



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**MECANISMOS DE FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO,
CONSAGRACIÓN NORMATIVA Y ANÁLISIS.**

Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

JUAN ESTEBAN GAJARDO GAJARDO

MARÍA BELÉN PAIVA ESPINOZA

Profesor Guía: MYRNA VILLEGAS DÍAZ

Abogada, Doctora en Derecho, Universidad de Chile.

Santiago, Chile.

Enero, 2017.

Para mi mamá, Mónica, y mi papá, Víctor, quienes me han enseñado a descubrir mi sentido propio de la justicia y a nadar contra corriente cuando sea necesario.

J.E. Gajardo

Para Ángela y Héctor por ayudarme con su incondicional apoyo en todo el recorrido de esta aventura.

M.B Paiva

ÍNDICE

ÍNDICE	iii
ABREVIATURAS	v
RESUMEN	vii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: MECANISMOS DE FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO.	5
1. Concepto de financiamiento	5
2. Mecanismos de financiamiento	9
2.1 Lavado de activos	11
2.2 Narcotráfico	13
2.3 Contrabando	15
2.4 Caridad	17
CAPÍTULO II: ANTECEDENTES DE LA NORMATIVA NACIONAL SOBRE FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO.	19
1. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación al Terrorismo	19
2. Resolución 1373 de 2001. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas	23
3. Las recomendaciones del GAFI	25
4. Historia de la legislación nacional	31
4.1 Historia de la ley 19.906 que modifica la ley 18.314, incorporando el delito de financiamiento al terrorismo	33
4.2 Historia de la ley 20.393 que Establece la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica	42
CAPÍTULO III: LEGISLACIÓN CHILENA VIGENTE SOBRE FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO Y MECANISMOS DE FINANCIACIÓN.	45
	iii

1. Ley N°18.314: Ley de Conductas Terroristas	46
1.1 Lavado de activos	51
1.2 Narcotráfico	58
1.3 Contrabando	60
1.4 Caridad	61
2. Ley 20.393: Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas	63
CONCLUSIÓN Y CONSIDERACIONES	67
BIBLIOGRAFÍA	73

ABREVIATURAS

1. Convenio 1999 : Convenio para la represión de la financiación del terrorismo.
2. GAFI : Grupo de Acción Financiera Internacional.
3. GAFILAT : Grupo de Acción Financiera Internacional de Latinoamérica.
4. GAFISUD : Grupo de Acción Financiera Internacional de Sudamérica.
5. LA : Lavado de Activos.
6. FT : Financiamiento al Terrorismo.
7. O.C.D.E : Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
8. UAF : Unidad de Análisis Financiero.

RESUMEN

La necesidad de estudios relacionados con los mecanismos de financiamiento al terrorismo está relacionada con la relevancia que ha adquirido el fenómeno en los últimos años. En ese sentido, es el atentado contra las torres gemelas, el hito que visibilizó internacionalmente los alcances y el poder con el cual cuentan las células terroristas para llevar a cabo sus acciones. La posterior respuesta de la comunidad internacional se enfocó en la creación y adopción de un sinnúmero de legislaciones y políticas destinadas a prevenir y combatir el fenómeno, lo que se plasmó en diversos instrumentos internacionales como el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, la resolución 1373 –que hace exigibles a los Estados parte el cumplimiento de las disposiciones del Convenio-, y las recomendaciones del GAFI. El presente trabajo se estructuró de forma tal que comenzamos mencionando algunos de los distintos mecanismos de financiamiento, continuando con el estudio de las fuentes de nuestra legislación nacional -ya referidas-, además del análisis de la Historia de la Ley 18.314 y de la Ley 20.393. Finalmente, en el último capítulo, se analizó la legislación chilena pertinente (artículo 8 principalmente), contrastada con los mecanismos ya expuestos para determinar si efectivamente los mismos quedan contemplados dentro de la figura analizada, para de esta forma concluir que se requiere de una postura escéptica y crítica respecto de la regulación del fenómeno en cuestión, y que esto en definitiva, nos lleva a confirmar la hipótesis postulada que señala que la normativa nacional actual, no da cuenta de la naturaleza del delito de financiamiento al terrorismo, ni de la complejidad de los métodos en los que puede configurarse la financiación de organizaciones terroristas, y por tanto, no es posible asegurar que la misma sea eficaz al momento de regular, y mucho menos prevenir el fenómeno.

INTRODUCCIÓN

La gran mayoría de los autores –sino todos- al momento de referirse al fenómeno terrorista hacen mención del hito que marcó un antes y un después en cuanto a lo que posteriormente se ha pasado a denominar la “lucha contra el terrorismo”.¹ El ataque a las torres gemelas el 11 de septiembre de 2001, efectivamente, generó una respuesta de los Estados y del aparataje internacional que tuvo como consecuencia, entre muchas otras, la extensión de las medidas político-criminales, no sólo en Estados Unidos y Europa, sino que también marcó -o impuso- una tendencia normativa internacional que se ve reflejada en las legislaciones de diversos países Latinoamericanos, entre ellos Chile.

En lo concreto, esto se tradujo en un cambio del enfoque internacional, se pasó de una estrategia basada en el ataque directo a la estructura organizacional del grupo terrorista -lo que se traducía principalmente en la detención de las personas que forman parte de la organización-, a otra que tiene como objetivo medular el ataque directo a los mecanismos de financiamiento de las organizaciones y células terroristas, como forma de prevenir y reprimir efectivamente la manera en que operan y sus consecuencias posteriores². Así la normativa internacional sobre el terrorismo, y más particularmente sobre financiamiento al delito terrorista, como el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (1999), la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2001), y las Recomendaciones del GAFI -y GAFILAT-, obliga en último término a los Estados parte a la tipificación del delito de financiamiento del terrorismo (Art.8 Ley Antiterrorista N°18.314), a la creación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia de blanqueo de capitales, financiamiento al terrorismo y cohecho (Ley 20.393 de la Responsabilidad de las personas jurídicas), y a la creación de la Unidad de Análisis Financiero (UAF) como servicio encargado de la detección de irregularidades en el sistema financiero que permitan detectar eficazmente los delitos recién mencionados, y con esto investigar, prevenir y reprimir los mismos.

¹ PLAZA CHÁVEZ, I.J. 2014. Análisis dogmático-penal del delito de financiamiento del terrorismo. Revista de Estudios de la Justicia(20). p. 171-194.

² BLANCO CORDERO, I. 2009. ¿Es necesario tipificar el delito de financiación del terrorismo en el Código Penal Español? Athena Intelligence Journal, Vol. 4. p.35.

Todas estas medidas están destinadas a cumplir las exigencias de la “lucha” contra el terrorismo, la cual a criterio de muchos debe llevarse a cabo de forma conjunta. Esto significa que debe existir un esfuerzo de cooperación recíproca tanto de los Estados, de la comunidad internacional y de diversos organismos intergubernamentales, junto con la creación de criterios comunes para combatir el fenómeno terrorista, entre los cuales se encuentra comprendido el ámbito legislativo o normativo.

La pretensión de crear criterios comunes que normen los delitos terroristas, querámoslo o no -posteriormente podrá discutirse aquello-, ha sido claramente la tendencia adoptada. Lo que nos lleva en este trabajo a postular como hipótesis que la normativa nacional actual, no da cuenta de la naturaleza del delito de financiamiento al terrorismo, ni de la complejidad de los métodos en los que puede configurarse la financiación de organizaciones terroristas, y por tanto, no es posible que la misma sea eficaz al momento de regular y mucho menos evitar el fenómeno.

Esta línea de trabajo nos permite explorar el fenómeno del financiamiento y sus mecanismos con el objetivo de, en última ratio, concluir si particularmente Chile y su normativa, se ajustan a los estándares internacionales y nacionales que aplican en este caso, y de ser así, cuáles son las ventajas y desventajas que los mismos implican teórica y prácticamente. Es así como esta investigación no se agota simplemente al verificar si existe o no legislación “adecuada”, sino que también busca criticar -dentro de lo posible y desde la perspectiva de los que escriben- el prisma mediante el cual se ha venido tratando el fenómeno terrorista en general, y el financiamiento en particular, aproximándonos desde una perspectiva amplia para abarcar cuestiones no sólo de cumplimiento de estándares, sino que también del cuestionamiento de estos³.

De esta forma, los objetivos concretos a desarrollar son: primero, el establecimiento de un concepto de financiamiento para efectos de este trabajo y el análisis más o menos profundo de los distintos mecanismos de financiamiento al terrorismo considerados a lo largo de este trabajo, cuestión que servirá para determinar las distintas formas de realización típica del delito.

³ VILLEGAS DÍAZ, M. 2003. Convención Interamericana contra el Terrorismo: Entre la involución de las garantías y la desprotección de los derechos humanos. Revista Derecho y Humanidades (9). p.175-201.

Luego, se estudiará el proceso mediante el cual la legislación nacional ha adoptado o adaptado la normativa internacional al ordenamiento interno (historia de la ley), mediante la reforma o interpretación de los preceptos ya existentes, de forma de que se pueda, idealmente, comprender el motivo del legislador al momento de justificar la tipificación del delito. Paralelamente, en aquel proceso se revisará la normativa pertinente más relevante que ha influido en la configuración de este delito y sus estándares.

Finalmente, se analizará la legislación chilena vigente y contrastará con lo ya revisado para efectos de verificar la hipótesis, esperando probar así que la normativa actual es insuficiente no necesariamente en el sentido de falta de concordancia con lo establecido internacionalmente, sino que en el sentido de su incapacidad para lidiar y justificar el delito en el fondo.

