entre los años 70 y 80, actualmente superada. Vid., entre otros, MAPELLI, E.: *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, Ed. Tecnos, Madrid, 1973, pág. 28, REY CARO, E.J.: *Los ‘delicta juris gentium’ contra la seguridad de la Aviación Civil Internacional*, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1980, págs. 16-17, TAPIA SALINAS, L.: *Curso de Derecho Aeronáutico*, Ed. S.A., Barcelona, 1980, págs. 500-501 y 514-515, MCWHINNEY, E.: *Aerial Piracy and International Terrorism: The Illegal Diversion of Aircraft and International Law*, 2nd ed., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987, págs. 5 y 79-80, AWNER, H. y RIVAS, R.: *La llamada ‘piratería aérea’ en el Derecho Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988, págs. 5-20, TOURET, C.: *La piraterie au vingtième siècle: piraterie maritime et aérienne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1992, págs. 66-70 y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: “El delito de piratería”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. L, 1997, pág. 242.

³ Vid. INTERNATIONAL LAW COMMISSION: *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1956, págs. 18 y 282.

⁴ Vid. *Conférence Internationale pour l’Unification du Droit Pénal. Actes de la IV Conférence*, Paris, Pedone, 1933, pág. 297.

⁵ Vid. PELLA, V.: “La répression de la piraterie”, en *Recueil de Cours*, t. 15, 1926, págs. 219-230 y 257.

⁶ En el mismo sentido, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, t. I, Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955, pág. 224.

⁷ En el mismo sentido, MCWHINNEY, E.: *Aerial Piracy and International Terrorism: The Illegal Diversion of Aircraft and International Law*, págs. 7-14 y NOVEMBER, C.Y.: ‘Aircraft Piracy: The Hague Hijacking Convention’, en *International Lawyer*, vol. 6, núm. 3, 1972, pág. 643.

⁸ La conducta típica no suele incluir actos de depredación, los autores pueden no encontrarse a bordo de la aeronave en el momento de realizar el ataque, con frecuencia, el motivo que origina el ilícito es de naturaleza política, la acción no tiene que estar dirigida contra otra aeronave, tal y como demostraron los atentados del 11 de septiembre de 2001, y, por último, lo más habitual es que estos actos tengan lugar, precisamente, en el espacio aéreo de uno o varios Estados y no – habitualmente – en el espacio suprayacente a la alta mar.

dad” a la que aludía el legislador “de dar respuesta a la problemática de los eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación aérea” fue, en realidad, una respuesta parcial en la medida en que la configuración técnica de los delitos contra la seguridad del CP es manifiestamente mejorable e incomprensiblemente no se derogaron los delitos de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea (LPPNA) de 1964 que afectan a este bien jurídico (arts. 39 y 40) y que plantean importantes problemas concursales. Sin embargo, nada parece indicar – por el momento - que en la reforma del CP que se aprobará previsiblemente en los primeros meses del año 2015 se vaya a abordar una modificación de los delitos contra la seguridad de la navegación aérea. Una vez abordada la problemática generada por el caso *Alakrana* - primer caso de piratería que afectó a la marina mercante española dentro del periodo de intensificación de la piratería somalí (2007-2012) que los tribunales españoles decidieron juzgar -, la atención prestada a estos delitos ha disminuido significativamente, lo que, por otro lado, pone de manifiesto una vez más cómo el carácter mediático de determinados hechos suele originar respuestas punitivas desacertadas por parte del legislador.

Pero el que, recientemente, en España no se haya producido un delito contra la seguridad de la navegación aérea o que no haya habido víctimas españolas en sucesos de esta naturaleza no debe ensombrecer el hecho de que, desde el punto de vista criminológico, este tipo de ilícitos hayan sido una constante a nivel internacional desde la década de los sesenta y que la vulnerabilidad del transporte aéreo deriva en un alto número de víctimas habitualmente de un significativo número de nacionalidades, tal y como lo han demostrado los atentados contra las Torres Gemelas y el Pentágono en Estados Unidos en septiembre de 2011, o, en el último año, el derribo de un avión de Malasya Airlines por los rebeldes prorrusos en el este de Ucrania o la desaparición de otro avión de Malasya Airlines en el Océano Índico, con casi 300 y 250 personas a bordo respectivamente.

Por otra parte, el papel secundario que los delitos contra la seguridad de la navegación aérea han tenido en la redacción del nuevo delito de piratería del CP se corresponde con la poca atención prestada por la doctrina a esta clase de ilícitos. En este sentido, este artículo tiene una doble finalidad. Por una parte, contribuir al estudio sistemático de la Parte especial del Derecho penal y servir como punto de reflexión sobre la problemática específica de este tipo de delitos. Y, por otra, realizar una propuesta de reforma en materia de seguridad de la navegación aérea para dotar de una mayor coherencia interna y seguridad jurídica al sistema penal.

Para ello, en primer lugar, se lleva a cabo un estudio de los delitos contra la seguridad de la navegación aérea dentro de las coordenadas del Derecho internacional. En concreto, se realiza una aproximación a los instrumentos jurídicos de carácter internacional aplicables a la represión de este tipo de ilícitos, prestando especial atención al contexto en el que estos instrumentos fueron elaborados y a la estructu-

ración de los ilícitos realizada en cada convenio para establecer un punto de referencia a partir de cual valorar el derecho interno. Después se abordan los delitos contra la seguridad de la navegación aérea regulados en el CP (art. 616 *ter*), introducidos en la reforma del año 2010. La primera cuestión que se trata es la delimitación del bien jurídico protegido, cuestión fundamental cuando, como es el caso, se trata de un delito de reciente incorporación del que todavía no existe jurisprudencia ni consenso en la doctrina. Una vez delimitado el ámbito de protección de la norma y establecida la estructura típica del art. 616 *ter*, se ponen de manifiesto los principales problemas derivados de la configuración del tipo y que, en última instancia, subrayan la necesidad de modificar su redacción. Posteriormente, se realiza un breve análisis de los arts. 39 y 40 de la LPPNA y se aborda la problemática concursal que generan estos artículos, especialmente los concursos normativos que se plantean con los delitos contra la seguridad de la navegación aérea del art. 616 *ter*. Finalmente, se incluye un análisis de cómo el legislador ha configurado la competencia penal de los tribunales españoles a la hora de perseguir esta clase de delitos y se concluye indicando los criterios más relevantes que justifican una reforma en materia de delitos contra la seguridad de la navegación aérea.

2. Aproximación al marco jurídico internacional

A nivel internacional, la protección de la seguridad de la navegación aérea está articulada en torno a un amplio conjunto de convenios a diferencia de lo que ocurre con otros tipos de criminalidad de trascendencia internacional como, precisamente, los delitos contra la seguridad de la navegación marítima, incluida la piratería. En concreto, existen cuatro instrumentos a tener en cuenta: el Convenio sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves de 1963 (Convenio de Tokio), el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970 (Convenio de La Haya), el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1971 (Convenio de Montreal) y el Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil y el Protocolo complementario del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, ambos del año 2010 (Convenio y Protocolo de Beijing)⁹. Además, existen otros convenios internacionales de carácter sectorial que pueden aplicarse igualmente para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación aérea como, por ejemplo, el Convenio internacional contra la toma de rehenes de 1979 y el Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección de 1991¹⁰.

⁹ El Convenio de Montreal se complementó con el Protocolo de Montreal de 1988, el cual se orientó a la represión de los actos ilícitos de violencia dirigidos a los aeropuertos que prestan servicio a la aviación civil internacional pero en la medida en que no es un instrumento orientado a la represión de delitos contra la seguridad de la navegación aérea en sentido estricto no será considerado.

¹⁰ Precisamente el Convenio internacional contra la toma de rehenes se elaboró como consecuencia del alto número de apoderamientos de aeronaves que incluían el secuestro de la tripulación y el pasaje y el

Los apoderamientos de aeronaves que comenzaron a producirse en la década de los sesenta pronto pusieron de manifiesto que la comunidad internacional se enfrentaba a una nueva clase de criminalidad que requería la elaboración de un instrumento jurídico en el que se abordara de forma específica la prevención y represión de este tipo de actos. Sin embargo, en una primera fase, la preocupación de los Estados no se centró tanto en la elaboración de un delito internacional, cuestión que se veía sin duda dificultada por la ausencia de todo referente normativo convencional o consuetudinario previo a nivel internacional¹¹, sino en el establecimiento de cláusulas de carácter jurisdiccional que aseguraran el enjuiciamiento de los responsables. En este sentido, el Convenio de Tokio se encarga fundamentalmente de establecer un sistema de jurisdicciones que asegure la competencia de al menos un Estado para enjuiciar los ilícitos reconocidos por el convenio (arts. 3 y 4) y de facilitar los procesos de extradición entre los Estados parte (arts. 12-15) y las acciones descritas en el art. 11 del Convenio parecen estar más dirigidas a legitimar el uso de las facultades y prerrogativas reconocidas al comandante de la aeronave para recuperar o mantener su control que a la definición de un delito internacional¹². *A posteriori*, así lo ha corroborado el que el Convenio y el Protocolo de Beijing no hayan actualizado el contenido del Convenio de Tokio y el que, desde la perspectiva del derecho interno, por ejemplo, el que el legislador no haya reconocido la competencia penal de los tribunales españoles en

Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos a raíz de la explosión de una bomba en pleno vuelo colocada en un Boeing 747 de la compañía Pan Am que realizaba la ruta Londres-Nueva York en diciembre de 1988 cuando sobrevolaba la ciudad escocesa de Lockerbie. Este incidente costó la vida a 270 personas de 21 nacionalidades diferentes.

¹¹ En el mismo sentido, vid. HAMMARSKJÖLD, K.: 'Air piracy as an international crime: suggestions for international action', en *International Review of Criminal Policy*, vol. 32, 1976, pág. 15 y MCWHINNEY, E.: 'International and National Law and Community Problem-Solving on Aerial Piracy', en ALEXANDER, Y. and SOCHOR, E. (ed.): *Aerial Piracy and Aviation Security*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1990, págs. 79-80.

¹² En el mismo sentido, vid. JOYNER, C.C. and FRIEDLANDER, R.: 'International Civil Aviation', en BASSIOUNI, C.M. and NANDA V.P.: (ed.): *A Treatise on International Criminal Law*, 1973, vol. I, pág. 838. El art. 11 establece "1. Cuando una persona abordo, mediante violencia o intimidación, comete cualquier acto ilícito de apoderamiento, interferencia, o ejercicio del control de una nave en vuelo, o sea inminente la realización de tales actos, los Estados Contratantes tomarán las medidas apropiadas a fin de que el legítimo comandante de la aeronave recobre o mantenga su control. 2. En los casos previstos en el párrafo anterior, el Estado Contratante en que aterrice la aeronave permitirá a los pasajeros y tripulación que continúen su viaje lo antes posible y devolverá la aeronave y su carga a sus legítimos poseedores". Por otro lado, las facultades del comandante de la aeronave, reguladas en los arts. 7-9, pretenden, entre otras cuestiones, proteger la seguridad de la aeronave y de las personas y los bienes a bordo, así como mantener el buen orden y la disciplina (art. 6.1 a y b) y pueden incluso llegar a ser de naturaleza coercitiva aunque el convenio no explica qué ha de entenderse por este término o qué tipo de medidas implica. Estas facultades se complementan con el otorgamiento de cierta inmunidad sobre su propia actuación y con la obligación de los Estados a aceptar las decisiones que haya tomado el comandante en relación a los autores de la infracción, exclusión de la responsabilidad que también beneficia a los tripulantes y pasajeros que cooperen con el comandante de la aeronave. Sobre las facultades del comandante de la aeronave, vid. MAPELLI, E.: *Ob. Cit.*, págs. 157-159.

base al principio de jurisdicción universal para perseguir el ilícito regulado en el art. 11 de este Convenio.

La laxitud con la que fue elaborado el Convenio de Tokio, que no creaba ningún tipo de obligación concreta a la hora de perseguir los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación aérea, determinó que su aplicabilidad fuera muy reducida en la práctica. De hecho, la intensificación de los apoderamientos de aeronaves que se produjo a finales de la década de los sesenta no conllevó la puesta en marcha de una estrategia global contra este tipo de violencia en el marco del Convenio de Tokio, sino que originó la elaboración de un nuevo instrumento¹³, el Convenio de La Haya, en el que se abordaron las principales cuestiones que no lograron resolverse en el Convenio anterior. Por un lado, se llevó a cabo la tipificación de un delito internacional de apoderamiento de aeronaves (art. 1), y, por otro lado, de manera correlativa, se estableció la obligación de enjuiciar a los responsables de estos hechos o, en su defecto, de extraditarlos (arts. 4 y 7)¹⁴. No obstante, el enfoque sectorial del tratamiento jurídico-internacional de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación aérea determinó que, apenas un año después de la aprobación de este instrumento, la comunidad internacional tuviera que preparar un nuevo convenio para reprimir aquellos actos de violencia que no podían perseguirse en el marco del Convenio de La Haya. Con ello, en el Convenio de Montreal se tipificó un delito en el que se incorporaron diversas conductas que ampliaban los ilícitos contra la seguridad de la navegación aérea más allá del apoderamiento de aeronaves (art. 1) y se articuló un sistema de jurisdicciones alternativas similar a la ya establecido en el Convenio de La Haya completado con una cláusula *aut dedere, aut iudicare* (arts. 7 y 8).

¹³ Vid. resoluciones de la Asamblea General 2551 (XXIV) de 1969 (*Desviación por la fuerza de aeronaves civiles en vuelo*) y 2645 (*Desviación a mano armada de aeronaves o injerencia en los viajes aéreos civiles*) de 1970 (*Desviación a mano armada de aeronaves o injerencia en los viajes civiles*) y la resolución del Consejo de Seguridad de 286 (1970), en las que se condenaba todo acto de injerencia o interferencia en los viajes aéreos y el uso de la fuerza o violencia a bordo y se invitaba a los Estados a apoyar a la OACI “para acelerar la preparación y aplicación de un nuevo convenio en que se declare, entre otras cosas, que el apresamiento de una aeronave civil constituye un delito punible y se disponga el enjuiciamiento de las personas que cometan ese delito”. Resolución de la Asamblea General 2551 (XXIV), párrafo tercero. Vid., igualmente, resolución de la XVII Asamblea Extraordinaria de la OACI de 1970.

¹⁴ La cláusula *aut dedere, aut iudicare* introducida en este Convenio fue insertada posteriormente no sólo en los convenios sectoriales en la materia, sino también en los instrumentos internacionales relativos a la lucha contra el terrorismo. El Convenio de La Haya elaboró un sistema de represión prácticamente universal- no un principio de universalidad de la represión como ocurre en el ámbito marítimo con la persecución de determinados actos, como, por ejemplo, la piratería o el tráfico de personas - como consecuencia de la obligación que se imponía los Estados parte de extraditar o juzgar al autor de los hechos. Sin embargo, algunos autores han señalado que, en realidad, el Convenio de La Haya no impuso una verdadera obligación internacional, sino que, en realidad, este instrumento sólo requería que el caso fuera elevado a las autoridades judiciales competentes, que decidirían, en última instancia, si procedía el enjuiciamiento o la extradición de los responsables. Vid., por ejemplo, JOYNER, C.C. and FRIEDLANDER, R.: Ob. Cit., pág. 841. Se trata de la misma crítica que, en el ámbito marítimo, se efectuó a la regulación del principio *aut dedere, aut iudicare* establecido en el Convenio SUA.

Los Convenios de Tokio, La Haya y Montreal conforman el núcleo básico del régimen jurídico-internacional aplicable a la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación aérea. Individualmente considerados estos instrumentos poseen un alcance limitado como consecuencia de la metodología adoptada por la comunidad internacional a la hora de su elaboración¹⁵. En la medida en que cada uno de estos convenios se fue redactando *ad hoc* para dar respuesta a las sucesivos actos de violencia contra la seguridad de la navegación conforme estos iban apareciendo y, por tanto, están orientados a la resolución de problemáticas muy concretas, no existió un enfoque comprensivo de esta clase de actos basado en la lesión del bien jurídico como presupuesto material de toda acción ilícita que hubiera permitido dar una respuesta integral a las diversas manifestaciones criminológicas en el ámbito aéreo¹⁶. Por ello, la magnitud pero, sobre todo, el modo en el que se llevaron a cabo los atentados del 11 de septiembre volvieron a poner de manifiesto la necesidad de contar con instrumentos en los que se regulasen la totalidad de las conductas que podían lesionar o poner en peligro la seguridad de la navegación aérea que posibilitaran la prevención y la represión de estos actos de violencia de manera eficaz. En efecto, los atentados del 11 de septiembre marcaron un punto de inflexión en cómo la comunidad internacional entendía los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación aérea y, sobre todo, en el tipo de respuesta normativa que debía adoptarse¹⁷. Sólo un día después de los atentados, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó la resolución 1368 (2001), en la que condenó de forma enérgica estos hechos, calificándolos de actos de terrorismo que amenazaban la paz y la seguridad internacional¹⁸.

¹⁵ Vid. JOYNER, C.C. and FRIEDLANDER, R.: Ob. Cit., vol.1, pág. 841 y EMANUELLI, C.: ‘Legal Aspects of Aerial Terrorism: The Piecemeal vs. The Comprehensive Approach’, en *Journal of International Law and Economics*, vol. 10, 1975, págs. 503-518, MCWHINNEY, E.: ‘International and National Law and Community Problem-Solving on Aerial Piracy’, págs. 86-89.

¹⁶ Por esta razón, cada uno de estos convenios constituyen un ejemplo de la progresiva sectorialización del Derecho internacional a la hora de luchar contra un determinado tipo de criminalidad. Vid. ABAD CASTELOS, M.: “El avance sectorial, la fragmentación del orden jurídico y sus riesgos: ¿está a salvo la unidad del Derecho internacional?”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, págs. 35-38.

¹⁷ Así lo puso de manifiesto el Secretario General de la OACI, Raymond Benjamin, a la hora de valorar la aprobación de dos nuevos instrumentos por la Asamblea General de esta organización: “El Convenio de Beijing y el Protocolo de Beijing, conjuntamente con la Declaración de Seguridad de la Asamblea, destacan más que nada la solidez y alcance de la voluntad política que existe hoy en día en apoyo de marcos legales y de seguridad de la aviación más sólidos, integrales y cooperativos”. En *Revista de la OACI*, vol. 66, núm. 1, 2011, pág. 4, texto disponible en www.icao.int/publications/journalsreports/2011/6601_es.pdf (4 de noviembre de 2014). En el mismo sentido, WEBER, L.: ‘Aviation Security’, en WEBER, L. and GIEMULLA, E.: *Handbook on Aviation Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2011, pág. 293. Este punto de inflexión también se refleja en el significativo cambio en la denominación del Convenio de Beijing. Mientras que el Convenio de Montreal hacía referencia a la seguridad de la aviación civil internacional, en el nuevo Convenio de Beijing se prescinde del término “seguridad” y pasa a llamarse Convenio para la represión de actos ilícitos contra la aviación civil internacional. Este cambio de denominación va acompañado de un concepto integral no sólo de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación sino también contra la aviación civil que incluye un amplísimo número de conductas.

