

**LA CONSPIRACIÓN PARA DELINQUIR CONTRA LA SEGURIDAD DE LA AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL. REFLEXIONES DESDE EL DERECHO ESPAÑOL SOBRE LOS PROYECTADOS ARTÍCULOS 1, 3 a) DEL CONVENIO DE MONTREAL DE 1971, Y 1, 4 DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1979**

**Comunicación al TEMA 9 de las XXXIV Jornadas de Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial, convocadas por ALADA, “NUEVAS FIGURAS DELICTIVAS EN LA AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL”**

**Javier Aparicio Gallego  
Miembro Plenario de ALADA  
Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio, y de la Aviación Comercial**

La presente comunicación se ha preparado sobre los Proyectos de Textos Consolidados del Convenio de Montreal de 1971 enmendado por el Protocolo sobre los Aeropuertos de 1988, y del Convenio de La Haya de 1970, con las enmiendas propuestas para ambos por el Comité Jurídico de la Organización de Aviación Civil Internacional, según constan en el informe correspondiente al 34º Periodo de Sesiones de dicho Comité, Doc.9926-LC/194.

En el trigésimo cuarto periodo de sesiones del Comité Jurídico de la Organización de Aviación Civil Internacional se adoptaron los proyectos de textos consolidados del Convenio de Montreal de 1971, enmendado por el Protocolo sobre los aeropuertos de 1988, y del Convenio de La Haya de 1979, ambos relativos a la seguridad de la aviación civil internacional, y en ellos figuran, como novedad y entre otros, los siguientes preceptos.

En el Convenio de Montreal de 1971:

“Artículo 1, 3 a): Cada Estado Parte definirá como delitos, independientemente de que realmente se cometa o intente cometer cualquiera de los delitos previstos en los párrafos 1, 1 bis ó 1 ter de este Artículo, una de las conductas siguientes o ambas:

a) el acuerdo con una o varias personas para cometer un delito previsto en los párrafos 1, 1 bis, 1 ter ó 2 apartado a), de este Artículo y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que suponga un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo.”

En el Convenio de La Haya de 1979:

“Artículo 1, 4: Cada Estado Parte definirá como delitos, independientemente de que realmente se cometa o intente cometer cualquiera de los delitos previstos en los párrafos 1, 2 ó 3, apartado a), de este Artículo, una de las conductas siguientes o ambas:

a) el acuerdo de una o varias personas para cometer un delito previsto en los párrafos 1, 2 ó 3, apartado a) de este Artículo y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que suponga un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo.”

En la presente nota se ha limitado la consideración de los Artículos citados de los Convenios al apartado a) de ambos, para examinar su contenido desde la óptica del derecho español.

Entiendo que en ambos textos, de idéntico contenido salvando las referencias a los tipos delictivos de cada uno de los Convenios, se configura la obligación para los Estados Partes de “definir como delito” la figura que conocemos como conspiración para delinquir, a la que el Código Penal vigente en España alude en su Artículo 17, junto con la proposición, al disponer

“Artículo 17.1. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.”

añadiendo después en este mismo Artículo

“2. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.

3. La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley.”

En el derecho histórico español se reconoció el principio ya consagrado por el Digesto de que las ideas no delinquen – cogitationis poenam nemo patitur --, y en las Partidas de Alfonso X, el Sabio, se afirma que el mal pensamiento, si no se inicia la acción, no merece pena alguna. Se consagraba, pues, lo que en el decir popular italiano se expresa en la frase “pensiero non paga gabella”.

En línea restrictiva de esta generosa postura se manifestó el legislador español en el Código Penal de 1922 al disponerse en su Artículo 9 que

“El pensamiento y la resolución de delinquir, cuando todavía no se ha cometido ningún acto para preparar o empezar la ejecución del delito, no están sujetos a pena alguna, salvo la vigilancia especial de las autoridades en los casos que determine la ley.”

Se planteaba ya el problema de la punibilidad de los actos preparatorios y de la relación de la ideación criminal y de la preparación del delito con la tentativa, así como la espinosa cuestión del sometimiento al poder policial del mundo de las ideas, suscitando interesantes cuestiones al respecto, mas limitaremos estas reflexiones en relación con los dos últimos Códigos Penales, el de 1944, en su redacción final tras múltiples modificaciones, y el de 1995, que significó una profunda reforma del anterior.