CAPÍTULO I: MECANISMOS DE FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO.

1. Concepto de financiamiento

En primera instancia, la *Real Academia Española* ha definido financiamiento como la “Acción y efecto de financiar”, y a su vez, financiar como “Aportar el dinero necesario para una empresa”, o bien como “Sufragar los gastos de una actividad, de una obra, etc”. A primera vista, podría estimarse que el concepto de financiamiento está restringido a la mera aportación de dinero para la realización de tal o cual actividad determinada. Sin embargo, esta definición digamos “meramente económica” no da cuenta de la amplitud con la que se trata el concepto, a propósito de los tratados internacionales que regulan el financiamiento a organizaciones terroristas.

En ese sentido, el *Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo* del año 1999 (en adelante también el Convenio), define el financiamiento como la provisión o recolección de “fondos” obtenidos por los medios que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer delitos de terrorismo. Además, es el mismo Convenio, el que en su artículo 1 número 1 define “fondo” como: “*los bienes de cualquier tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, con independencia de cómo se hubieran obtenido, y los documentos o instrumentos legales, sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital, que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos bienes, incluidos, sin que la enumeración sea exhaustiva, créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito.*”⁴

Así se entenderá como financiamiento al terrorismo, todo tipo de aporte que sirva para que la organización terrorista lleve a cabo sus fines, independiente de que dicho aporte posea o no un carácter pecuniario. Ahora bien, esto podría ser problemático, puesto que la conducta de financiar se ha definido sin dar mayores luces respecto a la extensión con la cual ha de aplicarse

⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, Convenio Internacional Para La Represión de la Financiación del Terrorismo. Diciembre 1999. Disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terro.pdf (fecha consulta: 19.10.2016).

el tipo, es decir, la definición no es clara al momento de determinar hasta qué punto cierto acto es constitutivo -o no- de financiamiento al terrorismo. Cuestión que tiene como principal consecuencia que todo acto podría entenderse como financiamiento dependiendo de la amplitud que se le dé al concepto, afectando así el principio de legalidad.

Desde esta perspectiva entonces, podría entenderse -a modo de ejemplo- como financiamiento al terrorismo, la puesta a disposición de la organización terrorista de una casa que sirva de punto de reunión, o bien la entrega de los materiales necesarios para fabricar explosivos, o el facilitamiento de pasaportes falsos para ingresar al país donde se pretenda llevar a cabo un atentado, etc, todas cuestiones que -en nuestro ordenamiento jurídico penal al menos- podrían ser tratadas conforme a las reglas generales.

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), es un organismo intergubernamental, encargado del desarrollo y promoción de políticas -nacionales e internacionales- actualmente enfocado en combatir el lavado de activos, el financiamiento al terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva. Sin embargo, en un primer momento, el GAFI se enfocó básicamente en la prevención del delito de lavado de activos proveniente del tráfico ilícito de drogas, para lo cual redactó 40 recomendaciones. Luego, y posterior a los atentados de 2001, el GAFI expandió su objetivo contra el financiamiento del terrorismo creando las “VIII recomendaciones especiales”.

Dentro de las 40 recomendaciones mencionadas, es la actual Recomendación N°5 la que toca el tema del financiamiento, exhortando a los países a tipificar el financiamiento al terrorismo en base al Convenio de 1999, “*con el objetivo de asegurar que los países contaran con la capacidad legal para procesar y aplicar sanciones penales a las personas que financien el terrorismo*”⁵. Dentro de las notas interpretativas, se señalan las características que se estima debería cumplir la construcción normativa del tipo penal que consagra el delito de financiamiento terrorista. Entre ellas se señala que “*los delitos de financiamiento deben*

⁵ Grupo de Acción Financiera Internacional. Las recomendaciones del GAFI: Estándares Internacionales Sobre la Lucha Contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación. Febrero 2012. Disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf> (fecha consulta: 19.10.2016).

extenderse a toda persona que, deliberadamente, suministra o recolecta fondos por cualquier medio, directa o indirectamente, con la intención ilícita de que éstos sean utilizados, o sabiendo que éstos van a ser utilizados, en su totalidad o en parte: (A) para realizar un acto(s); (B) por una organización terrorista; o (C) por un terrorista individual”⁶, de igual manera señala que “Los delitos de terrorismo deben extenderse a cualquier fondo, procedan de una fuente legítima o ilegítima”⁷.

De la remisión que hace el GAFI en orden a tipificar el financiamiento de acuerdo a lo presupuestado en el Convenio de 1999, y en cuanto a las notas interpretativas de sus recomendaciones, es posible concluir que este instrumento tampoco es claro a la hora de entregar una definición de financiamiento, por cuanto se remite al Convenio de 1999. El cual, como ya se ha señalado, no aporta más que una definición abierta de financiamiento, donde todo tipo de conducta puede ser reconducida a una conducta terrorista vía financiamiento. Y además de esto, en las notas interpretativas es claro que el vocablo fondos, se entenderá de manera amplia, contribuyendo a la perpetuación del problema planteado.

Por último, del ordenamiento jurídico chileno es posible desprender una definición de financiamiento de carácter legal, a partir de la tipificación del delito de financiamiento al terrorismo. En ese sentido, es el artículo 8 de la Ley 18.314, sobre conductas terroristas, el encargado de tipificar el delito señalando: *“El que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados artículo 2º, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo (...)”*.

Con relación a ello, cabe mencionar que el presente artículo fue introducido a la normativa antiterrorista, en virtud de una modificación legal que se consagró en la ley 19.906 del año 2003, la que se adoptó con el propósito de sancionar más eficazmente la financiación

⁶ Ídem.

⁷ Ídem.

del terrorismo, en conformidad a lo dispuesto en el Convenio de 1999⁸⁻⁹. Convenio promulgado por el decreto supremo N°163, del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual se publicó en el Diario Oficial el 13 de septiembre de 2002.

Por tanto, no ha de extrañar que la definición legal que se desprende del artículo 8, coincida con la definición propuesta en el Convenio de 1999, teniendo los mismos problemas que en él se suscitan, pues todo accionar -bajo la normativa transcrita- puede configurarse como delito de financiamiento al terrorismo. Es más, y reforzando la idea anterior, en la discusión del proyecto de ley, específicamente a raíz del debate que se suscitó en la sesión N°54 del 11 de marzo de 2003 en la cámara de diputados, el diputado Marcelo Forni, señaló que en lo que respecta a la historia fidedigna de la ley, la palabra “*fondos*” tendría la misma definición que se utiliza en el numeral primero del artículo 1 del Convenio de 1999. Así queda claro que, al igual como sucede con la redacción de la definición de financiamiento en el Convenio de 1999, ésta presenta ambigüedades, que redundan en el incumplimiento de los principios que rigen la normativa penal, como la transgresión al principio de legalidad. Lo que finalmente tiene dos consecuencias para las personas sometidas al ius puniendi, la primera siendo reducción de garantías procesales y la segunda es el adelantamiento de las barreras penales¹⁰.

En suma, podríamos señalar que, a grandes rasgos, el financiamiento presenta el mismo problema que el concepto de terrorismo, y así también lo ha entendido la doctrina “[...] *la definición legal de terrorismo (sobre la que, pese a su gravedad, no existe acuerdo en las instituciones internacionales) ha sido y es de tal vaguedad que es difícil asegurar que el tratamiento represivo excepcional solamente se aplique a supuestos verdaderamente graves, y no acabe por reprimir fenómenos de disidencia ideológica y política que no resulta legítimo*

⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas. Convenio Internacional Para La Represión de la Financiación del Terrorismo. Diciembre 2009. Disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terro.pdf (fecha consulta: 19.10.2016).

⁹ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución 1373. Septiembre 2001. Disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1373\(2001\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1373(2001)) (fecha consulta 15.10.2016).

¹⁰ CAMPO MORENO, J.C. 2009. La financiación del terrorismo en derecho Español. El ejercicio de la abogacía en el contexto de la lucha antiterrorista. En: GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: Un análisis crítico. España. Tirant Lo Blanch. p. 23-42.

criminalizar”¹¹. Además, hay antecedentes comparados (Informe del Consejo General del Poder Judicial de España) que incluso se atreven a señalar “*respecto de la referencia a “financiar el terrorismo” denuncia su posible inconstitucionalidad por no cumplir con el mandato de taxatividad constitucionalmente requerido, dadas las dificultades de precisar qué se entiende por terrorismo al no tratarse de un concepto jurídico penal*”¹². Esto, dificulta no sólo la elaboración de una normativa penal eficiente, sino que también afecta su aplicación e interpretación posterior, muchas veces prestándose este espacio de discrecionalidad inherente al concepto -mediante el cual se determina la conducta típica-, para la implementación de mecanismos penales y procesales penales que muchas veces no se condicen con las garantías exigidas por los mismos ordenamientos jurídicos penales internos dentro de un Estado de Derecho, lo que ha llevado, por lo menos circunscrito a lo que en materia terrorista respecta, a un derecho penal de emergencia constante en pos de justificar la aplicación y vulneración de principios tan trascendentes en la gran mayoría de los ordenamientos penales democráticos como lo son: el principio de legalidad, el principio pro reo, el ne bis in idem, prohibición de la analogía, entre otros.¹³

2. Mecanismos de financiamiento

Cuando nos encontramos frente a un caso consumado de homicidio simple, sabemos que hay ciertos elementos esenciales a saber para determinar si estamos frente a una conducta penalmente relevante. En un caso como el anterior, es tan importante conocer que el delito se configura mediante la acción de “matar a otro”¹⁴, como el entender los hechos vinculados al caso y las formas en que puede efectivamente concretarse el matar a otro (si a través de un arma de fuego, cuchillo, etc). Lo anterior, podría importar tanto para efectos de calificación jurídica -

¹¹ Grupo de Estudios de Política Criminal. Una Propuesta de Renovación de la Política Criminal sobre Terrorismo. Disponible en <http://www.gepc.es/web/contenido/una-propuesta-de-renovaci%C3%B3n-de-la-pol%C3%ADtica-criminal-sobre-terrorismo-2013> , p.10.