¹⁸ Vid. igualmente las resoluciones de la Asamblea General de la OACI A33-1, A33-2, A33-3 y A33-4,

Esta resolución fue muy significativa puesto, a partir de este momento, los actos contra la seguridad de la navegación aérea pierden parte de su especificidad para pasar a asociarse definitivamente con el fenómeno del terrorismo internacional¹⁹. Esta línea se acentúa con la aprobación de la resolución 56/88 de 2001 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (“Medidas para eliminar el terrorismo internacional”), que no sólo vuelve a incidir en la conexión existente entre estos dos fenómenos, sino que, además, incorpora los Convenios de Tokio, La Haya y Montreal al conjunto de los instrumentos internacionales orientados hacia la lucha contra el terrorismo. Finalmente, esta tendencia se consagró con la creación de la Estrategia de las Naciones Unidas contra el terrorismo a través de la resolución de la Asamblea General 60/288, elaborada sobre la base del informe del Secretario General de Naciones Unidas de mayo de 2006 “Unidos contra el terrorismo: Recomendaciones para una Estrategia global contra el terrorismo”, en la que estos Convenios pasan a integrar de manera formal el arsenal de instrumentos para la lucha y eliminación del terrorismo internacional²⁰.

En esta línea, el Convenio de Beijing, que de conformidad con el art. 24 sustituye al Convenio de Montreal y a su Protocolo de 1988, y su Protocolo, que de acuerdo al art. 1 complementa al Convenio de La Haya, están orientados hacia la lucha y eliminación del terrorismo internacional cuando este fenómeno adopta la forma de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación y contra la aviación civil. Por ello, en sendos textos se han recogido algunas cláusulas provenientes de otros instrumentos antiterroristas que han demostrado ser efectivas a la hora de prevenir y reprimir este fenómeno, como, por ejemplo, las cláusulas de no discriminación y la exclusión de los ilícitos regulados de la excepción de delito político. Además, se tipifican nuevas conductas, se expande la jurisdicción de los Estados a nuevos supuestos y se dinamizan los procedimientos de extradición y

en la que estos ataques también fueron calificados como actos de terrorismo contrarios a lo dispuesto por los arts. 4 y 44 del Convenio de Chicago

¹⁹ La orientación antiterrorista de los convenios internacionales sobre los que se articula la protección de la seguridad de la navegación aérea se aprecia claramente a partir del Convenio de Montreal en el que se introducen cláusulas que aparecen en otros instrumentos de lucha contra el terrorismo internacional. Además de la cláusula *aut dedere, aut iudicare* anteriormente indicada, son también característicos de los convenios de lucha contra el terrorismo la definición de ilícitos amplios y la obligación de tipificar dichos ilícitos en el derecho interno con penas adecuadas a su gravedad, la previsión de un amplio sistema de jurisdicciones que pretende evitar la impunidad de los responsables y las disposiciones que articulan la cooperación de los Estados tanto desde el punto de vista preventivo, como post-delictual. En este sentido, GRANT, J.: “Beyond the Montreal Convention”, en *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 36, 2004, págs. 456-462.

²⁰ Vid. <http://www.un.org/spanish/terrorism/instruments.shtml> (4 de noviembre de 2014). No obstante, el que existan delitos contra la seguridad de la navegación aérea que pueden ser considerados como una manifestación del terrorismo internacional en el ámbito aérea no significa que no existan ilícitos que no puede ser calificados de esta manera. Por ejemplo, considérese un reciente estudio en el que se analizaron las características de 1.109 delitos de apoderamientos de aeronaves entre 1948 y 2007 de los cuales únicamente 122 fueron finalmente considerados como actos terroristas. Vid. FAHEY, S., LAFREE, G., DUGAN, L. & PIQUERO, A. R.: “A situational Model for Distinguishing Terrorist and Non-Terrorist Aerial Hijackings, 1948-2007”, en *Justice Quarterly*, vol. 29, Issue 4, 2012, págs. 1-23.

asistencia mutua²¹. No obstante, ni Convenio ni su Protocolo han entrado todavía en vigor²².

En relación a los actos ilícitos tipificados en estos convenios - todos ellos de marcado carácter internacional²³ como lo evidencia el sistema de jurisdicciones previsto en cada instrumento -, puede diferenciarse, por una parte, el delito de apoderamiento de aeronaves al que hacía referencia el Convenio de Tokio y que fue regulado en el art. 1 del Convenio de La Haya y modificado por el art. 2 del Protocolo de Beijing y, por otra, un amplio conjunto de ilícitos contra la seguridad de la navegación aérea establecidos inicialmente en el art. 1 del Convenio de Montreal y ampliados en el art. 1 Convenio de Beijing. No obstante, desde la perspectiva del interés que se pretende proteger, el conjunto de estas conductas integran la categoría genérica de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación aérea.

Por otro lado, ha de señalarse que una característica común a la totalidad de conductas reguladas en estos convenios es su carácter ilícito, lo que *sensu contrario* implica que han de excluirse del ámbito de aplicación de este delito aquellas acciones que, aun siendo típicas, puedan quedar justificadas. No obstante, surge la problemática interpretativa de establecer conforme a qué tipo de norma pueden quedar justificados este tipo de actos. A este respecto, puede entenderse, por un lado, y como ocurre por ejemplo en el caso de la CNUDM en relación a los actos de piratería y en el Convenio SUA, que la licitud de las conductas ha de ser determinada conforme al derecho interno de cada Estado, y, por otro, que esta justificación viene determinada por el Derecho internacional²⁴. En cualquiera de los dos casos, esta justificación puede reconducirse a aquellos supuestos en los que la intervención en la navegación se lleva a cabo en el marco del Derecho internacional humanitario, como lo evidencia el que finalmente en el Convenio y Protocolo de Beijing se introdujese una cláusula en la que se especifica que las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado quedan excluidas de sus respectivos ámbitos de aplicación así como otras actividades oficiales de las fuerzas armadas que se rijan por otras normas de Derecho internacional (arts. 6.2 y 3 bis.2). En esta misma línea y como cláusula de salvaguarda, en ambos convenios se establece que lo

²¹ Vid., en el mismo sentido, VAN DER TOORN, D.: ‘September 11 Inspired Aviation Counter-Terrorism Convention and Protocol Adopted’, en *Insights*, vol. 15, 2010, texto disponible en www.asil.org/files/insight110126pdf.pdf (4 de noviembre de 2014).

²² En la actualidad, únicamente nueve Estados han ratificado el Convenio y sólo ocho el Protocolo, entre los que no se encuentra España que, sin embargo, sí ha firmado ambos instrumentos. Vid. <http://www.icao.int/secretariat/legal/Lists/Current%20lists%20of%20parties/AllItems.aspx> (4 de noviembre de 2014). La entrada en vigor tanto del Convenio como del Protocolo de Beijing está prevista para el primer día del segundo mes a partir de la fecha del depósito del vigésimo segundo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (arts. 22 y 23 respectivamente).

²³ Vid. HAMMARSKJÖLD, K.: Ob. Cit., págs. 14 y 17, TAPIA SALINAS, L.: Ob. Cit., pág. 14 y APARICIO GALLEGU, J.: ‘Agresiones ilícitas a la aviación civil’, págs. 2-3, artículo disponible en www.instibaerospa.org/cont/cursos/D27.doc (4 de noviembre de 2014).

²⁴ Cfr. ABEYRATNE, R. I. R.: “The effects of Unlawful Interference with Civil Aviation on World Peace and the Social Order”, en *Transportation Law Journal*, vol. 22, 1994-1995, págs. 453-455.

especificado en los 6.2 y 3 *bis.2* no podrán ser interpretados en el sentido de condonar o considerar lícitos “actos que de otro modo son ilícitos” – los que quedarían fuera de la cobertura del Derecho internacional humanitario - y tampoco como una cláusula que impide el enjuiciamiento de esos actos “bajo otras leyes” (arts. 6.3 y 3 *bis.3* del Convenio y Protocolo de Beijing respectivamente). Por ello, se establece que ninguno de estos instrumentos afecta a las obligaciones y responsabilidades de los Estados parte en relación al Derecho internacional y, en concreto, con respecto a la Carta de Naciones Unidas, el Convenio de Chicago y el Derecho internacional humanitario.

El apoderamiento de aeronaves regulado en el Convenio de La Haya es un delito de estructura muy simple. Se trata de un delito de medios determinados (fuerza o amenaza de fuerza y cualquier forma de intimidación) y la conducta típica consiste en el apoderamiento o el ejercicio del control de la aeronave. El art. 1, que también prevé la tentativa, y se complementa con lo dispuesto por el art. 2, que establece la obligación de que los Estados prevean “penas severas” para el delito de apoderamiento. La inclusión de esta cláusula se basó en la necesidad de compatibilizar un tratamiento homogéneo de esta clase de ilícitos en los derechos internos de los Estados y el respeto la potestad legislativa de cada Estado por constituir una fórmula que, al no precisar cuantitativamente la pena a imponer no interfería en el proceso de ratificación del texto²⁵. Por su parte, el Protocolo de Beijing redefine del delito de apoderamiento ilícito de aeronaves a través de una ampliación de los medios por los que éste puede llevarse a cabo (medios tecnológicos) e incorporan la posibilidad de que se castigue la amenaza de realización de dicho ilícito y hace una referencia expresa a los actos preparatorios y a las diversas formas de participar en la realización de este delito (art. 2)²⁶.

²⁵ Vid. MCWHINNEY, E.: *Aerial Piracy and International Terrorism: The Illegal Diversion of Aircraft and International Law*, pág. 42 y NOVEMBER, C.: Ob. Cit., pág. 654..

²⁶ En concreto, el art. 2 del Protocolo establece que “1. Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente se apodere o ejerza el control de una aeronave en servicio mediante violencia o amenaza de ejercerla, mediante coacción o cualquier otra forma de intimidación, o mediante cualquier medio tecnológico. 2. Igualmente comete un delito toda persona que: a) amenace con cometer el delito previsto en el párrafo 1 de este Artículo; o b) ilícita e intencionalmente haga que una persona reciba tal amenaza, en circunstancias que indiquen que la amenaza es verosímil. 3. Igualmente comete un delito toda persona que: a) intente cometer el delito previsto en el párrafo 1 de este Artículo; o b) organice o instigue a otros para que cometan un delito previsto en el párrafo 1, 2 ó 3, apartado a), de este Artículo; o c) participe como cómplice en un delito previsto en el párrafo 1, 2 ó 3, apartado a), de este Artículo; o d) ilícita e intencionalmente asista a otra persona a evadir la investigación, el enjuiciamiento o la pena, a sabiendas de que la persona ha cometido un acto que constituye un delito previsto en el párrafo 1, 2 ó 3, apartado a), b) o c), de este Artículo, o que sobre dicha persona pesa una orden de detención por las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley para ser enjuiciada por tal delito o que ha sido sentenciada por ese delito. 4. Cada Estado Parte definirá como delitos, cuando sean cometidos intencionalmente, independientemente de que realmente se cometa o intente cometer cualquiera de los delitos previstos en el párrafo 1 ó 2 de este Artículo, una de las conductas siguientes o ambas: a) ponerse de acuerdo con una o varias personas para cometer un delito previsto en el párrafo 1 ó 2 de este Artículo y, cuando así lo prescriba la legislación nacional, que suponga un acto perpetrado por uno

El Convenio de Montreal tipifica cinco tipos de conductas: la realización de actos de violencia a bordo de una aeronave en vuelo que pongan en peligro su seguridad, la destrucción de una aeronave o la causación de daños que la incapaciten para el vuelo o atenten contra su seguridad, la colocación de artefactos y sustancias capaces de destruirla o de incapacitarla para el vuelo o cuando constituyan un peligro para su seguridad, la destrucción o la perturbación en el funcionamiento de las instalaciones o servicios de navegación aérea cuando suponga un peligro para la seguridad – que no constituiría un delito contra la seguridad de la navegación en sentido estricto –, y, por último, la comunicación dolosa de informes falsos poniendo en peligro la seguridad de la navegación (art. 1). Al igual que en el Convenio de La Haya, el Convenio de Montreal también prevé la tentativa y la participación en el delito y exige la imposición de penas severas para la realización de estos ilícitos (art. 3) e introduce una cláusula que obliga a los Estados partes a adoptar las medidas necesarias en el derecho interno para ejercitar su jurisdicción sobre los ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (art. 5).

Estas conductas son ampliadas por el Convenio de Beijing a, entre otras, la utilización de aeronaves civiles como armas para causar la muerte, lesiones o daños, la utilización de aviones civiles para descargar armas biológicas, químicas y nucleares o sustancias similares para causar la muerte, lesiones o daños, el uso de estas armas o sustancias similares para atacar aeronaves civiles o transportarlas ilícitamente, el transporte ilícito de material explosivo o radioactivo para fines terroristas o el llevar a cabo un ataque cibernético en instalaciones de navegación aérea²⁷. Estos

de los participantes para llevar adelante ese acuerdo; o b) contribuir de cualquier otro modo a la comisión de uno o varios delitos de los previstos en el párrafo 1 ó 2 de este Artículo por un grupo de personas que actúan con un propósito común y se contribuya: i) con el propósito de facilitar la actividad o la finalidad delictiva general del grupo, cuando dicha actividad o finalidad suponga la comisión de un delito previsto en el párrafo 1 ó 2 de este Artículo; o ii) con conocimiento de la intención del grupo de cometer un delito previsto en el párrafo 1 ó 2 de este Artículo”.

²⁷ En concreto, según el art. 1, “1. Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente: a) realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave; o b) destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; o c) coloque o haga colocar en una aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave o de causarle daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; o d) destruya o dañe las instalaciones o servicios de navegación aérea o perturbe su funcionamiento, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo; o e) comunique a sabiendas informes falsos, poniendo con ello en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo; o f) utilice una aeronave en servicio con el propósito de causar la muerte, lesiones corporales graves o daños graves a los bienes o al medio ambiente; o g) libere o descargue desde una aeronave en servicio un arma BQN o un material explosivo, radiactivo, o sustancias similares de un modo que cause o probablemente cause la muerte, lesiones corporales graves o daños graves a los bienes o al medio ambiente; o h) utilice contra o a bordo de una aeronave en servicio un arma BQN o un material explosivo, radiactivo, o sustancias similares de un modo que cause o probablemente cause la muerte, lesiones corporales graves o daños graves a los bienes o al medio ambiente; o i) a bordo de una aeronave, transporte o haga que se transporte o facilite el transporte de:

ilícitos serán también punibles cuando se amenace con la comisión de los mismos si dicha amenaza es creíble²⁸. Como novedad, se introduce una cláusula en la que se castigan los actos preparatorios y se establece la posibilidad de que las personas jurídicas sean responsables de esta clase de ilícitos cuando así lo permita el derecho

1) material explosivo o radiactivo, a sabiendas de que se prevé utilizarlo para causar, o amenazar con causar, muertes o lesiones o daños graves, imponiendo o no una condición, como dispone la legislación nacional, con el objeto de intimidar a una población o forzar a un gobierno u organización internacional a realizar o abstenerse de realizar un acto dado; o 2) armas BQN, a sabiendas de que las mismas están comprendidas en la definición de armas BQN del Artículo 2; o 3) materias básicas, material fisionable especial o equipo o materiales especialmente diseñados o preparados para el tratamiento, utilización o producción de material fisionable especial, a sabiendas de que están destinados a ser utilizados en una actividad con explosivos nucleares o en cualquier otra actividad nuclear no sometida a salvaguardias de conformidad con un acuerdo de salvaguardias con el Organismo Internacional de Energía Atómica; o 4) equipo, materiales, soporte lógico o tecnología conexas que contribuye considerablemente al diseño, fabricación o lanzamiento de armas BQN, sin autorización legal y con la intención de que se utilicen con tales fines; con la condición de que con respecto a las actividades relacionadas con un Estado Parte, incluidas las llevadas a cabo por una persona o entidad jurídica autorizada por un Estado Parte, no constituirá un delito previsto en los incisos 3 y 4 si el transporte de dichos artículos o materiales es compatible con sus derechos, responsabilidades y obligaciones en virtud del tratado multilateral aplicable sobre la no proliferación en el cual es Parte, incluidos los mencionados en el Artículo 7. 2. Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente, utilizando cualquier artefacto, sustancia o arma: a) ejecute un acto de violencia contra una persona en un aeropuerto que preste servicio a la aviación civil internacional, que cause o pueda causar lesiones graves o la muerte; o b) destruya o cause daños graves en las instalaciones de un aeropuerto que preste servicio a la aviación civil internacional o en una aeronave que no esté en servicio y se encuentre en el aeropuerto, o perturbe los servicios del aeropuerto, si ese acto pone en peligro o puede poner en peligro la seguridad en ese aeropuerto. 3. Igualmente comete un delito toda persona que: a) amenace con cometer cualquiera de los delitos previstos en los apartados a), b), c), d), f), g) y h) del párrafo 1 o en el párrafo 2 de este Artículo; o b) ilícita e intencionalmente haga que una persona reciba tal amenaza, en circunstancias que indiquen que la amenaza es verosímil. 4. Igualmente comete un delito toda persona que: a) intente cometer cualquiera de los delitos previstos en el párrafo 1 ó 2 de este Artículo; o b) organice o instigue a otros para que cometan un delito previsto en el párrafo 1, 2, 3 ó 4, apartado a), de este Artículo; o c) participe como cómplice en un delito previsto en el párrafo 1, 2, 3 ó 4, apartado a), de este Artículo; o d) ilícita e intencionalmente asista a otra persona a evadir la investigación, el enjuiciamiento o la pena, a sabiendas de que tal persona ha cometido un acto que constituye un delito previsto en el párrafo 1, 2, 3, 4, apartado a), b) o c), de este Artículo o que sobre dicha persona pesa una orden de detención por las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley para ser enjuiciada por tal delito o que ha sido sentenciada por ese delito. 5. Cada Estado Parte definirá como delitos, cuando sean cometidos intencionalmente, independientemente de que realmente se cometa o intente cometer cualquiera de los delitos previstos en el párrafo 1, 2 ó 3 de este Artículo, una de las conductas siguientes o ambas: a) ponerse de acuerdo con una o varias personas para cometer un delito previsto en el párrafo 1, 2 ó 3 de este Artículo y, cuando así lo prescriba la legislación nacional, que suponga un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo; o b) contribuir de cualquier otro modo a la comisión de uno o varios delitos de los previstos en el párrafo 1, 2 ó 3 de este Artículo por un grupo de personas que actúan con un propósito común, y se contribuya: i) con el propósito de facilitar la actividad o la finalidad delictiva general del grupo, cuando dicha actividad o finalidad suponga la comisión de un delito previsto en el párrafo 1, 2 ó 3 de este Artículo; o ii) con conocimiento de la intención del grupo de cometer un delito previsto en el párrafo 1, 2, ó 3 de este Artículo”.

²⁸ Con excepción del apoderamiento de aeronaves, las conductas tipificadas en este Convenio cubren las modalidades de ataques a la seguridad de la navegación aérea ya identificados por ABEYRATNE. Vid. ABEYRATNE, R. I. R.: Ob. Cit., pág. 461.

interno de cada Estado (art. 4.1), sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido los delitos. Como ocurre con los anteriores convenios, el Convenio de Beijing continúa exigiendo la previsión de penas severas para estos delitos (art. 3) cuando los autores del mismo sean personas físicas y sanciones penales, civiles o administrativas “eficaces, proporcionadas y disuasorias” (art. 4.3) en el caso de las personas jurídicas.