El Código Penal de 1944, construido sobre las paredes maestras de los Códigos Penales de 1870 y 1932, en su Artículo 3 y tras manifestar que eran punibles el delito consumado, el frustrado y la tentativa, declaraba que igualmente lo eran la conspiración, proposición y provocación para delinquir, Seguidamente en su Artículo 4 definía que

“La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.”

definición literalmente coincidente con la del Artículo 17 del Código vigente. Pese a esta coincidencia conceptual el tratamiento punitivo de la conspiración es muy diferente en ambos Códigos, ya que mientras que en el hoy vigente, conocido como Código Penal de la democracia, y tal y como ya se ha señalado, la conspiración, al igual que la proposición para delinquir, sólo serán castigadas en los casos en que la Ley lo disponga especialmente, en el Código de 1944 se disponía, en su Artículo 52, que

“A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado.

.....  
Igual pena se impondrá a los reos de conspiración, proposición o provocación para delinquir.”

resultando aplicable la sanción penal a la conspiración, proposición o provocación para delinquir en toda clase de delitos, actitud punitiva que se mantuvo incluso después de la Constitución de 1978, ya que tampoco se modificaron estos preceptos con ocasión de la promulgación de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, por la que se suprimieron o modificaron otras disposiciones del Código, del que, aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, se había publicado un texto refundido acogiendo otros cambios..

El concepto de delito expuesto en el Código de 1944 y el recogido en el vigente son, a los fines de estas consideraciones, coincidentes; decía el primero en su Artículo 1

“Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la Ley.”

definición posteriormente modificada sustituyendo la palabra “voluntarias” por la expresión “dolosas o culposas”, que hoy pervive con un nuevo matiz en el Artículo 10 del Código de 1995, en el que se dispone que

“Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley.”

Dejando a un lado la referencia a la culpabilidad contenida en las alusiones a la voluntariedad o al carácter doloso o imprudente de las acciones y omisiones, hemos de destacar que en el concepto de delito, utilizando la palabra delito en su alcance general en el que quedan acogidos tanto el delito sensu stricto como la falta, es elemento esencial la acción o la omisión encaminada a la obtención del resultado material o formal en que consistirá la lesión del bien jurídico que la norma aspira a proteger, acción y omisión que no son sino expresión del contenido positivo o negativo de lo que la doctrina ha venido llamando “acción” o “conducta humana”. Por ello, mientras no concurra este elemento esencial, - acción u omisión -, no podremos hablar de delito ni falta.

Hemos de considerar por tanto parcialmente correcta desde el punto de vista doctrinal la posición del legislador español de 1944 que aunque en el Artículo 3 del Código declaró punibles en todos los casos el delito consumado, el frustrado, la tentativa y la conspiración, proposición y provocación para delinquir, generalización que no puede estimarse acertada, diferenció las tres

instituciones jurídicopenales carentes de acción de las que ya acogían acciones que significaban el comienzo de la ejecución del delito, y trasladó al Artículo 4 las definiciones de la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir. La distinción se ha mantenido en el Código vigente, en el que se ha suprimido la alusión a la punibilidad general de las tres formas de resolución manifestada que figuraba en el Artículo 3 al que antes nos hemos referido, quedando restringida su sanción penal a “los casos especialmente previstos en la Ley”, como para las dos primeras dispone el Artículo 17.3, y “exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea” para los supuestos de provocación como señala el Artículo 18.2, en el cual seguidamente se puntualiza que “si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”.

Las previsiones de sanción penal de la provocación, la conspiración, y la proposición para delinquir --siempre se hace referencia simultánea a las tres etapas del iter criminis --, figuran en el Código de 1995 en sus Artículos 141, para cuando se dirijan a cometer “los delitos previstos en los tres artículos precedentes”, en los que se castigan diferentes formas de homicidio; 151, para “cometer los delitos previstos en este Título”, que son los de lesiones; 269, “para cometer los delitos de robo, extorsión, estafa o apropiación indebida”; 304, “para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303”, que castigan diferentes formas agravadas de receptación; 373, “para cometer los delitos previstos en los artículos 368 a 372”, en los que se sancionan conductas agravadas relacionadas con la elaboración y tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas; 477, “para cometer rebelión”; 488, “para los delitos previstos en los artículos anteriores”, que son los delitos contra la Corona; 519, “para cometer el delito de asociación ilícita”; 553, “para cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores”, que son los constitutivos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos; 579.1, “para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578”, que son los delitos de terrorismo; y 615, “para la ejecución de los delitos previstos en este Título”, en el que, bajo la rúbrica general de Delitos contra la Comunidad Internacional, se castigan los cometidos contra el Derecho de Gentes, el genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

No creo que deba considerarse acertada la fórmula que se utiliza en todos los artículos citados, en los que siempre se recoge una referencia a una pluralidad de acciones delictivas; estimo que ello incumple la, si no imprescindible si al menos conveniente, vinculación entre la concreta descripción típica y la pena correspondiente.

