



Colección Anuario Derecho Penal

CORRUPCIÓN, CRIMEN ORGANIZADO, LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DE TERRORISMO Y COMPLIANCE

HOMENAJE AL PROFESOR FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ HURTADO POZO
EDITOR

THIERRY GODEL
COLABORADOR

AUTORES

Copia del original a solicitud del autor

URSULA CASSANI	LETIZIA PAOLI
BERTRAND PERRIN	THOMAS SCHRÖDER
PHILIPPE LIGER-BELAIR	RENATO VARGAS LOZANO
ELISA SCAROINA	ALESSANDRO LUPPI
JÜRGEN WESSING	JOSÉ HURTADO POZO
MERCEDES HERRERA GUERRERO	FIDEL MENDOZA LLAMACPONCCA
PEDRO PABLO CAIRAMPOMA BARRÓS	DIANA CAROLINA AGUDELO MANCERA



La incriminación del financiamiento del terrorismo en el derecho canadiense y suizo*

BERTRAND PERRIN

SUMARIO: 1. Introducción.— 2. Canadá y Suiza frente al terrorismo y su financiamiento.— 3. El Convenio de las Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo.— 3.1. El origen y el proceso de ratificación.— 3.2. Las obligaciones de las partes.— 3.3. Los elementos materiales.— 3.4. Los elementos morales.— 4. Las definiciones del terrorismo.— 4.1. Las características internacionales comunes.— 4.2. Las definiciones en la legislación canadiense.— 4.2.1. La definición del Código Criminal.— 4.2.2. La definición retenida en materia de inmigración.— 4.3. La definición en el derecho penal suizo.— 4.4. Comparación.— 5. Los elementos constitutivos del financiamiento del terrorismo en ambos sistemas jurídicos.— 5.1. En el derecho canadiense.— 5.1.1. Las disposiciones del Código Criminal.— 5.1.2. Los elementos materiales.— 5.1.3. Los elementos morales.— 5.2. En el derecho suizo.— 5.2.1. La disposición del Código Penal.— 5.2.2. Los elementos objetivos.— 5.2.3. Los elementos subjetivos.— 5.3. Comparación.— 6. La jurisprudencia.— 6.1. Las estadísticas.— 6.2. El caso Thambathurai.— 6.3. La determinación de la pena en materia de financiamiento del terrorismo.— 6.3.1. En el derecho canadiense.— 6.3.2. En el derecho suizo.— 6.3.3. Comparación.— 7. Prolegómenos a una definición de *lege ferenda* del financiamiento del terrorismo.— 7.1. El objetivo.— 7.2. ¿Una incriminación autónoma del terrorismo?— 7.3. Los motivos de índole política, religiosa o ideológica.— 7.4. La incriminación del dolo eventual.— 7.5. ¿La aplicación a un acto específico o una incriminación más amplia?— 7.6. Tener en cuenta las “batallas legítimas”.— 7.7. Síntesis y propuesta legislativa.— 8. Financiamiento del terrorismo y blanqueo de activos.— 9. Conclusión.

www.intitutopacifico.pe

RESUMEN

ESPAÑOL

Dos definiciones de terrorismo coexisten en Canadá, una en materia penal y la otra en el dominio de la inmigración. El derecho suizo solo incrimina el financiamiento del terrorismo. Contrariamente, al derecho canadiense, Suiza ha optado por una norma general y abstracta inspirada en la Convención Internacional sobre la Represión del Financiamiento del Terrorismo. La ley suiza no exige que el acto terrorista sea cometido en nombre de un fin, un objetivo o una causa de índole política, religiosa o ideológica. Por el contrario, el legislador suizo ha excluido expresamente la incriminación a título de dolo eventual. El derecho canadiense brinda, en estos casos, la posibilidad de incriminación más amplia,

* “L’incrimination du financement du terrorisme en droits canadien et suisse”, en *Revue générale de droit*, vol. 42, n.º 1, 2012, pp. 213-265.

más favorable a la actuación del derecho penal. Además, el derecho suizo solo sanciona el apoyo financiero a un acto terrorista preciso, en cambio, el derecho canadiense tiene en este caso un dominio de aplicación más amplio y conveniente. En derecho canadiense, la incriminación del financiamiento del terrorismo respondería a la formulación siguiente: "Es culpable de un acto criminal pasible de una pena de prisión máxima de diez años, quien, directamente o no, proporciona o reúne fondos, con la intención de que sean utilizados o sabiendo que serán utilizados para financiar un acto —o una entidad, donde uno de sus objetivos o una de sus actividades es cometer dicho tipo de actos— destinados a matar o lesionar gravemente a un civil, o toda otra persona que no participe directamente en las hostilidades en un conflicto armado, cuando, por su naturaleza o su contexto, este acto busca intimidar una población o coaccionar un gobierno o una organización internacional para que realice o se abstenga de hacer cualquier acto".

FRANCÉS

Deux définitions du terrorisme coexistent au Canada, l'une en matière pénale et l'autre dans le domaine de l'immigration. Le droit suisse n'incrimine que le financement du terrorisme. Contrairement au droit canadien, la Suisse a opté pour une norme générale et abstraite inspirée de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme. La loi suisse n'exige pas que l'acte terroriste soit commis au nom d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique. Cette solution est préférable. Par contre, le législateur suisse a exclu expressément l'incrimination du dol éventuel. Le droit canadien offre, dans ce cas, une possibilité d'incrimination plus large, davantage favorable à la mise en œuvre effective du droit pénal. En outre, le droit suisse ne sanctionne que le soutien financier à un acte terroriste précis, le droit canadien ayant dans ce cas aussi un champ d'application plus étendu et plus adapté. En droit canadien, l'incrimination du financement du terrorisme pourrait s'inspirer de la formulation suivante: "Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, directement ou non, fournit ou réunit des fonds, dans l'intention de les voir utiliser ou en sachant qu'ils seront utilisés pour financer un acte —ou une entité dont l'un des objets ou l'une des activités est de se livrer à ce type d'actes— destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque".

INGLÉS

Copia del original a solicitud del autor

There are two definitions of terrorism in Canada, one in penal matters and another in the field of immigration. Swiss law only charges the financing of terrorism. Contrary to Canadian law, Switzerland has opted for a general and abstract standard inspired by the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism. Swiss law does not require that the terrorist act be committed for a political, religious or ideological purpose, objective or cause. This solution is preferable. However, the Swiss legislator has explicitly excluded the criminalization of *dolus eventualis* (recklessness). Canadian law allows, in this case, a wider possibility of incrimination more favourable to the implementation of penal law. Moreover, Swiss law only sanctions the financial support to a defined terrorist act, the Canadian law having in this case a wider and more adapted range of implementation. In Canadian law, the criminalization of the financing of terrorism could build itself on the following formulation: "Anyone who, directly or indirectly, provides or collects funds intending that they be used or knowing that they will be used in order to finance an act —or an entity that has as one of its purposes or one of its activities to carry out these types of acts— intended to kill or seriously injure a civilian, or any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, if the purpose of that act, by its nature or context, is to intimidate the public, or to compel a government or an international organization to do or refrain from doing any act is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a maximal term of 10 years".

1. INTRODUCCIÓN

Desde los atentados del 11 de septiembre del 2001, las iniciativas legislativas para combatir el terrorismo y su financiación se han acelerado considerablemente. El Gobierno canadiense presentó el Proyecto de Ley C-36 (Ley Antiterrorista) (LAT, L.C. 2001, c. 41) en octubre del 2001. El consentimiento real (*sanction royale*) fue estatuido el 18 de diciembre del 2001 y el texto definitivo entró en vigencia el 24 de diciembre del mismo año, modificando en particular el Código Criminal (C.cr., L.R.C. 1985, c. C-46). Antes de esta última fecha, este código no preveía ninguna infracción relativa al terrorismo en general y a su financiación en particular. En derecho suizo, el terrorismo no está incriminado de manera autónoma. El art. 260quinquies CP-CH (CP-CH, RS 311.0), que castiga específicamente su financiación, entró en vigencia el 1 de octubre del 2003. Se considera que la represión de la financiación del terrorismo obstaculiza o incluso incapacita a los grupos terroristas antes de que cometan sus actos violentos.

En septiembre del 2009, en el XVIII Congreso Internacional de Derecho Penal, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal, se adoptó la Resolución N.º 6 sobre financiación del terrorismo, en la que se establece que “debe realizarse un estudio comparativo de las nociones de terrorismo y financiación del terrorismo, así como de otras normativas nacionales, para identificar los problemas y lagunas en el cumplimiento de las obligaciones internacionales” (página consultada el 3 de octubre del 2011. Recuperado de <<https://bit.ly/2Q3wWZb>>). Nuestro artículo pretende ser una modesta contribución a la realización de este ambicioso proyecto.

Hemos escogido los sistemas canadiense y suizo por tres razones principales. En primer lugar, si bien ambos países tienen una estructura federal, Canadá tiene una tradición jurídica resultante de una mezcla de derecho romano-germánico, como Suiza, pero también de *common law* (derecho consuetudinario). “Es obvio que la comparación entre dos derechos (o dos sistemas) es útil y aún indispensable. El comparatista

comprende mejor su derecho al estudiar el de sus vecinos. También puede permitir que el legislador de su país se enriquezca con el derecho de los demás”. (Béliveau y Pradel, 2007, par. 8, p. 2 y s.)

Esta norma establecida por Pierre Béliveau y Jean Pradel es válida con independencia de los sistemas jurídicos previstos. Justifica este análisis en sí mismo. Pero, además, es particularmente instructivo examinar cómo dos sistemas, bastante alejados uno del otro, han tratado de solucionar el mismo problema. Si bien todo ejercicio de comparación es intrínsecamente interesante por el efecto de contraste que permite resaltar mejor las características respectivas, una mayor distancia institucional implica un esfuerzo de análisis previo y, por tanto, un enriquecimiento subsiguiente aún más provechoso. En segundo lugar, como lo mostraremos, ambos Estados, en el ámbito del terrorismo, se preocupan ante todo de las actividades de apoyo al terrorismo, en especial las operaciones de financiación. En tercer lugar, a nuestro conocimiento, ninguna práctica de derecho comparado sobre este tema ha proporcionado hasta ahora un panorama sinóptico del derecho canadiense y suizo (en especial, en el XVIII Congrès International de Droit Pénal antes citado, Canadá y Suiza no redactaron un informe nacional sobre el tema del financiamiento del terrorismo. Tratamos de llenar esta “laguna”).

Nuestro estudio apunta a esclarecer los puntos más destacados de las incriminaciones en ambos países, fundamentalmente, a partir de los debates doctrinales que han animado el mundo jurídico, con el objetivo último de sugerir pistas de reflexión y de mejora de orden legislativo. Así, tras una presentación del Convenio de las Naciones Unidas para la Represión del Financiamiento del Terrorismo, señalaremos hasta qué punto ambos Estados están preocupados por la problemática del terrorismo y, así mismo, qué abarca este término, con sus múltiples definiciones. Analizaremos, enseguida, de manera sinóptica los elementos materiales o morales (objetivos y subjetivos) de la infracción de financiamiento del terrorismo. El análisis del único caso juzgado en ambos países, en Colombia Británica, también brindará la oportunidad de discutir las

respectivas reglas aplicadas para la determinación de la pena. Por último, antes de abordar la cuestión del blanqueo de activos, se analizarán cinco cuestiones que se han debatido para proponer una formulación jurídica más adecuada: la penalización autónoma del terrorismo, los motivos políticos, religiosos o ideológicos como elementos constitutivos, la incriminación del dolo eventual (indiferencia, *insouciance*), el objeto del financiamiento (acto terrorista concreto o incriminación más amplia) y la cuestión de los *combats légitimes* en tanto excepciones a la punibilidad.

2. CANADÁ Y SUIZA FRENTE AL TERRORISMO Y SU FINANCIAMIENTO

Las actividades terroristas pueden ser de índole primaria o secundaria. La primera categoría agrupa los comportamientos violentos que constituyen el núcleo de estos actos. La segunda, las actividades de apoyo, como el reclutamiento de miembros o la financiación de las actividades del grupo. Canadá y Suiza se preocupan ante todo de esta segunda categoría, lo que hace que el análisis comparativo sea aún más pertinente.

Canadá representa sobre todo una zona para aquellos involucrados en actividades terroristas internacionales. Casi nunca es blanco de actividades primarias (Leman-Langlois, 2007, pp. 91-94). Los actos terroristas son raros y de mínima gravedad con gran frecuencia¹, aunque el país fue golpeado en 1985 por uno de los ataques más mortíferos de la historia². Nada indica que esta situación esté por cambiar en mediano

1 “Se estima que entre 1973 y 2003 se produjeron 6 secuestros, 2 atentados contra aeronaves, 73 bromas perturbadoras, 9 toma de rehenes o raptos, 4 cartas bomba, 170 bombas, bombas incendiarias e incendios provocados, 59 amenazas, 35 ataques contra personas, 45 actos de vandalismo, 14 complots y ataques frustrados y 32 casos de apoyo a actividades terroristas en el Canadá. [La mayoría de estos actos] no eran de naturaleza transnacional y ninguno tuvo el impacto del ataque de septiembre del 2001 en los Estados Unidos” (Canadá, *Cámara de los Comunes, Derechos, restricciones y seguridad: una revisión completa de la Ley Antiterrorista y asuntos relacionados, Informe final del Comité Permanente de Seguridad Pública y Seguridad Nacional*, Ottawa: Communication Canada Edition, 1st Sess., 39th Leg., marzo del 2007, p. 1).