3. Los delitos contra la seguridad de la navegación aérea

3.1. *El art. 616 ter del CP*

Los delitos contra la seguridad de la navegación aérea se introdujeron por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico en el CP de 1928 a través de una cláusula de cierre que extendía las diferentes conductas típicas de la piratería marítima reguladas en este texto (arts. 245-251) a los supuestos en los que una aeronave se convertía en el objeto material del delito (art. 252). Desde este momento, se lleva a cabo un tratamiento unitario de las conductas que afectan a la seguridad de la navegación marítima y aérea – con excepción del CP de 1932, en el que se suprime toda referencia a las aeronaves - que se ha reproducido en la regulación actual. Además del CP, la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante (LPDMM) de 1955 también hacía referencia a supuestos de piratería en los que el objeto material podía ser una aeronave (art. 11) y, posteriormente, la LPPNA de 1964 reguló un delito de apoderamiento de aeronaves y otras conductas que incidían sobre la seguridad de la navegación aérea. De esta manera, entre 1964 y 1992, momento en el que la LPDMM fue derogada por la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, llegó a plantearse un concurso entre tres normas distintas. Sin embargo, el que la finalidad de la LPDMM no fuera la protección de la seguridad de la navegación en el ámbito aéreo, reducía en realidad el concurso normativo a dos normas, el CP y la LPPNA que se resolvía a través de la aplicación del principio de especialidad establecido en el texto penal. Por esta razón, en su momento, se señaló que el delito de piratería del CP era “letra muerta” en la medida en que siempre sería desplazado por los delitos de piratería y similares regulados en las leyes penales especiales²⁹.

3.1.1. *Delimitación del bien jurídico*

El art. 616 *ter*, que regula los delitos contra la seguridad de la navegación aérea, está ubicado dentro de los delitos contra la comunidad internacional como consecuencia del bien jurídico de carácter supraindividual que protege³⁰, sin perjuicio de

²⁹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 640 y RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 1983, pág. 670.

³⁰ Vid. STS de 12 de diciembre de 2011, fundamento jurídico 2.1, SAN de 30 de octubre de 2013, fundamento jurídico 3.1.1, y STS de 2 de abril de 2014, fundamento jurídico 4.3.

los bienes jurídicos individuales que se ven afectados por la concreta realización de las diferentes conductas reguladas en el tipo. En la medida en que, como indica la L.O. 5/2010, el delito de piratería se introduce para dar respuesta a la problemática de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea, puede entenderse que el bien jurídico protegido por este artículo es, precisamente, la seguridad de la navegación marítima y aérea³¹. En la misma línea, la jurisprudencia considera que el bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico marítimo y aéreo³². Aunque en uno y otro caso se utiliza una denominación distinta a la hora de hacer referencia al hecho físico del movimiento de los buques y las aeronaves (navegación, tráfico), lo importante es que en ambos casos se coincide en la característica esencial de este bien jurídico: la protección de la seguridad de la navegación en el mar y en el aire³³. Por otro lado, ha de subrayarse la diferente terminología utilizada por el legislador para denominar el criterio sistemático que ha guiado la tipificación del delito de piratería (seguridad de la navegación marítima y aérea) y la rúbrica del Capítulo V donde queda ubicado el art. 616 *ter* (“Delito de piratería”), de manera que el título de este Capítulo posee una utilidad limitada a la hora de establecer cuál es el bien jurídico protegido para las figuras delictivas que engloba.

Como se ha indicado, el art. 616 *ter* está configurado como un delito contra la comunidad internacional en la medida en que, de acuerdo a lo establecido en el Convenio de Chicago de 1944, afecta al desarrollo seguro y ordenado de la navegación de la aviación civil internacional como medio de comunicación y transporte entre los Estados. Sin embargo, el bien jurídico protegido por el tipo se concreta en la protección de determinados bienes jurídicos individuales dependiendo de la modalidad de conducta típica que se lleve a cabo - configuración que, como se verá a continuación, plantea problemas en sede de antijuricidad. En esta línea, en el

³¹ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: “Delitos contra la comunidad internacional”, en LAMARCA PÉREZ, C. (dir.): *Derecho penal. Parte Especial*, 3ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2005, pág. 832, CORCOY BIDASOLO, M., CARPIO BRIZ, D. y ARTAZA, O.: “Arts. 581-616 *bis*”, en CORCOY BIDASOLO, M. Y MIR PUIG, S.: *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 1.171 y LÓPEZ LORCA, B.: *La piratería y otros delitos contra la seguridad de la navegación marítima*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 307. Desde el punto de vista del Derecho internacional, SOBRINO HEREDIA también considera que este delito afecta al bien jurídico de la seguridad de la navegación. SOBRINO HEREDIA, J. M.: “Piratería y terrorismo en el mar”, en *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, pág. 120.

³² Vid. STS de 12 de diciembre de 2011, fundamento jurídico 2.1, SAN de 30 de octubre de 2013, fundamento jurídico 3.1.1, y STS de 2 de abril de 2014, fundamento jurídico 4.3.

³³ Según la RAE, por “navegación” ha de entenderse el viajar en buque o avión y por “tráfico”, el movimiento o tránsito de personas y mercancías a través de cualquier medio de transporte. Dado que esta última acepción hace referencia a los medios de transporte de una forma genérica y que el sentido de viajar es el de trasladar personas o transportar mercancías por buque o avión, desde el punto de vista gramatical, la utilización del término “navegación” parece una expresión más específica de los ámbitos marítimo y aéreo y, por ello, preferible a la de “tráfico”. En el mismo sentido, tanto los convenios internacionales relativos a la aviación civil internacional, como el Convenio SUA en el ámbito marítimo, así como las organizaciones internacionales de referencia en ambos ámbitos (Naciones Unidas, OMI y OACI) también utilizan el término “navegación”.

Preámbulo del Convenio de La Haya ya se identificaron cuáles eran los intereses que se ponían en peligro con los apoderamientos de aeronaves (“los actos ilícitos de apoderamiento o ejercicio del control de aeronaves en vuelo ponen en peligro la seguridad de las personas, y los bienes, afectan gravemente a la explotación de los servicios aéreos y socavan la confianza de los pueblos del mundo en la seguridad de la aviación civil”) de manera similar a lo que ya había hecho anteriormente la Asamblea General de Naciones Unidas en las resoluciones 2551 y 2645. Por tanto, desde la perspectiva jurídico-internacional, la seguridad de la navegación aérea se perfila como un bien jurídico en el que convergen intereses propios de la comunidad internacional (el *ius communicationis*, el libre ejercicio del derecho a la libertad del aire e, incluso, la paz internacional y la seguridad mundial) y los bienes jurídicos de carácter individual de las personas que se encuentran a bordo en el momento en el que se lleva a cabo el acto ilícito.

El delito de piratería del art. 616 *ter* es un tipo mixto alternativo que se perfecciona a través del apoderamiento, daño o destrucción de una aeronave mediando violencia, intimidación o engaño, o, alternativamente, atentando contra las personas o cosas que se encuentren a bordo. De esta forma, el legislador ha creado un delito pluriofensivo a través del cual se protegen bienes jurídicos distintos sin advertir que la alternatividad de las conductas no siempre garantiza la lesión del bien jurídico que subyace a la realización del tipo, la seguridad de la navegación aérea. Mientras que el apoderamiento, el daño o la destrucción de la aeronave integran un delito de resultado que produce una lesión efectiva de la seguridad de la navegación aérea, esta lesión no tiene porqué ocurrir cuando se atenta, sin más, contra las personas o bienes a bordo. Piénsese, por ejemplo, en posibles delitos de hurto o robo o lesiones cometidos entre miembros de la tripulación o el pasaje³⁴.

Esta problemática se perfila de manera más clara si se tiene en cuenta el significado que la expresión “seguridad de la navegación” adquiere en el contexto de los actos ilícitos contra la aviación civil internacional. En el ámbito aéreo, el concepto de seguridad posee dos significados diferentes. Por un lado, la seguridad hace referencia al conjunto de normas y procedimientos de carácter esencialmente preventivo cuya finalidad es eliminar las causas que pueden alterar el normal desarrollo de la navegación aérea. Se trata de una dimensión de la seguridad referida a la seguridad endógena o a bordo de la propia aeronave (*safety*) distinta al concepto de seguridad que engloba aquellas normas y procedimientos de carácter preventivo y represivo orientados a proteger la navegación de elementos exógenos a la propia aeronave (*security*)³⁵. Por tanto, aunque en el ámbito aéreo el concepto de seguri-

³⁴ Vid., en esta línea, SAP de las Islas Baleares de 20 de febrero de 1999, fundamento jurídico 1.

³⁵ Vid. MILDE, M.: ‘The International Fight against Terrorism in the Air’, en CHENG, C.J.: *The Use of Airspace and Outerspace for all Mankind in the 21st Century*, Ed. Kluwer Law International, The Hague, 1995, págs.141-158, DEMPSEY, P.S.: ‘Aviation Security: The Role of Law in the War Against Terrorism’, en *Columbia Journal of International Law*, vol. 41, 2002-2003, pág. 662, Dictamen del Comité Económico

dad posee un objetivo común – garantizar que la navegación sea segura-, en el primer caso se pretende proteger a los pasajeros, la tripulación, la carga y la propia aeronave de un daño no intencionado, mientras que, el segundo, se centra en el daño causado de forma dolosa, incluidos aquellos daños originados por conductas violentas ilícitas. De esta manera, el significado que el término “seguridad de la navegación aérea” adquiere en el contexto de los delitos contra la seguridad de la navegación aérea hace referencia a la protección de la navegación frente a actos ilícitos en el sentido establecido en los convenios internacionales de Tokio, La Haya, Montreal y Beijing – que por esta razón suelen denominarse “security conventions”-; quedando excluido del ámbito de protección de la norma toda aquella afección de la seguridad de la navegación que se genere en el marco del Convenio de Chicago de 1944³⁶.

En definitiva, para que el delito establecido en el art. 616 *ter* no pierda su sentido como un delito contra la comunidad internacional y, en concreto, contra la seguridad de la navegación aérea, habrá que realizar una interpretación restrictiva de su ámbito de aplicación para, por un lado, evitar que delitos sin trascendencia internacional se castiguen como delito contra la seguridad de la navegación aérea o que se apliquen a supuestos de hecho para los que de ninguna manera fueron tipificados, y, por otro, que se incluyan dentro de la categoría de los delitos contra la seguridad de la navegación aérea conductas que *de facto* no inciden en la seguridad de la navegación con independencia de que puedan generar un peligro o un riesgo. De esta forma, por ejemplo, ha de entenderse que quedan excluidos del ámbito de aplicación del art. 616 *ter* del CP los actos realizados por aquellos que, actuando al servicio de un Estado, llevan a cabo bloqueos comerciales o interceptan aeronaves, todos aquellos supuestos a los que son de aplicación las normas internacionales relativas al Derecho internacional humanitario (todo acto contra aeronaves en el marco de un conflicto armado) y los actos de insurgencia, los delitos de sedición, motines u otros actos ilícitos que se produzcan a bordo contra la autoridad de la aeronave.

y Social Europeo sobre el tema ‘Seguridad de los transportes’, *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 61, de 14 de marzo de 2003, págs. 181-183, MECA GAVILÁ, I. y LÓPEZ QUIROGA, J.: ‘Régimen jurídico de la seguridad en la navegación aérea’, en MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.): *Aspectos Jurídicos y Económicos del Transporte. Hacia un transporte más seguro, sostenible y eficiente*, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2007, págs. 1-2, AREAL LUDEÑA, S. y HERNÁNDEZ CAMPOS, R.G.: ‘La seguridad del aerotransporte civil internacional y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de seguridad aérea’, en *Inteligencia y seguridad: Revista de análisis y prospectiva*, núm. 8, junio-noviembre 2010, págs. 141-144 y WEBER, L.: Ob. Cit, págs. 285-286.

³⁶ De acuerdo al marco jurídico internacional creado por estos convenios, la “seguridad de la navegación” sólo puede lesionarse a través de conductas que supongan una intervención ilícita, intencionada y de carácter violento, lo cual guarda correspondencia en el ámbito interno, por un lado, con la estructura del delito establecido en el art. 616 *ter*, que se configura como un delito doloso en el que se excluye la posibilidad de que la conducta típica puede ser realizada de forma imprudente, y, por otro, con que el bien jurídico se refiere a la protección de la seguridad de la navegación frente a un tipo concreto de amenaza marítima y aérea que excluye otras formas de criminalidad en estos ámbitos.

3.1.2. *La estructura típica. Cuestiones problemáticas en la configuración del tipo*

El delito regulado en el art. 616 *ter* es un delito complejo y está estructurado como un delito común con un tipo mixto alternativo consistente en el apoderamiento, daño o destrucción de una aeronave, un buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar o en el atentado contra las personas, cargamento o bienes a bordo. Por tanto, ha de distinguirse entre aquellas conductas que se dirigen a los buques y otro tipo de embarcaciones, las plataformas en el mar y las aeronaves de aquellas que se realizan contra los bienes y el cargamento a bordo³⁷. Esta configuración del tipo, en concreto, la selección de conductas llevada a cabo por el legislador refleja una técnica legislativa cuestionable al plantear no sólo problemas en sede de antijuricidad sino también problemas relacionados con el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad o certeza.

La primera de las conductas tipificadas es el apoderamiento de aeronaves, que, desde el punto de vista criminológico, ha constituido la tradicional y principal amenaza a la seguridad de la navegación aérea y que, como ya se ha señalado, fue objeto de regulación internacional en el Convenio de Tokio y, sobre todo, en el Convenio de La Haya. En el contexto de los delitos contra la seguridad de la navegación, el apoderamiento ha de entenderse de manera ideal, es decir, no como un desplazamiento o desposesión estrictamente física del objeto material del delito, sino como una sustracción ideal o figurada que permite que el sujeto activo obtenga el poder de decisión sobre la cosa mueble (la aeronave) y, con ello, la facultad potencial de someterlo a su propia voluntad³⁸. En concreto, el apoderamiento consistiría en sustraer de la esfera de control del comandante, como responsable del plan de navegación, la aeronave, que pasaría al ámbito de disposición del sujeto activo que, en adelante, determinaría y mandaría lo que ha de hacerse a bordo. Esta dinámica comisiva implica que el apoderamiento no puede llevarse a cabo sin la utilización de medios coactivos y dificulta - o más bien, impide - que esta acción pueda realizarse por omisión. El sujeto activo debe enfrentarse a la oposición del comandante de la aeronave que como legítimo poseedor del control a bordo presenta a la realización de la acción típica³⁹. La superación de la resistencia del coman-

³⁷ En cuanto a la definición de aeronave, el art. 11 de la Ley de la Navegación Aérea (LNA) de 1960 hace referencia a toda construcción apta para el transporte de personas o cosas capaz de moverse en la atmósfera merced a las reacciones del aire, sea o no más ligera que éste y tenga o no órganos motopropulsores. Según el significado gramatical de este término, la característica de las aeronaves es la de navegar por el aire. Con ello, el concepto de aeronave comprenderá cualquier nave que, con independencia de su dimensión y tipo, pueda navegar y transportar personas o mercancías.

³⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Ob. Cit.*, pág. 379.

³⁹ Según el art. 60 de la LNA “El Comandante de la aeronave tendrá la condición de autoridad en el ejercicio de su mando y será responsable de la aeronave y la tripulación, de los viajeros y equipajes de la carga y correo desde que se haga cargo de aquélla para emprender el vuelo, aunque no asuma el pilotaje material. Cesará esta responsabilidad cuando, finalizado el vuelo, haga entrega de la aeronave, pasajeros, correo y carga a cualquier autoridad competente o al representante de la Empresa”. Sobre el comandante de la aeronave como piloto al mando, vid. PARADA VÁZQUEZ, J.D.: *Derecho Aeronáutico*, Ed. Gomylex,

dante exigirá que el sujeto activo actúe a través de un comportamiento físico activo que se concretará en la utilización de medios comisivos violentos e intimidatorios.

De esta configuración del verbo típico se deduce que el apoderamiento es un delito de resultado⁴⁰, lo cual facilita la delimitación con la tentativa (acabada e inacabada). El delito se consumará cuando el autor haya conseguido vencer la voluntad del capitán del buque o del comandante de la aeronave y logrado tener el efectivo control de la aeronave, puesto que es en ese momento cuando se produce la lesión del bien jurídico y, correlativamente, la perfección del delito. Con ello, las eventuales modificaciones realizadas por el sujeto activo del plan de navegación inicialmente previsto, lo que muy habitualmente ocurre cuando se produce un apoderamiento de aeronave, como, por ejemplo, ocurrió en el atentado contra Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, no serán relevantes en relación a la consumación, sino a efectos de agotamiento del delito. Los desvíos de aeronaves suponen la constatación de que el sujeto activo se ha apoderado de estos y constituyen una manifestación de su poder de decisión.

La segunda modalidad comisiva consiste en “dañar” o “destruir” aeronaves que, conforme al significado gramatical de ambos términos, implica un ataque a la integridad material del objeto del delito. Como en el caso de los delitos de daños, por “dañar” habrá de entenderse la destrucción total o parcial, el deterioro o menoscabo de la aeronave. En términos de la SAN de 30 de octubre de 2013, que los objetos materiales del delito no puedan ser destinados a su fin principal, es decir, que devenga inservible para el cometido que le es inherente (fundamento jurídico 3.1.1.1). Por tanto, *a fortiori* la incorporación de la conducta típica “destruir” parece innecesaria puesto que si se castiga lo menos (el daño), ha de entenderse que, con mayor motivo, también se castiga lo más (la destrucción)⁴¹, por lo que en este punto la técnica empleada en la configuración del tipo es mejorable. Aunque el legislador incluyera la destrucción entre las conductas típicas del delito del art. 616 *ter* para extender su aplicación a supuestos de terrorismo aéreo, lo cierto es que si un ataque de menor entidad como, en principio, pudieran ser los daños, está previs-

Bilbao, 2000, págs. 198-200, y, sobre las obligaciones y deberes del comandante en vuelo, vid. TAPIA SALINAS, L.: *Ob. Cit.*, pág. 175. Desde el punto de vista penal y a efectos del art. 616 *ter*, deberá ser igualmente considerado comandante todos aquellos miembros de la tripulación a los que en el momento de la ejecución de los hechos típicos pueda arrebatarles de manera efectiva el control de la aeronave. De ello se deduce que la categoría de comandante puede llegar a estar integrada por una pluralidad de personas.

⁴⁰ Así lo confirma la SAN de 30 de octubre de 2013, fundamento jurídico 3.1.1.1 y la STS de 2 de abril de 2014, fundamento jurídico 4.4.

⁴¹ En el mismo sentido, vid. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: “Delito de piratería”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 548, GARCÍA ALFARAZ, A. I.: “Apuntes para un reflexión del delito de piratería marítima”, en ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., GORJÓN BARRANCO, M.C. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: *La reforma penal de 2010*, Salamanca, 2011, pág. 235 y FAKHOURI GÓMEZ, Y. y LLOBET ANGLÍ, M.: “Delitos contra la comunidad internacional y piratería”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.): *El nuevo Código Penal. comentarios a la reforma*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, pág. 745.

tos por el art. 616 *ter*, ha de entenderse que el tipo también abarca los ataques de mayor entidad. Del mismo modo, esta técnica legislativa también es criticable desde la perspectiva del principio de proporcionalidad de las penas al establecer la misma penalidad con independencia de cuál es la gravedad del injusto, esto es, con independencia de si el delito se ha llevado a cabo a través del daño o la destrucción de la aeronave a pesar de la distinta intensidad con la que puede verse afectado el bien jurídico. Mientras que pueden ocurrir supuestos de daños a una aeronave que incidan de manera mínima en la seguridad de la navegación, en contraste, la destrucción total o parcial de la aeronave afectará de manera intensa a la seguridad de la navegación en la práctica totalidad de los supuestos dada la vulnerabilidad del transporte aéreo⁴².