Por otro lado, en todos los supuestos previstos por el legislador se dispone que la pena aplicable a cualquiera de las tres conductas sancionables, sea provocación, conspiración o proposición para delinquir, será la inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley en cada caso para el delito de que se trate. No entraremos a examinar la forma de establecer esas penas inferiores en uno o dos grados a las señaladas por la Ley para el delito de que en cada caso se trate, pero creo que es digno de significar que en la actual redacción de la norma no se hace alusión alguna al arbitrio del Tribunal que se recogía en el ya

citado Artículo 52 del Código de 1944, haciendo uso del cual y a su tenor el juzgador procedía a la determinación de la pena. Considero que la eliminación de esta referencia a la facultad omnímoda que para establecer su resolución daba al Tribunal la redacción del antiguo precepto ha de ser estimada positivamente, pero también creo que la inconcreción deducible del establecimiento de la respuesta penal en la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en cada caso por la Ley para el delito al que la forma de resolución manifestada se dirija, sin que se matice la actuación del órgano jurisdiccional con referencia alguna, y entiendo que, al menos, debía hacerse alusión a la discrecionalidad como vía de ejercer con medida una potestad no puntualmente reglada, provoca una inseguridad contraria los principios imperantes en el ámbito del Derecho Penal, y que el legislador español en otras ocasiones respeta, como en el Artículo 62 del mismo Código, en el que en relación con la tentativa, a la que también castiga con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, se matiza esa libertad al indicarse que la extensión de la pena habrá de ser adecuada “atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”, presupuestos de valoración que parece han de ser tenidos en cuenta imperativamente sólo para fijar la extensión de la pena previamente concretada, pero que inevitablemente han de pesar en el momento de efectuar esa concreción punitiva anterior.

Desde luego, la generalización de la punibilidad de la conspiración, como se hacía en el derecho español anterior al Código de 1995, debe ser rechazada, y el aumento de las garantías deducido de la limitación de la esfera de aplicabilidad de sanción penal en el caso de la conspiración a las específicas previsiones legales es digna de aplauso, sin perjuicio de la opinión desfavorable que acabamos de manifestar sobre la falta de vinculación individualizada de la respuesta penal con cada delito y la quiebra de garantías en la determinación de la reacción penal ante los supuestos de provocación, conspiración y proposición para delinquir.

Centrándonos en la conspiración, recordaremos que se trata de una resolución manifiesta sin que haya tenido lugar la iniciación de la ejecución, y, por tanto, para buena parte de la doctrina debe quedar extramuros del Derecho Penal incluso en los casos en que la manifestación de la resolución tenga lugar por actos exteriores en tanto no sean constitutivos del comienzo de la ejecución, lo que nos llevaría a las figuras de la tentativa; la conspiración, el mero concierto de voluntades, debería quedar impune.

No son infrecuentes opiniones que mantienen que en la conspiración, como forma de resolución manifiesta pura, “la resolución delictiva ha salido del fuero interno y se ha manifestado, pero no han dado comienzo aún los actos materiales para ejecutar el propósito” y que la sanción penal de la conspiración y de las otras formas de resolución manifiesta “convierten en punibles conductas que no constituyen aún realización del hecho típico” y que, en consecuencia, su sanción penal “representa una quiebra fundamental del principio de responsabilidad por el acto”, lo que viene a significar la sustitución del “Derecho Penal de acto” por un “Derecho Penal de voluntad”.

Sin embargo, la realidad ha llevado a la aceptación de la conveniencia de la sanción de estas actuaciones y de anticipar las barreras de garantía que para la sociedad supone su castigo, sacrificando la seguridad jurídica del encausado, que quizás debería conducirlo a la impunidad, ante una idea de justicia que exige que una actuación remota y ni siquiera tangencial con el hecho delictivo sea considerada punible, y así, aún reconociendo que el delito es acción y que no lo constituyen ni las ideas, ni siquiera la preparación de la acción punible, en determinados casos, el deseo de cometer un acto delictivo que continúe con la exteriorización del propósito de realizarlo y se proyecte en la manifiesta decisión de ejecutarlo, puede ser merecedor de respuesta penal en beneficio y protección de la sociedad, mediante la ficción de que significa un principio de ejecución del delito de que se trate y considerándolo parte de ese mismo delito.