2 Maletas conteniendo explosivos habían sido colocadas en los dos aviones, de la compañía Air India, que partían hacia Vancouver. Una de las bombas explotó en el aeropuerto de Narita, Japón, matando a dos personas y lesionando a cuatro. La segunda destruyó

o largo plazo (Leman-Langlois y Oellet, 2009, pp. 58-71). La mayoría de las actividades relacionadas con el terrorismo descubiertas implican la recaudación de fondos dentro de las fronteras del país para financiar actividades en el extranjero³.

Hasta ahora, Suiza se ha librado en gran medida de las actividades primarias. Según el Servicio de Inteligencia de la Confederación, la amenaza del terrorismo no es peligro para el Estado en la actualidad. En el 2010, hubo muchas alertas terroristas en Europa, pero no hay indicios de que Suiza pudiera ser el objetivo directo de atentados⁴. No obstante, puede servir de base para las operaciones de financiación del terrorismo. Si bien su importante plaza financiera no parece desempeñar un papel central a este respecto, no hay que olvidar que “tanto en Suiza como en el extranjero, los sistemas informales y otros métodos alternativos de transferencia de fondos como el Hawala-Banking, en el que los mensajeros (*couriers*) escapan en gran medida al control de las autoridades” (ídem, n. 3, p. 45). Los problemas de prueba también son a menudo muy complicados, incluso insalvables. Por lo tanto, sería arriesgado sacar, prematuramente, conclusiones demasiado optimistas.

3. EL CONVENIO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA REPRESIÓN DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

3.1. El origen y el proceso de ratificación

El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999 (A/RES/54/109). Entró en vigencia en Canadá

el vuelo 182, sobrevolando Irlanda, resultaron 329 muertos, de los cuales 279 eran canadienses.

3 Centro de Análisis de Informes y Transacciones Financieras de Canadá, *Una mirada al lavado de dinero y al financiamiento de actividades terroristas*, enero a marzo del 2011, p. 10. Recuperado de <<https://bit.ly/2wtr7xy>>. Página consultada el 3 de octubre del 2011.

4 Servicio de Inteligencia de la Confederación, *Seguridad en Suiza, Informe anual 2010*, p. 14. Recuperado de <<https://bit.ly/2wpcF9K>>. Página consultada el 3 de octubre del 2011.

el 10 de abril del 2002 y en Suiza el 23 de octubre del 2003. Encarna la respuesta de la comunidad internacional, que ha tomado conciencia de la necesidad de definir una política específica en este ámbito, en eco a los ataques contra las embajadas estadounidenses en Nairobi, Kenia, y Dar Es-Salaam, Tanzania, en 1998 (Alix, 2010, n. 173, p. 125). Sin embargo, en vísperas del 11 de septiembre del 2001, solo cuatro países la habían ratificado. Los trágicos acontecimientos que sacudieron al mundo ese día impulsaron a los Estados a acelerar el proceso. El 28 de septiembre del 2001, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 1373, que instaba, en particular, a los Estados a adherirse a la convención lo antes posible (S/RES/1373, 2001). Ahora hay 174 miembros (en la fecha de 28 août 2011). Sin embargo, la cuestión sigue siendo muy actual porque, como señala Nikos Passas en su informe general sobre la financiación del terrorismo, preparado para el coloquio preparatorio del XVIII Congreso de Derecho Penal, celebrado en abril del 2008 (Passas, 2008, 79, 3/4):

[L]os informes nacionales [...] señalan que no existe una apreciación jurídica uniforme de la lucha contra la financiación del terrorismo. En efecto, se constata una extraordinaria diversidad entre los países en cuanto a las definiciones de financiación del terrorismo, las sanciones, el tratamiento de las víctimas y los procedimientos penales, que alcanza tal cacofonía que ralentiza la cooperación internacional y los acuerdos de asistencia judicial recíproca.

3.2. Las obligaciones de las partes

Las principales obligaciones de los Estados miembros en la convención son tipificar como delito el financiamiento del terrorismo, cooperar entre sí, prestarse asistencia jurídica recíproca y adoptar medidas para reportar y señalar los indicios del financiamiento de actos terroristas. Este último deber debe ser asumido por las instituciones financieras y otras profesiones interviniendo en las transacciones. El punto central del convenio se encuentra en el apartado 1 del art. 2, que define la financiación del terrorismo. Tiene el tenor siguiente:

Comete una infracción en el sentido de la presente Convención toda persona que, por cualquier medio, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, suministre o recaude fondos con la intención de que sean utilizados o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:

- a) un acto que constituya una infracción en virtud y según la definición de uno de los tratados enumerados en anexo;
- b) cualquier otro acto destinado a matar o herir gravemente a un civil, o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando por su naturaleza o contexto, este acto tenga por objeto intimidar a una población u obligar a un Gobierno o a una organización internacional a realizar o abstenerse de ejecutar un acto cualquiera.

3.3. Los elementos materiales

Los elementos objetivos constitutivos de la infracción de financiamiento del terrorismo son la provisión o recaudación de fondos y el acto de terrorismo. El primero es definido de manera amplia. El segundo contiene, por un lado, una acepción propia y, por otro, reenvía a las convenciones sectoriales.

Los fondos son, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 de la convención:

[...] bienes de cualquier tipo, ya sean tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, adquiridos por cualquier medio, y documentos o instrumentos jurídicos, cualquiera que sea su forma, incluida la electrónica o digital, que acrediten un derecho de propiedad o de participación en esos bienes, y en particular créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, mandatos (giros), acciones, valores, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito, sin que esta enumeración sea limitativa.

Pueden o no ser de origen lícito. Su puesta a disposición puede ser hecha no solo por los proveedores de fondos (*bailleurs de fonds*), sino también por aquellos que son responsables de transferir los recursos financieros destinados

a permitir un atentado terrorista. El art. 2, apartado 3, del convenio añade que no es necesario que los fondos en cuestión sean utilizados efectivamente en el contexto de un acto terrorista. Por lo tanto, el mero hecho de realizar una transacción financiera ya es punible (Gafner, 2006, p. 61).

El art. 2, pf. 1, n. 2 del Convenio prevé una definición funcional del terrorismo al considerarlo como un acto que constituye una infracción en consideración de uno de los nueve convenios sectoriales enumerados en el anexo, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Toma de Rehenes del 17 de diciembre de 1979 o el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Explosivos del 15 de diciembre de 1997⁵. Todos describen comportamientos específicos que los Estados miembros buscan tipificar como infracciones. Cada uno de ellos es tratado como un acto terrorista por la convención. El art. 2, pf. 1, lit. b), de esta última estatuye una definición estipulativa y determinativa, que implica el cumplimiento de dos condiciones: el acto debe estar destinado a matar o lesionar gravemente a un civil (o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado) y tiene por objeto intimidar a una población o constreñir un Gobierno (o una organización internacional) a ejecutar o a omitir cualquier acto.

Copia del original a solicitud del autor
Copyright del Instituto Pacífico
www.intitutopacifico.pe

5 Las otras convenciones han sido adoptadas por la Organisation de L'aviation Civile Internationale: la Convention pour la Répression de la Capture Illicite D'aéronefs, du 16 décembre 1970, y la Convention pour la Répression d'actes Illicites Dirigés contre la Sécurité de L'aviation Civile, du 23 septembre 1971, así que, Nations Unies: la Convention sur la Prévention et la Répression des *Infractions* contre les Personnes Jouissant d'une Protection Internationale, y Compris les Agents Diplomatiques, de 14 de décembre de 1973, la Convention sur la Protection Physique des Matières Nucléaires, du 3 mars 1980, y la Convention pour la Répression d'actes Illicites contre la Sécurité de la Navigation Maritime, du 10 mars 1988. Se agregan a la lista: Protocole pour la Répression d'actes Illicites de Violence dans les Aéroports Servant à L'aviation Civile Internationale, du 24 février 1988 (complementaria a la Convention pour la Répression d'actes Illicites Dirigés contre la Sécurité de L'aviation Civile), y el Protocole pour la Répression d'actes Illicites contre la Sécurité des Platesformes Fixes Situées sur le Plateau Continental, du 10 mars 1988.

3.4. Los elementos morales

En cuanto al aspecto subjetivo, la formulación del art. 2, pf. 1, lit. b), de la convención es restrictiva. El autor debe haber proporcionado o recaudado los fondos “con la intención de que sean utilizados o sabiendo que serán utilizados” para cometer un acto de terrorismo. Por lo tanto, es indispensable que haya tenido la intención, por un lado, de cometer el acto, es decir, la transacción financiera propiamente dicha o la búsqueda de fondos y, por otro, de ponerlos a disposición de los grupos terroristas o, al menos, de saber que estaban destinados a operaciones terroristas (Gafner, 2006, p. 66 y s.).

4. LAS DEFINICIONES DEL TERRORISMO

4.1. Las características internacionales comunes

No hay acuerdo global o universal sobre lo que significa la noción de “terrorismo”, ni en el plano de la investigación universitaria ni institucional. Por tanto, sería muy útil llegar a una definición consensuada por al menos dos razones. Por un lado, permitiría hacer más eficaces las medidas antiterroristas adoptadas por los Estados, ya que la concordancia respecto a una referencia conceptual única haría que las estrategias de lucha contra el terrorismo fueran mucho más coherentes. Por otro, contribuiría al progreso del conocimiento mediante la promoción de un marco de referencia común (Martin Vanasse y Benoit, 2005, p. 5 y s., p. 33 y s.). El recurso al derecho comparado es, particularmente, relevante en esta última perspectiva.

Alex Schmid y Albert Jongman analizaron 109 definiciones de terrorismo, recogidas entre 1936 y 1981 (Schmid y Jongman, 2005, p. 5 y s.), y seleccionaron 22 conceptos que clasificaron por su frecuencia. La violencia, el objetivo político y el uso del miedo y el terror son los elementos que se dan con más frecuencia⁶: “Se trata de tres componentes

6 Las categorías y sus frecuencias son, en orden decreciente, las siguientes: “violence, force” (83.5 %), “politique” (65 %), “peur, terreur accentuée” (51 %), “menace” (47 %), “effets (psychologiques) et réactions (anticipées)” (41.5 %), “différenciation victime-cible”

necesarios, pero insuficientes para alcanzar una definición completa de terrorismo. [...] otros elementos como las metas (*cibles*) o los objetivos se deben tener en cuenta” (ídem. nota precedente). En general, las definiciones elegidas por las autoridades nacionales o internacionales consideran esencialmente dos factores intencionales. El primero es la coacción sobre un Estado (o una organización internacional) o la intimidación pública, a veces también la desestabilización de las estructuras institucionales. En segundo lugar, algunas legislaciones, como las de Inglaterra o Canadá, especifican aún que el acto debe haber sido perpetrado con la intención de expresar una idea de carácter político, religioso o ideológico (Hennebel y Lewkowicz, 2009, p. 17, 40 y s.).

4.2. Las definiciones en la legislación canadiense

4.2.1. La definición del Código Criminal

La LAT modificó varias leyes⁷, incluyendo el Código Penal⁸. La parte II.1, titulada “Terrorismo” (*terrorism*), fue insertada en este úl-

(37.5 %), “action intentionnelle, planifiée, systématique, organisée” (32 %), “méthode de combat, stratégie, tactique” (30.5 %), “hors-norme, en violation des règles, sans contrainte humaine” (30 %), “coercition, extorsion, incitatif à l’obéissance” (28 %), “publicité” (21.5 %), “arbitraire, impersonnel, caractère aléatoire, sans discrimination” (21 %), “victimes: civils, non-combattants, neutres” (17.5 %), “intimidation” (17 %), “accentuation de l’innocence des victimes” (15.5 %), “groupes, mouvements, organisations comme auteurs” (14 %), “aspects symboliques, démonstration aux autres” (13.5 %), “violence incalculable, imprévisible, inattendue” (9 %), “nature clandestine” (9 %), “caractère répétitif ou en série de la violence” (7 %), “criminel” (6 %), “exigences faites à des parties tierces” (4 %). Traducción de Martín Vanasse; Benoit, 2007, p. 45.

7 Principales textos legislativos concernidos: Loi sur les secrets officiels, Loi sur la protection de l’information, Loi sur la preuve au Canada, Loi sur le recyclage des produits de la criminalité, Loi sur l’accès à l’information, Loi canadienne sur les droits de la personne, Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, Loi sur la Cour fédérale, Loi sur les Armes à feu, Loi sur la Défense Nationale, Loi sur la Protection des Renseignements Personnels et les Documents Electroniques, Loi sur la Protection des Renseignements Personnels, Loi sur L’administration des Biens Saisis, Loi sur les Nations Unies.

8 Historia del Proyecto de Ley C-36. Recuperado de <<https://bit.ly/2lh00Z4>>.Página consultada el 3 de octubre del 2011).

timo (art. 83.01 a 83.33 C.cr.). La enmienda legislativa introdujo, en particular, los conceptos de “actividad terrorista” y “grupo terrorista” (*terrorist activity, terrorist group*, apartado 83.01 (l) C.cr.). La “infracción de terrorismo” (*terrorism offence*, art. 2 C.cr.) es definida mediante un reenvío, ya que engloba las infracciones previstas en los arts. 83.02 a 83.04 C.cr. y 83.18 a 83.23 C.cr., y los actos criminales cometidos en provecho o, bajo la dirección de un grupo terrorista o en asociación con él, así como aquellos cuyo elemento material —acto u omisión— también constituye una actividad terrorista⁹.