Sin embargo, la utilización del término “atentar” para definir otra de las conductas típicas del delito genera todavía mayores problemas. Esta conducta configura un tipo penal abierto que plantea problemas desde el punto de vista del principio de legalidad que se agravan teniendo en cuenta que se emplea indistintamente para definir la acción dirigida a las personas y la acción dirigida contra los bienes o cargamento. Desde el punto de vista gramatical, el atentado contra las personas consiste en una agresión contra la vida o la integridad física o moral de modo que, en principio, esta modalidad comisiva comprendería los delitos contra la vida (asesinato, homicidio), los delitos contra la integridad física (lesiones) y los delitos contra la integridad moral (tortura, trato degradante). Por tanto, del sentido gramatical del verbo típico se desprende que otro tipo de acciones que se lleven a cabo contra los bienes jurídicos personales como las detenciones ilegales y el secuestro y, en general, los delitos contra la libertad, y los delitos contra la libertad sexual, no pueden quedar abarcadas por el término “atentar”.

Si se opta por una interpretación amplia del verbo típico, es decir, por incluir en el término “atentar” la totalidad de los significados permitidos por su tenor literal, esta modalidad comisiva podrá consistir en la realización de cualquiera de los delitos indicados (asesinato, homicidio, lesiones, tortura, trato degradante). No obstante, teniendo en cuenta el tipo de actos que pueden realizarse contra las personas conforme a la normativa internacional de referencia en el ámbito aéreo y el modo de ejecución habitual del delito de apoderamiento, una interpretación restrictiva se perfila como preferible a la extensiva. Así, los posibles delitos que puedan llevarse a cabo contra la integridad moral de las personas han de considerarse fuera del significado del término “atentar” y perseguirse por medio de la aplicación de la cláusula concursal del art. 616 *ter in fine* y, del mismo modo, los delitos contra la

⁴² Por otra parte, en el ataque pirata llevado a cabo contra el buque de la Armada Patiño, el Tribunal Supremo ha entendido, de acuerdo al criterio de la Fiscalía, que deberán comprenderse dentro de los daños al buque incluso aquellos que no son relevantes de tal manera que para la consumación del delito resulta indiferente que el menoscabo producido sea total o parcial. Vid. STS de 2 de abril de 2014, fundamentos jurídicos 4.1 y 4.3.

vida deberían castigarse a través del art. 616 *ter in fine*. Con ello, la conducta consistente en “atentar” contra la persona incluirá únicamente las posibles lesiones que puedan producirse a bordo. Sin embargo, esta solución interpretativa presenta la desventaja de que, llegado el caso, la penalidad a imponer por la realización de un delito de apoderamiento o de destrucción de una aeronave aumentaría significativamente, por lo que hubiera sido más adecuado que el legislador hubiera previsto, por ejemplo, un subtipo agravado en el que se aplicara una pena superior en grado en el caso de que se produjera la muerte de las personas a bordo de la aeronave.

El verbo típico “atentar” también es utilizado para describir la acción realizada contra los bienes o el cargamento a bordo de la aeronave e, igualmente, plantea problemas interpretativos en relación a su significado concreto. Desde el punto de vista gramatical, el atentado únicamente puede ir dirigido contra las personas, de lo que se desprende la falta de adecuación de este verbo típico para describir las acciones que van dirigidas a un objeto material. Tomando como referencia dicho significado, el atentado contra los bienes o el cargamento podría entenderse como un acometimiento que afecte a la integridad material de los mismos. En este sentido, la utilización del término “atentar” parece denotar un tipo de acción diferente a la de la primera modalidad comisiva del delito aunque el resultado puede llegar a coincidir con el producido por la acción de dañar o destruir. No obstante, resulta difícil precisar qué tipo de atentados pueden llevarse a cabo contra los bienes o la carga a bordo que no consistan en dañar a estos objetos, lo cual origina una innecesaria reiteración de conductas. Si la intención del legislador, en un afán exhaustivo, era que los daños a los bienes o el cargamento a bordo quedaran cubiertos por el art. 616 *ter*, hubiera sido suficiente que a la lista de los objetos materiales del daño o la destrucción (buque, aeronave, otro tipo de embarcaciones y plataformas fijas) se hubieran adicionado los bienes o cargamento que pudieran encontrarse a bordo.

En relación al tipo objetivo, la selección de los medios a través de los cuales se han de realizar las conductas típicas es también una cuestión problemática. El art. 616 *ter* se configura como un delito de medios determinados que exige la utilización de violencia, intimidación o engaño para la producción del resultado típico tanto en el apoderamiento, el daño y la destrucción de la aeronave, como en el atentado contra las personas, carga o bienes a bordo. En contraste, los convenios internacionales de referencia en el ámbito aéreo únicamente utilizan la violencia e intimidación en la tipificación del delito de apoderamiento de aeronaves (art. 1 de los Convenio de Tokio y La Haya y Protocolo de Beijing). En cuanto al engaño, se trata de un elemento que no se prevé en ninguno de los convenios de referencia aunque, como novedad, el Protocolo de Beijing introduce la utilización de medios tecnológicos de cualquier clase para llevar a cabo el apoderamiento.

En el caso de un supuesto de apoderamiento de aeronaves, para que la violencia y la intimidación sean típicas han de tener la suficiente entidad para doblegar la

voluntad del sujeto pasivo y ser causales al resultado típico. *Sensu contrario*, cuando las conductas violentas o intimidatorias no posean una mínima entidad suficiente para vencer la oposición del sujeto pasivo a la consecución de cualquiera de los resultados típicos del delito o se constate la ausencia de toda conexión entre estos medios comisivos y el resultado típico, la violencia y la intimidación no podrán considerarse típicas a efectos del art. 616 *ter*. En este último caso, además, si la violencia y la intimidación no han sido el medio a través de las cuales se ha articulado la consecución del apoderamiento (compeler al capitán o al comandante a ceder el control del buque o la aeronave), el daño o la destrucción o los atentados contra las personas o la carga o bienes a bordo, habría que acudir al concurso de delitos correspondiente para integrar el desvalor de estas conductas⁴³. Sin embargo, la exigencia de la violencia y la intimidación como medios para realizar otras conductas del art. 616 *ter* dificultan la tipicidad de, por ejemplo, los daños y la destrucción de las aeronaves. Piénsese, por ejemplo, en casos en los que el daño o la destrucción de aeronaves se causase a través de lanzamiento de misiles, como en el caso del reciente ataque a un avión en Ucrania, o utilizando otras aeronaves como armas. Se trata de supuestos que, tal y como se deduce de los convenios de referencia en el ámbito internacional, afectan a la seguridad de la navegación aérea y, sin embargo, serían atípicos conforme a la configuración del art. 616 *ter*.

No obstante, ha de entenderse que la intención del legislador no fue configurar un delito en el que no pudieran subsumirse conductas que, desde el punto de vista de la antijuricidad material, afectan al bien jurídico protegido. Por ello, sería aconsejable que, siguiendo la redacción del Convenio de Montreal y el Convenio de Beijing, la tipicidad de los daños y la destrucción no dependiera del ejercicio de violencia, intimidación o engaño previos. En concreto, la gran variedad de medios que pueden utilizarse para atentar contra la seguridad de la navegación dada la vulnerabilidad del transporte aéreo aconseja configurar los delitos contra la seguridad de la navegación aérea como delitos de medios indeterminados aunque podría admitirse que se hiciera mención expresa a la violencia, a la intimidación y al engaño únicamente en el caso del apoderamiento.

3.2. La Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea de 1964

Como ya se ha indicado, además de los delitos contra la seguridad de la navegación aérea regulados en el CP, la LPPNA de 1964 contiene un delito de apodera-

⁴³ Sin embargo, es posible que el grado de violencia e intimidación, aun siendo causal al resultado típico, adquiera entidad propia si, por ejemplo, se causan lesiones o la muerte de alguno de los sujetos pasivos. Asimismo, la reiteración de la violencia y la intimidación sobre los sujetos pasivos una vez consumado el delito puede dar lugar a otro tipo de delitos contra bienes jurídicos individuales. Así, el art. 616 *ter* se configura como un delito complejo al incorporar varias acciones que pueden constituir varios delitos independientemente de que sean absorbidos por la propia penalidad del tipo del que forman parte o se castiguen por separado conforme a la regla concursal del art. 616 *ter in fine*.

miento de aeronaves que origina un concurso normativo con el art. 616 *ter* del texto penal⁴⁴. Ha de subrayarse que los delitos establecidos en esta Ley son todavía aplicables a pesar de que en la Disposición Final Primera de la L.O. 1/1986, por la que se eliminaba la jurisdicción aeronáutica y se atribuía la competencia de los delitos aeronáuticos a la jurisdicción penal ordinaria, el legislador, consciente de la obsolescencia de estos delitos, ordenaba al Gobierno a que, en el plazo de un año, sometiera a las Cortes un proyecto de Ley por el que se actualizara la legislación penal aeronáutica⁴⁵. Sin embargo, cuarenta años después, la tan necesitada reforma de la LPPNA todavía no ha sido planteada ni desde el punto de vista penal para eliminar unos ilícitos orientados a proteger unos intereses supuestamente específicos que ya están cubiertos por el CP – por ejemplo, además del delito de apoderamiento de aeronaves, el delito de injurias al comandante de la aeronave o supuestos de hurto o robo a bordo de una aeronave – ni desde un punto de vista sectorial para redactar una legislación comprensiva y coherente que ordene la navegación aérea como recientemente ha ocurrido en el ámbito marítimo con la Ley de Navegación Marítima del año 2014.

La necesidad de derogar los delitos regulados en la LPPNA que afectan a la seguridad de la navegación aérea se hace todavía más necesaria en la medida en que ninguno de los convenios internacionales de referencia en la materia originaron un proceso de revisión de esta normativa durante todo el tiempo que ésta ha permanecido en vigor, lo cual pone de manifiesto la desconexión existente entre el orde-

⁴⁴ La LPPNA es una norma preconstitucional que planteó diversos problemas de compatibilidad con el marco jurídico creado tras la aprobación de la CE en 1978. En primer lugar, la LPPNA adolecía de un problema de aplicabilidad debido a su carácter de Ley ordinaria en relación con el principio de reserva de Ley (art. 81.1 de la CE) en la medida en que establecía delitos y aplicaba penas privativas de libertad (reclusión, prisión y arresto). No obstante, el TC manifestó que esta garantía no resultaba exigible a las normas penales preconstitucionales ni, en general, a ninguna otra clase de normas que hubieran sido elaboradas con anterioridad a la entrada en vigor de la CE. Vid. SSTC 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico 5, 42/1987, de 7 de abril, fundamento jurídico 3, 116/1993 de 29 de marzo, fundamento jurídico 3, y 53/1994 de 24 de febrero, fundamento jurídico 2. Esta Ley también presentaba problemas de inconstitucionalidad al contemplar la pena de muerte para algunos de sus delitos, incluido el delito de apoderamiento de aeronaves, y por atribuir la competencia para el conocimiento de los denominados delitos aeronáuticos a la jurisdicción aeronáutica, jurisdicción especial que pertenecía a la jurisdicción militar (art. 76 de la LPPNA). Estas disposiciones eran incompatibles con el art. 15 de la CE, que prohíbe la pena de muerte, y con el art. 117 del mismo texto, que consagra el principio de unidad jurisdiccional, por lo que la LPPNA tuvo que ser modificada. Para ello, se elaboró el Real Decreto-Ley 45/1978, de 21 de diciembre, que eliminó la pena de muerte del articulado de la LPPNA (art. 2) y, posteriormente, la Ley Orgánica 1/1986, de 8 de enero, que suprimió la jurisdicción aeronáutica y atribuyó la competencia de los delitos aeronáuticos a la jurisdicción penal ordinaria (art. 1). Tras la supresión del Libro II de la Ley, en el que se regulaba la jurisdicción penal aeronáutica, del texto de la LPPNA sólo continúan en vigor las disposiciones relativas a los denominados delitos aeronáuticos.

⁴⁵ Posiblemente la mejor prueba de la obsolescencia de los arts. 39 y 40 de la LPPNA lo constituyen las únicas sentencias en las que estos delitos han sido aplicados, en las que se pone de manifiesto esta cuestión así como la dificultad de determinar el sentido de los elementos que componen cada uno de los tipos. Vid. STS de 25 de octubre de 1996 y SAP de Las Palmas, de 29 de marzo de 2010.

namiento jurídico-internacional y la respuesta elaborada a nivel interno a la hora de responder a una misma problemática.

3.2.1. *Breve análisis del delito de apoderamiento de aeronaves y otras conductas contra la seguridad de la navegación aérea*

a) El delito de apoderamiento de aeronaves

En el art. 39 de la LPPNA, ubicado dentro de los delitos contra el derecho de gentes (Capítulo III del Título II del Libro Primero)⁴⁶, se tipifica el delito de apoderamiento de aeronaves⁴⁷. Este delito está estructurado en un tipo básico (art. 39, párrafo primero) y tres subtipos agravados cualificados por la concurrencia de alguno de los resultados expresamente previstos (art. 39.1º, 2º y 3º). El tipo básico se ha construido como un tipo mixto alternativo, siendo suficiente que se verifique sólo una de las conductas típicas para que pueda entenderse consumado el delito (apoderamiento de una aeronave, de personas o cosas). Se trata también de un delito común dado que el tipo no exige ninguna cualificación específica para constituirse en sujeto activo. A este respecto, el tenor literal del art. 39 parece indicar que en aquellos supuestos en los que la conducta típica consista en el apoderamiento de personas o cosas a bordo resulta indiferente que el sujeto activo se encuentre o no en la propia aeronave, no establece ninguna limitación con respecto a la ubicación física del autor. Pero en la medida en que el art. 40.1 hace expresa referencia al apoderamiento de la aeronave cuando el sujeto activo se encuentra en el interior de la misma, ha de entenderse que el art. 39 de la LPPNA se aplicará en aquellos supuestos de apoderamiento que se verifiquen desde el exterior de la aeronave – con independencia de que, desde el punto de vista criminológico, éste tipo de apoderamiento no sea nada usual.

En relación a los sujetos pasivos del delito, aunque lo habitual es que exista un elevado número de personas a bordo que ven lesionados sus bienes jurídicos individuales de forma directa por el apoderamiento, en la medida en que el art. 39 protege un bien jurídico de carácter supraindividual, la pluralidad de sujetos pasivos no se traduce en la existencia de una pluralidad de delitos. Existirá un sólo delito de apoderamiento de aeronaves con independencia del número de sujetos pasivos.

La categoría del objeto material del delito queda integrada por la aeronave y las

⁴⁶ En cuanto al bien jurídico protegido por los arts. 39 y 40 de la LPPNA, ha de entenderse que, como en el caso del art. 616 *ter* del CP, se trata de delitos orientados a la protección de la seguridad de la navegación aérea.

⁴⁷ El art. 39 establece “El que se apodere con violencia o intimidación de una aeronave, de personas o cosas que se hallen a bordo, en circunstancias de lugar y tiempos que imposibiliten la protección de un Estado, será castigado con la pena de reclusión mayor. La pena de reclusión mayor podrá imponerse en su grado máximo: 1º. Si el medio violento empleado para la aprehensión de la aeronave la pone en peligro de siniestro. 2º. Si el delito fuese acompañado de homicidio, lesiones graves, violación o abusos deshonestos. 3º. Si se hubiese dejado a alguna persona sin medios de salvarse”.

cosas a bordo de la misma. Por aeronave, como ya se ha indicado en el caso del art. 616 *ter* del CP, ha de entenderse cualquier nave que, con independencia de su dimensión y tipo, pueda navegar y transportar personas o mercancías⁴⁸. Aunque la aeronave es una cosa mueble compuesta⁴⁹, y, como consecuencia, sus partes constitutivas son susceptibles de un apoderamiento material de manera individual, el apoderamiento habrá de realizarse sobre el conjunto de éstas, es decir, sobre la aeronave en sentido estricto. El art. 39 no restringe de forma explícita el objeto material del delito a las aeronaves en vuelo o en servicio ni tampoco a las aeronaves de carácter privado a diferencia de lo establecido por los convenios internacionales de referencia a la hora de definir sus ilícitos⁵⁰. No obstante, cuando el propio precepto determina que la aeronave está en circunstancias de lugar y tiempo que imposibilitan la protección del Estado, éste parece aludir a que la aeronave se encuentre, efectivamente, en vuelo⁵¹. De lo contrario, carecería identificar el bien jurídico de estos delitos con la seguridad de la navegación puesto que es el propio hecho de la navegación la que hace a este medio de transporte y comunicaciones vulnerable⁵². Esta interpretación permite no sólo adecuar el art. 39 a la normativa internacional, sino también evitar calificar como un delito de apoderamiento de aeronaves supuestos que tengan lugar cuando la aeronave está en tierra fuera de servicio y, por tanto, no existe navegación⁵³.

Los convenios de Tokio (art. 1.4), La Haya (art. 3.2), Montreal (art. 4.1) y Beijing (art. 5.1) excluyen de su ámbito de aplicación a las aeronaves utilizadas en

⁴⁸ Desde el punto de vista internacional, la aeronave ha sido definida por el Convenio Internacional de la Navegación Aérea de 1919 como “todo aparato que pueda sostenerse en la atmósfera merced a la reacción del aire” y en el Anexo 7 del Convenio de Chicago de 1944 como “toda máquina que puede sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra la tierra”.

⁴⁹ Según el art. 16 del Convenio de Ginebra de 1948 relativo al reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves, la aeronave está formada por “la célula, los motores, hélices, aparatos de radio, y toda las piezas al servicio de la aeronave que estén unidas a ella o aparezcan temporalmente separadas”. Por ello, se afirma que la aeronave es una cosa compuesta. Para un análisis de la naturaleza jurídica de los elementos que componen la aeronave, vid. PARADA VÁZQUEZ, J.D.: *Ob. Cit.*, págs. 248-251, TAPIA SALINAS, L.: *Ob. Cit.*, págs. 147-148 y ARROYO MARTÍNEZ, I.: *Curso de Derecho Aéreo*, Ed. Thomson-Civitas, 2006, págs. 170-171.

⁵⁰ Vid. art. 1.3 del Convenio de Tokio, art. 3 del Convenio de La Haya y art. 2 del Convenio de Montreal. Recogiendo el contenido de los artículos anteriores, el Convenio de Beijing establece como concepto de aeronave en vuelo el periodo de tiempo entre el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque hasta el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el embarque y, en caso de aterrizaje forzoso, se considera que el vuelo continúa hasta que las autoridades competentes se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes a bordo (art. 2.a); y, como aeronave en servicio, aquella en la que el personal de tierra o la tripulación ha comenzado las operaciones previas a un determinado vuelo hasta veinticuatro horas después de cualquier aterrizaje y, llegado el caso, el periodo de servicio se extenderá durante todo el tiempo que la aeronave se encuentre en vuelo (art. 2.b).

⁵¹ Esta es el criterio que adopta también en la STS de 25 de octubre de 1996, fundamento jurídico 2.

⁵² En el mismo sentido, vid. APARICIO GALLEGO, J.: *Ob. Cit.*, págs. 2-3 y HAMMARSKJÖLD, K.: *Ob. Cit.*, pág. 14. De conformidad con lo establecido por el art. 11.4º de la LPPNA: “Se entenderá que la navegación aérea comienza en el momento en que una aeronave se pone en movimiento con su propia fuerza motriz para emprender el vuelo y termina cuando, realizado el aterrizaje, queda aquélla inmovilizada y son parados sus motores”.