Son, pues, razones de política criminal y de defensa de la sociedad las que fundamentan que la conspiración y las demás formas de resolución delictiva manifiesta sean sancionadas, mas ello sólo será aceptable en determinados casos que representen un grave riesgo o creen una peligrosa alarma para la sociedad. En consecuencia, ha de limitarse su castigo a los supuestos en que expresamente así lo determine la ley, si bien, dado el carácter retributivo de la pena y por no haberse producido el hecho criminal, ha señalado algún autor que se debería mejorar el sistema de su sanción reconociendo “la facultad de que los Tribunales puedan imponer, cuando concurra el pertinente presupuesto de la peligrosidad, una adecuada medida de seguridad”.

En el derecho español, a la conspiración para delinquir, que como hemos venido considerando no sobrepasa el campo del pensamiento quedando en el marco de las palabras y sin entrar en el de las acciones ni siquiera preparatorias, en determinados casos el legislador le otorga la categoría de delito al insertarla en el catálogo de las acciones típicas. Estimo que la forma en que se ha efectuado esa incorporación puede considerarse no totalmente correcta al hacerse por referencia global a grupos de conductas delictivas, y, así mismo, la sanción penal adolece de una cierta indeterminación y, quizás, debería haberse abierto la posibilidad de que la respuesta penal fuera, al menos en los casos de menor gravedad, la aplicación de medidas de seguridad. Dicho esto, examinemos los elementos necesarios para su apreciación en el Derecho Penal español.

Para que exista la conspiración, el Artículo 17.1 del Código requiere, en primer lugar, una pluralidad de sujetos. Dos o más personas, señala el texto legal, por lo que si bien el número mínimo necesario será de dos, no establece la ley limitación alguna para la participación en la conspiración de una cifra más elevada de actores.

La segunda exigencia legal consiste en que los sujetos actuantes se concierten para la ejecución de un delito. No es bastante que dos o más personas deliberen sobre la ejecución de un crimen, cambien impresiones sobre la conveniencia y las ventajas de llevarlo a cabo, pero no lleguen a un acuerdo para ello. Esta actividad quedaría totalmente fuera del ámbito del Derecho

Penal, puesto que el concierto, el acuerdo en cuanto a la comisión de un delito es imprescindible para la culminación de la conspiración a efectos penales, que requiere siempre la existencia de un convenio o pacto sobre la ejecución del hecho punible de que se trate..

Pero tampoco se habrá agotado el hacer necesario para tener por perfeccionada la conspiración para delinquir si, además de haberse puesto de acuerdo sobre el lugar, tiempo y modo para la comisión del delito, no se ha adoptado la resolución de ejecutarlo, esto es, resulta necesario que se haya tomado seriamente la resolución firme y decidida de realizar el hecho que la ley penal castiga, estimándose dudosa la apreciación de la conspiración cuando la ejecución de lo firmemente acordado se aplaza sine die.

Al pronunciarse la ley en el sentido de que el concierto de voluntades ha de recaer sobre la “ejecución de un delito” parece que el acuerdo y la resolución han de concretarse en una determinada acción típica, debiendo quedar acogidos en el acuerdo, y también en la resolución, los elementos objetivos que la integran en su descripción legal, sin que pueda apreciarse cuando el acuerdo de voluntades tenga un carácter abstracto que conduzca a una indeterminación de la intención criminosa.

Por otro lado, al referirse la ley a “un delito” se plantea la cuestión del concierto para la comisión de varios delitos concretos y determinados, acompañada de la resolución firme de ejecutarlos, así como la de aquellos casos en que la conducta aceptada puede producir un resultado susceptible de ser considerado como una pluralidad de delitos por causar una pluralidad de víctimas. La respuesta penal ¿podría ser la de considerar que han tenido lugar tantas conspiraciones como delitos se podrían apreciar en el caso de que la comisión hubiera tenido lugar? Parece que la contestación a esta cuestión deberá quedar reducida a la apreciación de una sola conspiración, toda vez que en realidad hay un solo concierto y una sola resolución de llevar a término la acción o las acciones delictivas a las que en definitiva se dirija la voluntad de los implicados, sin que se haya llegado a la realización de actos exteriores directamente encaminados a producir el resultado lesivo.