¹² GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., VIDALES RODRÍGUEZ, C. 2009. El nuevo delito de financiación del terrorismo: consideraciones acerca de su necesidad y conveniencia. En: GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: Un análisis crítico. España. Tirant Lo Blanche. p. 187-188.

¹³ VILLEGAS, Convención..., p.176 - 180.

¹⁴ CHILE, Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal. 5 de julio de 2016.

determinar si en la conducta desplegada existen atenuantes, agravantes o justificantes, y si se tiene la calidad de autor (coautor), cómplice o encubridor, por ejemplo-, como también para efectos de la prueba, en que importa hacer el análisis dactilar para determinar quién disparó, y quién, en definitiva, debe ser condenado o absuelto.

De esta misma manera, cuando se trata del delito de financiamiento al terrorismo importará saber cuando queda configurado el tipo en abstracto, pero también como se presenta el tipo en concreto, y es por esto que para efectos de entender de mejor manera la naturaleza del delito de financiamiento se hace necesario averiguar cómo éste se presenta normativamente, y cómo se manifiesta a través de cada uno de los mecanismos de financiamiento.

Los mecanismos de financiamiento, han de entenderse -a nuestro criterio-, como la materialización de la conducta típica en el caso concreto para el delito de financiamiento terrorista. En otras palabras, son las distintas formas que puede adoptar la acción típica en la realidad, para efectos de que se produzca el financiamiento y pueda perseguirse penalmente, es decir, que la conducta pase a ser jurídicamente relevante.

A modo de ejemplo podemos señalar que son mecanismos de financiamiento al terrorismo actividades tan diversas y a la vez, muchas veces, intrínsecamente relacionadas entre ellas como el lavado de activos, narcotráfico, contrabando y secuestro. Todas estas últimas, entre lo que se ha denominado por ciertos autores y organismos internacionales -GAFI-, como las fuentes ilícitas o ilegales del terrorismo¹⁵⁻¹⁶, que vendrían a ser aquellas actividades que separadamente de la figura de financiamiento constituyen una infracción independiente al ordenamiento penal.

Es así como, por un lado, la existencia o no del financiamiento finalmente dependerá del ánimo o intención por parte de los posibles sujetos activos del delito que al momento de solicitar, recaudar o proveer fondos mediante los antedichos mecanismos, lo harán con el conocimiento de que dicha actividad efectivamente se realiza con el objetivo de financiar (y de ahí la

¹⁵ PLAZA, Análisis..., p. 173.

¹⁶ BLANCO, Es necesario..., p.35.

importancia del concepto) a una organización terrorista, ya que en caso contrario -esto es a falta del elemento subjetivo- la conducta típica debe ser subsumida dentro de otra figura delictiva.

Por otro lado, existen las fuentes lícitas o legales de financiamiento al terrorismo¹⁷ que vienen a comprender actividades como la donación a través de empresas legalmente constituidas, con o sin fines de lucro, estas últimas tomando la forma de beneficencias o caridades.

Otra vía de financiamiento es a través de subsidios, curioso caso este último debido a que la figura del subsidio a primera vista no hace relación alguna con el financiamiento al terrorismo debido a que es un fenómeno que podríamos considerar “externo”, al menos jurídicamente hablando. Aun así, la corrupción permite que efectivamente dichos fondos se encaucen hacia manos de organizaciones de carácter terrorista y por lo tanto, dichas conductas terminan subsumidas dentro del tipo del delito de financiamiento.¹⁸

A continuación, expondremos brevemente algunos de los mecanismos de financiamiento que consideramos más relevantes a la hora de hablar de financiamiento al terrorismo:

2.1 Lavado de activos

Es reiterativo en el análisis de la doctrina disponible respecto al fenómeno del financiamiento al terrorismo, el hecho de que al momento en que se buscó una estructura normativa para configurarlo a nivel internacional (1999), ésta se “inspiró” -para los autores más románticos- y se extendió - para lo más literales y escépticos-¹⁹, a la normativa ya existente sobre el lavado de activos que venía configurándose internacionalmente desde el año 1988 con la realización de la Convención de Viena (ONU) contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Posteriormente, en 1989 con la creación del GAFI (también conocido como FATF por sus siglas en inglés), se consiguió la creación, como ya dijimos, de un

¹⁷ SHELLY, L. 2005. El financiamiento del terrorismo. Revista de análisis jurídico Urbe et Ius(4): p. 3.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. 2009. Financiación del terrorismo y responsabilidad penal en derecho español. En: GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: Un análisis crítico. España. Tirant Lo Blanche. p.129-130.

organismo intergubernamental que buscaba generar y establecer directrices en lo relativo al lavado de activos generado por el narcotráfico, cuestión que se realizó en la práctica a través de las 40 Recomendaciones del GAFI: *“Las 40 Recomendaciones originales del GAFI del año 1990 fueron una iniciativa para combatir los usos indebidos de los sistemas financieros por parte de personas que lavaban el dinero del tráfico ilícito de drogas”*.²⁰

Con el paso del tiempo, y como toda norma que pretende ser dinámica y efectiva, particularmente respecto a este tipo de materias que evolucionan a medida que pasa el tiempo, debido a factores como la disponibilidad de nuevos medios para la comisión de ciertos delitos, como la tecnología, es que se hizo necesario en 1996 la revisión de las recomendaciones originales, cuestión que culminó con la incorporación de un mayor número de “delitos base” del delito de lavado de activos, lo que se analizará más adelante, y que es de suma importancia para comprender la figura típica del delito en cuestión.

Posteriormente, el 2001 y como reacción inmediata a los atentados del 11-S²¹, el GAFI incorpora dentro de su mandato el fenómeno de financiamiento al terrorismo a través de 8 Recomendaciones especiales relativas a éste, haciendo extensible lo dispuesto respecto a la prevención, detección y represión del lavado de activos. Finalmente en el año 2003 se revisan nuevamente las Recomendaciones y se incorpora la última a la fecha (9) Recomendación especial.²² Es importante que si bien ambos delitos se les ha regulado de una forma más o menos similar, poseen diferencias relevantes a destacar, cuestión que analizaremos más adelante.

Por ahora, lo importante es saber que el delito de lavado de activos, conocido también como delito de blanqueo de capitales, es un delito económico de carácter autónomo (aunque

²⁰Grupo de Acción Financiera Internacional. Las recomendaciones del GAFI: Estándares Internacionales Sobre la Lucha Contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación. Febrero 2012. Disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf> (fecha consulta: 19.10.2016).

²¹ PEÑA CAROCA, I. 2016. Delito Tributario Como Delito Base del Lavado de Activos: Análisis y Comentarios de los Cambios Introducidos por la Ley 20.818. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 98.

²² Grupo de Acción Financiera Internacional. Las recomendaciones del GAFI: Estándares Internacionales Sobre la Lucha Contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación. Febrero 2012. Disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf> (fecha consulta: 19.10.2016).

discutido), que se encuentra tipificado en nuestro ordenamiento jurídico chileno, específicamente en el artículo 27 de la ley 19.913, señalando así que “Será castigado [...] a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados [...] en la ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad”²³. La lectura del citado artículo nos muestra inmediatamente que el delito de lavado de activos con el financiamiento al terrorismo se encuentran relacionados incluso a nivel de tipificación del delito mismo, y en consecuencia podrán relacionarse de una u otra forma como lo analizaremos concretamente en el capítulo 3 por cuestiones metodológicas.

2.2 Narcotráfico

El narcotráfico es uno de los mecanismos de financiamiento más redituable para las organizaciones terroristas²⁴, y la verdad no es una sorpresa teniendo en cuenta que las Naciones Unidas en 2005 señalaron que el tráfico de drogas había generado un aproximado de US\$321 billones, lo que correspondía a un PIB mayor al del 88% de los países del mundo, o desde otra perspectiva, equivalente al 0.9% del PIB mundial.²⁵

Si bien la magnitud del narcotráfico, al igual que todos -o la gran mayoría de los mecanismos de financiamiento-, puede ser objeto de un trabajo aparte, es importante tener ciertas nociones del fenómeno para efectos de, como ya se ha dicho reiteradas veces, comprender de mejor manera el delito de financiamiento al terrorismo.

En cuanto a la normativa internacional podemos señalar que existen tres grandes convenciones que regulan esta actividad:

²³ CHILE, Ministerio de Hacienda. 2003. Ley 19.913: Crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica Diversas Disposiciones en Materia de Lavado y Blanqueo de Activos, 18 de febrero de 2015.