La “actividad terrorista” puede adoptar dos formas. Por una parte, se trata de cualquier acto —acción u omisión— ya sea cometido en Canadá o en el extranjero, que constituya una infracción de terrorismo en el sentido de una de las diez convenciones firmadas por Canadá y citadas en el art. 83.01 (1) (a) C.cr.¹⁰. Por otro lado, la cláusula 83.01 (1) (b) proporciona una definición autónoma y genérica:

[...] un acto, acción u omisión, cometido ya sea en Canadá o en el extranjero:

i) De una parte, cometidos a la vez:

(A) en nombre —exclusivamente o no— de un fin, objetivo o causa de índole política, religiosa o ideológica;

(B) con el propósito —exclusivamente o no— de intimidar a toda o parte de la población con respecto a su seguridad, entre otras en el plan económico, o de obligar a una persona, Gobierno u organización nacional o internacional a hacer o abstenerse de hacer algo, ya sea, que la persona, población, Gobierno u organización se encuentre o no en Canadá.

ii) De otra parte, quién intencionadamente, según sea el caso:

9 Le complot ou la tentative en vue de commettre l'une de ces infractions ou, relativement à Tune de celles-ci, la complicité après le fait ou l'encouragement à la perpétration sont également considérés comme des infractions de terrorisme.

10 Son las mismas convenciones que las citadas en anexo de la Convention Internationale pour la Répression du Financement du Terrorisme, en las cuales ha sido adjuntada esta última.

- (A) causa lesiones graves o la muerte a una persona usando la violencia;
- (B) pone en peligro la vida de una persona;
- (C) compromete gravemente la salud o la seguridad de toda o parte de la población;
- (D) cause daños materiales considerables, que los bienes sean públicos o privados, en circunstancias tales que sea probable que se produzca alguna de las situaciones mencionadas en las cláusulas (A) a (C);
- (E) perturbe o paralice gravemente los servicios, instalaciones o sistemas esenciales, ya sean públicos o privados, excepto en el contexto de reivindicaciones, protestas o manifestaciones de desacuerdo o paro laboral que no tengan la finalidad de provocar una de las situaciones mencionadas en las cláusulas (A) a (C).

El párrafo 83.01 (1) (b) del C.cr. precisa que:

[S]on comprendidos en esta definición, en relación con tal acto, la conspiración, la tentativa, la amenaza, la complicidad después del hecho y la incitación a la perpetración; se comprende que esta definición no incluye el acto —acción u omisión— cometido durante un conflicto armado y que, en el momento y lugar de su comisión, se ajuste al derecho internacional consuetudinario o al derecho internacional convencional aplicable al conflicto, ni las actividades realizadas por las Fuerzas Armadas de un Estado en el ejercicio de sus funciones oficiales, en la medida en que esas actividades se rijan por otras normas del derecho internacional.

Un “grupo terrorista” es “una entidad uno de cuyos objetivos o una de cuyas actividades es llevar a cabo o facilitar actividades terroristas” (art. 83.01 (1) C.cr.)¹¹. Esta categoría también incluye las entidades registradas (*listed entities*) en el sentido del art. 83.05 C.cr.¹².

11 El artículo precisa que una entidad es una “persona, grupo, fiduciaria (*fiducie*), sociedad de personas o fondos, u organización o asociación sin personalidad jurídica”.

12 “El gobernador en consejo podrá, mediante reglamento, establecer una lista en la que figurará cualquier entidad de la que esté convencido, por recomendación del

4.2.2 La definición retenida en materia de inmigración

21. En el dominio de la inmigración, el Tribunal Supremo del Canadá ha adoptado una definición menos compleja, basada en el art. 2 n. 1 lit. b del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo. En el asunto *Suresh vs. Canadá*¹³, consideró que el término “terrorismo”, figurando en el derogado art. 19 de la Ley de Inmigración¹⁴ incluía¹⁵:

[C]ualquier acto destinado a matar o lesionar gravemente a un civil, o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, por su naturaleza o contexto, tenga por objetivo intimidar a una población u obligar a un Gobierno o a una organización internacional a realizar o abstenerse de realizar un acto cualquiera.

ministro de Seguridad Pública y Preparación para Situaciones de Emergencia, de que haya motivos razonables para creer que: a) ha llevado a cabo, intentado llevar a cabo, participado o facilitado a sabiendas una actividad terrorista; b) ha actuado a sabiendas en nombre de una de las entidades a que se hace referencia en el párrafo a), bajo su dirección o en cooperación con ella” (pf. 2).-83,05 (1) C.cr.). La entidad incluida en la lista es considerada *ipso iure* como un grupo terrorista; esta “lista de delincuentes” debe distinguirse de las establecidas sobre la base de los siguientes criterios sobre la base del Règlement D’application des Résolutions des Nations Unies sur Al-Qaïda et le Taliban, DORS/99-444 et du Règlement D’application des Résolutions des Nations Unies sur la Lutte contre le Terrorisme, DORS/2001-360.

- 13 La solicitud de residencia permanente de Manickavasagam Suresh se denegó sobre la base de los artículos 53 (1) (b) y 19 (1) la antigua Ley de Inmigración de 1985, L.R.C. El Solliciteur Général du Canadá y el ministro de Ciudadanía e Inmigración habían iniciado un procedimiento para deportarlo a Sri Lanka aduciendo que no era admisible en Canadá por razones de seguridad. Lo consideraban miembro y habían participado en actividades de recaudación de fondos de los Tigres de Liberación del Ealam Tamil, una organización activa en Canadá bajo los auspicios del Movimiento Mundial Tamil.
- 14 La sentencia había sido dictada antes que el texto actual de la Loi sur L’immigration et la Protection des Réfugiés, L.C. 2001, c. 27, entrase en vigencia. Las referencias al “terrorismo” figuran ahora en los incs 34 (1) (c) y 35 (1) (b) de la ley.
- 15 *Suresh C. Canadá* (ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), [2002] 1 R.C.S 3, par. 98. La Corte ha estimado que el término utilizado reviste un sentido “suficientemente certero por ser práctico, razonable y constitucional”.

La Comisión Especial del Senado sobre la Ley contra el Terrorismo lamentó que coexistieran dos definiciones de terrorismo en la legislación canadiense y propuso que el Gobierno adoptara solo una, aplicable a las leyes federales. La opinión expresada refuerza la idea de que no es deseable un desglose de (éclatement) definiciones y que se debe tratar de llegar a un consenso:

[C]onsideramos preocupante que se utilicen dos definiciones de terrorismo en el contexto jurídico canadiense. También nos preocupa que el Gobierno pueda decidir, en algún momento, incluir diferentes definiciones de terrorismo en diferentes leyes, dependiendo de la materia que se trate. Este es el enfoque que han adoptado los Estados Unidos. Tiene ventajas, a saber, que cada definición puede adaptarse a las necesidades del ámbito en cuestión, pero estas ventajas, en nuestra opinión, no bastan para compensar la confusión que resulta de la existencia de múltiples definiciones, en cuanto a determinar qué definición aplicar y cómo interpretarla de conformidad con la Constitución. Los ciudadanos necesitan saber exactamente cuáles serán las consecuencias de sus acciones, ya sea en materia de inmigración, derecho penal o cualquier otro ámbito. La presencia de varias definiciones contribuye a la falta de claridad en torno a la cuestión de lo que constituye terrorismo¹⁶.

4.3. La definición en el derecho penal suizo

El artículo 260 quinquies del CP-CH¹⁷ no penaliza el terrorismo de forma autónoma, sino solo su financiamiento (*financement du terrorisme*, *Finanzierung des Terrorismus*, *finanziamento del terrorismo*). Es comprendido como: “[...] un acto de violencia criminal destinado a intimidar a una población u obligar a un Estado o a una organización internacional a realizar o abstenerse de realizar un acto cualquiera”.

16 Canadá, Senado, Comité Especial del Senado sobre la Ley Antiterrorista, Justicia fundamental en tiempos excepcionales, febrero del 2007, p. 17. Recuperado de <<https://bit.ly/2liTW2h>>. Página consultada el 3 de octubre del 2011.

17 Historia de la evolución legislativa. Página consultada el 3 de octubre del 2011. Recuperado de <<https://bit.ly/39IYIYI>>.

Un acto de violencia criminal¹⁸ es un “crimen grave que implica el uso de la violencia”¹⁹. Un crimen es una infracción punible con una pena privativa de la libertad de más de tres años (art. 10, inc. 2 CP-CH)²⁰. Los actos de violencia pueden estar vinculados a tres grupos de infracciones (cabe señalar que el uso de la fuerza no es una condición necesaria, ya que la propagación de un virus peligroso puede, por ejemplo, constituir un caso de aplicación) (Cassani, 2003, pp. 293-298): en primer lugar, ciertas conductas dirigidas contra personas, como el homicidio (art. 111 CP-CH), el asesinato (art. 112 CP-CH) o lesiones corporales graves (art. 122 CP-CH); así mismo, la destrucción de bienes que entrañe un peligro concreto y grave para la integridad corporal humana, en particular ciertos incendios o explosiones; por último, los ataques a la libertad con un riesgo actual de que se cometan lesiones corporales graves, como el confinamiento prolongado de rehenes.

En el ámbito penal, no se prevé listas de entidades como aquellas estatuidas respecto a los arts. 83.05 a 83.07 C.cr.²¹. El Ministerio Público

-
- 18 Es mejor concordar “criminal” con acto, como era el caso en el proyecto del Conseil Fédéral.
- 19 Mensaje del Consejo Federal (Gobierno Federal) del 26 de junio del 2002 sobre los Convenios internacionales para la represión de la financiación del terrorismo y para la represión de los atentados terroristas, así como para la modificación del Código Penal y la adaptación de otras leyes federales, Federal Leaf, 2002, p. 5014-5062. Recuperado de <<https://bit.ly/2vpvwBr>>. Página consultada el 3 de octubre del 2011.
- 20 En el derecho penal suizo, hay tres categorías de delitos: crímenes, delitos y contravenciones (en orden decreciente de gravedad). Los delitos se castigan con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con una pena pecuniaria (art. 10, al. 3 CP-CH). Las contravenciones se castigan con una multa de un máximo de 10,000 francos suizos (art. 103 et 106, al. 1 CP-CH), es decir, aproximadamente 11,200 dólares canadienses (curso del 16 de septiembre del 2011).
- 21 Sin embargo, existe una Ley Federal sobre la aplicación de sanciones internacionales (RS 946.231) sobre la base de la cual se promulgó una ordenanza sobre medidas contra personas y entidades asociadas con Osama Bin Laden, el Grupo Al Qaeda o a los talibanes (RS 946.203). De conformidad con el art. 3, al. 1, de este último, “se congelarán los activos y recursos económicos que pertenezcan a las personas físicas y jurídicas, grupos o entidades enumerados en el anexo 2 o estén bajo su control”.

debe, por lo tanto, en todos los casos probar la existencia de un acto de violencia criminal.

4.4. Comparación

Los casos en cuestión establecidos por la interpretación en el derecho suizo coinciden, en gran medida, con los citados por el legislador canadiense en el apartado 83.01 (1) (b) (ii) del C.cr., con excepción de la situación prescrita en la división (E), aunque esta pueda igualmente corresponder, según las circunstancias, a un acto de violencia criminal en el sentido del derecho suizo. En efecto, si bien constituye la parte más amplia de la definición de terrorismo, es, sin embargo, también la más imperfecta y que no aparece con claridad qué servicios pueden considerarse esenciales, puede aceptarse, por ejemplo, que el cierre u obstrucción de carreteras entren dentro del ámbito de la definición legal (Roach, 2001 —reimpreso 2002—, pp. 151 y 158). Sin embargo, el artículo 237 CP-CH sanciona a todo aquel que obstruya la circulación pública. Esta última comprende todos los desplazamientos de una persona o cosa de un lugar a otro, siempre que se realicen en un lugar que sea accesible para este uso a un número indeterminado de individuos (Corboz, 2010, n.º 3-6 ad art. 237 CP-CH, p. 153). En tierra, debe haber una carretera, un camino o un área de maniobras o estacionamiento. Cualquiera que impida o interrumpa el tráfico público poniendo en peligro, a sabiendas, la vida o la integridad física de un gran número de personas²² son culpables, en nuestra opinión, de un acto criminal de violencia.

Si bien Canadá ha preferido definir la segunda parte del acto terrorista (inc. 83.01 (1) (b) (ii) C.cr.) de manera relativamente detallada apoyándose en una lista de cinco intenciones secundarias, Suiza ha op-

22 Más de diez personas según la sentencia del Tribunal Federal (ATF) 106 IV 121, 124-125, considerando 3d. Las sentencias del Tribunal Federal pueden consultarse en el portal. Recuperado de <<https://bit.ly/32NhwNT>>. Página consultada el 3 de octubre del 2011).

tado por una norma general y abstracta basada en el art. 2.2 pf. 1 lit. b) de la Convención Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo, similar a la descrita en la cláusula 83.01 (1) (b) (i) C.cr. Esta última solución, análoga a la definición adoptada por la Corte Suprema de Canadá en el caso Suresh, nos parece preferible. De hecho, si el legislador suizo ha renunciado a establecer una lista enumerativa de infracciones concretas para describir el acto de violencia, es porque estimó, correctamente en nuestra opinión, que tal solución habría resultado demasiado complicada. Además, no puede descartarse el riesgo de que resulte incompleta (Conseil Fédéral, Message, du 26 juin 2002, p. 5062). Al igual que en el derecho suizo, debería incumbir al juez penal, en cada caso concreto, basarse en la formulación legal general y evaluar el comportamiento incriminado teniendo en cuenta todos los criterios pertinentes.