⁵³ Cfr. MAPELLI, E.: *Ob. Cit.*, pág. 42.

servicios militares, de aduanas y de policía, de tal manera que el carácter privado de la aeronave es un elemento del tipo característico del delito internacional de apoderamiento de aeronaves y otros actos ilícitos contra la seguridad de la navegación aérea. En contraste, ni el art. 39 - ni tampoco el art. 40 - de la LPPNA determinan el carácter de la aeronave en la que se verifica el apoderamiento, por lo que, en principio, este delito será de aplicación tanto a apoderamientos que se lleven a cabo sobre aeronaves privadas, como sobre aeronaves de carácter estatal, de aduana o de policía, como ocurre en el caso del art. 616 *ter* del CP⁵⁴. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el carácter del sujeto activo del delito de apoderamiento condicionará la aplicación de la LPPNA. Si el autor del delito es militar (arts. 7 *bis* y 8 del CPM), será de aplicación preferente el CPM (art. 8.1 del CP) y, en concreto, los arts. 170 *bis* y 175, relativos a los delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación, en los que se prevé una conducta de apoderamiento.

Como acaba de indicarse, el delito de apoderamiento incorpora un elemento espacio-temporal definido a través de la expresión ‘que imposibiliten la protección de un Estado’, que no aparece en los delitos definidos por los convenios internacionales ya mencionados. Se trata de un elemento de gran indeterminación y difícil concreción, puramente retórico, que origina una evidente inseguridad jurídica a la hora de establecer cuáles son esas circunstancias de lugar y tiempo que imposibilitan que cualquier Estado actúe para auxiliar a los sujetos pasivos del apoderamiento. Si, tal y como ha sugerido algún autor, esta expresión se interpreta en base a los elementos del concepto convencional de piratería (art. 101 de la CNUDM), la circunstancia de lugar que imposibilite la protección del Estado podrá entenderse como análoga a la fórmula “en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado”, y comprenderá, además, tanto el tiempo de paz, como el de guerra⁵⁵. Sin embargo, no parece adecuado interpretar los elementos del tipo del delito de apoderamiento de aeronaves en base a un instrumento jurídico internacional que no es aplicable al ámbito de la seguridad de la navegación aérea, sobre todo cuando, como ya se ha indicado, la CNUDM excluía del ámbito de aplicación del concepto de actos de piratería aquéllos que se realizasen entre aeronaves o contra una aereo-

⁵⁴ En el ordenamiento jurídico español, las aeronaves se clasifican en aeronaves de Estado y privadas (art. 13 de la LNA), considerándose aeronaves estatales las aeronaves militares y las no militares destinadas de forma exclusiva a servicios estatales no comerciales (art. 14 de la LNA) y, aeronaves privadas, en las que se incluyen todas las no comprendidas en la definición anterior (art. 15 de la LNA). Con esta clasificación, la LNA se aparta del Convenio de Chicago, que distingue entre aeronaves de Estado y sus subcategorías y aeronaves privadas. Por otro lado, en relación a la nacionalidad de la aeronave - elemento de vital importancia tanto por contribuir a determinar cuál es la ley penal aplicable a un determinado supuesto como por conferir seguridad jurídica al hecho de la navegación aérea⁵⁴ - en los arts. 16 y 17 de la LNA se adopta el criterio ya establecido en el Convenio de Chicago de 1944, según el cual se establece una única nacionalidad para cada aeronave en función del Estado donde ésta se haya matriculado (arts. 17 y 18).

⁵⁵ En este sentido, vid. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: “El delito de piratería”, págs. 237, 242 y 244-247 y MARTOS NÚÑEZ, J.A.: “Piratería”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XIX, Barcelona, 1989, pág. 764.

nave. Del mismo modo, esta interpretación generaría una restricción en el ámbito de aplicación del delito que, *de facto*, significaría su inaplicabilidad. En la actualidad, no existe ningún espacio, terrestre, marino o aéreo, que no pertenezca a un Estado de la comunidad internacional o que, alternativamente, no pueda ser objeto de apropiación con la única excepción de la Antártida (art. 4 del Tratado Antártico).

Una interpretación meramente formal de la expresión “en circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección de un Estado” tampoco parece satisfactoria puesto que, en este caso, se estaría estableciendo una cláusula abierta e indeterminada que plantearía problemas en relación al principio de legalidad en su vertiente de taxatividad penal. Por ello, lo más aconsejable es dotar a esta expresión de un significado material a partir de las características que definen la navegación aérea y, en todo caso, tomando como referencia los convenios internacionales elaborados *ad hoc* para proteger la seguridad de la navegación aérea⁵⁶. En la medida en que el bien jurídico específico del delito de apoderamiento de aeronaves se ve lesionado únicamente cuando las aeronaves se encuentran en vuelo o en servicio, determina que sea esta circunstancia la que permita diferenciar el delito de apoderamiento de aeronaves de otras conductas que, realizadas cuando ha cesado el vuelo, son constitutivas de otros delitos distintos. Cuando la aeronave se encuentra en vuelo, se pone de manifiesto la vulnerabilidad inherente a la navegación aérea pues durante este intervalo espacio-temporal no es posible que los mecanismos de protección situados en tierra puedan impedir o disminuir los efectos del apoderamiento⁵⁷ y tampoco es posible que las víctimas puedan huir del avión⁵⁸. Por esta razón, los delitos definidos en los Convenios de Tokio, La Haya, Montreal y Beijing reconocen, como elemento definitorio y común, el que la aeronave se halle en vuelo o en servicio, lo cual permite que el ámbito de aplicación del delito esté delimitado en función del momento en que puede producirse una lesión del bien jurídico. En definitiva, habrá de entenderse que la expresión “en circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección de un Estado” está haciendo referencia a una de las características inherentes a la navegación aérea, la vulnerabilidad de la aeronave, que sólo aparece cuando ésta se halla en vuelo o, alternativamente, en servicio⁵⁹.

⁵⁶ Cfr. TAPIA SALINAS, L.: *Ob. Cit.*, págs. 27-29 y ARROYO MARTÍNEZ, I.: *Ob. Cit.*, págs. 25-26.

⁵⁷ Vid. MAPELLI, E.: *Ob. Cit.*, págs. 42-43.

⁵⁸ Vid. SAP de Las Palmas de 29 de marzo de 2010, fundamento jurídico 1.

⁵⁹ Esta interpretación se ve confirmada por la STS de 25 de octubre de 1996, en la que se determina que “Así, los acusados, en concierto con el fallecido, se apoderaron [...] de la aeronave, y lo hacen en condiciones, de ahí su gravedad, que impide la protección de cualquier Estado según reza el artículo 39. El caso más normal es hallarse en pleno vuelo y desviar la ruta, lo que hace que el Estado del que despegó no pueda dispensarle protección alguna, al quedar a merced de los ‘terroristas del aire’. Y no sólo esto, sino que ni siquiera pudo seguir por medio de la telecomunicación el control del vuelo, al perder todo contacto con el aparato. A su vez, irrumpe sorpresiva e inesperadamente en otro espacio aéreo, en el que tampoco puede hacer nada el nuevo Estado que no sea evitar una catástrofe, con fatales consecuencias para el avión secuestrado y para otros que se hallaren en vuelo. Puede decirse que durante el vuelo entre Argelia y Alicante, estando incomunicado el avión, ninguna protección podrían dispensar los estados español y argelino a la tripulación y pasaje secuestrados” (fundamento jurídico 2).

En relación a la conducta típica descrita por el párrafo primero del art. 39, ha de distinguirse entre el apoderamiento de la aeronave y el apoderamiento de las personas y las cosas a bordo de la misma. El apoderamiento de la aeronave constituye el núcleo esencial sobre el que se articula este delito que toma su nombre de la propia conducta típica (delito de apoderamiento de aeronaves), al igual que ocurre en los Convenios de Tokio y La Haya y en el Protocolo de Beijing. Conforme a una interpretación gramatical o literal, el verbo típico “apoderar” hace referencia a la acción por la que el sujeto activo pone algo bajo su poder o bajo el poder de otro, es decir, que remite a aquellos casos en los que el sujeto tiene la facultad o potencialidad de hacer algo con una cosa⁶⁰. En concreto, el apoderamiento de una aeronave, como ya se ha indicado con ocasión del análisis del art. 616 *ter* del CP, consistirá en un apoderamiento ideal, es decir, colocar a la aeronave “bajo la disponibilidad del autor o autores del hecho, sea haciéndose dueños de ella mediante la sustitución de quienes tienen legítimamente encomendada la operación aérea, o sea poniéndola bajo su poder por la vía de someter al personal designado por el explotador a las presiones necesarias para que cumpla cuanto se le ordene, lo que hace equivalente esta forma de apoderamiento con el hecho de ejercer su control”⁶¹. En efecto, la *ratio essendi* del delito de apoderamiento de aeronaves ha de ser el castigar el ejercicio efectivo del control sobre la aeronave en vuelo concretado en la desposesión de la condición de autoridad del comandante en el ejercicio del mando único de la aeronave (arts. 59 y 60 de la LNA), puesto que sólo usurpando el poder de decisión sobre la aeronave, puede el sujeto activo someterla a su propio ámbito de decisión. Además, si se entiende que el apoderamiento de la aeronave es un delito de resultado que se perfecciona cuando se consigue el ejercicio efectivo del control, es posible establecer de manera clara la diferencia entre el delito consumado y la tentativa, de manera que, cuando el autor no haya logrado tomar el control de la aeronave, el apoderamiento no podrá entenderse como efectivo y el delito habrá de entenderse realizado en grado de tentativa⁶².

En cuanto al apoderamiento de las personas a bordo, en primer lugar, ha de subrayarse la incorrecta utilización del verbo típico “apoderarse” para hacer referencia a situaciones en los que las personas se ven privadas de su libertad. La frecuencia

⁶⁰ “[...] ‘apoderar’ [...] implica la apropiación de la cosa ajena, que pasa a estar fuera de la esfera del control y disposición de su legítimo titular, para entrar en otra en la que impera la iniciativa y autonomía decisoria del aprehensor, a expensas de la voluntad del agente”. STS de 26 de mayo de 1998, fundamento jurídico 5.

⁶¹ APARICIO GALLEGO, J.: *Ob. Cit.*, pág. 14. En el mismo sentido, MAPELLI entiende que “La aeronave quedará sometida al control del agente despojando al comandante y personas de la tripulación de sus legítimas facultades de mando, dirección y actuación. El comandante, en el ejercicio de sus facultades e investido tanto de la autoridad pública que las leyes le confieren como del mandato del operador, a quien representa, debe tener absoluta libertad de determinación. Cualquier injerencia en ella imponiéndole, por medio de violencia o coacción, una conducta determinada, es origen de este delito”. MAPELLI, E.: *Ob. Cit.*, pág. 46.

⁶² Cfr. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: “El delito de piratería”, pág. 253.

con la que el apoderamiento de aeronaves ha ido acompañado de toma de rehenes⁶³ - lo cual, por otro lado, originó que la comunidad internacional elaborara el Convenio internacional contra la toma de rehenes de 1979 – podría hacer pensar que el legislador se estaba refiriendo a este delito cuando tipificó el apoderamiento de personas. Por el contrario, el principio de legalidad obliga a descartar que la LPPNA regule un delito de toma de rehenes en el sentido de la Convención e, incluso, que el apoderamiento de personas haga referencia a un delito de secuestro conforme al art. 164 del CP, ya que en el art. 39 no se describen los elementos característicos de este delito⁶⁴. El apoderamiento dirigido a las personas ha de entenderse como constitutivo de un delito contra la libertad de la persona y, en concreto, como un delito de detenciones ilegales del art. 163 del CP en su modalidad comisiva de encierro en la medida en que éste apoderamiento conlleva el aislamiento en un lugar cerrado del que no se puede salir si no es con la anuencia del autor del delito de forma que se impide que las personas retenidas a bordo salgan libremente de la aeronave⁶⁵.

El apoderamiento es también el verbo típico utilizado para enunciar la conducta referida a las cosas a bordo, lo cual nos sitúa en el ámbito de los delitos contra el patrimonio y, de forma más específica, en los delitos de apoderamiento en sentido estricto. Con ello, en este caso, habrá de entenderse que el bien jurídico concretamente protegido por el tipo es la propiedad. En este sentido, el apoderamiento de las cosas a bordo habrá de determinarse de acuerdo a los elementos del tipo característicos bien del delito de hurto, bien del delito de robo en cualquiera de sus modalidades. No obstante, deberán ser considerados atípicos todos aquellos apoderamientos de las cosas a bordo que no supongan una lesión del bien jurídico protegido de manera que los apoderamientos que tengan lugar entre los miembros de la tripulación y el pasaje no constituirán un delito del art. 39 con la única excepción de que lleguen a afectar a la seguridad de la navegación aérea. Por otra parte, ha de subrayarse que en ninguno de los convenios internacionales de referencia en el ámbito de la seguridad de la navegación aérea hace mención al

⁶³ A modo meramente ejemplificativo, considérense el desvío de cuatro aviones comerciales que iban hacia Nueva York por parte del Frente para la Liberación de Palestina (FPLP) el 6 de septiembre de 1970 hacia Zarca (Jordania). Con esta acción, el FPLP reclamaba la liberación de los terroristas palestinos detenidos en Suiza, en la República Federal Alemana, Israel y Gran Bretaña y, sólo tras largas negociaciones, el 29 de septiembre fueron liberados todos los rehenes. Episodios como éste proliferaron a lo largo de la década de los 70 y 80, en los que la toma de rehenes era utilizada como una manera de asegurar el éxito del apoderamiento de la aeronave y la satisfacción de las reivindicaciones.

⁶⁴ Vid. ABAD CASTELOS, M.: ‘La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito’, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. L, 1997, págs. 501-502.

⁶⁵ En el mismo sentido, vid. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: “El delito de piratería”, pág. 241 y ABAD CASTELOS, M.: ‘La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito’, págs. 503 y 529-530.

apoderamiento de las personas o cosas a bordo, sino únicamente a los apoderamientos de la aeronave.

En cuanto a la estructura del delito de apoderamiento, el art. 39 de la LPPNA se configura como un delito de medios determinados que exige la concurrencia de violencia e intimidación para que el apoderamiento sea típico. *Sensu contrario*, la falta de estos dos requisitos determinaría la atipicidad de la conducta. Como en el delito de apoderamiento del art. 616 *ter* del CP, la violencia y la intimidación que se ejerce en este delito posee un carácter instrumental en relación con el apoderamiento de la aeronave o de las personas o cosas a bordo de la misma a través del cual se pretende vencer la voluntad del comandante para que el control de la aeronave pueda ser ejercido por el sujeto activo⁶⁶. Por tanto, el delito se ha construido en base a dos conductas con suficiente entidad propia y vinculadas fuertemente entre sí, el apoderamiento y la violencia y la intimidación, de tal forma que, si una de las dos no concurre o no existe una relación medial entre ambas acciones, el tipo no puede entenderse realizado.

Finalmente, en relación al tipo subjetivo, el apoderamiento de aeronaves se configura como un delito doloso, en el que no se exige ningún elemento subjetivo específico para su comisión, al igual que de las convenciones internacionales en materia de seguridad de la aviación civil. Por ello, ha de rechazarse la posibilidad apuntada por algún autor de exigir el propósito personal, elemento subjetivo característico del concepto convencional de actos de piratería, para considerar realizado el tipo⁶⁷.

b) Los subtipos agravados del delito de apoderamiento.

El apoderamiento de aeronaves se agrava cuando concurren alguna de las tres circunstancias especificadas en el art. 39.1º, 2º y 3º de la LPPNA. En concreto, cuando el medio violento empleado en el apoderamiento de la aeronave la pone en peligro de siniestro, cuando el apoderamiento ha ido acompañado de determinados delitos contra la vida, la integridad física y la libertad sexual y, por último, cuando se haya dejado a alguna persona sin medios para salvarse⁶⁸.

⁶⁶ Vid. STS de 29 de enero de 2002, fundamento jurídico 2 y, en el mismo sentido, vid. MAPELLI, E.: *Ob. Cit.*, pág. 40.

⁶⁷ “Aunque los artículos 39 y 40.2º LPPNA no exigen que los hechos ilícitos tengan un propósito personal, si se quiere castigar como piratería, éste deberá ser un requisito que no puede faltar, pues lo mismo que el lugar de comisión es un elemento esencial del tipo”. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: “El delito de piratería”, pág. 245. Sin embargo, como ya se ha indicado, el apoderamiento ilícito de aeronaves no constituye un delito de piratería aérea que, en todo, es un ilícito contra la seguridad de la navegación marítima.

⁶⁸ Las circunstancias que agravan el tipo básico coinciden con algunas de las utilizadas para agravar el delito de piratería tipificado en el CP hasta 1995 e, igualmente, con las empleadas en el art. 12 de la LPDMM, de manera que, únicamente en este sentido, sería posible admitir cierta identidad o similitud entre el delito regulado en la LPPNA y el delito de piratería que algunos autores se han esforzado por establecer. En cualquier caso, ha de subrayarse que ninguna de estas circunstancias agravantes aparecen en los delitos tipificados a nivel internacional en los convenios relativos a la seguridad de la navegación aérea y tampoco en la CNUDM o el Convenio SUA.

La primera circunstancia agravante del delito de apoderamiento constituye un delito de peligro concreto, es decir, para que el tipo se vea consumado es suficiente con que el bien jurídico protegido se haya puesto en peligro. Esto es, no es necesario que se produzca el siniestro de la aeronave, sino únicamente la creación de una situación que haga probable que este resultado se produzca. Dada la redacción de esta circunstancia agravante, la situación de peligro ha de ser originada por la violencia empleada en el apoderamiento, de manera que se excluyen los casos en los que la intimidación haya podido generar un peligro de siniestro, y ha de producirse en el momento preciso del apoderamiento y no después⁶⁹. Con ello, quedan fuera del ámbito de este delito aquellos casos en los que el peligro de siniestro se genera en cualquier otro momento, lo cual, desde el punto de vista criminológico, carece de sentido. Por otra parte, el término “siniestro” hace referencia a un daño material en la aeronave que, tomando como referencia los convenios internacionales en la materia y lo ya indicado en el caso del art. 616 *ter* del CP, habrá de entenderse como la destrucción de la aeronave.

Como se ha indicado, el apoderamiento también se agrava cuando concurren determinados delitos contra la vida, la integridad física y la libertad sexual. A este respecto, ha de subrayarse la falta de adecuación de estas circunstancias agravantes al catálogo de delitos regulados en el actual CP, lo que pone de manifiesto una vez más la necesidad de derogar un delito que genera evidentes problemas en relación al principio de legalidad y de seguridad jurídica. En la medida en que en el momento de elaboración de la LPPNA, el CP vigente y de referencia era el CP de 1944, resulta necesario establecer la equivalencia entre los delitos mencionados en la circunstancia agravante 2ª y los regulados en el CP vigente. En relación al homicidio, habrá de entenderse que el tipo se cualificará por la concurrencia de un homicidio doloso del art. 138 del CP vigente, tal y como se establecía en el CP de 1944 (art. 407), así como por cualesquiera otras formas de homicidio previstas en el CP actual⁷⁰. En cuanto a las lesiones graves, el CP de 1944 preveía los siguientes resultados: el causar ceguera o la pérdida de un ojo, impotencia o imbecilidad en el sujeto pasivo, causar la pérdida de algún miembro principal o no principal o quedar impedido o inutilizado para el trabajo que hasta esos momentos se realizase y, finalmente, causar deformidad, enfermedad o incapacidad para el trabajo durante más de 30 días (art. 420). Por tanto, según el actual CP, habrá de entenderse que el tipo se cualifica por la producción de las lesiones previstas en los arts. 149 y 150, así como por la realización de cualesquiera otros de los tipos de lesiones previstos en el CP vigente. Por último, en relación a los delitos contra la libertad sexual, la violación habrá de entenderse en los términos del art. 179 del CP (art. 429 del CP

⁶⁹ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Ob. Cit.*, pág. 427.