²⁴ SHELLY, El financiamiento..., p. 2

²⁵ POLLARD, N. 2005. United Nations report puts world's illicit drug trade at estimated \$321b. The Boston Globe, Boston, Estados Unidos, 30 Junio 2005. Disponible en http://archive.boston.com/news/world/europe/articles/2005/06/30/un_report_puts_worlds_illicit_drug_trade_at_estimated_321b/ (fecha consulta: 20 octubre 2016)

- Convención Única de Estupefacientes (1961): luego modificada por el Protocolo de 1972. Se entiende que *“unificó y reemplazó toda la legislación sobre fiscalización de drogas precedente y constituye el fundamento del actual sistema. Estableció un sistema universal para limitar el cultivo, producción, distribución, comercio, posesión y uso de sustancias estupefacientes para propósitos médicos y científicos, con un enfoque específico en las sustancias derivadas de plantas: opio, heroína, coca, cocaína y cannabis.”*²⁶ En otras palabras, es el primer atisbo o intento de creación de una normativa internacional en la materia que sigue vigente al día de hoy.
- Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (1971): el objetivo de este convenio fue básicamente ampliar catálogo de sustancias sujetas a control y fiscalización internacional, incluyendo así más de 100 sustancias sintéticas que no se veían comprendidas en la convención anterior.²⁷
- Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988): convención con doble importancia ya que surge como respuesta a un rápido crecimiento del mercado negro de tráfico de drogas, lo que a su vez generó la adopción del delito de lavado de activos pero sólo con la figura base del narcotráfico, que sirvió posteriormente para la configuración del delito de financiamiento al terrorismo y su normativa que se plasma en la Convención de 1999. En términos más bien generales se señala que *“La convención ofrece medidas especiales de aplicación de la ley y refuerza la obligación de los países de imponer sanciones penales a nivel doméstico para frenar la producción y el tráfico de drogas, pero también permite cierta flexibilidad a los estados miembros para lidiar con el uso de drogas.”*²⁸

²⁶ Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC). Convenciones de la ONU sobre fiscalización de drogas. Disponible en <<http://idpc.net/es/incidencia-politica/incidencia-politica-internacional/sistema-global-fiscalizacion-estupefacientes/convenciones-onu>> (fecha consulta: 20 octubre 2016.)

²⁷ Ídem.

²⁸ Ídem.

Actualmente existe discusión respecto a si la normativa especial actual sobre el narcotráfico y drogas da cuenta de los cambios que se han generado en este ámbito en los últimos años, o si por contrapartida es insuficiente y debe adoptarse una nueva convención o modificarse la existente. Lo anterior, a pesar de la gran adhesión que tiene cada uno de estos convenios (184, 183 y 189 Estados respectivamente al año 2014)²⁹. Ha existido en el último tiempo la tendencia o “apertura” de algunos Estados a la despenalización o regulación de sustancias psicotrópicas como la cannabis, más aún, dicha sustancia muchas veces ha sido “soportadas” dentro de legislaciones que en principio no las permiten.

A primera vista aquella discusión no hace relación directa con el financiamiento al terrorismo, pero cuando se piensa la cantidad de dinero que se puede extraer del mercado negro del narcotráfico que equivalía hace pocos años a casi el 1% del PIB mundial, no sólo podría argüirse un criterio puramente económico para la regulación -más que la prohibición a rajatabla- de ciertas drogas, sino que también uno de política criminal ya que indirectamente se le está quitando buena parte del sustento económico al crimen organizado y a organizaciones terroristas que son en definitiva quienes hacen uso -en mayor o menor medida- del dinero resultante del narcotráfico, además de reducir el efecto criminógeno consustancial a la prohibición (o por lo menos así lo ha demostrado la experiencia comparada existente).³⁰ Lo que queremos dejar planteado es que cabe considerar la posibilidad que para reducir eficientemente al narcotráfico, la regulación inteligente -o la desregulación- sea una alternativa más razonable y más efectiva que la prohibición.

Con esto terminamos de introducir el mecanismo de financiamiento del narcotráfico, reservando el análisis de la legislación nacional para ser tratado en un capítulo posterior.

2.3 Contrabando

El contrabando está definido por la RAE como la “*Introducción en un país o exportación de mercancías sin pagar los derechos de aduana a que están sometidas legalmente*”, también

²⁹ Ídem.

³⁰ The Culture of High. [Documental] Brett Harvey. Editado por Stephen Green. (120min).

lo entiende como el “*Comercio de mercancías prohibidas por las leyes a los particulares*” y como “*Mercaderías o géneros prohibidos o introducidos fraudulentamente en un país*”. Desde esta perspectiva, y como primera aproximación, podríamos entender el fenómeno en base a dos supuestos de hecho. El primero como la introducción o extracción de mercaderías lícitas sin pagar los tributos a los que están afectas (alcohol), el segundo como la introducción o extracción de mercaderías consideradas ilícitas (armas, personas, etc).

Para ilustrar de mejor manera el negocio del contrabando, puede utilizarse como ejemplo el tráfico de cigarrillos³¹. Los cigarrillos son uno de los productos lícitos más contrabandeados a nivel mundial, en razón de las bajas penas asociadas al delito, en comparación al contrabando de personas, armas, órganos, entre otros, y por las lucrativas ganancias que producen. Se estima que por concepto de evasión de impuestos (contrabando impropio) la pérdida anual del gobierno de Estados Unidos, está en un rango de US\$2.95 a US\$6.92 billones de dólares, y el panorama en la UE es similar, estimándose entre los €7.8 y los €10.5 billones de euros. Para hacer más elocuente las cifras se estimó que durante el año 2006 la pérdida de dinero, en razón de los impuestos evadidos, a nivel mundial rondó entre los US\$40-50 billones de dólares anuales. Fondos que se estima benefician diversas actividades ilegales a nivel mundial, incluida la financiación al terrorismo³². A este respecto se ha pronunciado el gobierno de los Estados Unidos, llamando a tomar conciencia respecto de las reales implicancias que tiene el contrabando de cigarrillos a nivel mundial, y su vinculación a actividades terroristas, “*Los nexos*

³¹ En Septiembre de 2013, Garda Síochána (Policía Nacional Irlandesa) se apoderó de aproximadamente un millón de cajetillas individuales de cigarrillos, cuando el Asia Coso, un barco de carga, atracó en Irlanda. El cargamento ilícito, el cual se estimó tenía una cuantía de \$55.370.000, fue descubierto cuando operativos de Al Qaeda lanzaron dos cohetes en el buque mientras navegaba a través del Canal de Suárez de Egipto. Los cohetes provocaron fuego, que requirió que las autoridades abordaran el buque e inspeccionaran los contenedores dañados. Tras la detención los dueños del barco notificaron a INTERPOL. Las autoridades monitorearon el cargamento por el resto del viaje, que terminó en Irlanda. Los cigarrillos de contrabando eran manufacturados en Vietnam, con el propósito de ser vendidos y distribuidos en Irlanda. Correos fueron mandados a Asia para los cigarrillos, con un valor estimado de 20 centavos por paquete. El cargamento transitó por los puertos de los Países Bajos y Singapur. Las personas asociadas con su incautación incluían a un millonario no identificado de Country Louth, Irlanda quien instaló una compleja estructura corporativa, incluyendo múltiples niveles de compañías fantasmas y cuentas bancarias falsas. Supuestamente este individuo se enriqueció proveyendo masivas cantidades de cigarrillos de contrabando a los mercados de Gran Bretaña e Irlanda y a dos sujetos con supuestas conexiones con la IRA. Traducción propia. US Department of State. The Global Illicit Trade In Tobacco: A Threat To National Security, Diciembre 2015. Disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/250513.pdf> [consulta 19-10-2016].

³² Ídem.

*entre contrabando de cigarrillos y las organizaciones terroristas, como la IRA, el Partido de los Trabajadores de Kurdistán, y Hezbolá. Mokhtar Belmokhtar – un ex operativo de Al-Qaeda y Magreb Islámico, comandante veterano y fundador del Batallón firmados con Sangre, es conocido como **Mr. Marlboro** por su relación en el contrabando de cigarrillos como una forma de recaudar fondos para su organización terrorista”³³.*

2.4 Caridad

Si bien la mayor cantidad de mecanismos de financiamiento tiene como origen el ejercicio de actividades ilícitas, como el lavado de activos o el secuestro, existen otros que en su origen son “lícitos”³⁴, por cuanto la ley no penaliza su ejecución de manera individual, por tanto, por sí solos no constituyen delito.

Dentro de las denominadas “fuentes lícitas de financiamiento”³⁵ cumplen un papel de vital importancia las instituciones de caridad. De hecho, se estima que “*en los EEUU desde el 11 de septiembre ha habido numerosas campañas en muchas organizaciones de caridad islámicas que derivaban fondos a la red Al Qaeda. En muchos casos estas organizaciones han desviado el 10% o más de sus recursos a organizaciones terroristas*”. Usualmente esos desvíos de fondos provienen de proyectos sociales que se radican fuera del país donde se encuentran los “aportantes”. Es decir un sujeto X, radicado en un país Y, aporta cierta cantidad de dinero para ayudar a los niños que viven en la guerra. Sin embargo, lo que X no sabe, es que cierto porcentaje de su aporte, se “desvía”, por la acción de líderes corruptos del país que recibe el dinero, al financiamiento de organizaciones terroristas.³⁶

A modo de ejemplo, en 2001, el gobierno de Estados Unidos, clausuró y congeló activos de una de las organizaciones de caridad más grande dentro de su territorio, “Holy Land Foundation For Relief and Development”³⁷, o en castellano, “Fundación Tierra Santa para el

³³ Traducción Propia. Ídem.