El derecho suizo no exige que el acto terrorista se cometa en nombre de una finalidad, de un objetivo o de un objetivo de índole política, religiosa o ideológica. Este enfoque legislativo es preferible. Este aspecto ha sido un tema importante del debate doctrinal en Canadá. Dada su particular importancia en términos de una formulación más apropiada de la infracción de terrorismo, la examinaremos con más detalle ulteriormente (*infra*, acápite n. 7.3).

Copia del original a solicitud del autor
Copyright del Instituto Pacífico

5. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO EN AMBOS SISTEMAS JURÍDICOS

5.1 En el derecho canadiense

5.1.1 Las disposiciones del Código Criminal

La ley LAT creó nuevas infracciones relacionadas con el financiamiento del terrorismo. Se agrupan en los arts. 83.02 a 83.04 C.cr.²³.

23 Se trata de infracciones de financiamiento de terrorismo en sentido estricto (formal). En una acepción más amplia es posible añadir el artículo 83.08 C.cr., que prohíbe en particular la transacción a sabiendas de bienes de propiedad de un grupo terrorista; el

El art. 83.02 C.cr., sanciona a quien proporciona o recolecta bienes “con miras a ciertos actos”:

Es culpable de un acto criminal pasible de una pena de prisión máxima de diez años, quien, directa o indirectamente, proporciona o recolecta, deliberadamente y sin justificación o excusa legítima, bienes con la intención de utilizarlos —o sabiendo que se les utilizará— en su totalidad o en parte, para cometer:

a) un acto u omisión que constituya una de las infracciones previstas en los incisos (a) (I) a (IX) de la definición de “actividad terrorista” del párrafo 83.01 (1);

b) cualquier otro acto —acción u omisión— destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a una persona que no participe directamente a las hostilidades en una situación de conflicto armado, en particular un civil, si, por su naturaleza o contexto, este acto está destinado a intimidar a la población u obligar a un Gobierno o a una organización internacional a ejecutar o abstenerse de realizar un acto cualquiera.

El art. 83.03 C.cr., sanciona el hecho de “proporcionar (*fournir*), poner a disposición, etc., bienes o servicios con fines terroristas”.

Es culpable de un acto criminal pasible de pena de prisión máxima de diez años, quien, directa o indirectamente, recaude bienes o proporcione —o invite a otra persona a hacerlo— o ponga a disposición bienes o servicios financieros o conexos:

a) sea con la intención de que sean utilizados —o a sabiendas de que serán utilizados—, en su totalidad o en parte, para una acti-

artículo 83.18 C.cr., que prohíbe la participación o contribución a sabiendas en una actividad de un grupo terrorista; el artículo 83.19 CC, que prohíbe la facilitación consciente de una actividad terrorista; el artículo 83.21 CC, que prohíbe, entre otras cosas, dar instrucciones a una persona para que lleve a cabo una actividad en beneficio de un grupo terrorista; y el artículo 83.22 CC, que prohíbe dar instrucciones a una persona para que lleve a cabo una actividad terrorista a sabiendas.

vidad terrorista, para facilitar tal actividad o para beneficiar a una persona para que ejecute tal actividad o la facilite;

b) sea a sabiendas de que serán utilizados, total o parcialmente, por un grupo terrorista o que beneficiarán a este, en todo o en parte.

Sección 83.04 C.cr., incrimina el hecho de “utilizar o tener en su posesión bienes para fines terroristas”:

Es culpable de un acto criminal punible de una pena de prisión no mayor de diez años quien, según los casos:

(a) utiliza bienes, directa o indirectamente, en todo o en parte, para una actividad terrorista o para facilitarla;

(b) posee bienes con la intención de que sean utilizados —o a sabiendas de que serán utilizados— directa o indirectamente, en todo o en parte, para una actividad terrorista o para facilitarla.

5.1.2. Los elementos materiales

Los elementos materiales de las tres infracciones se definen de tal manera para abarcar un espectro muy amplio de relaciones con terroristas, algunas de las cuales solo están tenuemente vinculadas a una actividad llevada a cabo por estos (Davis, 2001, pp. 299 y 301). Cualquier vínculo económico con una “actividad terrorista” puede caer dentro del ámbito de aplicación de cualquiera de las dos disposiciones. Las mismas que se aplican tanto a una tienda que vende leche a una “persona que facilita una actividad terrorista”, a un peluquero que le corta el pelo o a un dueño del restaurante que sirve comida a los miembros de un “grupo terrorista”, sin consideración de la amplitud de la contribución material a los fines perseguidos por la persona o el grupo concernido. Este punto de vista, va más allá de lo que exige la Convención Internacional sobre la Represión del Financiamiento del Terrorismo, las cuales están destinadas a implementar su aplicación y que requieren la incriminación de la provisión o de la recolecta de fondos, pero no de toda actividad

económica que tenga un vínculo más o menos lejano con el terrorismo (Webb, 2006, pp. 53 y 69).

Los términos “proporciona” (*provides*) y “pone a disposición” (*makes available*) que figuran en el art. 83.03 C.cr., parecen ser lo suficientemente amplios para comprender a las personas que suministran bienes, sobre una base meramente comercial, con fines prohibidos. En otras palabras, no parecen aplicarse solo a los que entregan bienes para su uso en relación con el terrorismo, sino también a cualquier persona que los venda o alquile para su empleo en relación con el terrorismo, en condiciones comercialmente razonables (Davis, 2001, p. 301).

El inciso 83.04 (b) C.cr. establece una regla que va más allá de lo dispuesto en la Convención Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo²⁴. No requiere que el fiscal demuestre que haya sido efectivamente suministrado un bien cualquiera o facilitado bienes a una persona involucrada en una actividad terrorista. Además, a diferencia de los arts. 83.02 y 83.03 C.cr., que se refieren a una persona que “recauda” (*collects*) bienes para un fin similar, el inciso 83.04 (b) C.cr. no exige que la Corona establezca que la persona inculpada ha cometido un acto manifiesto para concretar su intención ilícita. Solo tiene que probar que el acusado estaba en posesión de los bienes —en lugar de proporcionar, reunir o utilizar— aún si esta posesión era anterior a la intención delictuosa. Por ejemplo, teóricamente, el propietario de un restaurante podría hacerse responsable penalmente desde que aceptara una reservación de mesa de parte de terroristas conocidos, si él tenía la intención de que su establecimiento fuera utilizado, o si sabía que sería utilizado, por estos delincuentes para discutir sobre sus actividades terroristas mientras cenaban (Davis, 2001, p. 301 y s.).

24 En el art. 2, n. 1 de la convención se exige a los Estados que tipifiquen como delito el suministro o la recaudación de fondos. La cláusula 5 también castiga a la persona que participa como cómplice de la infracción, organiza su comisión (u ordena a otros a cometerla) o contribuye a su comisión por un grupo de personas que actúan de forma concertada.

Bajo reserva del conocimiento culpable y de la intención requerida, numerosos objetos pueden ser fuente de responsabilidad penal: “Puede ser una pistola, una sustancia explosiva, un teléfono celular, una computadora, un documento de identificación falso [...]”. En cuanto a los servicios financieros, también puede resultar incriminatorio el uso de cualquiera de los múltiples medios de intercambio o tránsito de dinero (Hébert, 2002, p. 181).

El art. 83 (03) C.cr., no solo incrimina el financiamiento de una actividad terrorista, sino también el financiamiento de cualquier “persona que ejecute o facilite dicha actividad” o de un “grupo terrorista”. Es ciertamente razonable presumir que financiar a una persona que participa en una actividad terrorista implica una relación causal con la actividad terrorista subsiguiente. Sin embargo, en algunos casos, la hipótesis no se verifica, el vínculo no existe o es demasiado débil. Por ejemplo, en el caso del dueño del restaurante descrito anteriormente, si sirve un plato a una persona sabiendo que ha estado involucrada en una actividad terrorista, podría ser castigado por proporcionar un bien a sabiendas de que se utilizará, en su totalidad o en parte, para beneficiar a una persona que comete o facilite dicha actividad, en el sentido del párrafo 83.03 (a) C.cr. Sin embargo, el vínculo entre el acto del propietario del restaurante y la actividad terrorista subsiguiente es muy incierto o, si existe efectivamente, **muy poco convincente** (Davis, 2001, p. 302 y s.).

5.1.3. Los elementos morales

Subjetivamente, el acusado debe haber sabido que los bienes serían utilizados para el terrorismo. Las personas que apoyan a una organización, pero que no sospechan que todo o parte del dinero que dan será derivado para financiar la violencia política o religiosa, no son punibles. Esta restricción protege a quienes financian el terrorismo sin su conocimiento, pero también dificulta la tarea de las autoridades de persecución. Sin embargo, cuando un grupo ha sido registrado como entidad terrorista, es más difícil para un imputado alegar que ignoraba que las

sumas que él le asignaba se utilizarían, en su totalidad o en parte, para promover el terrorismo (Roach, 2003, p. 39).

La redacción del art. 83.02 C.cr. difiere de las otras dos disposiciones mencionadas, al exigir que el autor haya obrado “voluntariamente y sin justificación” (*wilfully and without law justification*), al igual que la Convención para la Represión de la Financiación del Terrorismo, que establece, en su art. 2, n. 1, que la persona debe haber actuado “ilícita y deliberadamente”. Las razones y consecuencias de esta falta de uniformidad entre las tres formulaciones legales no son claras (Davis, 2001, p. 304).

A veces, la prueba de que un acusado ha realizado los elementos materiales lleva a admitir que los elementos morales (subjetivos) requeridos también están presentes. Este enfoque es permitido en los procedimientos penales debido a la dificultad de obtener pruebas directas de la esfera interna del acusado. Pero considerar que la prueba de la realización del elemento material implica la del elemento moral va contra la regla que establece que este último es una condición autónoma para la realización de la infracción (Davis, 2001, p. 304 y s.).

5.2. En el derecho suizo

5.2.1. La disposición del Código Penal

El art. 260quinquies CP-CH (“financiamiento del terrorismo”) dispone:

1. Quien, con el fin de financiar un acto de violencia criminal dirigido a intimidar a una población u obligar a un Estado o a una organización internacional a realizar o abstenerse de ejecutar un acto cualquiera, recaude o ponga a disposición fondos, será penado con una pena privativa de libertad no mayor de cinco años o con una pena pecuniaria.
2. Si el autor se ha limitado a acomodarse con la eventualidad de que los fondos en cuestión sirvan para financiar un acto terrorista, no es punible en el sentido de esta disposición.

3. El acto no es considerado como financiación del terrorismo cuando tiene por objeto establecer o restablecer un régimen democrático o el Estado de derecho, o permitir el ejercicio o la protección de los derechos humanos.

4. El inc. 1 no se aplica si la financiación está destinada a apoyar actos que no entren en conflicto con las normas del derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado.

5.2.2. Los elementos objetivos

Los elementos objetivos de la infracción son el acto terrorista, así como la recaudación y el suministro de fondos. Recaudar fondos significa recolectar valores patrimoniales²⁵, acumularlos para uso futuro, sin requerir una transferencia efectiva. La puesta a disposición corresponde a la transferencia de estos valores (Gafner, 2006, p. 200).

La administración de los mismos cae bajo los efectos de la disposición cuando su finalidad es permitir la utilización de los fondos con fines terroristas (Conseil Fédéral, Message du 26 juin 2002, p. 5065). La noción de administración abarca la gestión, el almacenamiento y cualquier intervención que permita o facilite el acceso a los recursos que se destinan a objetivos terroristas (Gafner, 2006, p. 201).

El financiamiento del terrorismo es una infracción de designio (*dessein*) (en alemán, *Absichtsdelikt* o *Delikt mit uberschuessender In-nentendenz*). No es necesario que los valores patrimoniales hayan sido efectivamente utilizados en relación con un acto terrorista para que sea realizada (Donatsch y Wohlers, 2004, p. 48, 201 y s; Fiolka, 2007, n.

25 El concepto de “bienes patrimoniales” es utilizado a menudo por el legislador penal, en particular en materia de confiscación. Es suficientemente general para cubrirla de “fondos”, establecida en el art. 1, n. 1, del Convenio para la Represión de la Financiación del Terrorismo. Incluye todos los beneficios económicos significativos en dinero. Estos valores no se limitan a los bienes materiales, como el dinero en efectivo o las piedras preciosas, sino que también comprenden derechos reales, créditos, valores y derechos inmateriales (véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Federal del 19 de febrero del 2001, 6S.667/2000, considerando 2b y las referencias de jurisprudencia citadas).

13 ad art. 260quinquies CP-CH, pp. 1731 y 1736): desde que el autor ha reunido o puesto a disposición los fondos, se consuma la infracción. Lo mismo se aplica, por ejemplo, a la corrupción activa de funcionarios públicos extranjeros (art. 322sexies, inc. 1 CP-CH), pues el autor es punible desde que ha ofrecido, prometido u otorgado un beneficio indebido a un funcionario público extranjero para que este viole sus deberes o haga uso de su poder de apreciación. El acto en cuestión, en relación con la actividad oficial, no tiene necesariamente que haber sido ejecutado u omitido (Perrin, 2008, pp. 208-210).

5.2.3. Los elementos subjetivos

Los elementos subjetivos son la intención (*agit intentionnellement quiconque commet un crime ou un délit avec conscience et volonté*, art. 12, inc. 2 CP-CH) y designio de financiar la actividad terrorista. Basta con que el autor sepa y quiera financiar un acto terrorista, aunque no tenga una idea exacta sobre en qué consiste y poco importa si los fondos son utilizados realmente, en última instancia, por los terroristas para cometer un acto de violencia criminal (Corboz, 2010, n. 32 ad art. 260quinquies CP-CH, p. 355 y s.). Al contrario, no es punible quien recauda o pone a disposición fondos ignorando por negligencia²⁶ que estos valores patrimoniales serán utilizados con fines terroristas (Donatsch y Wohlers, 2004, pp. 48 y 202).