En el ámbito de estas consideraciones doctrinales, creo que es preciso diferenciar la conspiración para delinquir de la asociación ilícita. El Código Penal español dispone en la redacción vigente de su Artículo 515

“Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1º.- Las que tengan por objeto cometer algún delito o después de constituidas promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

2º.- Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas

.....”

En el ejercicio del derecho de asociación que la Constitución de 1978 reconoce en su Artículo 22.1, cabe la desviación de los fines lícitos para los que está concebido, por lo que este mismo precepto constitucional puntualiza

“2. Las asociaciones que persigan fines....tipificados como delito son ilegales” .

disposición que fundamenta la ilicitud de las asociaciones que, junto a algunas otras, el Código declara punibles en los apartados 1º y 2º de su Artículo 515 antes citado.

Sin entrar en la exégesis de los tipos penales de estos delitos específicos, si creo que debemos señalar que la asociación entraña la existencia de una organización dotada de una estructura estable, organizada y normalmente jerarquizada, mientras que la conspiración se nos muestra como una relación establecida también entre una pluralidad de personas, mas carente de esa estructura creada con vocación de permanencia al objeto de realizar las conductas que en el Artículo 515 se puntualizan, y de las que hemos dado transcripción parcial para destacar los supuestos en que la asociación que será reputada ilícita incide en la comisión de delitos, aspecto en que la conspiración y la asociación ilícita igualmente vienen a concordar. El Código sanciona las asociaciones ilícitas recogiénolas entre “los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, delitos para los que la Ley Penal prevé, como ya más arriba se ha indicado, la posibilidad de sancionar también la provocación, la conspiración y proposición para constituir las..

Finalmente hemos de plantear la cuestión relativa a la posibilidad de imponer a los conspiradores que ejecutaren el delito que habían resuelto cometer, además de la pena que proceda en función del delito consumado, la correspondiente a la conspiración, surgiendo el mismo problema en relación con los supuestos de la tentativa en los casos en que la intención delictiva se vea truncada no alcanzando la consumación. En el derecho español parece claro que, por constituir la conspiración una etapa en el iter criminis, no procede imponer la pena correspondiente al delito consumado o intentado, y también la que sería aplicable a la conspiración, ya que considero que ésta ha quedado consumida por el progreso de la actividad criminal.

Examinemos ahora los textos de los proyectos elaborados en el Comité Jurídico a los que dedicamos estas consideraciones.

En primer lugar, tanto en el Artículo 1.3 del proyecto relativo al Convenio de Montreal, como en el Artículo 1.4 del correspondiente al Convenio de La Haya, podemos apreciar una diferencia de redacción con relación a los apartados anteriores de ambos preceptos.

Mientras que en los apartados precedentes se dice “Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente...” e “Igualmente comete un delito toda persona que...”, en los artículos que citamos es distinta la expresión utilizada al decir “Cada Estado Parte definirá como delito...”. Estimo que la diferencia de redacción trae causa de la necesidad de respetar la diferente posición de los distintos Estados ante la figura jurídicopenal a que se hace referencia en ambos textos, y que, en cuanto al apartado a) de los citados artículos a los que limitamos estas reflexiones, se concreta en “el acuerdo con una o varias personas para cometer un delito...”, y entiendo viene a referirse a la figura que en derecho español conocemos como conspiración. Al establecer la obligación que el tenor de los textos hace imperativa de definir como delitos los acuerdos a que en ellos se hace referencia, los proyectos optan por la elevación de las

resoluciones manifestadas relacionadas con los delitos a los que en ambos textos se alude expresamente a esta categoría, abandonando su consideración de etapas del iter criminis merecedoras de sanción, y considero que la redacción pretende respetar las particularidades que en relación con la conspiración tienen los distintos Estados.

En ambos proyectos los artículos citados continúan diciendo que la obligación se establece "... independientemente de que realmente se cometa o intente cometer cualquiera de los delitos previstos en los párrafos ..... de este Artículo, una de las conductas siguientes o ambas: ... ", siendo la primera de ellas el acuerdo para cometer un delito, acuerdo al que ya hemos hecho referencia. La redacción utilizada parece reconocer, a mi juicio, la posibilidad de castigar la conspiración sin perjuicio de la imposición de la pena correspondiente a la comisión, o a la tentativa de cometer la conducta punible que podríamos llamar principal, y entiendo que tanto la tentativa como ejecución interrumpida por causa independiente de la voluntad del actor o actores, como la consistente en que pese a la ejecución de todos los actos que deberían producir el resultado dañoso este no se produzca, quedan acogidas en la expresión "se ... intente cometer" que se emplea en el texto. Considero, como ya expuse anteriormente, que por tratarse la conspiración de una etapa del iter criminis, la ejecución del delito produce su consunción, criterio que no es compartido por la doctrina anglosajona y que parece haber prevalecido en los proyectos, lo que podría motivar alguna reserva por parte de los Estados que mantengan una opinión diferente.