⁷⁰ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: “El delito de piratería”, pág. 253.

de 1944) y los abusos deshonestos, conforme a los arts. 178 y 180.3 del CP (arts. 429.1º, 2º y 3º y 430 del CP de 1944).

El último de los tipos agravados cualifica el apoderamiento cuando se haya dejado a alguna persona sin medios para salvarse. Esta circunstancia origina un delito de peligro concreto que consiste en no proporcionar, o impedir, que se procuren los medios necesarios para que los sujetos pasivos del apoderamiento puedan ponerse a salvo⁷¹.

Por otro lado, como ya se ha indicado anteriormente, las penas establecidas inicialmente en la LPPNA han experimentado varias adaptaciones al programa penal de la CE y al sistema de penas del CP de 1995. La primera modificación fue operada por el mencionado Real Decreto-Ley 45/1978, que suprimía la pena de muerte de la LPPNA “para evitar el vacío y la inseguridad jurídica en que quedarían preceptos de tan extraordinaria importancia si por no adaptarse a lo previsto en la CE, se vieran derogados”. Como alternativa, se estableció una pena máxima de 30 años de privación de libertad, salvo en tiempos de guerra, para sustituir la pena capital. Con ello, a partir de la aprobación de este Real Decreto-Ley, la pena prevista para el delito de los arts. 39 y 40 de la LPPNA es la reclusión mayor para los tipos básicos y una pena de reclusión mayor hasta 30 años para los subtipos agravados. Posteriormente, la L.O. 1/1986, además de eliminar la jurisdicción penal aeronáutica y atribuir la competencia para el conocimiento de los delitos aeronáuticos a la jurisdicción ordinaria, estableció penas nuevas para aquellos delitos que inicialmente tenían prevista la pena de muerte. De esta manera, se sustituyó la pena de reclusión mayor hasta 30 años prevista para los subtipos agravados del art. 39 y 40 de la LPPNA por una pena de reclusión mayor que podía imponerse en su grado máximo si así era decidido por el juez competente aunque sólo en los supuestos 1º y 2º del art. 39 (art. 2 de la Ley 1/1986). Finalmente, la Disposición Transitoria Undécima a) del CP de 1995 convirtió las penas de los delitos aeronáuticos en sus equivalentes dentro del nuevo sistema penológico. Así, en la actualidad, los tipos básicos de los arts. 39 y 40 llevan aparejada una pena privativa de libertad de 15 a 20 años, con la cláusula de elevación de dicha pena de 20 a 25 años en el caso de que concurren dos o más circunstancias agravantes, y, análogamente, los subtipos agravados, una pena privativa de libertad de 15 a 20 años. En ambos casos, puesto que las penas privativas de libertad son superiores a los 10 años, se impondrá, además, la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, cuya extensión será de 6 a 20 años (arts. 40 y 55 CP)⁷².

⁷¹ *Ibidem*, pág. 243.

⁷² El principio de legalidad impone que la redacción de los tipos esté orientada a la consecución de la máxima precisión en las normas penales, concretada tanto en la redacción de tipos precisos y concretos (*lex stricta*), como en la asignación de la pena. En contraste, la LPPNA emplea un sistema de penas actualmente inexistente de tal forma que es necesario acudir a la disposición transitoria undécima del CP para conocer cuál es la consecuencia jurídica concreta por la realización de los delitos de los arts. 39 y 40 de esta Ley. Y,

Como puede observarse, la adecuación de las penas de los arts. 39 y 40 de la LPPNA a los parámetros penológicos actuales ha sido un proceso meramente formal y mecánico en el que no ha existido una revisión material de las cuantías de dichas penas, es decir, no se ha reflexionado sobre la proporcionalidad de las penas previstas por una Ley preconstitucional, elaborada en un contexto de gran rigor punitivo, en relación al hecho que se castiga. Y, en el mismo sentido, tampoco se ha reflexionado sobre el hecho de que la LPPNA prevé las mismas penas tanto para los tipos básicos de los arts. 39 y 40, cuando son injustos con un desvalor distinto, como para los subtipos agravados, que, obviamente, conllevan un plus de antijuricidad. En consecuencia, se plantean evidentes problemas en relación al principio de proporcionalidad de las penas al no existir una correlación entre la gravedad del delito y la cuantía de la pena prevista. Del mismo modo, ha de tenerse en cuenta que las penas previstas en sendos artículos exceden las penas establecidas por el delito de piratería del art. 616 *ter* del CP a pesar de estar protegiendo el mismo bien jurídico frente a un mismo tipo de conducta (un apoderamiento).

c) Otras conductas contra la seguridad de la navegación aérea

Además del delito de apoderamiento de aeronaves, la LPPNA también regula otras conductas que afectan a la seguridad de la navegación aérea⁷³. Por un lado, se prevé el apoderamiento de la aeronave en la que se vuela y facilitación del apoderamiento (art. 40.1º), y, por otro, causar la caída, pérdida, incendio, aterrizaje o amaraje de una aeronave desde el aire, tierra o mar, por cualquier medio y con el propósito de apoderarse de ella o de atentar contra las personas o cosas que se encuentren a bordo (art. 40.2º). Estas conductas están castigadas con las mismas penas previstas para el tipo básico de apoderamiento de aeronaves del art. 39 o con las penas de los subtipos agravados cuando concurren las circunstancias agravantes del art. 39.1ª, 2ª y 3ª.

En relación al apoderamiento de la aeronave en la que se vuela y la facilitación del apoderamiento, ha de interpretarse en el sentido expuesto anteriormente para el tipo básico. Aunque en el art. 40.1º no se hace mención a la expresión “en circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección de un Estado” que, como se dijo anteriormente, hacía referencia a que la nave se encontrara en vuelo, esta

aunque el Tribunal Constitucional ha declarado que “es conciliable con el art. 25.1 C.E. la utilización legislativa y aplicación judicial de normas penales abiertas, esto es, aquellas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadoramente prevista en la Ley penal, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, incluso de carácter reglamentario” (STC 53/1994, de 24 de febrero, fundamento jurídico 4), lo cierto es que los arts. 39 y 40 de la LPPNA generan una notable situación de inseguridad.

⁷³ Según el art. 40, “Serán castigador con las mismas penas señaladas en el artículo anterior, según los casos: 1º. Los que con violencia o intimidación se apoderen de la aeronave en que vuelen o faciliten a otros su apoderamiento. 2º. Los que desde el aire, tierra o mar y por cualquier medio provoquen la caída, pérdida, incendio, aterrizaje o amaraje de una aeronave con el propósito de apoderarse de ella o de atentar contra las personas o cosas que se encuentren a bordo”.

circunstancia está, en realidad, implícita en la redacción del precepto al exigirse que el apoderamiento se efectúe en la nave en que se vuela. Por tanto, este artículo será de aplicación cuando el sujeto activo que lleve a cabo el apoderamiento se halle a bordo de la aeronave. El art. 40.1º también prevé un delito de facilitación del apoderamiento, cuya redacción es similar al art. 10.a de la LPPDM de 1955. Esta previsión habrá de entenderse únicamente referida al apoderamiento de la aeronave y no aplicable al apoderamiento de las personas o cosas a bordo, como se desprende del propio tenor literal del precepto. La facilitación del apoderamiento supone una participación en el delito que, sin embargo, lleva aparejada la misma pena que la autoría directa en el mismo por lo que no es posible realizar una graduación de la pena acorde con el principio de culpabilidad dependiendo de si la facilitación es un acto sin el cual éste no se habría producido (cooperación necesaria) o si, en caso contrario, la facilitación no ha sido clave para la consumación del apoderamiento (cooperador no necesario)⁷⁴.

En cuanto a la causación de la caída, pérdida, incendio, aterrizaje o amaraje⁷⁵ o el atentado contra las personas o cosas que se encuentren a bordo, se trata de un tipo mixto alternativo de medios indeterminados. Por caída habrá que entender la pérdida de equilibrio de la aeronave hasta dar en tierra u otro medio firme que detenga dicha caída, por pérdida, la destrucción o imposibilidad de encontrar la aeronave⁷⁶, por incendio, prender fuego a la aeronave; y, finalmente, por aterrizaje y amaraje, el posado de la aeronave en tierra o en el agua de forma no prevista o forzosa – que, por otro lado, no necesariamente conlleva una afeción de la seguridad de la navegación. La conducta consistente en el atentado contra las personas o cosas a bordo deberá entenderse en los términos ya expuestos en el análisis del art. 616 *ter* del CP.

3.3. Problemas concursales

Sin duda alguna, el principal problema que plantean los delitos analizados es el concursal. La deficiente técnica legislativa empleada por el legislador para construir los ilícitos de la LPPNA que afectan a la seguridad de la navegación y la incomprensible decisión de no derogarlos en la reforma penal del año 2010 origina que, por ejemplo, el tipo básico del art. 39 puede llegar a entrar en concurso con algunos de los delitos contra el patrimonio (delitos de apoderamiento) o contra la libertad de las personas (detenciones ilegales) y que los subtipos agravados entren igualmente en concurso con los delitos contra la vida (delito de homicidio), la libertad (detenciones ilegales), la libertad sexual, contra el patrimonio (delito de daños), contra la seguridad colectiva (delito de estragos y de incendio) e, incluso,

⁷⁴ En sentido contrario, RODÍGUEZ NÚÑEZ, A.: “El delito de piratería”, pág. 255.

⁷⁵ El amaraje de una aeronave consiste en un posado de ésta sobre el agua, es decir, un aterrizaje en el agua.

⁷⁶ Op. Cit., pág. 254.

puede darse el caso que se plantee un concurso con algunos de los delitos de terrorismo⁷⁷. Sin embargo, el concurso normativo más relevante se plantea con el art.

⁷⁷ La jurisprudencia ha resuelto esta clase de concursos en sede de antijuricidad material considerando que aquellos supuestos que no afectaban a la seguridad de la navegación aérea o que ni siquiera lograban poner en peligro este bien jurídico impedían la aplicación de la LPPNA y, por tanto, debían castigarse con el CP. Por ejemplo, en un caso de abuso de autoridad del comandante de la aeronave, la Audiencia Provincial de las Islas Baleares consideró que: “[La LPPNA] Se trata de una Ley Preconstitucional que fue modificada por la Ley Orgánica 1/1986, que se limitó a suprimir la jurisdicción penal aeronáutica regulada en el Libro Segundo (de la Ley de 1964) y extendió consiguientemente la competencia para conocer de los delitos y faltas tipificados en el Libro Primero a los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción ordinaria; tal breve Ley de 1986 preveía, en su disposición final primera, que el Gobierno en el plazo de un año, a partir de la fecha de promulgación (de la presente ley), debía someter a las Cortes Generales un proyecto de ley por el que se actualizara la Ley número 48/1960, de 21 de julio (sobre navegación aérea, y la legislación penal aeronáutica. Previsión que no se ha cumplido y que aconseja, sino obliga, a una interpretación restrictiva de alguno de los tipos todavía recogidos como delitos aeronáuticos, y que no hay que olvidar que surgieron, no ya mucho antes de la Constitución, sino en unos momentos en que la aviación comercial española, con una sola Compañía de bandera, tenía una organización técnica cuasimilitarizada, siendo competencia de la Jurisdicción castrense (de la que la aeronáutica era una rama) el conocimiento de todos los delitos cometidos en el espacio aéreo sujeto a la soberanía nacional o a bordo de las aeronaves, tanto estacionadas en campos o aguas españolas como en su marcha por el expresado espacio [artículo 9.1º E) del entonces vigente Código de Justicia Militar. En virtud de esa interpretación restrictiva, aunque quepa incluir los hechos enjuiciados en la amplia literalidad del párrafo segundo del dicho artículo 51, no considera este Tribunal que el acusado haya cometido el delito allí castigado, en tanto que, como delito aeronáutico, debe constatarse o verificarse que el comportamiento de vejar u ofender a algún pasajero entrañe la puesta en peligro, siquiera mínima o en abstracto, de la seguridad de la navegación en general o de esa aeronave en particular (no en vano el artículo 9 de la misma Ley prevé que «el Tribunal, ante una actuación que, sin ser constitutiva de delito, signifique peligro para la navegación, podrá interesar a la Autoridad judicial aérea la aplicación de las medidas de seguridad reguladas en esta Ley»; con independencia de que no exista ya esa «Autoridad judicial aérea», la regla da en pensar que el delito aeronáutico en su esencia supone un peligro para la navegación) [...] Se dirá que así se vacía de contenido, y deja en letra muerta, el párrafo segundo del artículo 51; pero no es así; lo que entendemos es que debe reservarse para aquellas vejaciones, ofensas o comportamientos que conlleven o supongan un malestar generalizado en el pasaje o en la tripulación estando la aeronave en vuelo o a punto de hacerlo, o en situación crítica, con el consiguiente riesgo de alboroto, desorden o similar; y en esta línea o sentido (de esa posible repercusión en el resto del pasaje o de la tripulación) nada consta, ni se ha intentado demostrar [...]. Consiguientemente, los hechos probados no son integrantes del delito de abuso de autoridad imputado por las Acusaciones, Pública y Particular; delito que, en su caso y en contra de lo sostenido por la parte querellante, hubiera desplazado a las injurias, sea por relación de especialidad, sea por relación de consunción (reglas 1ª y 4ª del artículo 8 del Código Penal, ya que entre una y otras nunca podría considerarse que hubiera un concurso ideal o medial del (artículo 77 del Código Penal), porque el contenido de injusto de las injurias (el insulto) está ya contemplado y tenido en cuenta en su totalidad por el delito del artículo 51 de la Ley 209/1964”. SAP de las Islas Baleares de 20 de febrero de 1999, fundamento jurídico 1. En otra ocasión, en un concurso entre el delito de injurias previsto en el art. 208 del CP y en el art. 51.2 de la LPPNA se acabó aplicando el CP en base a una interpretación material del principio de especialidad: “[...] ahora bien, la aplicación del principio de especialidad (del que ha hecho uso esta Sala en la Sentencia de 25-10-1996 a propósito de los artículos 39 y 40 de la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea, Fundamento 3º «in fine») no puede entenderse desde una perspectiva meramente abstracta o formal, sino predominantemente material, a saber, tomando en consideración las circunstancias personales, objetivas y modales del hecho. Proyectando lo anterior al presente caso, con independencia del lugar de comisión, que por sí solo no puede determinar una especificidad relevante, resta la condición del condenado, Comandante, y el posible abuso o prevalimiento de ella, como señala el Ministerio Fiscal. En la premisa histórica de la sentencia recurrida se constata en relación con el ofendido «...persona con quien el acusado había mantenido relacio-

616 *ter* del CP, en el que, como ya se ha analizado, se tipifican los delitos contra la seguridad de la navegación aérea.

En concreto, los concursos normativos se plantearían entre el delito de apoderamiento cometido a través de violencia e intimidación de los arts. 39 y 40 de la LPPNA y del art. 616 *ter* del CP y el delito de causar la caída, la pérdida o el incendio de una aeronave del art. 40 de la LPPNA y el delito de daños o destrucción de una aeronave del art. 616 *ter* del CP. Es decir, los problemas concursales se concentran precisamente en las conductas base a partir de las cuales se tipifican los delitos contra la seguridad de la navegación aérea, como lo demuestran los convenios internacionales de referencia en esta materia: el apoderamiento y los daños o destrucción de una aeronave. Por el contrario, no generarían ningún tipo de problemática concursal el delito de apoderamiento de personas o cosas a bordo de una aeronave del art. 39 de la LPPNA, los delitos de puesta en peligro de la aeronave y dejar a las personas a bordo sin medios para salvarse del art. 39.1º y 2º y el delito consistente en causar el aterrizaje o amaraje de la aeronave regulado en el art. 40 de la misma Ley así como el delito de apoderamiento cuando se cometa con engaño o el atentado contra las personas o cosas a bordo de una aeronave previstos en el art. 616 *ter* del CP, tomando en consideración, en este último caso, la interpretación de las conductas típicas aquí realizadas.

Para resolver los concursos existentes entre los arts. 39 y 40 de la LPPNA y los diversos delitos del CP ha de tenerse en cuenta lo establecido en el art. 8 del CP. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta la existencia de una cláusula concursal específica en el art. 3 de la LPPNA que posibilita aplicar el delito que asigne mayor pena al hecho concreto. Si se aplicase de manera automática el criterio de la mayor penalidad plasmado en el art. 3 de la LPPNA, entendido como un principio de solución de concursos que establece una subsidiaridad expresa, el problema concursal se resolvería, en principio, siempre aplicando los delitos de los arts. 39 y 40 de esta Ley que, como ya se ha indicado, prevén penas superiores a las del art. 616 *ter* del CP.

Desde un punto de vista abstracto, de esta solución habría que excluir aquellos casos en los que se comete un delito contra la seguridad de la navegación aérea del art. 616 *ter* del CP al que se sumen las penas de otros delitos que puedan concurrir a través de la cláusula concursal del art. 616 *ter in fine* cuando superen las penas

nes de amistad hasta que dejaron de hablarse como consecuencia del despido del señor T. F. de la Compañía Futura». Lo anterior compromete el fundamento sobre el que se asienta la aplicación del tipo especial, desdibujando el «plus» de exigencia al que nos hemos referido más arriba, relación «profesional» tripulantes-pasajeros, de forma que el desvalor de la acción se agota modalmente en el ámbito de la relación personal entre los sujetos activo y pasivo, de forma que la relación Comandante-pasajero en el presente caso pasa a segundo plano, habiéndose calificado correctamente los hechos probados ex art. 208 y 209 «in fine» CP, teniendo en cuenta igualmente el principio de unidad del ordenamiento jurídico y el carácter complementario de los tipos previstos en las Leyes Penales Especiales». STS de 15 de febrero de 2000, fundamentos jurídicos 5 y 6.

establecidas en los arts. 39 y 40 de la LPPNA. En este caso, el mencionado art. 3 posibilitaría resolver el concurso normativo aplicando los delitos del CP. En cualquier caso, ha de subrayarse que en la medida en que la aplicación de los preceptos con mayor pena es un criterio potestativo, es decir, que según las circunstancias del caso el juez puede decidir o no aplicarlo, el principio de subsidiariedad expresa establecido en la LPPNA no predetermina necesariamente la resolución de los concursos normativos a favor de esta Ley especial.