5.3. Comparación

Al establecer en el art. 260quinquies, inc. 2 CP-CH que “si el autor se limita a aceptar la posibilidad de que los fondos en cuestión sirvan para financiar un acto terrorista, no es punible en el sentido de esta dis-

26 “Obra con negligencia quien, mediante una imprevisión culpable, comete un crimen o un delito sin darse cuenta de las consecuencias de su acto o sin tenerlas en cuenta. La imprevisión es culpable cuando el autor no ha tomado las precauciones exigidas por las circunstancias y por su situación personal” (art. 12, al. 3 CP).

posición”, el legislador suizo ha excluido expresamente la comisión del delito mediante dolo eventual. Esta noción es similar a la de indiferencia (*recklessness*) en el derecho canadiense. Como veremos, este último permite una incriminación más amplia que el derecho suizo y, por lo tanto, consagra una solución más apropiada (*infra*, subtítulo 7.4).

El artículo 260 quinquies CP-CH sanciona el apoyo financiero para un acto terrorista específico. La ley canadiense permite una penalización más amplia, lo cual es preferible. También en este caso se trata de una cuestión especialmente importante que merece un capítulo aparte (*infra*, subtítulo 7.5).

6. LA JURISPRUDENCIA

6.1. Las estadísticas

En 2009, todavía no se había dictado ninguna sentencia sobre la base del art. 260 quinquies CP-CH (estadísticas judiciales)²⁷. La policía solo registró una infracción en toda Suiza en 2009 y ninguna en 2010 (estadísticas policiales).

El 21 de marzo del 2011, la Corte de Apelación de la Colombia-Británica desestimó una petición de la Corona de aumentar una pena de seis meses, pronunciada por primera vez en Canadá por una imputación de financiación del terrorismo²⁸. Presentaremos brevemente las dos sentencias dictadas en este caso. Dado que el tema central que se discute allí es el de la determinación de la pena, analizaremos enseguida cuáles son las reglas en ambos sistemas jurídicos.

27 Office Fédéral de la Statistique, “Code Pénal condamnations selon articles du CP-CH”. Recuperado de <<https://bit.ly/2PjkMVm>>. Página consultada el 3 de octubre del 2011). No hay estadísticas para 2010 y 2011 todavía.

28 Centre d'Analyse des Opérations et Déclarations Financières du Canada, 2011, p. 12 et 13. Por el contrario, varias sentencias sobre terrorismo fuera de la problemática de su financiamiento ya han sido dictadas. Ver, por ejemplo, recientemente R. v. Khawaja, 2010, ONCA, 862.

6.2. El caso Thambathurai

Prapaharan Thambathurai llegó a Vancouver el 11 de marzo del 2008. Dos días después, los equipos integrados de seguridad nacional de la Real Policía Montada de Canadá (*Gendarmerie Royale du Canada*) iniciaron una investigación en su contra por financiación de terrorismo en virtud del art. 83.03 C.cr., en favor de los Tigres de Liberación del Ealam Tamil, organización que había sido incluida en la lista de entidades terroristas en virtud del art. 83.05 C.cr., desde abril del 2006. El 13 de marzo del 2008, Prapaharan Thambathurai obtuvo 600 dólares de un donante y también recibió una promesa de 300 dólares de otra persona. Confesó a los investigadores que había venido a Columbia Británica para reunir fondos y que había recolectado entre 2000 y 3000 dólares desde fines de 2007.

En los “fundamentos orales para la sentencia” (*oral reasons for sentence*) (R. v. Thambathurai, 2010 BCSC 1949), el 14 de mayo del 2010, el juez Powers no procedió a un análisis detallado del art. 83.03 C.cr. Constató que el acusado había alegado ser culpable²⁹ de haber reunido bienes en el sentido de esta disposición, en este caso dinero, sabiendo que sería utilizado, total o parcialmente, por un grupo terrorista. El juez se centró en la cuestión de la determinación de la pena, señalando que era la primera vez que se dictaba una sentencia en virtud del artículo 83.03 C.cr. y que, por lo tanto, no podía basarse en precedentes para establecer la pena apropiada. Mientras que la Corona requería una pena de dos años de prisión, el juez condenó al imputado a seis meses. El 21 de marzo de 2011, la Corte de Apelación de la Columbia Británi-

29 El Prapaharan Thambathurai admitió los hechos sobre la base del artículo 655 C.cr., que establece que “cuando un acusado procesado por un acto criminal, él mismo o su abogado pueden admitir cualquier hecho alegado contra el acusado a fin de prescindir de la necesidad de probarlo”. Supreme Court of British Columbia, Her Majesty the Queen vs. Prapaharan Thambathurai, Admissions of Fact, Court File N.º 24958-1, Vancouver Registry (29 abril 2010), page consultée le 3 octobre 2011). Recuperado de <<https://bit.ly/2vzdOv6>>.

ca desestimó una petición de la Corona para aumentar la pena (R. v. Thambathurai, 2011 BCCA 137).

6.3. La determinación de la pena en materia de financiamiento del terrorismo

6.3.1. En el derecho canadiense

En su decisión, el juez Powers se basó en especial en los arts. 718 C.cr. (“Objetivo”, “Finalidad”, *Objectif, Purpose*)³⁰, 718.1 C.cr. (“Principio fundamental”, *Fundamental principle*)³¹ y 718.2 C.cr. (“Principios de determinación de penas”, *Other sentencing principles*). Estos se incorporan en la parte XXIII del Código Criminal, consagrada a la determinación de la pena³².

En esencia, las consideraciones tomadas en cuenta por el juez fueron las siguientes (R. v. Thambathurai, 2010 BCSC 1949, n. 75, par. 10 y ss.):

- No existe una pena mínima para la infracción definida en la sección 83.03 C.cr. y el límite establecido por el legislador es de diez años de prisión.
- Según la fiscalía, los objetivos centrales del procedimiento eran denunciar la conducta ilícita y la disuasión. Las disposiciones sobre terrorismo del Código Criminal se refieren a comportamientos que pueden tener impactos significativos y determinan-

30 La sanción se orienta a “denunciar el comportamiento ilegal” (inc. (a)) y a “disuadir a los delincuentes, y a cualquier otro, de cometer infracciones” (inc. (b)).

31 “La pena es proporcional a la gravedad de la infracción y al grado de responsabilidad del delincuente”.

32 Cabe señalar también que el artículo 83.26 C.cr. dispone que “la pena —salvo una pena de prisión a perpetuidad— impuesta a una persona por una infracción prevista en uno de los artículos 83.02 a 83.04 [...] es ejecutada consecutivamente: a) a toda pena —salvo una pena de prisión a perpetuidad— sancionando otra infracción basada en los mismos hechos; (b) a cualquier otra pena —salvo una pena de prisión a perpetuidad—, en curso de ejecución infligida a una persona por una infracción prevista en uno de estos artículos.

tes en la forma en que viven los miembros de la sociedad. *In casu*, cada pequeño monto representaba una contribución a un perjuicio grave. El acusado también poseía material de propaganda importante. El plan establecido para recaudar los fondos era sofisticado, lo que confirmaba que sabía que los beneficios que recibían los Tigres no eran de importancia secundaria.

- En descargo, la defensa alegó que el acusado no tenía antecedentes judiciales, que había accedido a declararse culpable y que esto indicaba que tenía remordimientos. También destacó los aspectos positivos de su existencia, en particular el hecho de que hasta el momento había mostrado ser respetuoso de la ley al participar en la vida económica. Después de su puesta en libertad, se había comportado de manera ejemplar. También señaló que los Tigres ya no existían y que, por lo tanto, ya no constituían una amenaza para la comunidad (en mayo del 2009, el Gobierno de Sri Lanka declaró haber derrotado a los Tigres). Las cantidades recaudadas eran relativamente pequeñas y las acciones se habían llevado a cabo al pie de la pirámide de financiación. El caso, debido a su intensa mediatización (la gran cobertura de los medios de comunicación), también había causado importantes inconvenientes al acusado. No obstante, la defensa admitió que, de conformidad con el 718.2(a)(v) C.cr., la comisión de un delito de terrorismo constituye una circunstancia agravante.
- El juez finalmente determinó que el delito era grave. El acusado había quizás esperado que el dinero sea utilizado con fines humanitarios, pero aceptó que también podía ayudar a los Tigres. Era consciente del papel de estos últimos. El tribunal no consideró que se hubiera probado que la atención de los medios de comunicación hubiera causado problemas al acusado. Añadió que el hecho de que se declarara culpable no reflejaba el remordimiento ni el reconocimiento de la gravedad de la infracción. Señaló que un terrorista es una persona que ha decidido que los objetivos que persigue justifican todos los medios. Para el juez,

sin embargo, la sentencia de dos años exigida por la Corona era demasiado elevada, teniendo en cuenta el poco monto de las sumas reunidas o prometidas. Además, no existía ninguna prueba que el imputado haya recurrido a amenazas o coerciones para solicitar las sumas de dinero. Las leyes contra el terrorismo son uno de los medios para proteger los derechos, la libertad y la estabilidad que hacen de Canadá un buen lugar para vivir. Según el juez, una sentencia justa debe servir para disuadir al acusado o a cualquier otra persona y denunciar el comportamiento ilegal. Finalmente, concluye especificando que la sanción debe ser proporcional a la culpabilidad moral del acusado y no solo represiva o simplemente severa porque concierne una infracción de terrorismo. Si tal hubiera sido la voluntad del legislador, este hubiera previsto una pena mínima.

En la sentencia dictada en apelación, dos puntos merecen ser señalados:

- En primer lugar, el juez Neilson se refiere a cuatro sentencias dictadas en Ontario en casos de terrorismo (R. v. Khawaja, 2010 ONCA, 862; R. v. Amara, 2010 ONCA 858; R. v. Gaya, 2010 ONCA 860; R. v. Khalid, 2010 ONCA 861). Los hechos eran muy diferentes de los que fueron objeto del proceso de Thambathurai, ya que los delincuentes estaban directamente implicados en infracciones de terrorismo que buscaban la destrucción indiscriminada y generalizada. Aunque la diferencia de contexto limita su valor de precedente, estas decisiones son, sin embargo, instructivas para la determinación de la pena en el ámbito de la financiación del terrorismo. Citando la jurisprudencia en R. v. Khawaja, el juez Neilson precisó que el terrorismo es una categoría distinta de actividad criminal, en particular, porque está motivado por una ideología rígida e intolerante, más que por la codicia, la ira o la venganza (R. v. Thambathurai, 2011 BCCA, par. 19 et R. v. Khawaja, 2010 ONCA, par. 231- 236). Recordó

el marco que se había establecido en *Farrêt Khawaja* para castigar las infracciones de terrorismo (R. v. *Thambaiturai*, 2011 BCCA, par. 20 et R. v. *Khawaja*, 2010 ONCA, par. 192). La determinación de la pena para los terroristas implica tener en cuenta tres factores: primero, la índole singular de las infracciones de terrorismo y el peligro particular que representan para la sociedad canadiense; segundo, el grado de peligro constante que supone para la sociedad el autor del delito; y, por último, la necesidad de que la pena envíe un mensaje claro a quienes quisieran ejecutar actividades terroristas, mostrando que Canadá no es un lugar seguro para realizar sus intenciones. El juez Neilson señaló que, aunque estos criterios no eran vinculantes para el primer juez, se felicitó de que, a pesar de todo, él los hubiera aplicado. Confirmó que la denuncia del comportamiento ilícito y la disuasión son los primeros elementos que deben tenerse en cuenta al determinar la pena (R. v. *Thambaiturai*, 2011 BCCA, par. 21).

- En segundo lugar, el grado de peligro permanente que representa el delincuente para la sociedad es un factor que plantea problemas especiales en la esfera del terrorismo. Por definición, las infracciones en este dominio son frecuentemente motivadas por fines políticos, religiosos o ideológicos. Estas creencias son a menudo inmutables. Así, en el caso de *Prapaharan Thambaiturai*, la falta de remordimiento tal vez no fuera sorprendente, dada su herencia tamil, el impacto de la guerra en su familia y su constante preocupación por la terrible situación en la que vive la población en Sri Lanka. El juez de primera instancia concluyó que no representaba un peligro terrorista persistente dado su buen carácter. Además, en el momento en que el imputado fue deferido ante la justicia, el riesgo que planteaba la financiación de los Tigres era menor debido a los acontecimientos sobrevenidos en Sri Lanka, es decir, la victoria proclamada de las autoridades gubernamentales sobre estos (R. v. *Thambaiturai*, 2011 BCCA, par. 21).

En conclusión, la Corte de Apelación explica que las infracciones terroristas, aunque revistan características únicas, son regidas, en materia de la determinación de la pena por la misma regulación y los mismos objetivos que los aplicables a las demás infracciones previstas en el Código Criminal (R. v. Thambathurai, 2011 BCCA, par. 21). Así, se alinea a la opinión del primer juez y rechaza, por tanto, la apelación.

6.3.2. En derecho suizo

El art. 47 CP-CH establece el principio de la determinación de la pena. Su texto es el siguiente:

1. El juez determina la pena en función de la culpabilidad del autor. Tiene en cuenta los antecedentes y la situación personal de este último, así como el efecto de la pena en su futuro.
2. La culpabilidad es determinada por la gravedad de la lesión o de la puesta en peligro del bien jurídico concernido, por el carácter reprobable del acto, por las motivaciones y los objetivos del autor y por la medida en la que podría haber evitado la puesta en peligro o la lesión, teniendo en cuenta su situación personal y las circunstancias externas.