Ha de resaltarse una diferencia en las referencias a los delitos que se efectúan en los encabezamientos de los párrafos 3 del Artículo 1 del proyecto para la modificación del Convenio de Montreal, y 4 del Artículo 1 del correspondiente a la del Convenio de La Haya. En el encabezamiento del primero se alude a los delitos recogidos en los párrafos 1, 1 bis y 1 ter del mismo artículo, en los que se describen en su ejecución perfecta conductas que se declaran constitutivas de delito, mientras que en el segundo la referencia alude a los delitos previstos en el mismo artículo, párrafos 1, 2 y 3, apartado a), y mientras que las conductas recogidas en los apartados 1 y 2 describen conductas delictivas perfectas, el apartado a) del párrafo 3 alude a toda persona que "intente cometer cualquiera de los delitos previstos en párrafo 1 de este Artículo", es decir, este concreto precepto está consagrado a garantizar la sanción penal de la tentativa de los delitos del párrafo al que hace referencia, y estimo que es innecesaria esta referencia a las formas imperfectas de ejecución cuando ya están aludidas en la declaración de la obligatoriedad para los Estados Partes de definir como delitos, y con independencia de que realmente se cometan o se intente cometerlos, los delitos previstos en los 1 y 2. En el apartado 3 del Artículo 1 del proyecto sobre el Convenio de Montreal no se acoge la referencia a las formas imperfectas de ejecución, que sin embargo también figura en el párrafo 2 del artículo, por lo que pudiera haber un error en la publicación del proyecto correspondiente al Convenio de La Haya.

Aprovecharé esta oportunidad para manifestar mi desacuerdo con la fórmula utilizada en ambos Convenios y con anterioridad a los proyectos que estamos considerando cuando se dijo que "igualmente comete un delito toda persona

que intente cometer ...” o “sea cómplice de la persona que cometa o intente cometer...”. Considero que son perfectamente diferenciables la comisión del delito, las formas imperfectas de su ejecución y las distintas formas de participación, sin que sea correcto mantener que comete un delito quien lo intenta sin lograrlo, o participa en él con una actividad ajena a la autoría.

En cuanto a la conducta recogida en los apartados a) de los números 3 del Artículo 1 del Proyecto para Montreal y 4 del Artículo 1 del correspondiente a La Haya, y que debe ser definida como delito, en los dos textos se configura por el acuerdo con una o varias personas para cometer los ilícitos que en cada precepto se señalan. Al igual que decíamos antes en relación con la regulación española de la conspiración, en la que se refiere la ley expresamente al concierto de dos o más personas, también aquí el acuerdo requiere al menos de dos personas, pues con una al menos es necesaria otra para su existencia, sin que se plantee limitación alguna en cuanto al número máximo de participantes, que queda indefinido por la alusión a “varias personas” que en ambos textos se efectúa.

Los delitos sobre los que ha de recaer el acuerdo quedan especificados en los dos proyectos por remisión a los comprendidos en apartados anteriores del Artículo 1 de ambos: en el de modificación de Montreal se alude a tres párrafos en los que se describen ilícitos penales concretos – párrafos 1, 1 bis y 1 ter – y a otro párrafo, el 2, apartado a), en el que se dispone que igualmente comete un delito toda persona que intente cometer cualquiera de los delitos comprendidos en los párrafos 1 ó 1 bis del mismo artículo; en el correspondiente a la de La Haya la remisión se hace sobre los párrafos 1 y 2 del Artículo 1, en los que se recogen descripciones típicas concretas, y a su párrafo 3, apartado a), referido a quien intente cometer cualquiera de los delitos previstos en el párrafo 1 del mismo artículo.