³⁴ SHELLY, El financiamiento..., p. 3-4.

³⁵ *Ibíd*, p. 4.

³⁶ *Ibíd*, p. 3.

³⁷ Department of Justice. Federal Judge Hands Downs Sentences in Holy Land Foundation Case. Disponible en <<https://www.justice.gov/opa/pr/federal-judge-hands-downs-sentences-holy-land-foundation-case>> (fecha consulta: 28 diciembre 2016.)

Auxilio y el Desarrollo”. La cual fue acusada de inyectar más de US\$12 millones a Hamás, contribuyendo a sostener indirectamente esta organización, la cual fue considerada terrorista en países como Estados Unidos, Israel, Canadá, entre otros.

En 2008, la fundación, fue declarada culpable, siendo sus principales líderes Ghassan Elashi, ex presidente de la fundación, y Shukri Abu Baker, su director general, declarados culpables de 69 cargos, incluyendo apoyar a un grupo terrorista, lavado de dinero y fraude fiscal. Otras tres personas fueron declaradas culpables en el juicio, por cargos de asociación ilícita, lavado de activos, y asociación delictuosa para apoyar a organizaciones terroristas. La fundación en sí fue declarada culpable de 32 cargos.³⁸

³⁸ Federal Bureau of Investigation. No Cash for Terror Convictions Returned in Holy Land Case. Disponible en <<https://archives.fbi.gov/archives/news/stories/2008/november/hlf112508>>. (fecha consulta: 29 diciembre 2016.)

CAPÍTULO II: ANTECEDENTES DE LA NORMATIVA NACIONAL SOBRE FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO.

Hasta ahora sólo hemos analizado la normativa que rige el fenómeno del financiamiento al terrorismo fragmentariamente, y en directa relación con los mecanismos de financiamiento expuestos en la primera parte de este trabajo. Es así, como se hace imperante repasar en profundidad la normativa internacional actual, como también el proceso mediante el cual se configuró la legislación nacional, y finalmente como la primera influyó en esta última.

Todo aquello, para en definitiva poder comprender de mejor manera la naturaleza del delito de financiamiento al terrorismo, ahora, en su ámbito jurídico-normativo, y de esta forma determinar si, por un lado, la legislación existente que rige al fenómeno en cuestión da cuenta de las características del mismo, o por el contrario, si es necesario hacer reformas sustanciales en un plano normativo para efectos de (des)regular el delito, visibilizando que la normativa actual no da cuenta de la complejidad del fenómeno y en consecuencia se ha generado la adopción de medidas poco eficaces, o lo que es peor a nuestro criterio, no necesarias para el contexto en el cual actualmente se desenvuelve nuestro país.

1. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación al Terrorismo

El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación al Terrorismo, en adelante solamente Convenio, fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) el 9 de diciembre de 1999, entrando en vigor un poco más dos años después, ya en abril de 2002 conforme al artículo 26 del mismo,³⁹ el que señala que el referido Convenio entrará en vigencia al trigésimo día desde que se cuente con el vigésimo segundo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, los que -acorde al artículo 25- deben ser depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.⁴⁰

³⁹ Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. Diciembre 1999. Disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terro.pdf (fecha consulta: 28.10.2016).

⁴⁰ Ídem.

Dejaremos para después, el análisis de la Resolución 1373 de 2001 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por ser objeto del siguiente apartado. Lo relevante por ahora será mencionar que esta Resolución le otorga importancia práctica al Convenio en cuestión -al hacerlo obligatorio-, el cual tiene la particularidad de ser el primer instrumento internacional que se preocupa particularmente del financiamiento al terrorismo. Por lo mismo no es hasta el año 2001 cuando recién se empiezan a buscar implementar seriamente las directrices establecidas en el mismo Convenio el año 1999.

Anterior a 1999, existía normativa sobre el fenómeno del terrorismo -desde la década de los 70-, pero no específicamente sobre el financiamiento, y el tratamiento de este era más bien aislado o “sectorial”⁴¹ y siempre referido conjuntamente con otras materias de importancia estratégica del ámbito aéreo (secuestro de aeronaves), marítimo o nuclear.⁴²⁻⁴³

Una clara separación doctrinal de los objetivos del Convenio distingue entre tres obligaciones básicas que se establecen en 1999⁴⁴, ahora bien, para efectos de no extendernos de sobremanera, solamente analizaremos las disposiciones que a nuestro criterio son más importantes para la comprensión de la normativa:

Primero, el tipificar el delito de financiamiento al terrorismo en la legislación penal de los Estados partes: Dicha obligación se establece en el artículo 2 en relación con el artículo 4 letra a) del Convenio, señalando el primero en su párrafo 1, *“Comete el delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:*

⁴¹ MARTIN VELASCO, L. 2007-2008. Instrumentos jurídicos contra la financiación del terrorismo. Inteligencia y seguridad: Revista de análisis y prospectiva (3). p.64

⁴² Ídem.

⁴³ Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. Diciembre 1999. Disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terror.pdf (fecha consulta: 28.10.2016).

⁴⁴ MARTIN VELASCO, L. Instrumentos... pp. 64-65.

- a) *Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo⁴⁵, y tal como está definido en este tratado;*
- b) *Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.*⁴⁶

El objeto del artículo recién citado, es el de enunciar o describir la conducta típica a sancionarse -financiamiento-, que ha de ser dolosa, y distinguiéndose esta última de la figura del delito de terrorismo, y entendiéndose ambas como delitos cuya comisión típica se configura de distinta manera e independientemente entre sí.

Esto último se desprende de lo que agrega el mismo artículo en su párrafo 3, que señala: *“Para que un acto constituya un delito enunciado en el párrafo 1, no será necesario que los fondos se hayan usado efectivamente para cometer un delito mencionado en los apartados a) o b) del párrafo 1.”*⁴⁷ El párrafo 3 desvincula el acto terrorista del financiamiento necesario para la comisión de dicho acto, pudiendo un sujeto, por tanto, ser autor del delito financiamiento al

⁴⁵ Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya 1970)
 Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal 1971)
 Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Asamblea General ONU 1973)
 Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (Viena 1980)
 Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal 1988)
 Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma 1988)
 Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (Roma 1988)
 Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (Asamblea General ONU 1997)

⁴⁶ Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. Diciembre 1999. Disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terro.pdf (fecha consulta: 30.10.2016).

p. 2-3

⁴⁷ Idem.

terrorismo sin la necesidad de que los dineros proveídos o recaudados para la organización terrorista efectivamente hayan sido utilizados en uno u otro atentado determinado.

El artículo 4 letra a), señala: “*Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para:*

- a) *Tipificar como infracción penal, con arreglo a su legislación interna, los delitos enunciados en el artículo 2*”⁴⁸

Respecto al artículo 4, éste es explícito al momento de señalar que los Estados partes del Convenio deben tipificar (en el caso que se tenga legislación al respecto) en su legislación interna de tal manera que efectivamente pueda sancionarse el delito de financiamiento al terrorismo. Es importante recalcar que la Convención obliga a tomar medidas para efectos de que el delito en cuestión quede contemplado en el ordenamiento jurídico nacional, y en definitiva la conducta sea punible penalmente, pero no señala enteramente la forma en que debe hacerse. Por lo mismo, hay ciertos casos (España) en que se ha considerado -en parte al menos ya que se discute- que la legislación interna al momento de hacerse obligatoria esta prescripción, era suficiente sin la necesidad de ulteriores reformas.⁴⁹

Segundo, la cooperación con los demás Estados y el prestar asistencia jurídica en relación con la financiación al terrorismo. Rigen los principios *aut dedere*: o entrega (extradita) *y aut iudicare*: o juzga (enjuicia), y se ve plasmado en los artículos 7, 9, 10, 11 y 12, entre otros. Dichos artículos, establecen cuándo actuará la jurisdicción de un determinado Estado respecto a las conductas del artículo 2, la obligación de investigar hechos que constituyan financiamiento, o la obligación de facilitar el enjuiciamiento y extradición en los casos en que corresponda a otro Estado juzgar, y en fin, todo tipo de colaboración posible para efectos de prevenir y reprimir el financiamiento al terrorismo. Finalmente, también existen disposiciones que intentan resguardar el respeto a los derechos humanos y el principio de no discriminación (arts. 17 y 14, en relación con el 6, respectivamente), cuestiones que si bien a primera vista aparecen como

⁴⁸ *Ibíd.* p. 3

⁴⁹ BLANCO CORDERO, I., ¿Es necesario tipificar...?, p.53.

necesarias, luego de una segunda mirada podríamos concluir que son disposiciones (casi)contradictorias con los argumentos que fundamentan la creación e implementación de la normativa en sí.

Y tercero, establecer requisitos sobre la función de las entidades financieras y de crédito con el objeto de proceder a la identificación detección, incautación y decomiso de fondos utilizados para la financiación de actos terroristas (artículo 8).

Finalmente, es necesario hacer alusión al artículo 5 del Convenio que ha sido innovador en cuanto al tratamiento jurídico de la responsabilidad en nuestro país, y que en definitiva ha incorporado a nuestra legislación nacional, a través de la Ley N°20.393, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho.⁵⁰ Es una disposición innovadora en el sentido de que anterior a su dictación sólo las personas naturales eran susceptibles de incurrir en responsabilidad penal, quedando así excluidas las personas jurídicas.