La enumeración de los criterios no es exhaustiva. El elemento principal es la culpabilidad del autor (gravedad de la falta)³³. Esta se evalúa sobre la base de todos los elementos objetivos pertinentes: la gravedad de la lesión o de la puesta en peligro del bien jurídico, el carácter reprobable del acto y su modo de ejecución. Subjetivamente, se tiene en cuenta la magnitud de la intención delictiva, las motivaciones y los objetivos del autor. A estos componentes de la culpabilidad hay que añadir los factores relacionados con el propio autor, es decir, los antecedentes judiciales o no, la reputación, la situación personal, como el

33 Para las penas pecuniarias, el número de días-multa es igualmente fijado en función de la situación personal y económica del autor al momento de la sentencia (art. 34, inc. 2 CP-CH).

estado de salud o el riesgo de reincidencia, la vulnerabilidad a la pena, así como el comportamiento después del acto y durante el proceso penal (ATF 17 février 2011 6B_722/2010, considerando 1.2.2; ATF 129 IV 6, 20, considerando 6.1.57). El tribunal tiene una amplia discreción.

El juez suizo siempre debe tener en cuenta los objetivos de la pena. En dos decisiones de principio (ATF 118 IV 337 et ATF 118 IV 342), el Tribunal Federal dio claramente prioridad a la prevención especial (reintegración y prevención de la reincidencia) sobre la prevención general (ejemplaridad y disuasión pública) (Queloz y Humbert, 2009, n 9 ad art. 47 CP-CH, p. 456, a p. 459). Al fijar la pena, el juez debe velar, en particular, en que la pena impuesta no impida una evolución favorable en el desarrollo del condenado. Sin embargo, este aspecto de la prevención especial solo permite correcciones marginales, ya que la sanción debe ser proporcional a la culpabilidad (ATF 6B_14 2007 du 17 avril 2007, cons. 5.2.).

6.3.3. Comparación

En derecho suizo no existe una regla específica para determinar la pena por financiamiento del terrorismo. Los criterios son los mismos que para otras infracciones. Por lo tanto, la regla es idéntica a la establecida por Corte de Apelación en el asunto Thambaithurai. Por el contrario, a diferencia del derecho canadiense, el legislador no ha establecido que el financiamiento del terrorismo represente una circunstancia agravante especial, por lo que el juez debe razonar únicamente aplicando las normas establecidas en el artículo 47 CP-CH³⁴.

Dado que todavía no se ha dictado ninguna sentencia en Suiza y que la Corte Suprema canadiense aún no se ha pronunciado al respecto,

34 El art. 48 del CP-CH prevé circunstancias atenuantes, por ejemplo, cuando el autor actuó bajo la influencia de una persona a la que debía obedecer o de la que dependía (art. 48 l y n. 4 CP-CH). El concurso ideal o real es una circunstancia agravante prevista en el artículo 49 CP-CH. En este caso, el juez condena al autor “a la pena del delito más grave y la aumenta en una proporción justa, pero no puede exceder en más de la mitad la pena máxima prevista para este delito” (art. 49, inc. 1 CP-CH).

no es posible extraer conclusiones definitivas. Simplemente, podemos constatar que, en ambos sistemas jurídicos, el criterio de la disuasión desempeña un papel central. Esta solución es plenamente defendible y no requiere ningún comentario específico, ya que la pena en derecho penal debe perseguir, ante todo, un fin de prevención, general y especial. No hay ninguna razón válida para una regla diferente en materia de financiación del terrorismo.

7. PROLEGÓMENOS A UNA DEFINICIÓN DE *LEGE FERENDA* DEL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

7.1. El objetivo

Una vez esbozadas las principales características de los elementos constitutivos de las infracciones de financiación del terrorismo en ambos sistemas jurídicos, nos centraremos ahora en los temas controvertidos que han animado el debate doctrinal o político en ambos países. El objetivo es proponer una definición penal de la financiación del terrorismo que tenga en cuenta las consideraciones expuestas en ambos lados del Atlántico, con el fin último de lograr una aplicación más realista y efectiva del derecho penal. Un ejercicio de este tipo solo puede representar una respuesta parcial a la problemática. Para llegar a conclusiones más definitivas, sería necesario al menos integrar las cuestiones de procedimiento penal, comprendidas las facultades de investigación de las autoridades judiciales o la incautación de fondos, y establecer puntos de comparación con respecto a un mayor número de países. Por lo tanto, nuestro enfoque pretende contribuir al desarrollo de una definición de terrorismo y su financiación que necesariamente forma parte de una perspectiva mucho más global.

7.2. ¿Una incriminación autónoma del terrorismo?

En su proyecto legislativo, el Gobierno suizo había propuesto incriminar el terrorismo como tal sobre la base del artículo 260 quinquies

CP-CH, cuya financiación debe ser sancionada por el artículo 260sexies CP-CH (Conseil Fédéral, Message du 26 juin 2002, préc, n. 39, p. 5062 et suiv.). El Parlamento finalmente abandonó esta opción, considerando que las infracciones existentes, como el asesinato (art. 112 CP-CH), el secuestro y el rapto (art. 183 SPI), la toma de rehenes (art. 185 CP-CH) o el genocidio (art. 264 CP-CH), ya permitían a las autoridades luchar eficazmente contra los actos terroristas³⁵. “La utilidad de esta incriminación era, como mínimo, cuestionable, puesto que las infracciones cometidas por terroristas ya constituían crímenes graves [...]. La nueva infracción, en el mejor de los casos, habría duplicado estas infracciones específicas” (Cassani, 2003, p. 295).

En Canadá, el debate fue el mismo. Por ejemplo, el profesor Don Stuart de la Facultad de Derecho de la Universidad de Queen’s, escuchado como testigo ante la Comisión Especial del Senado sobre el Proyecto de Ley C-36, declaró que las leyes entonces en vigor eran suficientes para combatir el terrorismo: “Algunos de nosotros que reflexionamos desde hace años sobre el principio subyacente del derecho penal y enseñamos esta disciplina no vemos absolutamente ninguna razón para crear nuevos delitos para combatir el terrorismo”³⁶. Kent Roach, en uno de sus artículos, destacó el gran número de disposiciones legales que ya existían³⁷ y que permitían comprender el fenómeno terrorista en sus diversos aspectos (Roach, 2001, reimpreso 2002, pp. 152-154). A

35 Nota de síntesis del 02.052 del Parlement Fédéral relativa a la ratificación de los Convenios de las Naciones Unidas sobre la represión del financiamiento del terrorismo y atentados con explosivos. Recuperado de <<https://bit.ly/2Typh69>>. Página consultada el 3 de octubre del 2011.

36 Canadá, Senado, *Actas de la Comisión Especial del Senado sobre el Proyecto de Ley C-36*, primera sesión, 37.^a legislatura, n.8, 5 de diciembre del 2001, p. 58. Recuperado de <<https://bit.ly/2Ij6DtM>>. Página consultada el 3 de octubre del 2011.

37 Por ejemplo, el homicidio (art. 230 C.cr.), el secuestro de aeronaves (art. 76 C.cr.), ataque a la seguridad de aeronaves y aeropuertos (art. 77 C.cr.), administración de veneno o sustancia destructiva (art. 245 C.cr.), sabotaje (art. 52 C.cr.), lesiones corporales (art. 269 C.cr.), secuestro (art. 279 C.cr.) o toma de rehenes (art. 279.1 C.cr.).

pesar de todo, el Parlamento canadiense decidió finalmente criminalizar la actividad terrorista en cuanto tal.

El terrorismo es esencialmente un concepto político y mediático. Por lo tanto, se revela, ante todo, como materia de las ciencias políticas y de la política de comunicación. “Además, la elección de incluir todos los elementos en la definición o excluir algunos de ellos es también un acto político. El terrorismo solo deviene entonces un objeto criminológico después de haber pasado por los filtros políticos y mediáticos” (Kuhn, 2002, p. 23 y s.). La renuncia a la incriminación autónoma del terrorismo permite al legislador evitar un debate político complejo y profundamente controvertido. También es difícil para el juez penal interpretar y aplicar este concepto ideológico. Además, a nivel internacional, la aprobación de convenios sectoriales se debe en gran medida a la incapacidad de elaborar un instrumento general de lucha contra el terrorismo basado en una definición consensuada.

Desde otro punto de vista, incriminar un comportamiento es un acto simbólicamente fuerte. El legislador indica qué bienes desea proteger penalmente y, por lo tanto, qué valores desea defender. Esta dimensión es importante y no debe subestimarse. Un Estado que castiga el terrorismo demuestra su determinación de combatir este flagelo. Desde un punto de vista muy práctico, la presencia de una disposición que sanciona el terrorismo, además de otras que reprimen los actos de violencia criminal en un Código Penal, puede considerarse un complemento y no un elemento superfluo. Si la fiscalía no prueba que los elementos de la actividad terrorista se han dado, debido a la complejidad de la definición legal de la infracción o a los problemas probatorios, puede intentar “recurrir” a incriminaciones más “clásicas” que plantean menos problemas de aplicación en el caso en cuestión. Si el delincuente es condenado en última instancia por asesinato en lugar de por terrorismo, el efecto preventivo es salvado.

En nuestra opinión, saber si el terrorismo debe ser penalizado de forma autónoma no es una cuestión fundamental. Lo esencial es que

un Estado disponga de un arsenal represivo que le permita castigar los distintos aspectos del fenómeno. Por el contrario, la cuestión de su definición sigue pendiente, sobre todo, porque para castigar el financiamiento del terrorismo es necesario saber en qué consiste este último. El problema con la interpretación de este elemento constitutivo solo es desplazado. Sin embargo, el castigo de la financiación del terrorismo nos parece importante. Es cierto que algunos señalan que el terror es barato y que, por lo tanto, el elemento financiero no sería el meollo del problema en el ámbito del terrorismo (Cassani, 2005, pp. 671 y 689). Sin embargo, aún no se han aportado pruebas de la ineficacia de las medidas para combatir la financiación del terrorismo. Por ejemplo, Michael Jacobson y Matthew Levitt, exmiembros del Departamento de Inteligencia Financiera y Lucha contra el Terrorismo del Departamento de Finanzas de los Estados Unidos, creen que la lucha eficaz de los Estados y las organizaciones internacionales para cortar las fuentes de financiación de Al Qaeda ha dado sus frutos: “Los problemas financieros de Al Qaeda se deben en gran medida a la intensificación de los esfuerzos internacionales desde 2001 para obstaculizar las actividades de la organización” (Jacobson y Levitt, 2011, p. 14 y s.). Kent Roach, quien sostiene que el derecho penal es solo útil de manera limitada en la lucha contra el terrorismo, considera, por el contrario, que sí lo es respecto a terceros que prestan diversos servicios a los terroristas, como las instituciones financieras (Roach, 2004, pp. 61 y 65). La mayoría de ellos están sujetos a diversas obligaciones, en particular, de información o de comunicación, que hacen más difícil que los terroristas utilicen los canales de financiación formales³⁸. Esta es una de las consecuencias positivas de la penalización del financiamiento del terrorismo.

38 Canadá, Ley sobre el reciclaje del producto del delito y la financiación de actividades terroristas, S.C. 2000, c. 17. Suiza, Ley Federal sobre la Lucha contra el Blanqueo de Dinero y la Financiación del Terrorismo en el Sector Financiero (LBA), RS 955.0.

7.3. Los motivos de índole política, religiosa o ideológica

Al definir la actividad terrorista, el requisito de motivos de índole “política, religiosa o ideológica” en la cláusula (A) del párrafo 83.01 (1) (b) (i) C.cr., ha dado mucho que hacer. La acusación debe probar, más allá de toda duda razonable, no solo el acto y la intención, sino, además, ese motivo específico. Por lo tanto, la carga de la prueba aumenta. Además, la incriminación de esta infracción basada en los motivos (*motive-based crime*) confiere a los funcionarios del Gobierno un amplio poder discrecional para calificar políticamente a individuos o grupos, no por lo que han hecho, sino por lo que son o piensan³⁹.

Mohammad Khawaja fue la primera persona en ser acusada de infracciones de terrorismo bajo la LAT. Fue arrestado en Ottawa el 29 de marzo del 2004. Fue acusado de complot para cometer actos terroristas en el Reino Unido. Su caso ha dado lugar a una abundante jurisprudencia⁴⁰. La decisión que nos interesa fue dictada el 24 de octubre del 2006 por la Corte Superior de Justicia de Ontario, tras una solicitud de juzgamiento, admitida en parte, declarando inconstitucional e inoperante la disposición sobre motivos políticos, religiosos o ideológicos del Código Criminal (R. v. Khawaja (2006), 214 C.C.C (3d) 399 (Ont. S.C.J.), 42 C.R. (6th) 348, [2006] O.J. N 4245 (Ont. S.C.J.)⁴¹. El juez

Copia del original a solicitud del autor

39 M. Webb, 2006, 63, 107.

40 R. v. Khawaja (2008), 238 CCC (3d) 114 (Ont. SCJ): condena por siete cargos de delitos de terrorismo, incluida la posesión de una sustancia explosiva capaz de causar la muerte y la participación en actividades grupales de terrorismo; R. v. Khawaja (2009), 248 C.C.C (3d) 233 (Ont. S.C.J.): sentencia a una pena de prisión de diez años y medio; R. v. Khawaja: apelación de condenas y sentencias desestimadas; apelación cruzada de oraciones permitidas. En particular, aumentar la pena por fabricar un detonador con el fin de causar una explosión capaz de causar la muerte (cadena perpetua). Se presentó una solicitud de permiso para apelar ante la Corte Suprema de Canadá el 15 de febrero de 2011, concedida el 30 de junio de 2011. Véase también: Canadá (Fiscal General) v. Khawaja, 2007 CF 463, [2007] A.C.F n 648 y Canadá (fiscal general) v. Khawaja, [2007] A.C.F N.º 1635 (impugnación ante el Tribunal Federal de la validez constitucional de la subsección 38.11 (2) de la Ley de Evidencia de Canadá, luego apelar ante el Tribunal Federal de Apelaciones).