Por otro lado, y ya aplicando el art. 8 del CP para la resolución de los problemas concursales, surgirán varias situaciones distintas que habrá de resolver de manera específica. En primer lugar, los problemas concursales pueden entenderse, desde un punto de vista genérico, como concursos de normas entre una ley general (CP) y una ley especial. En este sentido, si se aplica el principio de especialidad establecido en el art. 8.1 del CP asumiendo que los delitos regulados en la LPPNA son los preceptos especiales en la medida en que ésta es una Ley especial, el concurso normativo se resolvería de manera formal y automática a favor de esta Ley, originándose, por otro lado, esa situación de “letra muerta” que ya criticó la doctrina en la que los delitos contra la seguridad de la navegación regulados en el CP no podrían ser nunca aplicados. Sin embargo, si se analiza de manera más concreta la configuración de los delitos que generan los problemas concursales se aprecia que el principio de especialidad no es un criterio satisfactorio para resolver los concursos en todos los casos. Así, por ejemplo, mientras que este principio puede resolver el concurso entre el delito de apoderamiento con violencia e intimidación cometido a bordo de la aeronave en que se encuentre el sujeto activo del art. 40.1 de la LPPNA y el delito de apoderamiento con violencia e intimidación del art. 616 *ter* del CP mediante la aplicación del art. 40 de la mencionada Ley en la medida en que este delito incorpora un elemento no previsto en el art. 616 *ter* del CP (el encontrarse a bordo de la nave sobre la que se lleva a cabo el apoderamiento) que, por tanto, origina que el art. 616 *ter* sea en este caso la ley general; la situación se vuelve más compleja cuando desaparece esta circunstancia.

En el caso de un delito de apoderamiento con violencia e intimidación, tanto el art. 39 de la LPPNA como el art. 616 *ter* del CP realizan la misma descripción del supuesto de hecho de tal manera que ambos preceptos no se encuentran en una relación lógica de interferencia o subordinación, que permitiría aplicar los principios de especialidad (art. 8.1 del CP) o de subsidiariedad (art. 8.2 del CP) para resolver el concurso, y tampoco en una situación que posibilite aplicar el principio de consunción (art. 8.3 del CP). En el supuesto de un delito de apoderamiento con violencia e intimidación, el art. 39 de la LPPNA y el art. 61 *ter* del CP se encuentran en una relación de identidad que, excluidos los principios de solución de concursos establecidos en los arts. 8.1-3 del CP, obliga a aplicar el principio de alternativa del art. 8.4 de este texto. Según este criterio, el concurso de normas ha de

resolverse aplicando el precepto que asigne una mayor pena al hecho cometido, solución que, por otra parte, se sitúa en la línea de lo establecido en el art. 3 de la LPPNA. Sin embargo, la aplicación del principio de alternatividad no deja de ser una solución insatisfactoria que impone de manera automática la pena más grave al responsable de un delito de apoderamiento de aeronave con violencia e intimidación por una duplicidad que se puede atribuirse únicamente a la deficiente técnica legislativa del legislador y, más en concreto, a la parcialidad con la que fue abordada la reforma de los delitos contra la seguridad de la navegación aérea en el año 2010. No existe ninguna justificación de carácter material para aplicar el delito con pena más grave, sobre todo teniendo en cuenta que la LPPNA es una Ley preconstitucional, por lo que esta solución concursal plantearía importantes problemas en relación al principio de legalidad, proporcionalidad e intervención mínima⁷⁸ que debería llevar al legislador a enmendar su propio error para garantizar debidamente un ordenamiento jurídico-penal coherente y, por tanto, la seguridad jurídica.

Otra situación concursal distinta y compleja hasta las ahora planteadas es la que se presenta entre el delito de causar la caída, la pérdida o el incendio de una aeronave del art. 40.2 de la LPPNA y el delito de daños o destrucción de una aeronave del art. 616 *ter* del CP. Si se lleva a cabo una comparación abstracta de ambos tipos, se observa que la redacción del supuesto de hecho en cada uno de estos preceptos no permite establecer una relación de especialidad en sentido estricto. Los elementos típicos utilizados por el legislador para construir cada uno de estos delitos, en concreto, las conductas típicas, no son coincidentes, lo que, en principio, excluiría que la solución de este concurso viniera dada por la aplicación del principio de especialidad del art. 8.1 del CP. Tampoco parece que exista una relación de subsidiariedad entre ambos preceptos que permita aplicar el principio del art. 8.2 del CP en tanto las conductas establecidas en el art. 40 de la LPPNA no pueden considerarse típicas si no equivalen a alguna de las conductas del art. 616 *ter* del CP. Esto es, si se entiende que las acciones del art. 40.2 de la LPPNA consistentes en causar la caída, la pérdida o el incendio de una aeronave serán únicamente típicas en la medida en que lesionen el bien jurídico protegido por los delitos contra la seguridad de la navegación aérea y que esta lesión se materializa bien en provocar daños en la aeronave o causar su destrucción completa, es posible considerar que el desvalor de las conductas del art. 40 están abarcadas por el art. 616 *ter* del CP, lo cual excluye la aplicación del principio de subsidiariedad. Las conductas de dañar y destruir una aeronave descritas en el art. 616 *ter* son lo suficientemente amplias

⁷⁸ Vid. SANZ MORÁN, A.J.: ‘Concurso de delitos. Criterios y problemas’, en ASUA BATARRITA, A. (ed.): *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, pág. 81, RODRÍGUEZ RAMOS, L., en COBO DEL ROSAL (dir.): *Comentarios al Código Penal*, Editorial Edersa, Madrid, 2000t. I, pág. 343 y ESCUCHURI AISA, E.: *Teoría del concurso de leyes y delitos. Bases para una revisión crítica*, Ed. Comares, Granada, 2004, págs. 168-196 .

como para albergar las distintas modalidades comisivas a través de las cuales se pueda llegar a afectar a la seguridad de la navegación aérea. En concreto, causar la caída de la aeronave implicará si no su destrucción, al menos, graves daños, dada la vulnerabilidad de estos medios, al igual que ocurre con la pérdida⁷⁹ o el incendio de una aeronave. Y aunque la aplicación del principio de consunción signifique que al hecho concreto no se le impone la pena más grave, como implicaría la aplicación del precepto más complejo, este desajuste se produce, como ya se ha indicado, a la deficiente técnica legislativa en la tipificación de los delitos contra la seguridad de la navegación aérea.

Al margen de la resolución de los concursos normativos entre la LPPNA y el CP en base a los principios regulados en el art. 8.1 del CP, pueden apuntarse varios criterios que aconsejan una aplicación restrictiva de los delitos regulados en la LPPNA. Como ya se ha indicado, la LPPNA es una Ley preconstitucional que prevé unas penas superiores que los delitos contra la seguridad de la navegación aérea regulados en el CP. Sin embargo, esta diferencia en la penalidad no responde a una decisión consciente del legislador que, desde la aprobación de esta Ley, no ha modificado los arts. 39 y 40 más allá de adecuar el tipo de penas establecidas en la LPPNA al sistema de penas introducido por el CP de 1995 dentro del marco constitucional. Por tanto, la cuantía de las penas de los arts. 39 y 40 de la LPPNA no están fundamentadas en la existencia de injustos penales más graves que afecten con mayor intensidad al bien jurídico de la seguridad de la navegación aérea, sino a una valoración que el legislador llevó a cabo en abstracto en un momento de gran rigor punitivo. En este sentido, el que en la reforma penal del año 2010 el legislador introdujese en el art. 61 *ter* del CP las conductas básicas sobre las que se construyen los delitos contra la seguridad de la navegación aérea, de manera análoga a lo que ocurre en los convenios internacionales de Tokio, La Haya y Montreal y en el Convenio y Protocolo de Beijing, y que las penas asignadas a estos delitos se estableciesen entre los 10 y los 15 años de prisión, supone que el legislador llevó a cabo una nueva valoración de la gravedad del injusto de cada conducta incompatible con la valoración realizada en la LPPNA desde el punto de vista del principio de proporcionalidad de las penas y el principio de intervención mínima. Además, nada indica que el legislador quisiera que en un supuesto concursal se aplicasen los delitos de la LPPNA, con independencia del principio que se aplique, en vez del art. 616 *ter* del CP que, al menos desde el punto de vista teórico, supone la incorporación de los delitos contra la seguridad de la navegación aérea al catálogo de

⁷⁹ En relación a la pérdida de la aeronave, los problemas concursales pueden entenderse bien, como acaba de indicarse, en el sentido de que la pérdida de la aeronave es una conducta típica en tanto cause la destrucción de la misma y, por tanto, resolver el concurso normativo aplicando el principio de consunción. O bien entendiendo que el significado de la conducta pérdida de la aeronave es precisamente su destrucción total, con lo que, en este caso, el art. 40.2 y el art. 616 *ter* del CP estarían tipificando el mismo delito como ocurría en el caso del apoderamiento con violencia e intimidación de tal manera que este concurso normativo debería resolverse aplicando el principio de alternatividad del art. 8.4 del CP.

ilícitos del CP con una técnica moderna y ajustada a los principios que rigen la aplicación del Derecho penal así como adaptada a los instrumentos internacionales de referencia.

Un razonamiento similar puede llevarse a cabo tomando en consideración los bienes jurídicos protegidos por los arts. 39 y 40 de la LPPNA y el art. 616 *ter* del CP. Mientras que este último artículo está ubicado dentro de los delitos contra la comunidad internacional, en concreto en el Capítulo V, los arts. 39 y 40 se sitúan dentro del capítulo dedicado a los delitos contra el derecho de gentes, denominación sistemática ya superada y que refleja una conceptualización errónea de los delitos contra la seguridad de la navegación aérea como delitos *iuris gentium*. Como consecuencia de estos dos criterios podría sostenerse que no existe ningún problema concursal entre la LPPNA y el CP si se entiende que los delitos contra la seguridad de la navegación aérea introducidos en la reforma penal del año 2010 derogaron los delitos establecidos en la LPPNA, solución que se situaría en la línea de lo defendido por MUÑOZ CONDE⁸⁰.

Finalmente, además de los problemas concursales que los arts. 39 y 40 de la LPPNA generan con el CP, estos artículos también plantean problemas concursales con otros delitos regulados en esta misma Ley. Por ejemplo, en relación a la modalidad comisiva consistente en el apoderamiento de cosas a bordo de la aeronave, se produce un concurso entre el tipo básico de apoderamiento de aeronaves del art. 39 y aquellos otros delitos de la misma Ley en los que se tipifican delitos de apoderamiento contra el patrimonio⁸¹. Igualmente, el subtipo agravado del art. 39.1^a también puede plantear un concurso con el art. 13, relativo a la destrucción de aeronaves⁸², y el art. 40.2^o puede originar un concurso con el delito de daños del art. 62⁸³. Estos concursos pueden igualmente resolverse mediante la aplicación del art. 3 de la LPPNA, que también establece una regla concursal específica aplicable a hechos

⁸⁰ Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Ob. Cit.*, pág. 793.

⁸¹ Según el art. 59 de la LPPNA, “El robo y el hurto cometidos a bordo de aeronave por individuos de la tripulación o en aeropuerto por empleados del mismo, serán castigados con la pena señalada en el Código Penal, impuesta en su grado máximo. La misma pena o la superior en grado podrá imponerse al robo o hurto de la aeronave o de elementos de la misma, cuando se halle dispuesta para la navegación, o se hallare en vuelo”.

⁸² El art. 13 establece “El que maliciosamente causare la destrucción total o parcial de una aeronave durante la navegación, será castigado con la pena de reclusión menor a reclusión mayor. Cuando la destrucción no tuviere lugar durante la navegación, podrá imponerse la pena inmediatamente inferior. Si a consecuencia del delito se ocasionare la muerte o lesiones graves de alguna persona, se impondrá la pena de reclusión mayor”.

⁸³ Conforme al art. 62, “Las averías causadas maliciosamente en una aeronave o en su cargamento, que pongan en peligro la navegación, serán castigadas con la pena de prisión menor a prisión mayor. Si como consecuencia de la avería se producen los efectos señalados en el artículo 13, se aplicarán las penas establecidas en éste. Si no hubiese peligro para la navegación, se castigará como delito de daños según el Código Penal. Se entiende por avería, a los efectos de este artículo, todo daño o desperfecto que se ocasione en la aeronave, instrumentos, motores o instalaciones de a bordo, o en el cargamento, desde que éste se reciba a bordo hasta que se descargue en el punto de destino”.

subsumibles en varios preceptos de esta Ley y que, como ocurría en el caso de los concursos normativos con otras leyes, permite al juez aplicar el precepto que asigne mayor pena al caso concreto. No obstante, los concursos que puedan llegar a producirse entre los delitos regulados en esta Ley pueden resolverse en sede de antijuricidad de manera previa, de manera que sólo cuando la conducta realizada afecte a la seguridad de la navegación aérea podrán ser de aplicación los arts. 39 y 40 de la LPPNA. En caso contrario, podrán aplicarse aquellos artículos relacionados con el bien jurídico directamente afectado.

4. La competencia penal de los tribunales españoles en materia de delitos contra la seguridad de la navegación aérea

Los criterios sobre los que los tribunales españoles pueden basar su competencia en materia de delitos contra la seguridad de la navegación aérea están regulados en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) e incluyen, por un lado, los criterios basados en el principio de territorialidad y de personalidad (art. 23.1 y 2), que no generan problemas interpretativos en este ámbito, y, por otro, el principio de jurisdicción universal, cuya regulación es más compleja (art. 23.4.f y g). El reconocimiento de la jurisdicción universal en relación a los delitos contra la seguridad de la navegación aérea está estructurado tomando como referencia los convenios internacionales en la materia. En este sentido, se establece la competencia de los tribunales penales españoles para perseguir los delitos regulados en el Convenio de La Haya siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español o contra una aeronave con pabellón español (art. 23.4.f) y también para perseguir los delitos regulados en el Convenio de Montreal en los “supuestos autorizados” por dicho instrumento (art. 23.4.g).

Antes de esta nueva regulación introducida por la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, el art. 23.4.c de la LOPJ - conforme a la redacción de la L.O. 1/2009 - configuraba la piratería y el apoderamiento de aeronaves como delitos de foro universal. Dado que el actual art. 616 *ter* del CP fue introducido en la reforma penal del año 2010, el delito de apoderamiento de aeronaves al que hacía referencia el art. 23.4.c de la LOPJ debía entenderse referido al delito de apoderamiento de aeronaves establecido en los arts. 39 y 40 de la LPPNA. Por el contrario, desde el año 2010, el delito de apoderamiento de aeronaves como delito de foro universal debía incluir tanto los delitos regulados en la LPPNA como el apoderamiento de aeronaves del art. 616 *ter* del CP. De esta manera, no todas las modalidades de delitos contra la seguridad de la navegación aérea tipificados en el CP y en la LPPNA quedaban sujetas a la jurisdicción universal, lo que carecía de justificación desde el punto de vista de la protección del bien jurídico. En este sentido, la nueva redacción del art. 23.4 de la LOPJ resulta - en principio - positiva en la medida en que adecúa su redacción al conjunto de conductas reguladas en el art. 616 *ter*, englobando la totalidad de las

conductas que afectan a la seguridad de la navegación aérea y por tomar como base los instrumentos jurídicos internacionales de referencia a la hora de perfilar la jurisdicción universal, evitando problemas de interpretativos y de descoordinación.

Como se ha indicado, en el caso del delito de apoderamiento de aeronaves, la jurisdicción universal está limitada a que el apoderamiento haya sido cometido por un ciudadano español o contra una aeronave con pabellón español. Es decir, el legislador ha configurado una jurisdicción universal no sólo de carácter reducido, sino equivalente al principio de personalidad y territorialidad del art. 23.4.1 y 2 de la LOPJ, lo cual carece de toda lógica jurídica y refleja una técnica legislativa muy criticable. En este sentido, sería recomendable la supresión del art. 23.4.f de la LOPJ, ya que no supone en absoluto el reconocimiento ni de la jurisdicción universal en materia de apoderamiento de aeronaves ni de ningún criterio competencial adicional con respecto a los que habitualmente se utilizan para aplicar la ley penal española⁸⁴.

Por otro lado, el legislador también reconoce la jurisdicción universal para perseguir los delitos regulados en el Convenio de Montreal de acuerdo a los criterios competenciales establecidos en este instrumento⁸⁵, lo que, de nuevo, vuelve a poner de manifiesto la incoherencia del legislador. Puesto que ninguno de los convenios internacionales de referencia en este ámbito reconocen una competencia de represión universal y que todos los criterios competenciales establecidos en este instrumento – y en los restantes convenios internacionales de referencia – son únicamente aplicables entre los Estado parte carece de todo sentido que el legislador haya

⁸⁴ El Convenio de La Haya impone el deber de tomar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre cualquier delito o acto de violencia que se cometa a bordo de una aeronave matriculada en España, cuando la aeronave en la que se ha cometido el delito aterriza en España con el responsable aún a bordo y cuando el delito se ha cometido en una aeronave arrendada sin tripulación a una persona que tenga su oficina principal o residencia permanente en España (art. 4.a-c). Mientras que el primer y segundo supuesto puede ser reconducido al principio de territorialidad del art. 23.4.1 de la LOPJ, en el supuesto especificado en el apartado 4.b del Convenio de La Haya la competencia de los tribunales españoles es discutible cuando, en contraste, desde el punto de vista criminológico, es habitual que los responsables del apoderamiento desvíen la aeronave hacia un tercer Estado que les proporcione un refugio seguro. Además, en la medida en que el art. 4 establece el deber a los Estado parte de adoptar medidas a nivel jurisdiccional para garantizar su competencia en los supuestos del art. 4, puede decirse que España ha incumplido una obligación internacional.

⁸⁵ El criterio competencial característico del Derecho del mar, plasmado en la CNUAM y en la CNUDM, no ofrecía soluciones satisfactorias en el caso de los ilícitos contra la seguridad de la navegación aérea y, por ello, en el Convenio de Tokio, en primer lugar, y, posteriormente, en los Convenios de La Haya y Montreal, se consensuaron otras reglas de competencia. Si únicamente se hubiera tenido en cuenta la competencia del Estado de la matrícula, de forma análoga a lo que sucede en el ámbito marítimo con el Estado del pabellón, podrían originarse conflictos de competencia. Por ello, la solución más adecuada y por la que optaron los Convenios de Tokio, La Haya y Montreal, fue la creación de un sistema de competencias alternativas o múltiples que legitimaban la intervención de los Estados en base a criterios adaptados a las características de la aviación civil. Para un estudio en profundidad acerca del sistema de competencias establecido por los Convenios de Tokio, La Haya y Montreal, así como los problemas derivados de su aplicación, vid. TOURET, C.: *Ob. Cit.*, pág. 161-189.

vuelto a reconocer un principio de jurisdicción universal que *de facto* queda notablemente reducido. En concreto, en el Convenio de Montreal se reconocen los criterios competenciales ya establecidos en el Convenio de La Haya (art. 5.a, c y d) y se añade un criterio que reconoce la competencia penal de un Estado contratante cuando el delito se ha cometido en contra o a bordo de una aeronave matriculada en dicho Estado (art.5.b). Por tanto, los criterios competenciales del Convenio de Montreal pueden reducirse a la aplicación del principio de personalidad y territorialidad, de manera que la represión de los delitos contra la seguridad aérea queda igualmente notablemente reducida⁸⁶. Pero, además, a este respecto se plantea otra importante problemática derivada, en última instancia, de una opción legislativa criticable que vuelve a poner de manifiesto la desastrosa reforma del año 2010 en materia de delitos contra la seguridad de la navegación aérea. Los actos ilícitos regulados en el Convenio de Montreal (art. 1.1) abarcan un mayor número de conductas que las regulados a nivel interno de manera que se estaría produciendo la incomprensible situación de reconocer la competencia de los tribunales penales españoles para delitos que no están tipificados, como ocurre, por ejemplo, con el acto ilícito consistente en comunicar a sabiendas informes falsos poniendo en peligro la seguridad de la navegación (art.1.1.e), lo que plantearía evidentes problemas en relación al principio de legalidad. Y, del mismo modo, algunas de las conductas tipificadas en la LPPNA no podrían perseguirse en base a este convenio porque no están tipificadas en el art. 1 de este Convenio – por ejemplo, causar el amaraje o aterrizaje de una aeronave - de manera que, en este caso, se produciría la situación inversa: existen delitos para los que el legislador no ha previsto la competencia penal de los tribunales españoles, lo que supone un ejemplo de la fragmentariedad y desconocimiento con la que se ha llevado a cabo el tratamiento jurisdiccional de los delitos contra la seguridad de la navegación aérea.