Interesante es la posición del legislador chileno debido a que el artículo 5 no obliga a que la responsabilidad sea necesariamente penal, señalando que podría ser civil o administrativa al final de su párrafo 1. Cuestión importante de revisar precisamente porque la normativa deja a discreción de cada Estado dicho ámbito, por lo que no podría recurrirse a un argumento de obligatoriedad de la normativa internacional. Al contrario de lo sostenido por las demás disposiciones nacionales que, de una u otra forma, “justifican” la implementación de normativa penal relativa al financiamiento al terrorismo en los instrumentos internacionales que contienen y hacen obligatorias sus disposiciones en cuanto a su contenido sustancial.

2. Resolución 1373 de 2001. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 28 de septiembre de 2001, en respuesta de lo sucedido el 11 de septiembre del mismo año en Nueva York, Estados Unidos, con el atentado terrorista en contra del World Trade Center -torres gemelas-, dicta la

⁵⁰ CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley 20.393: Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho, 5 de julio de 2016.

denominada Resolución 1373. Es importante contextualizar y darle la debida importancia a dicho hito ya que constituye el primer ataque exterior recibido por Estados Unidos en su propio territorio desde los años de su independencia de Inglaterra -cuestión no menor teniendo en consideración las dos guerras mundiales y la guerra fría que tuvieron lugar en el intertanto- lo que generó una clara preocupación del gobierno y una histeria social y política por la debilidad de lo que en ese entonces se denominaba internacionalmente la primera potencia mundial, que a propósito, era y continúa siendo uno de los 5 Estados que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU. Mirado de esa perspectiva es comprensible que la Resolución haya sido de carácter urgente y de ahí se explica también el escaso lapso de tiempo entre el atentado y la dictación de la misma. Es por esto que el fenómeno denominado “lucha contra el terrorismo”, y más particularmente en este caso, en una lucha contra de Al Qaeda y su líder Osama Bin Laden, condujo a una respuesta internacional que no estuvo exenta de consecuencias en su ámbito normativo y que en definitiva configuró la tendencia global a la incorporación de lo prescrito por el Convenio de 1999, por consecuencia también de la dictación de la misma Resolución 1373.

Como ya lo adelantamos, el carácter obligatorio para los Estados de lo contenido en la Convención Internacional para la Represión de la Financiación al Terrorismo del año 1999, no es tal hasta la dictación de la ya mencionada Resolución que hace referencia sustancial a la primera. La Resolución a su vez recurre al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (1945) sobre la acción en caso de amenaza a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión,⁵¹ para fundamentar las siguientes medidas -entre otras- que en definitiva señalan que todos los Estados:

- “*Prevenzan y repriman la financiación de todo acto de terrorismo*”⁵², ya que se entiende que una de las vías eficaces para luchar contra el fenómeno. Cuestión no del todo práctica ya que como se ha expuesto y señalado en este trabajo, el

⁵¹Carta de las Naciones Unidas. 1945. [en línea] <http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-vii/index.html> (fecha consulta 05.11.2016)

⁵²Consejo de Seguridad Naciones Unidas. 2001. Resolución 1373. Disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1373\(2001\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1373(2001)) (fecha consulta 05.11.2016)

monto total para la financiación de ataques terroristas no es alto - comparativamente hablando-, y por lo mismo se dificulta en demasía su detección y prevención, sumándole a aquello la complejidad de los mecanismos de financiamiento en sí.

- *“Tipifiquen como delito la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en su territorio con la intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo”*⁵³, como se puede apreciar se hace expresa la obligación de tipificar el delito de financiamiento, pero además se puede apreciar que la tipificación que utiliza el legislador nacional es prácticamente idéntica a la que es dada por las Naciones Unidas, por lo que podríamos hablar de una copia más que de una adaptación de las normativas internacionales a la legislación interna, al menos en este caso particular.

3. Las recomendaciones del GAFI

Como ya lo señalamos en su oportunidad, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) es un organismo intergubernamental creado el año 1989 con el propósito de *“fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional”*⁵⁴. El objetivo recién señalado se intenta cumplir mediante la dictación de una serie de normativas o directrices que se plasman en lo que en un principio se conoció como las 40 Recomendaciones del GAFI, pero como ya mencionamos anteriormente, estas 40 primeras Recomendaciones del año 90 fueron dictadas exclusivamente para la protección del sistema financiero por el lavado de activos derivado del tráfico ilícito de drogas, dejando de lado el financiamiento al terrorismo

⁵³ Ídem.

⁵⁴ Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica. 2012. Las recomendaciones del GAFI. Disponible en [http://www.uaf.cl/descargas/legislacion/internacionales/GAFI%20Nuevas 40 Recomendaciones.pdf](http://www.uaf.cl/descargas/legislacion/internacionales/GAFI%20Nuevas%2040%20Recomendaciones.pdf) (fecha consulta 07.11.2016)

conjuntamente con el lavado proveniente de otras actividades ilícitas. El delito de financiamiento fue incorporado a través de las 8 (y posteriormente 9 en 2003) Recomendaciones Especiales del GAFI incluidas en Octubre del año 2001.

No ha de sorprender el hecho señalado a raíz de la revisión de la Resolución 1373, esto es que la normativa sobre financiamiento al terrorismo vigente, tanto en los instrumentos internacionales más importantes, como también en la legislación nacional, han sido una evidente reacción -al menos a criterio de los que escriben- de lo ocurrido el 11-S del año 2001 en Estados Unidos, lo que nos lleva a pensar una serie de cuestiones. La primera, es preguntarse si es conveniente legislar -en cualquier situación- de forma reaccionaria. Con esto nos referimos a la necesidad que poseen los legisladores de ir “parchando”, en vez de desarrollar una normativa seria y atingente que se haya pensado y repensado en un contexto que no sea política ni mediáticamente agitado, y que surja finalmente como conclusión de la implementación de una política seria, responsable y respetuosa además de las garantías individuales de los ciudadanos de cada Estado. La segunda, es en el caso particular si será conveniente generar apresuradamente medidas sobre un delito que ha ocasionado controversia debido a su naturaleza misma y que actualmente es discutido, al menos doctrinalmente. Tercera, es el indudable poder que posee Estados Unidos en particular, y los países “potencias” en general respecto a las políticas y a la velocidad con que se implementan las mismas dentro de la comunidad internacional, como también de otros Estados que no están dentro de aquel selecto grupo. Cuarta, cabe cuestionarse la necesidad de la obligatoriedad -como también hasta qué punto dicha obligatoriedad es respuesta de una cuestión política más que una cuestión de necesidad normativa-, más aún en este caso en que hay una adhesión que podría considerarse alta (más de 180 países), lo que inevitablemente nos va a pasar la cuenta en el sentido de que no es posible que 180 países se apeguen a la misma realidad de un fenómeno que como recién dijimos es indeterminado, y que por tanto debemos considerar que, bajo el supuesto de que exista, éste además puede adoptar formas que no se comprendan dentro de lo previsto internacionalmente. Es por estos motivos, entre posiblemente bastantes otros, que hay que abordar la temática del terrorismo y de su financiamiento desde cierta distancia de forma de poder no sólo comprender la normativa

existente, sino que a su vez cuestionar su utilidad práctica y su fundamento último, para de esta forma poder finalmente criticarla.

Ya desde el año 2003, momento en el cual se avalaron por más de 180 países las Recomendaciones del GAFI, que actualmente se consideran el estándar internacional para el lavado de activos y financiamiento al terrorismo a nivel internacional y que fueron por última vez revisadas en febrero de 2012, año en el cual “*el GAFI aprobó y publicó las 40 Recomendaciones para combatir el LA/FT, que reemplazaron las 40 Recomendaciones emitidas en 1990, y las 9 Recomendaciones Especiales contra el FT difundidas en 2001.*”⁵⁵ De ahí que nos importe el análisis de las Recomendaciones, revisando aquellas que requieren un mayor comentario de nuestra parte por ser, a nuestro criterio, de mayor relevancia para estos efectos:

Recomendación N°5 (ex Recomendación Especial N°II) sobre el Delito de financiamiento del terrorismo⁵⁶: “*Los países deben tipificar el financiamiento del terrorismo en base al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, y deben tipificar no sólo el financiamiento de actos terroristas, sino también el financiamiento de organizaciones terroristas y terroristas individuales. aún en ausencia de un vínculo con un acto o actos terroristas específicos. Los países deben asegurar que tales delitos sean designados como delitos determinantes del lavado de activos.*”⁵⁷ Como puede apreciarse la Recomendación de la GAFI en lo relativo a la tipificación del delito de financiamiento al terrorismo no es más que la remisión de lo señalado en el Convenio de 1999, y en consecuencia entonces también a lo expresado en la Resolución 1373. Esto demuestra que en definitiva no hay un aporte a la forma en que ha de tipificarse el delito en cuanto sustancia. Es importante hacer notar que se distingue entre el financiar el acto terrorista y financiar la organización terrorista e incluso hace mención al financiamiento de terroristas individuales, cuestión que no está exenta de polémica doctrinal debido a la carencia del elemento organizacional para la utilización del apelativo

⁵⁵ Unidad de Análisis Financiero. Disponible en <http://www.uaf.cl/asuntos/gafi.aspx> (fecha de consultas 07.11.2016)

⁵⁶ Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica. 2012. Las recomendaciones del GAFI. Disponible en http://www.uaf.cl/descargas/legislacion/internacionales/GAFI%20Nuevas_40_Recomendaciones.pdf (fecha consulta 07.11.2016)

⁵⁷ Ídem.

terrorista. Finalmente concluye, con la necesidad de incorporar al financiamiento al terrorismo lo que ya hemos denominado delito base del lavado de activos.