41 R. v. Khawaja (2006), 214 C.C.C (3d) 399 (Ont. S.C.J.), 42 C.R. (6th) 348, [2006] O.J.

Rutherford estimó en efecto que la cláusula (A) del párrafo 83.01 (1) (b) (i) C.cr. viola las libertades garantizadas por los incs. 2 (a) (*liberté de conscience et de religion*), (b) (*liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression* [...]) y (d) (*Liberté d'association*) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades⁴². Por lo tanto, el art. 83.01 C.cr. debe aplicarse como si no hubieran sido previstos los motivos en la disposición objeto de revisión (R. v. Khawaja, (2006), 214 C.C.C (3d) 399 (Ont. S.C.J.), 42 C.R. (6th) 348, [2006] O.J. N 4245 (Ont. S.C.J.), par. 87). Como el 5 de abril del 2007, la Corte Suprema denegó una solicitud de autorización para apelar la parte de la definición de actividad terrorista que fue anulada por el juez, ya no se aplica en Ontario. Sin embargo, los jueces que ejercen en las demás provincias siguen siendo libres de seguir o no la opinión de su colega. El Tribunal Supremo de Canadá tendría que pronunciarse sobre el fondo para que la decisión fuera vinculante en todo el país. Otra solución sería que el Parlamento enmendara la sección 83.01 C.cr., de acuerdo con los considerandos formulados por el juez Rutherford.

No es deseable que se incluyan motivos políticos, religiosos o ideológicos como elementos constitutivos de la actividad o acto terrorista. El legislador suizo evitó esta trampa. En Canadá, el abandono de la disposición criticada, dejando intacto el resto de la definición de actividad terrorista, podría plantear un problema relacionado con el principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Esta solución podría llevar a una expansión significativa de la aplicación del art. 83.01 C.cr. (Grenier, 2011, p. 81 y s. y referencias doctrinales citadas). Una idea relevante sería aplicar una definición basada en la adoptada por la Corte Suprema de Canadá en el caso Suresh (Roach, 2006, p. 51 - *The Criminal Law Quarterly* p. 102 y s.). Seguiremos desarrollando esta posibilidad con más detalle, estableciendo nuestra propia definición.

N 4245 (Ont. S.C.J.).

42 Parte I de la Ley de la Constitución de 1982 [Anexo B de la Ley de Canadá de 1982 (1982, R.-U, c. 11)].

7.4. La incriminación del dolo eventual

En derecho suizo, el dolo eventual es una forma de culpabilidad intencional. Significa que el autor ha previsto la posibilidad de que una consecuencia sobrevenga y se haya acomodado a la eventualidad de que se produzca⁴³. El autor debe haber tenido el propósito de financiar el terrorismo y no limitarse a aceptar esta posibilidad en caso de que sobrevenga. La criminalización en dicho último sentido, hubiera tenido como consecuencia hacer posible que sea “punible el ciudadano que prevería y aceptaría el grave riesgo de que una parte de los fondos donados para fines humanitarios —como el transporte y la distribución de alimentos o la financiación de un proyecto educativo en un territorio dominado por grupos terroristas— sea utilizada para cometer actos terroristas” (Cassani, 2003, p. 297). Las Cámaras Federales han querido evitar este riesgo.

En el derecho canadiense, la indiferencia (*insouciance*) se refiere al “comportamiento de una persona que es consciente de un riesgo y que, a pesar de ese conocimiento, actúa o se abstiene de actuar aceptando o siendo indiferente al resultado” (Parent, 2007, n 323, p. 231 y s.). La mayoría de las disposiciones que penalizan el financiamiento del terrorismo utilizan las expresiones “con la intención” (*intending*) o “sabiendo” (*knowing*). Así, se permite una condena incluso en los casos en que el acusado no está seguro de que estos actos vayan a estar relacionados en última instancia con actividades terroristas. Actuar “con la intención” de que un suceso sobrevenga, no implica necesariamente que el autor crea que el evento ocurrirá ciertamente como consecuencia de su comportamiento. Esto significa que es consciente de que el suceso representa una posible consecuencia de su acto. El autor puede también ser condenado, aunque no tenga un deseo particular de facilitar una actividad terrorista, o incluso si es indiferente o reacio a ella. El grado de satisfacción que proporciona un evento a una persona es relevante

43 116. El artículo 12, párrafo 2, segunda oración CP-CH establece que “el autor obra ya intencionalmente cuando tiene por posible la realización de la infracción y la acepta en el caso de producirse”.

solo desde la perspectiva de sus motivos y, a veces, de su intención o de sus objetivos. La formulación “sabiendo” supone la conciencia de la probabilidad del suceso (Davis, 2001, reimpresso 2002, p. 304 y s.). El derecho canadiense es entonces menos restrictivo que el derecho suizo.

Pensamos que el dolo eventual, o la indiferencia (*insouciance*), debe ser sancionado penalmente en materia de financiación del terrorismo. La solución opuesta es crear un obstáculo significativo en materia de prueba. Además, el consejero de los Estados (Senador) Dick Marty señaló, pertinentemente, durante los debates parlamentarios, refiriéndose al proyecto del inc. 2 del art. 260quinquies CP-CH⁴⁴:

[...] se quiere eliminar el dolo eventual olvidando que, según toda la doctrina suiza, el dolo eventual forma parte del dolo. Es una parte de la intención. Lo que no es punible, y es justo que no lo sea, es la negligencia. Si he sido ligero en la financiación, si no he tomado todas las precauciones, no soy punible porque he sido negligente”. Pero el dolo eventual significa: “Yo financio, no sé qué van a hacer con este dinero, pero incluso si este dinero se utiliza para explotar un avión, yo acepto financiarlo”. Eso es lo que significa esta disposición. “Si el autor solo se ha acomodado a la eventualidad”, una eventualidad que acepta a sabiendas.

7.5. ¿La aplicación a un acto específico o una incriminación más amplia?

Según el art. 260quinquies CP-CH, el autor debe tener conocimiento del acto terrorista y querer, con designio (*dessein*) directo, contribuir a cometerlo de manera causal. Si favorece la actividad criminal de la organización mediante un apoyo logístico, que puede ser competencia del servicio financiero, es el artículo 260ter CP-CH que castiga a la organización criminal⁴⁵, el que debe ser aplicado (Cassani, 2005, p. 304).

44 Marty, Dick, Boletín Oficial de la Asamblea Federal, Consejo de Estados, objeto 02.052, 2 de diciembre del 2002, p. 1080. Recuperado de <<https://bit.ly/2x8RclJ>>. Página consultada el 3 de octubre del 2011.

45 En el art. 260 ter, n. 1, CP-CH se prevé que “toda persona que participe en una organización que mantenga en secreto su estructura y su personal y persiga el propósito

El Tribunal Federal también ha considerado que las organizaciones terroristas, como la ETA vasca, las Brigadas Rojas italianas o Al Qaeda, cumplen las condiciones de la definición de organización criminal⁴⁶. Más recientemente, en mayo del 2009, el Ministerio Público de Suiza abrió una investigación de policía judicial por extorsión (art. 156 CP-CH), coacción (art. 181 CP-CH), lavado de activos (art. 305 bis CP-CH) y organización criminal. Se sospechaba que algunos presuntos miembros de una facción perteneciente al movimiento de los Tigres de Liberación del Ealam Tamil habían participado en una organización de tipo criminal o de haberla apoyado. Ellos habrían recaudado fondos de la comunidad tamil residente en Suiza y organizado su transferencia, en particular hacia Singapur⁴⁷. La fiscalía obviamente no aceptó el delito de financiamiento del terrorismo, sino el de organización criminal.

El derecho canadiense permite una incriminación más amplia al disponer, en particular, que una persona que recauda, suministra o pone a disposición bienes o servicios financieros a sabiendas que serán utilizados por un grupo terrorista o que beneficiarán a un grupo terrorista es culpable de un crimen grave (art. 83.03 (b) C.cr.). Esta solución es preferible. De hecho, según el derecho suizo, el recurso forzado al art. 260ter del CP-CH para castigar a quienes apoyan financieramente a una organización terrorista no es satisfactorio. Plantea problemas de aplicación práctica. Por ejemplo, según el derecho suizo, una organiza-

de cometer actos de violencia delictiva o de obtener ingresos por medios delictivos, o que apoye a esa organización terrorista en su actividad criminal, será castigada con una pena privativa de libertad no mayor de cinco años o con una pena pecuniaria". Para la definición de organización criminal en el derecho canadiense, véase la subsección 467.1 (1) C.cr. y, para un caso interesante de aplicación, R. v. Terezakis, 2007 BCCA 384.

46 ATF 125 II 569; ATF 128 II 355; sentencia del Tribunal Fédéral 1 A. 194/2002 du 15 novembre 2002. Estas sentencias han sido dictadas en el marco de la cooperación judicial internacional en materia penal.

47 Sentencia del Primer Tribunal de Quejas del Tribunal Penal Federal BH.2011.1 de 16 de febrero del 2011, relativa a una orden de detención preventiva. Recuperado de <<https://bit.ly/2wujAOE>>. Página consultada el 3 de octubre del 2011.

ción criminal debe comprender al menos a tres personas⁴⁸. Una persona que apoya financieramente a un terrorista, actuando solo o con otro participante, no sería, por lo tanto, punible en virtud del art. 260ter CP-CH, ni del art. 260quinquies CP-CH. Además, si el costo de un acto terrorista aislado no es frecuentemente elevado, distinto es el caso del que es necesario para asegurar el funcionamiento y la perennidad de una organización terrorista bien estructurada.

En teoría, terrorismo y crimen organizado deben ser diferenciados. Si bien los dos fenómenos tienen similitudes muy importantes, particularmente a través del uso de la violencia, cabe destacar varios contrastes. Primero, la intención de los actores es generalmente diferente: el objetivo último del terrorista es político, mientras que el del miembro de una organización criminal es económico. Pero, en el primer caso, el propósito puede ser satisfecho, mientras que el propósito de enriquecerse nunca puede lograrse de manera definitiva. El objetivo de una organización delictiva es, por lo tanto, perdurar, mientras que el grupo terrorista pretende volverse inútil lo antes posible. Además, si los terroristas recurren a la violencia en todas las ocasiones, atacando en general; los grupos criminales la utilizan con mayor moderación, centrándose en los competidores o miembros del grupo que les plantean un problema, a fin de evitar atraer demasiada atención de las autoridades encargadas de la persecución penal. Por último, la organización criminal siempre trata de reducir al mínimo sus contactos con las autoridades, mientras que estas últimas son blanco de actividades terroristas. También debería añadirse que, para un grupo terrorista, aceptar la criminalidad equivale a perder parte de su legitimidad a los ojos del público. (Leman-Langlois, 2007, pp. 94-102)

Por lo tanto, la financiación del terrorismo, como infracción, no solo debe referirse a un acto específico, sino también al apoyo prestado a

48 Lo mismo en Canadá, donde el número figura expresamente en el párrafo 467.1 (1) C.cr. En Suiza, ha sido fijado por la jurisprudencia (ver, por ejemplo, l'ATF 129 IV 271, 273, considerando 2.3.1).

la propia organización o entidad terrorista, siendo este último concepto independiente del número de personas físicas que la integran. Toda persona que proporcione o recaude fondos en favor de terroristas con la intención o sabiendo que serán utilizados para cometer actos de violencia criminal debe ser sancionada por financiamiento del terrorismo, aunque estos últimos aún no estén determinados o sean determinables.

7.6. Tener en cuenta las “batallas legítimas”

El artículo 260quinquies, inc. 3 CP-CH prevé una excepción a la punibilidad cuando el acto de financiación del terrorismo “tenga por objeto instaurar o restablecer un régimen democrático o un Estado de derecho, o aún permitir el ejercicio o la protección de los derechos humanos”. Tampoco es reprobable penalmente una conducta que “tenga por objeto apoyar actos que no entren en conflicto con las normas del derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado” (inc. 4). Una norma similar a esta última está prevista en el art. 83.01 C.cr., que excluye de la definición de actividad terrorista:

[...] un acto —acción u omisión— cometido durante un conflicto armado y de conformidad, en el momento y lugar de su comisión, con el derecho internacional consuetudinario o el derecho internacional convencional aplicable al conflicto, así como las actividades llevadas a cabo por las Fuerzas Armadas de un Estado en el ejercicio de sus funciones oficiales, en la medida en que tales actividades sean reguladas por otras disposiciones de derecho internacional.

Si bien la noción de “derechos humanos” está bien definida jurídicamente en los textos supranacionales, en particular en el Pacto Internacional de las Naciones Unidas relativo a los Derechos Civiles y Políticos, no puede decirse lo mismo de las de “Gobierno democrático” y “Estado de derecho”, que tienen un componente político más

fuerte y son más difíciles de delimitar. El derecho internacional de los conflictos armados (*ius in bello*) comprende esencialmente el “derecho de La Haya”, que rige el desarrollo de las hostilidades, y el “derecho de Ginebra”, que se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos armados (Kolb, 2009).