Desde un punto de vista formal, la referencia que el art. 23.4 de la LOPJ realiza de manera explícita al Convenio de La Haya y al Convenio de Montreal implicaría que los tribunales españoles carecerán de competencia para perseguir los actos ilícitos regulados en el Convenio y Protocolo de Beijing una vez que sendos instrumentos internacionales entren en vigor, lo cual volvería a poner en entredicho la labor del legislador en la medida en que estos instrumentos sustituirán al Convenio de Montreal y al Convenio de La Haya respectivamente. En concreto, en la medida en que el Convenio y Protocolo de Beijing amplían los criterios competenciales

⁸⁶ No obstante, en este caso, los tribunales españoles sí tendrían competencia para juzgar los hechos cuando la aeronave en la que se ha cometido el delito aterriza en España con el responsable aún a bordo (art. 5.c del Convenio de Montreal), por lo que en relación a este Convenio y a nivel jurisdiccional, España no habría incumplido ninguna obligación internacional, lo cual, en todo caso, supone un ejemplo de la incoherencia del tratamiento jurisdiccional de los delitos contra la seguridad de la navegación aérea en la medida en que la represión del apoderamiento de aeronaves se ve injustificadamente limitada en comparación con otros actos de violencia ilícita cuando, en realidad, se trata de la manifestación criminológica más habitual en ámbito aéreo.

previstos en los Convenios de La Haya y Montreal sería preciso una nueva reforma del art. 23.4.f y g de la LOPG que modificara su redacción⁸⁷. En el mismo sentido, ha de tenerse en cuenta que el Convenio y Protocolo de Beijing regulan ilícitos que pueden no hallar su equivalente en el catálogo de delitos del CP, por lo que existía un riesgo de volver a prever la competencia penal de los tribunales españoles para delitos que no están tipificados en el ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, alternativamente, podría entenderse que en el momento de la entrada en vigor de sendos instrumentos la competencia penal de los tribunales españoles podría articularse sobre el supuesto recogido en el art. 23.4.p de la LOPJ, según el cual la jurisdicción universal también se aplicaría para conocer de aquellos otros delitos cuya persecución sea una obligación internacional adquirida por España a través de la ratificación de un tratado o convenio en vigor “en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos”, pero que, en cualquier caso, continuaría generando la problemática de reconocer la competencia para delitos que no estarían tipificados en el CP y no establecer la jurisdicción universal para delitos contra la seguridad de la navegación aérea regulados en el derecho interno si continuase en vigor la LPPNA.

La L.O. 1/2014 también ha modificado los criterios que definen de manera negativa la competencia de los tribunales españoles (art. 23.5 de la LOPJ). Trasladando esta regulación al contexto de los delitos contra la seguridad de la navegación aérea, ha de puntualizarse, en primer lugar, que la cláusula que establece que estos delitos no podrán ser perseguibles en España “Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte” (art. 23.5.a) carece de aplicabilidad. La Corte Penal Internacional no tiene competencia para enjuiciar este tipo de delitos (art. 5 del Estatuto de Roma)⁸⁸ y, a diferencia de lo que ocurre con el delito de piratería marítima, no se ha llegado a plantear la necesidad de que la Corte se encargue de enjuiciar los actos ilícitos contra la segu-

⁸⁷ Además de los criterios competenciales ya mencionados, el Convenio y Protocolo de Beijing establecen la obligación a los Estados de parte de establecer su jurisdicción en aquellos casos en los que los delitos contra la seguridad de la navegación aérea se cometan por o contra un nacional de ese Estado o por un apátrida con residencia en ese Estado (art. 8.2 del Convenio de Beijing y art. 4 bis del Protocolo). Aunque estas situaciones pueden reconducirse al ámbito del principio de personalidad y territorialidad, debe tenerse en cuenta que estos supuestos entrarían en colisión con los criterios competenciales previstos en el apartado 23.4.f de la LOPJ para la persecución de los delitos de apoderamiento de aeronaves. En concreto, se aumentarían los criterios competenciales para perseguir este delito, lo que no parece que haya sido querido por el legislador.

⁸⁸ No obstante, algunos autores defienden la inclusión de un delito de terrorismo, que incluiría sus manifestaciones en el ámbito aéreo, en el Estatuto de Roma. Vid., por ejemplo, MARTINEZ, L.: “Prosecuting terrorists at the International Criminal Court: Possibilities and problems”, en *Rutgers Law Journal*, vol. 34, 2002-2003, págs. 3-8 y 9-12 y HARE, A.: “A new forum for the prosecution of terrorists: Exploring the possibility of the addition of terrorism to the Rome Statute’s jurisdiction”, en *Loyola University of Chicago International Law Review*, vol. 8, Issue 1, 2010-2011, págs. 99-100.

ridad de la navegación aérea. Igualmente, no existe ningún tribunal internacional creado o no *ad hoc* para solventar los problemas de enjuiciamiento generados por la represión de este tipo de delitos. A este respecto, ha de subrayarse que los criterios competenciales establecidos tanto en el Convenio de Tokio, La Haya y Montreal como en el Convenio y Protocolo de Beijing descansan fundamentalmente en las jurisdicciones estatales a la hora de articular las estrategias de prevención y represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación aérea.

Con ello, los procedimientos penales españoles esta clase de delitos únicamente se verán afectados por los eventuales procedimientos iniciados en otros Estados, en concreto, “cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación u enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de la nacionalidad de la persona a que se impute su comisión” (art. 23.5.b). De esta manera, la jurisdicción universal se configura como subsidiaria cuando exista concurrencia de jurisdicciones con otros Estados legitimados a actuar en base a los principios de territorialidad y personalidad, excepto si la persona a la que se impute el delito contra la seguridad de la navegación aérea se encuentra en territorio español o no se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al Estado donde se hubieran cometidos los hechos o al Estado al que pertenecen las víctimas, supuesto este último que puede concurrir con facilidad dado el elemento de internacionalidad que concurre en este tipo de delitos (art. 23.5.b 1 y 2)⁸⁹.

5. Conclusión. La necesidad de reformar el art. 616 ter del CP y derogar los arts. 39 y 40 de la LPPNA

La reciente introducción de los delitos contra la seguridad de la navegación aérea en el CP no puede explicarse, como indicó el legislador, en base a la necesidad de responder a la problemática específica que presentan este tipo de delitos. Al contrario, se trata de unos delitos que fueron configurados a partir de las conductas establecidas para dar respuesta a los casos de delitos contra la seguridad de la navegación marítima – en concreto, delitos de piratería – que sí se habían producido contra víctimas e intereses españoles en los últimos años (Caso Alakrana, caso Patiño). No obstante, el que, desde el punto de vista criminológico, los ataques a la seguridad de la navegación aérea hayan sido una constante desde la década de los sesenta a nivel global y la posibilidad de que, como en los casos de piratería, puedan verse afectados víctimas o intereses españoles pone de manifiesto la necesidad de elabo-

⁸⁹ Por lo demás, el art. 23.5 determina que lo dispuesto en el apartado b no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo. En cualquier caso, no parece razonable ni lógico que la Sala 2ª del Tribunal Supremo haya sido convertida en un agente fiscalizador de la capacidad jurisdiccional de otros Estados y en un evaluador externo de la disposición de los tribunales extranjeros a la hora de actuar en este tipo de delitos. Esta actividad puede generar *de facto* una mayor intromisión en la soberanía de los Estados y generar mayores problemas diplomáticos que la aplicación de una jurisdicción universal de carácter absoluto.

rar una respuesta normativa adecuada, que en el ámbito represivo implica desarrollar medidas a un doble nivel. Por un lado, la existencia de delitos que tipifiquen esta clase de actos ilícitos y, por otro, prever la competencia jurisdiccional de los tribunales españoles.

Los delitos contra la seguridad de la navegación aérea están regulados en el art. 616 *ter* del CP y en los arts. 39 y 40 de la LPPNA. El art. 616 *ter*, configurado como un delito común con un tipo mixto alternativo de medios determinados, plantea problemas a diversos niveles. En primer lugar, la alternatividad de las conductas típicas seleccionadas por el legislador puede llegar a originar problemas en sede de antijuricidad que han evitarse realizando una aplicación restrictiva de este delito. Para que el art. 616 *ter* – un delito de resultado – se adecúe a su ámbito de protección, ha de constatarse que en cada caso concreto se produce una efectiva lesión del bien jurídico protegido. Del mismo modo, la alternatividad de las conductas no abarca la totalidad de las modalidades comisivas que pueden afectar al bien jurídico y, en el caso concreto de los atentados a las personas o a los bienes o carga o a bordo, la falta de taxatividad de las conductas plantea problemas de compatibilidad con el principio de legalidad. Además, los medios exigidos para la realización del tipo pueden llegar a dificultar la tipicidad de las conductas cuando, en realidad, dichos medios no son siempre necesarios para que la conducta realizada afecte al bien jurídico protegido. Por último, el art. 616 *ter* plantea también problemas con el principio de proporcionalidad de las penas en sentido estricto en la medida en que el legislador no ha graduado la distinta intensidad del ataque a la seguridad de la navegación aérea que produce un apoderamiento en relación con la causación de daños o la destrucción de una aeronave.

Por otro lado, ha de subrayarse que las incorrecciones técnicas del art. 616 *ter* del CP, analizado en este artículo como delito contra la seguridad de la navegación aérea, aumentan considerablemente cuando este artículo es también analizado desde la perspectiva de los delitos contra la seguridad de la navegación marítima.

En cuanto a los delitos contra la seguridad de la navegación aérea regulados en los arts. 39 y 40 de la LPPNA, existen igualmente problemas en sede de antijuricidad y de adecuación al principio de legalidad, de taxatividad penal y de proporcionalidad. La cláusula “en circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección de un Estado”, la construcción de subtipos agravados en base a delitos de otros textos penales que han modificado su denominación y configuración en el actual CP, la utilización de términos excesivamente amplios e indeterminados, la previsión de penas más elevadas para conductas que reciben otro tratamiento penológico en el CP, y, fundamentalmente, los importantes problemas concursales que generan la vigencia de estos dos delitos, entre otros, dificultan notablemente la interpretación de estos tipos y que generan un alto grado de inseguridad jurídica.

El conjunto de estos elementos pone de manifiesto que la reforma penal del año

2010 en materia de delitos contra la seguridad de la navegación aérea estuvo lejos de suponer un tratamiento jurídico comprensivo y coherente de este tipo de delitos, lo cual sí hubiera permitido, como parecía querer el legislador, al menos, desde el punto de vista formal, proteger de manera adecuada el bien jurídico de la seguridad de la navegación aérea. Por ello, resulta preciso, por una parte, una modificación del art. 616 *ter* del CP en la que se valore qué conductas permiten otorgar una protección técnicamente coherente al bien jurídico y, correlativamente, las distintas intensidades de posibles los ataques a la seguridad de la navegación aérea para establecer unas penas proporcionales, y, por otra, derogar los arts. 39 y 40 de la LPPNA, que no sólo suponen un ejemplo de deficiente técnica legislativa, sino que además generan complejos concursos normativos con los delitos regulados en el art. 616 *ter*.

Desde el punto de vista jurisdiccional, la competencia de los tribunales españoles en materia de delitos contra la seguridad de la navegación aérea está articulada en base a los principios generales de territorialidad y personalidad y también sobre el principio de justicia universal (art. 23.4. f y g de la LOPJ). La jurisdicción universal en materia de delitos contra la seguridad de la navegación aérea está configurada como una jurisdicción relativa que *de facto* reduce la competencia penal de los tribunales de españoles a la aplicación de los principio de territorialidad y personalidad como consecuencia de la remisión expresa a los criterios competenciales establecidos en los Convenios de La Haya y Montreal. Además de los problemas jurisdiccionales que pueden llegar a originarse por la descoordinación existente entre los arts. 616 *ter* del CP y 39 y 40 de la LPPNA y el art. 23.4. f y g de la LOPJ, el legislador debería reflexionar sobre la grave incorrección técnica que supone regular el principio de jurisdicción universal en base a los criterios establecidos en dos convenios internacionales que no prevén este principio y abordar una reforma material y jurisdiccional de los delitos contra la seguridad de la navegación aérea de manera coherente.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD CASTELOS, M.: ‘El avance sectorial, la fragmentación del orden jurídico y sus riesgos: ¿está a salvo la unidad del Derecho internacional?’, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001.
- *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*, Ministerio de Interior, Madrid, 1997.
 - ‘La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito’, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. L, 1997.
- ABEYRATNE, R. I. R.: “The effects of Unlawful Interference with Civil Aviation on World Peace and the Social Order”, en *Transportation Law Journal*, vol. 22, 1994-1995.

- APARICIO GALLEGO, J.: ‘Agresiones ilícitas a la aviación civil’, artículo disponible en www.instibaerospa.org/cont/cursos/D27.doc.
- AREAL LUDEÑA, S. y HERNÁNDEZ CAMPOS, R.G.: ‘La seguridad del aerotransporte civil internacional y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de seguridad aérea’, en *Inteligencia y seguridad: Revista de análisis y prospectiva*, núm. 8, junio-noviembre 2010.
- ARROYO MARTÍNEZ, I.: *Curso de Derecho Aéreo*, Ed. Thompson-Civitas, 2006.
- AWNER, H. y RIVAS, R.: *La llamada ‘piratería aérea’ en el Derecho Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988.
- Conférence Internationale pour l’Unification du Droit Pénal. Actes de la IV Conférence, Paris, Pedone, 1933.*
- CORCOY BIDASOLO, M., CARPIO BRIZ, D. y ARTAZA, O.: “Arts. 581-616 bis”, en CORCOY BIDASOLO, M. Y MIR PUIG, S.: *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- DEMPSEY, P.S.: ‘Aerial Piracy and terrorism: Unilateral and Multilateral responses to Aircraft Hijacking’, en *Connecticut Journal of International Law*, vol. 2, 1986-1987.
- ‘Aviation Security: The Role of Law in the War Against Terrorism’, en *Columbia Journal of International Law*, vol. 41, 2002-2003.
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema ‘Seguridad de los transportes’, *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 61, de 14 de marzo de 2003.
- EMANUELLI, C.: ‘Legal Aspects of Aerial Terrorism: The Piecemeal vs. The Comprehensive Approach’, en *Journal of International Law and Economics*, vol. 10, 1975.
- ESCUCHURI AISA, E.: *Teoría del concurso de leyes y delitos. Bases para una revisión crítica*, Ed. Comares, Granada, 2004.
- FAHEY, S., LAFREE, G., DUGAN, L. & PIQUERO, A. R.: “A situational Model for Distinguishing Terrorist and Non-Terrorist Aerial Hijackings, 1948-2007”, en *Justice Quarterly*, vol. 29, Issue 4, 2012.
- FAKHOURI GÓMEZ, Y. y LLOBET ANGLÍ, M.: “Delitos contra la comunidad internacional y piratería”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.): *El nuevo Código Penal. comentarios a la reforma*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: “Delito de piratería”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- GARCÍA ALFARAZ, A. I.: “Apuntes para un reflexión del delito de piratería marítima”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., GORJÓN BARRANCO, M.C. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: *La reforma penal de 2010*, Salamanca, 2011.
- GRANT, J.: “Beyond the Montreal Convention”, en *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 36, 2004.
- HAMMARSKJÖLD, K.: ‘Air piracy as an international crime: suggestions for international action’, en *International Review of Criminal Policy*, vol. 32, 1976.
- HARE, A.: “A new forum for the prosecution of terrorists: Exploring the possibility of the addition of terrorism to the Rome Statute’s jurisdiction”, en *Loyola University of Chicago International Law Review*, vol. 8, Issue 1.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION: *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1956.

- JOYNER, C.C. and FRIEDLANDER, R.: 'International Civil Aviation', en BASSIOUNI, C.M. and NANDA V.P.: (ed.): *A Treatise on International Criminal Law*, 1973, vol. I.
- LÓPEZ LORCA, B.: *La piratería y otros delitos contra la seguridad de la navegación marítima*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- MAPELLI, E.: *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, Ed. Tecnos, Madrid, 1973.
- MARTINEZ, L.: "Prosecuting terrorists at the International Criminal Court: Possibilities and problems", en *Rutgers Law Journal*, vol. 34, 2002-2003.
- MARTOS NÚÑEZ, J.A.: "Piratería", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XIX, Barcelona, 1989.
- MCWHINNEY, E.: 'International and National Law and Community Problem-Solving on Aerial Piracy', en ALEXANDER, Y. and SOCHOR, E. (ed.): *Aerial Piracy and Aviation Security*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1990.
- *Aerial Piracy and International Terrorism: The Illegal Diversion of Aircraft and International Law*, 2nd ed., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987.
- MECA GAVILÁ, I. y LÓPEZ QUIROGA, J.: 'Régimen jurídico de la seguridad en la navegación aérea', en MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.): *Aspectos Jurídicos y Económicos del Transporte. Hacia un transporte más seguro, sostenible y eficiente*, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2007.
- MILDE, M.: 'The International Fight against Terrorism in the Air', en CHENG, C.J.: *The Use of Airspace and Outerspace for all Mankind in the 21st Century*, Ed. Kluwer Law International, The Hague, 1995.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- NOVEMBER, C.Y.: 'Aircraft Piracy: The Hague Hijacking Convention', en *International Lawyer*, vol. 6, núm. 3, 1972.
- PARADA VÁZQUEZ, J.D.: *Derecho Aeronáutico*, Ed. Gomylex, Bilbao, 2000.
- PELLA, V.: "La répression de la piraterie", en *Recueil de Courses*, t. 15, 1926.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, t. I, Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955.
- REY CARO, E.J.: *Los 'delicta juris gentium' contra la seguridad de la Aviación Civil Internacional*, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1980.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 1983.
- RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: "Delitos contra la comunidad internacional", en LAMARCA PÉREZ, C. (dir.): *Derecho penal. Parte Especial*, 3ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2005.
- "El delito de piratería", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. L, 1997.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., en COBO DEL ROSAL (dir.): *Comentarios al Código Penal*, Editorial Edersa, Madrid, 2000.
- SANZ MORÁN, A.J.: 'Concurso de delitos. Criterios y problemas', en ASUA BATARRITA, A. (ed.): *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco.

- SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995.
- SOBRINO HEREDIA, J. M.: “Piratería y terrorismo en el mar”, en *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*.
- TAPIA SALINAS, L.: *Curso de Derecho Aeronáutico*, Ed. S.A., Barcelona, 1980.
- TOURET, C.: *La piraterie au vingtième siècle: piraterie maritime et aérienne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1992.
- VAN DER TOORN, D.: ‘September 11 Inspired Aviation Counter-Terrorism Convention and Protocol Adopted’, en *Insights*, vol. 15, 2010, texto disponible en www.asil.org/files/insight110126pdf.pdf.
- WEBER, L.: ‘Aviation Security’, en WEBER, L. and GIEMULLA, E.: *Handbook on Aviation Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2011.