De suma relevancia es no quedarse solo con lo señalado por la recomendación, ya que también existen notas interpretativas realizadas por el mismo GAFI para aclarar ciertos puntos que podrían, a primera vista, generar ciertas dudas. En ese sentido las notas interpretativas pertinentes a la recomendación N°5 señalan que la misma tiene un doble objetivo: por un lado, pretende asegurar a los Estados la potestad para sancionar penalmente a las personas que financien el terrorismo, y por otro lado, busca hacer énfasis en la conexión entre el delito de financiamiento con el delito de lavado de activos obligando así al establecimiento del primero como delito base o determinante para el segundo. Además, se dan -en las notas interpretativas- ciertas características que debe tener el delito de financiamiento al terrorismo, entre las cuales podemos mencionar como más importantes las siguientes:

- El delito de financiamiento al terrorismo debe extenderse a toda persona que dolosamente suministre o recolecte fondos -verbos rectores- por cualquier medio, ya sea personalmente o a través de un tercero -directa o indirectamente-, a sabiendas de que dichos fondos serán utilizados en su totalidad o sólo parcialmente, para la concreción de un acto terrorista; para el financiamiento de una organización terrorista; o por un terrorista individual.⁵⁸
- “*Los delitos de financiamiento del terrorismo deben extenderse a cualquier fondo, procedan de una fuente legítima o ilegítima.*”⁵⁹. Cuestión por lo demás de toda lógica teniendo en consideración el objetivo de la recomendación, por el contrario, el delito de lavado de activos solamente puede configurarse sobre bienes que provengan de fuentes ilícitas, no así lícitas como en este caso.

⁵⁸ Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica. 2012. Las recomendaciones del GAFI. Disponible en http://www.uaf.cl/descargas/legislacion/internacionales/GAFI%20Nuevas_40_Recomendaciones.pdf (fecha consulta 07.11.2016)

⁵⁹ Ídem.

- *“Los delitos de financiamiento al terrorismo no deben exigir que los fondos: a) hayan sido realmente utilizados para realizar un acto(s) terrorista(s) o intentar un acto(s) terrorista(s); o b) que estén ligados a un acto(s) terrorista(s) específico(s).”*⁶⁰. Dicha nota interpretativa deja claro el carácter autónomo del delito de financiamiento al terrorismo en contraposición al delito terrorista.
- *“Los países deben asegurar que la intención y el conocimiento requeridos para probar el delito de financiamiento del terrorismo se puedan inferir a partir de circunstancias fácticas objetivas.”*⁶¹
- *“Debe aplicarse a las personas jurídicas responsabilidad y sanciones penales, y cuando ello no sea posible (debido a los principios fundamentales del derecho interno), debe aplicarse la responsabilidad y sanciones civiles y administrativas”*⁶². Lo más relevante de esta última nota es que “obliga” al legislador (recordar que las Recomendaciones no son obligatorias) a tipificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuestión que tiene como consecuencia la promulgación de la ley N°20.393.

Recomendación N°6 (ex Recomendación Especial N°III) sobre las Sanciones financieras dirigidas y relacionadas al terrorismo y al financiamiento del terrorismo: *“Los países deben implementar regímenes de sanciones financieras para cumplir con las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relativas a la prevención y represión del terrorismo y el financiamiento del terrorismo. Las resoluciones exigen a los países que congelen sin demora los fondos u otros activos de, y que aseguren que ningún fondo u otro activo se ponga a disposición, directa o indirectamente, de o para, el beneficio de alguna persona o entidad, ya sea (i) designada por, o bajo la autoridad de, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas dentro del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, incluyendo, de*

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ Ídem.

⁶² Ídem.

*conformidad con la resolución 1267 (1999) y sus resoluciones sucesoras; o (ii) designada por ese país en virtud de la resolución 1372(2001).*⁶³

Respecto a esta recomendación que puede ser un poco compleja a primera vista, lo relevante a nuestro criterio vendría a ser lo que se señala en la segunda nota interpretativa del GAFI respecto a la recomendación N°6, que dice que *“el énfasis de la Recomendación 6 está en las medidas preventivas que son necesarias y únicas en el contexto de detener el flujo de fondos u otros activos hacia grupos terroristas; y el uso de fondos u otros activos por grupos terroristas. Al determinar los límites de un régimen eficaz, contra el financiamiento del terrorismo, o fomentar un amplio apoyo al mismo, los países tienen también que respetar los derechos humanos, respetar los principios de derecho y reconocer los derechos de terceros inocentes.”*⁶⁴. En otras palabras, lo que trata de hacer esta recomendación es detener el flujo y uso de activos por terroristas, sin olvidar el respeto a los derechos de las personas.

Recomendación N°8 (ex Recomendación Especial N°VIII) sobre las Organizaciones sin fines de lucro: *“Los países deben revisar la idoneidad de las leyes y regulaciones relativas a las entidades que pueden ser utilizadas indebidamente para el financiamiento del terrorismo. Las organizaciones sin fines de lucro son particularmente vulnerables, y los países deben asegurar que éstas no sean utilizadas indebidamente”*⁶⁵. Viene a colación debido a que sirve para reafirmar lo señalado en el primer capítulo, específicamente a lo relativo sobre el mecanismo de financiamiento al terrorismo tratado en el apartado de caridad. Como ya explicamos, una de las formas que tienen las organizaciones terroristas para financiarse es recurrir a fuentes lícitas de financiamiento, entre las cuales se encuentran organizaciones sin fines de lucro como las fundaciones o corporaciones, y de esta forma adquirir fondos para su actividad, muchas veces sin ni siquiera la sospecha del aportante. Es por lo mismo, que la recomendación N°8 se da cuenta de dicho fenómeno y exhorta a los Estados para que se hagan cargo de dicha vulnerabilidad.

⁶³ Ídem.

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Ídem.

En conclusión, podríamos señalar que la importancia del Grupo de Acción Financiera Internacional en materia de financiamiento al terrorismo es innegable, éste ha complementado, reiterado y explicado las disposiciones existentes respecto al fenómeno en cuestión, y ha sido - y sigue siendo- el referente más importante en lo relativo a materias preventivas y represivas del financiamiento al terrorismo y lavado de activos. Además, importante es destacar que es la normativa vigente más “actualizada” que trata el fenómeno (2012) y ha servido como base para fomentar, dentro de los Estados parte, el proceso de internalización normativa, según lo dispuesto en el Convenio de 1999.

4. Historia de la legislación nacional

Como se ha señalado, el legislador nacional se vio en la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico luego de la ratificación del Convenio de 1999. Dicha necesidad además se vio reforzada por la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. De esta forma surgía el deber de modificar la legislación penal, con el objeto de no dejar impunes conductas que debían -de acuerdo con el Convenio- penalizarse. En ese sentido, en la legislación vigente- anterior al 13 de noviembre de 2003- resultaba punible el financiamiento sólo bajo dos hipótesis. La primera “*en cuanto la provisión de fondos pueda vincularse a un delito terrorista en específico (consumado, tentado o a título de conspiración)*”, y la segunda en cuanto la provisión pudiera vincularse “*a una asociación ilícita terrorista*”, siendo el financista imputable en cuanto partícipe de dicha asociación⁶⁶. No está de más señalar que aparte de lo anterior, se requería que el financiamiento fuera efectivo, es decir, que existiese una entrega de fondos a alguna organización terrorista, y en ese sentido, no resultaba punible la mera recaudación. De esta manera, no eran imputables –en principio- “*1.- la provisión de fondos no vinculable a una asociación ilícita terrorista ni a delitos terroristas determinados y 2.- la recaudación previa de*

⁶⁶ PLAZA CHÁVEZ, I.J. 2014. Análisis dogmático-penal del delito de financiamiento del terrorismo. Revista de Estudios de la Justicia(20). p. 176-177.

*los fondos*⁶⁷”. En conclusión, nuestra legislación nacional no penalizaba todas las hipótesis dadas por el Convenio de 1999, y de ahí la supuesta “necesidad” de modificación.

Esta necesidad -a nuestro juicio- se entendería como supuesta, en atención a que finalmente es una necesidad creada, si se quiere “artificial”, pues no se relaciona directamente con la realidad de cada Estado, ya que surge -en último término e indirectamente-, de la coacción que puede ejercer el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a sus miembros. En ese sentido nos cuestionamos lo siguiente: ¿Qué tan libres son los Estados de optar si ratificar o no el convenio de 1999?, pues de cierta forma se ven coaccionados internacionalmente a ello, esto en virtud de la Resolución 1373, la cual -recordemos- fue dictada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Es más, de su lectura puede entenderse que lo anterior es del todo cierto, pues como se señala en ella: “*El consejo de seguridad [...] Actuando en virtud del capítulo 7 de la carta decide que todos los Estados...*”⁶⁸. La sutil mención que se hace del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, nos ilustra o recuerda el poder coercitivo que posee y que puede ejercer el Consejo, en virtud del artículo 41. De esta manera, éste puede incidir en las políticas nacionales, forzando a los Estados a hacer efectivas algunas de sus decisiones, como por ejemplo mediante la imposición de sanciones económicas.