En nuestra opinión, la presencia de estas diversas reservas no es ni necesaria ni deseable. A menudo es difícil distinguir claramente entre “lucha legítima” y “terrorismo”: “La dificultad radica en el hecho que si el consenso forjado por el juicio de la historia permite fácilmente formarse una opinión sobre la ilegitimidad de un régimen político pasado y, por efecto de rebote, la legitimidad de la resistencia contra él, las cosas son más confusas con respecto al presente” (Cassani, 2003, p. 300). Es preferible que el juez penal se ocupe de los asuntos que se le sometan caso por caso, analizando cada situación específica a la luz del principio de proporcionalidad (Gafner, 2006, p. 209), especificando que un acto realizado en nombre de los derechos humanos, la democracia o el Estado de derecho no justifica el recurso a cualquier violencia. En cuanto a la referencia a la *ius in bello*, es obvio que los actos que son lícitos en virtud del derecho internacional no pueden ser castigados en virtud del derecho penal suizo o canadiense. Al comentar el art. 260quinquies, inc. 4 CP-CH, Ursula Cassani señala acertadamente que “la redacción no es inequívoca: ¿deben respetarse las normas relativas a la legalidad del uso de la fuerza (*jus ad bellum*) o las normas humanitarias en caso de guerra (*jus in bello*)? Un simple reenvío al derecho internacional hubiese sido claro, pero inútil” (Cassani, 2003, p. 302 y s.). Además, las normas de derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado permiten, incluso en el contexto de una guerra de liberación, condenar los ataques contra la población civil y autorizar los actos de guerra contra las fuerzas militares (Gafner, 2006, p. 210).

7.7. Síntesis y propuesta legislativa

Corresponde a cada ordenamiento jurídico decidir si desea incriminar el terrorismo en cuanto tal. Tanto en Canadá como en Suiza, donde las opciones eran diferentes, hay suficientes incriminaciones en el Código Criminal o en el Código Penal para abarcar todos los actos susceptibles de ser perpetrados por terroristas.

En todo caso, el financiamiento del terrorismo debe ser sancionado penalmente. Las razones de carácter político, religioso o ideológico no deben ser constitutivos de la definición de terrorismo. En relación con el uso de fondos con fines terroristas, la incriminación del dolo eventual o de la indiferencia (*insouciance*) se impone. Una disposición reprimiendo el financiamiento del terrorismo no solo debe aplicarse a un acto específico, sino también al apoyo dado a una entidad u organización dedicada a actividades terroristas. Finalmente, es deseable evitar una referencia legal a situaciones de “combate legítimo” para excluir la punibilidad.

Proponemos una incriminación de la financiación del terrorismo que sería formulada de la manera siguiente:

Es culpable de comportamiento criminal punible de una pena máxima de diez años de prisión, quien, directa o indirectamente, proporcione o recaude fondos con la intención de que sean utilizados o a sabiendas de que se les utilizará para financiar un acto —o una entidad uno de cuyos objetivos o actividades sea cometer tales actos— destinado a matar o lesionar gravemente a un civil, o cualquier otra persona que no participe directamente en hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, por su naturaleza o contexto, el acto tenga por objeto intimidar a una población u obligar a un Gobierno o a una organización internacional a realizar o abstenerse de realizar un acto cualquiera.

La redacción debe adaptarse a las especificidades de cada ordenamiento jurídico, en particular en el plano formal. La exposición anterior se basa en la terminología canadiense (implicaría naturalmente una

adaptación legislativa más global, con una redefinición de la actividad terrorista). En derecho suizo, la infracción podría ser tipificada de la siguiente manera (nuevo art. 260quinquies CP-CH, constituido de un solo párrafo):

Quien reúne o pone a disposición valores patrimoniales, con el designio de financiar un acto, o una entidad uno de cuyos objetivos o una de cuyas actividades es dedicarse a ejecutar este tipo de actos, destinados a matar o lesionar gravemente a un civil, o a cualquier otra persona que no participe directamente en hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, por su índole o contexto, este acto tenga por finalidad intimidar a una población u obligar a un Gobierno o a una organización internacional a cometer un acto o a abstenerse de ejecutarlo, será castigado con pena privativa de la libertad de cinco años o pena pecuniaria.

8. FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y BLANQUEO DE ACTIVOS

Desde los atentados del 11 de septiembre del 2001, la cuestión de la financiación del terrorismo ha estado estrechamente vinculada a la del blanqueo de capitales. El Grupo de Acción Financiera Internacional, del que son miembros Canadá y Suiza, ha formulado recomendaciones al respecto⁴⁹. Son verdaderas fuentes de derecho (*soft law*) y han inspirado la legislación nacional de ambos países. Ambos Estados son también miembros del Grupo Egmont⁵⁰, que reúne a las Unidades de Inteligencia Financiera (*Financial Intelligence Units*) de muchos Estados, como el Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada (CANAFE) y la Oficina de Comunicación en Materia de Lavado de Capitales (*Bureau de Communication en Matière de Blanchiment D'argent*) de Suiza.

49 Grupo de Acción Financiera, *Cuarenta recomendaciones del GAFI*, octubre del 2003 (incluidas todas las modificaciones hasta octubre de 2004). Recuperado de <<https://bit.ly/2VGe6uR>>. Página consultada el 5 de noviembre del 2011) y Grupo de Acción Financiera, IX Recomendaciones especiales, 22 de octubre del 2004. Recuperado de <<https://bit.ly/2x9lNQb>>. Página consultada el 5 de noviembre del 2011. (ci-après “GAFI”).

50 Recuperado de <<https://bit.ly/2lhp5Dm>>. Página consultada el 5 de noviembre del 2011.

En Canadá, el lavado de capitales fue tipificado como infracción en 1989. Ha sido insertado en la parte XII.2 del Código Criminal relativa a los “productos de la criminalidad”, específicamente en la sección 462.31 C.cr. (*recyclage des produits de la criminalité*”, “*laundering proceeds of crime*). “Hoy en día, en Canadá, se puede devenir culpable de lavado de capitales no solo de los beneficios obtenidos mediante el narcotráfico o crímenes graves, sino también de los beneficios de casi todos los delitos lucrativos de los que se puede acusar a una persona” (Bacher, 2010, p. 41).

El art. 305 bis CP-CH castiga el “blanqueo de capitales” (*Geldwäscherei, riciclaggio di denaro*). Entró en vigor el 1 de agosto de 1990. Sanciona a los autores de actos intencionales propios a obstaculizar la confiscación penal de un valor patrimonial resultante de un crimen (“crimen” en el sentido de infracción pasible de una pena privativa de la libertad de más de tres años). Se trata de una infracción contra la administración de justicia.

El financiamiento del terrorismo y el lavado de activos son tratados conjuntamente por el GAFI, así como por las legislaciones canadiense y suiza destinadas a los intermediarios financieros. Los dos temas están vinculados entre sí como si fueran, en su naturaleza, muy similares, si no idénticos. Como hemos visto, Canadá tiene una ley sobre “blanqueo de capitales y financiación del terrorismo” y Suiza ha promulgado una ley sobre “la lucha contra el reciclaje de productos de la criminalidad” y “el financiamiento de actividades terroristas”. Y que Suiza ha dictado una ley relativa a “la lucha contra el blanqueo de activos y el financiamiento del terrorismo en el sector financiero”. Sin embargo, si bien es cierto que los dos fenómenos tienen similitudes, por ejemplo, el uso de técnicas de disimulación idénticas; deberían ser tratados de una manera mucho más diferenciada. En efecto, en el financiamiento del terrorismo, se invierte el vínculo entre el valor de los activos y la infracción (“lavado de dinero inverso” o “ennegrecimiento”, *reverse money laundering o noircissement*). Ursula Cassani señala de manera pertinente una dificultad específica que

plantea el elemento culpabilidad en la persecución de la financiación del terrorismo, problema que se plantea en los dos derechos estudiados. Recuerda que:

[...] la prueba de la finalidad ilícita es sin duda más difícil de aportar que la prueba de la fuente criminal, ya que el destino futuro de los bienes se basa esencialmente en el elemento subjetivo del designio del financiador, mientras que la proveniencia pasada puede establecerse por el “rastreo de papel” (*paper trail*) y los demás elementos del caso en cuestión que vinculan los bienes a la infracción ya cometida y que, por lo tanto, pueden haber desencadenado investigaciones (Cassani, 2003, p. 305 y s.).

El obstáculo existe no solo para las autoridades de persecución penal, sino también para los intermediarios financieros. Para los responsables de la conformidad, a menudo, es más difícil estimar si el dinero limpio podría, eventualmente, ser ennegrecido en una etapa posterior que cuestionarse sobre una proveniencia criminal, especialmente debido a que sus medios de investigación son muy limitados.

Al criticar el acercamiento teórico e institucional entre los dos delitos, Célestin Foudjem da un paso más al considerar, en nuestra opinión con razón, que esto crea el riesgo de debilitar la lucha contra la financiación del terrorismo (Foudjem, 2011, par. 402-409, pp. 210-214). En su estudio sobre la relación entre el blanqueo de capitales y el fraude fiscal, recordó que, a diferencia del blanqueo de capitales, las fuentes de financiación del terrorismo no se limitan a las actividades criminales, sino que también incluyen conductas que en sí mismas son lícitas, como las donaciones. Explica que:

[A]signando una nueva meta a la acción de las instituciones nacionales e internacionales encargadas de la lucha contra el lavado de activos, los Estados parecen ahogar el debate sobre la extensión de la penalización del lavado de capitales al fraude fiscal y corren el riesgo de “socavar la credibilidad” (*de décrédibiliser*) de más de dos décadas de sensibilización de la lucha contra el lavado de activos.

La combinación de la lucha contra la financiación del terrorismo y la lucha contra el blanqueo de capitales también tiene el efecto de transmitir el objetivo de combatir a las organizaciones criminales que blanquean dinero en segundo nivel. Así, los servicios nacionales que luchaban contra el lavado de activos, con recursos ya de por sí modestos, han visto incrementada su carga de trabajo sin ajustes presupuestarios significativos (Foumdjem, 2011, par. 408, p. 214).

Por lo tanto, el financiamiento del terrorismo y el lavado de dinero son fenómenos suficientemente distintos para ser regulados por separado, lo que naturalmente no excluye ciertas comparaciones analíticas que pueden resultar útiles. Esta cuestión es sobre todo importante para la aplicación de las leyes nacionales que imponen obligaciones de diligencia debida y comunicación a los intermediarios financieros, así como para la reflexión internacional llevada a cabo por organismos como el GAFI.

9. CONCLUSIÓN

La lucha contra el terrorismo es una empresa a largo plazo, que nunca culminará completamente, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de una hidra de múltiples cabezas en constante evolución. La prevención debe organizarse en varios niveles, en particular atacando las causas del fenómeno. La incriminación de su financiación es una de las soluciones encontradas por los Estados. Sobre la base de las estadísticas de condenas canadienses y suizas, cierto escepticismo podría instalarse. Con una sola condena por ambos países, el efecto general de la prevención parece ínfimo o inexistente. Los delincuentes potenciales pueden considerar que el riesgo de ser procesados es insignificante. Sin embargo, tal conclusión sería demasiado precipitada. Las disposiciones legales son, en efecto, todavía relativamente recientes. Además, siempre es muy difícil evaluar el efecto preventivo de una disposición penal. La falta de condena puede significar que el arsenal penal es ineficaz o, por el contrario, que el efecto disuasorio es muy fuerte. Se debe realizar una encuesta por sondeo para determinar cuántas personas renunciaron a cometer la infracción por temor a ser castigadas y por considerar que

el riesgo de ser detenidas era demasiado alto. Un estudio de este tipo sería por lo menos complicado respecto a la financiación del terrorismo.

No es posible estimar hasta qué punto la formulación actual de los elementos constitutivos de las infracciones representan un obstáculo para su aplicación. Por el contrario, puede decirse que, en ambos sistemas, los elementos subjetivos complican la tarea de la fiscalía. Establecer la existencia del designio o motivo requerido es, de hecho, una condición particularmente rigurosa.

Existen otros escollos en el proceso de recopilación de pruebas. Como hemos demostrado, la financiación del terrorismo representa el blanqueo inverso de capitales (*reverse money laundering*) y, en general, es más difícil demostrar un fin ilícito que una fuente criminal. El recurso a sistemas informales de transferencia de capitales, como Hawala, hace que la detección sea más compleja. La fase operativa de un atentado suele requerir cantidades relativamente modestas de dinero, que en consecuencia son más difíciles de descubrir. La cooperación internacional con ciertos Estados es muy laboriosa. Por último, algunos grupos terroristas están formados por una suma de individuos que se adhieren a una ideología. Estas organizaciones están estructuradas de manera bastante flexible y no corresponden a entidades monolíticas que son más fáciles de identificar.

Copia del original a solicitud del autor
La pertinencia de la estructuración del tipo legal es sin duda una condición necesaria para la eficacia del arsenal penal. Un resultado bastante prometedor para las autoridades judiciales sería también centrarse en la incautación (art. 83.13 C.cr; art. 263 y ss. del Código de Procedimiento Penal suizo) y la subsecuente confiscación (art. 83.14 C.cr; art. 70 y ss. CP-CH). De manera muy pragmática, el objetivo sería prevenir, o al menos obstaculizar al máximo, el financiamiento del terrorismo, en lugar de conseguir de manera forzada que se condenen siempre a personas. Cualesquiera que sean las soluciones elegidas, es deber de cada uno de nosotros contribuir a un combate común por el triunfo de las libertades fundamentales y el orden sobre la violencia.