Limitaremos las presentes consideraciones a los supuestos en los que la remisión conduce a elevar a la condición de delito el acuerdo para intentar cometer los delitos que en ambos preceptos se señalan, sin entrar en consideraciones sobre los tipos penales descritos puntualizadamente en los párrafos 1, 1 bis y 1 ter del proyecto para Montreal y 1 y 2 del correspondiente a La Haya, pues no es la intención de esta comunicación afrontar la exégesis del nutrido grupo de ilícitos penales que en ellos quedan descritos, nuevos unos y otros ya tipificados en las redacciones originales de los Convenios. Tanto el párrafo 2 a) de uno como el 3 a) del otro, disponen que comete delito quien intente cometer los delitos que expresamente señalan, y, en consecuencia, los Estados Partes deberán definir como delito el acuerdo con una o varias persona para intentar cometer aquellos otros que quedan recogidos en la respectivas remisiones.

En el derecho español, el Código de 1995 ha unificado en la tentativa lo que la doctrina diferencia en tentativa y delito frustrado, y define ambas figuras en el Artículo 16, en el que establece

“Artículo 16.1.- Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente

deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”

En la concepción positiva del ordenamiento penal español se considera que sólo la ideación criminal, el acuerdo y la resolución constituyen los elementos de la conspiración, siempre enfocados a la ejecución del hecho delictivo, que será punible cuando así lo establezca la ley. La tentativa significa el fracaso en la obtención del resultado, también punible pero en términos generales sin perjuicio de los efectos de posible irresponsabilidad en caso de desistimiento en la ejecución del delito intentado, que se reconoce en el párrafo 2 de este mismo precepto pero dejando a salvo la responsabilidad que pudiera resultar exigible por los actos ejecutados “si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta”.

Desde el concepto del delito intentado, en su doble dimensión de tentativa y frustración, no me parece acertado lo que en los párrafos de los proyectos de modificación de los Convenios se establece, ya que no concibo que nadie manifieste el simple deseo o proyecto de intentar cometer delito alguno y establezca un acuerdo con el limitado alcance de esa intentona; la ideación delictiva se orientará siempre a la comisión, activa o pasiva, de un ilícito, y otra cosa será que ese proyecto criminal quede en la mera intención porque los conspiradores, pese a dar comienzo a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, no consigan la producción del resultado perseguido por la incidencia de causas independientes de la voluntad del autor o autores que, o bien les impida practicar todos los actos necesarios para ello, o bien, porque aún habiendo practicado las acciones necesarias para ello en su totalidad, tampoco logren que se produzca el resultado.

Otra cuestión es cual deba ser la respuesta penal para la conspiración en los casos en que el delito quede en tentativa. En mi opinión, formando parte del iter criminis, iniciada la ejecución las consecuencias penales del estadio en que ésta se encuentre motivarán la consunción de la responsabilidad de los conspiradores que hayan participado en los hechos, e incluso la impunidad en caso de desistimiento voluntario, pues no parece lógico que cuando la ley olvida exigir responsabilidad por la realización de actos exteriores y materiales directamente encaminados a la ejecución del delito, mantenga la exigencia de responsabilidad penal por actos mucho más remotos a la objetividad del tipo penal y de carácter puramente verbal. No obstante quedará planteado el problema de aquellos conspiradores que, pese a estar decididos a la comisión del delito, no intervinieron en los actos realizados, que se complica cuando los ejecutores desistieron voluntariamente de la realización en curso; entiendo que al ser punible la mera conspiración, los conspiradores ajenos a la ejecución del delito que se consumó no deberán responder del crimen cometido, mas sí de su participación en la conspiración misma, y, en cuanto a los que no desistieron del delito intentado por no haber participado en los actos dirigidos a su ejecución, considero que deberán responder de su participación en la conspiración sin beneficiarse de la no exigibilidad que ampararía a los que desistieron voluntariamente en la ejecución.

Una diferencia notable con lo dispuesto en el derecho español en relación con la conspiración es que, en las proyectadas modificaciones de los Convenios, no

se requiere la constancia de la resolución de cometer el delito para cuya ejecución se conspire, lo que puede producir una notable inseguridad por permitir la apreciación de la conspiración en casos en que aún exista una gran indeterminación en cuanto modo, lugar o fecha de comisión. La exigencia de que el acuerdo vaya seguido de la resolución firme y puntualizada de la comisión del crimen, además de ser una garantía de justicia abstracta al complementar lo que en definitiva no es sino la descripción típica de una conducta constitutiva de delito y por lo que debería formar parte de sus elementos objetivos, lo es también para los justiciables, al eliminar la inseguridad deducible de la posibilidad de que una mera conversación expresiva de deseos más o menos concretos y contrarios a las normas de convivencia social puedan ser evaluadas como constitutivas de delito, para el que, además y como veremos, la respuesta ha de ser una pena severa.

Las dos normas en proyecto prevén una circunstancia más a tener en cuenta al establecerse en ambos textos que el acuerdo

“... y, cuando así lo prescriba el derecho interno, ... suponga un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante el acuerdo”

La palabra “perpetrar”, en la lengua española, hace siempre referencia a conductas delictivas, y así el Diccionario editado por la Real Academia Española define este verbo, en su acepción única, como “Cometer, consumir un delito o culpa grave”. No creo que la intención de quienes redactaron los proyectos fuera la de anudar, ni siquiera haciendo referencia a los ordenamientos internos, la posibilidad de valorar el acuerdo como actuación punible con la comisión de otro delito ejecutado “para llevar adelante ese acuerdo”. Considero que lo que se pretende con la redacción dada a ambos textos es respetar la exigencia de aquellos derechos nacionales que para apreciar la existencia de la conspiración requieran de la puesta en marcha de lo acordado mediante la realización de actos exteriores dirigidos a lograr la consumación del delito cuya ejecución habían decidido. Tampoco comprendo la alusión a “uno de los participantes”, pues considero que esa actividad encaminada a lograr el éxito de lo acordado puede ser realizada por uno o varios de los intervinientes. Por ello, tal vez sería más correcto recoger esta idea con una frase análoga a ésta:

“... y, cuando así lo prescriba el derecho interno, se haya realizado por alguno o algunos de los participantes un acto para llevar adelante ese acuerdo”.

Aún es de hacer otra observación. En los Artículos 2 del proyecto para el Convenio de La Haya y 3 del correspondiente al de Montreal se dispone, con el mismo contenido en los dos textos, que

“Los Estados Partes se obliga a establecer penas severas para los delitos previstos en al Artículo 1”.

lo que no es sino reproducción de lo que se decía en los Artículos de la misma numeración en la redacción original de los Convenios.

En relación con la conspiración, en el derecho español la pena a imponer en todos los casos en que expresamente se declara punible es la inferior en uno o

dos grados a la prevista para el delito de que se trate, lo que significa una importante minoración de respuesta penal. Estimo que también en relación con los delitos a que se contraen los Convenios habrá de mantenerse una disminución de las penas a imponer en los supuestos de conspiración y con relación a los delitos que sirvan de referencia por ser aquellos a los que se dirigiría la acción; será una opción de política criminal la que servirá para, dentro del hacer soberano de cada Estado Parte en la elaboración de las leyes en que se tipifiquen los delitos y se establezcan las penas correspondientes, fijar las que para cada acción punible corresponda, sin perder el criterio orientador que en los Convenios se establece de que las penas han de ser severas.

A mi parecer la técnica legislativa mejorará si en lugar de establecer la pena por referencia a la que corresponda al delito sobre el que se conspiró, se señala mediante la determinación de alguna de las que figuran en el Código Penal, y en caso de que se desee dotar a los juzgadores de una potestad discrecional para la determinación de la sanción que en definitiva se pueda imponer, señalar dos otorgando a los Tribunales la facultad de decidir razonadamente la que en cada caso procede imponer, por estimarla justa y proporcionada a los hechos valorados.

Penas severas entiendo que dice tanto como penas graves, y, en consecuencia, las penas a imponer deberán ser elegidas por el legislador entre las que como tales se recogen en las leyes penales de los distintos Estados. En España, el Artículo 33. 2 del Código califica de penas graves la prisión superior a tres años, la inhabilitación absoluta, las inhabilitaciones especiales por más de tres años, la suspensión de empleo o cargo público por más de tres años, la privación del derecho a tenencia y porte de armas por más de seis años, la privación del derecho a residir o a acudir a determinados lugares por más de tres años, y la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por más de seis años, y, a mi parecer, el legislador deberá optar entre ellas, estableciendo penas concretas para cada uno de los supuestos de conspiración resultantes del juego de los Artículos 1. 3 a) del proyecto para el Convenio de Montreal y 1. 4 a) del correspondiente al Convenio de La Haya, en relación con los tipos penales a que en ambos preceptos se hace referencia.

Finalmente, quisiera dejar patente mi favorable opinión sobre el esfuerzo realizado por el Comité Jurídico para afrontar las nuevas figuras delictivas cuyo objetivo es la aviación civil internacional, en la esperanza de que la voluntad puesta en juego consiga el efecto de que este maravilloso medio de transporte siga siendo el más seguro al servicio de la humanidad.

En Madrid, para Sassari, a 27 de marzo de 2010.