En relación a lo anterior, en este apartado se estudiará -de forma expositiva- la historia de la actual legislación nacional, principalmente la historia de la Ley N°19.906 que modificó la actual Ley N°18.314 mediante la introducción del artículo 8° y la historia de la Ley N°20.393 que establece una responsabilidad penal para las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento al terrorismo y cohecho. Esto con el objeto de dilucidar los motivos del legislador para considerar necesaria la modificación del ordenamiento penal, cuestión que pensamos puede desprenderse de la discusión suscitada en la elaboración de dichas leyes.

⁶⁷ Mensaje de S.E el Presidente de la República de 12 de octubre de 2002. Historia de la Ley N° 19.906, que modifica la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, en orden a sancionar más eficazmente la financiación del Terrorismo, en conformidad con lo dispuesto por el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo]. <http://bcn.cl/5he2> (fecha de consulta 05.11.2016).

⁶⁸ Carta de las Naciones Unidas. 1945. [en línea] <http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-vii/index.html> (fecha consulta 05.11.2016)

4.1 Historia de la ley 19.906 que modifica la ley 18.314, incorporando el delito de financiamiento al terrorismo

El legislador con fecha 12 de octubre de 2002, redacta un mensaje presidencial con el objeto de dar curso a la tramitación de un proyecto de ley, el que se enfocaba en lograr la modificación de la Ley N°18.314, para adaptarla a lo dispuesto en el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo. Como propuestas principales se contempló: *“un tipo autónomo de provisión de fondos con la intención o finalidad de que dichos fondos se utilicen para cometer delitos terroristas. De esta forma, mediante un elemento subjetivo especial trascendente -distinto al dolo- se desvincula el financiamiento de la efectiva realización de un delito terrorista específico, adelantándose la barrera de protección de los bienes jurídicos que pueden verse vulnerados por él.”*⁶⁹ Además cabe mencionar que lo anterior debía relacionarse con la vinculación del financiamiento a los delitos contemplados en el Art. 2 de la Ley N°18.314 –delitos terroristas específicos-, o al menos con la vinculación del financista a una asociación ilícita terrorista. En ese sentido, el legislador propone resolver el posible problema de la doble imputación que pudiese surgir con el establecimiento de una cláusula de subsidiariedad expresa, cuando por obra del financiamiento, exista para el financista responsabilidad por la materialización de un delito terrorista determinado, incluida la pertenencia a una asociación ilícita terrorista.

Respecto al segundo vacío de imputación, el legislador plantea la posibilidad de ampliar el tipo penal sancionándose incluso la mera recaudación de fondos, y no sólo la provisión de éstos. Bajo esa lógica, sería posible sancionar a quien consigue los fondos para la organización, quien, en la normativa hasta ese entonces vigente, podía no ser imputado bajo la hipótesis de que éste recaudador no fuese quien proporcionara los fondos. En este contexto, no existía la necesidad de la redacción de una cláusula de subsidiariedad expresa, pues malamente podría

⁶⁹ Mensaje de S.E el Presidente de la República de 12 de octubre de 2002. Historia de la Ley N° 19.906, que modifica la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, en orden a sancionar más eficazmente la financiación del Terrorismo, en conformidad con lo dispuesto por el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo]. <http://bcn.cl/5he2> (fecha de consulta 05.11.2016).

vincularse a un delito terrorista específico a alguien quien -en último término- no proporcionaba los fondos necesarios para llevar a cabo la materialización de dicho delito.

Finalmente, el legislador consideró como una sanción adecuada para este delito la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio, manteniendo la proporcionalidad con el quantum de la pena que se imputaría a quien financiare un delito terrorista específico. De esta forma la penalidad más baja iba en consideración a esta falta de vinculación, lo que posiciona la recaudación alejada de la materialización del tipo penal de terrorismo. Así, lo que atenuaría o no la penalidad se relacionaría con la distancia a la concreción del delito específico de terrorismo, por más tenue que ésta fuera, con inclusión de la conspiración.

La redacción de la propuesta del legislador fue la siguiente: *“Artículo Único.- Incorpórese en el artículo 7 de la ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, el siguiente inciso final: El que por cualquier medio, directa o indirectamente recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de delitos de los señalados en el artículo 2°, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio, a menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual sólo se le sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal”*⁷⁰

Posteriormente, en el primer trámite legislativo la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia informó a la cámara de diputados, las razones y los objetivos del proyecto. En la discusión general, se aprobó por unanimidad la idea de legislar, participando en la votación los diputados y diputadas Guzmán, Soto, Burgos, Bustos, Ceroni y Luksic. Sin embargo, en la discusión particular se estimó que la cláusula de subsidiariedad expresa que se contemplaba en el proyecto del ejecutivo era redundante, pues el mismo resultado habría de obtenerse si se aplicasen las reglas generales contempladas en el ordenamiento jurídico. Es decir, en caso de que la conducta penada tuviese relación con la financiación y posterior materialización de uno

⁷⁰ Mensaje de S.E el Presidente de la República de 12 de octubre de 2002. Historia de la Ley N° 19.906, que modifica la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, en orden a sancionar más eficazmente la financiación del Terrorismo, en conformidad con lo dispuesto por el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo]. <http://bcn.cl/5he2> (fecha de consulta 06.11.2016).

de los delitos contemplados en el art. 2 de la Ley N°18.314, no debiese existir la doble imputación, en virtud de la aplicación de las reglas generales del concurso de delitos. Siendo por tanto eliminada esta segunda parte del artículo, quedando su redacción como sigue: *“El que por cualquier medio, directa o indirectamente, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de delitos de los señalados en el artículo 2, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio”*⁷¹.

En la discusión en sala de la cámara de diputados se agregaron dos indicaciones que fueron aprobadas por unanimidad. La primera indicación fue a propuesta de los diputados Jorge Burgos, Marcelo Forni y Edgardo Riveros, y tenía por finalidad agregar entre las palabras “indirectamente” y “recaude”, la expresión “solicite”. Como fundamentos a esta indicación, el diputado Marcelo Forni señaló lo siguiente: *“Creemos que conviene incluir, como conducta sancionable, el hecho de solicitar financiamiento para la comisión de delitos terroristas, por cuanto es posible que quien recaude no sea el mismo que solicite los fondos. No está de más señalar que la conducta de quien solicita el financiamiento para actividades terroristas es tan reprochable como las otras que el proyecto propone sancionar”*⁷².

La segunda indicación fue a propuesta de las diputadas Pía Guzmán y Laura Soto, y de los diputados Marcelo Forni y Jorge Burgos, y su finalidad era establecer un inciso final al artículo 7 de la Ley N°18.314, para que fuese contemplado como figura autónoma en un artículo 7 bis. Las razones que adujeron se relacionan esencialmente a que el artículo 7 de la Ley N°18.314 ya regulaba otras materias -como la referencia que hacía a la tentativa de comisión de algunos de los delitos del art. 2, además de la amenaza seria y verosímil de cometer alguno de esos delitos y finalmente respecto a la comisión de los mismos- por tanto, y en razón de la autonomía que debiera poseer el mencionado tipo de financiamiento, se hacía necesario, y se cumplía de mejor manera lo mandatado por el Convenio de 1999, si la consagración del delito se contemplaba dentro de un artículo autónomo.

⁷¹ Ídem.

⁷² Ídem

En relación con las indicaciones mencionadas, la nueva redacción del artículo único del proyecto de ley sería la siguiente: “**Artículo único.** *Agregase en la ley N°18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, el siguiente artículo 7° bis: “Artículo 7° Bis.- El que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de delitos de los señalados en el artículo 2°, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio.”.*”⁷³

Dentro del segundo trámite constitucional, la comisión del senado introdujo nuevas modificaciones al proyecto, la principal de ellas a propuesta del jefe de la división jurídica del ministerio de justicia Sr. Maldonado, quien consideró necesario retomar la cláusula de subsidiariedad que había sido suprimida dentro de la discusión que se llevó a cabo en la comisión de constitución, ya que en opinión del Ministerio, las reglas generales no eran claras evitando posibles dobles incriminaciones, además de que en caso de concurso con delitos más graves, debería penalizarse en razón de éstos delitos. Por tanto, con la reincorporación de la cláusula se evitaba que la nueva figura que se proponía adquiriese el carácter de privilegiada. De esta manera la comisión decidió: “*reincorporar la cláusula de subsidiariedad propuesta en el texto original del Mensaje, a fin de rechazar la posibilidad de una doble incriminación y, al mismo tiempo, evitar interpretaciones que le confieran a la figura que se crea el carácter de un tipo privilegiado, que redundaría en una disminución de la sanción de quienes actúan como autores o cómplices mediante el financiamiento de un delito terrorista. De esta forma se reserva el nuevo tipo penal exclusivamente, a los casos en que el financiamiento no va acompañado del principio de ejecución del delito terrorista específico que se pretende apoyar*”⁷⁴. Así el financiamiento se separa, como delito autónomo, de la ejecución del delito terrorista en sí, con el objeto de sancionar dicha conducta, independiente de la materialización del delito terrorista que se financia o que se pretende financiar.

Además de la modificación que se señala, la comisión suprimió como verbo rector el hecho de “solicitar” dineros, conducta que sería imputable desde el momento en que se expresa

⁷³ Ídem.

⁷⁴ Ídem.

la petición de fondos, de manera oral o escrita, aunque esta petición fuese en último término, rechazada. En ese sentido se tuvo presente que *“la recaudación ya es un acto preparatorio de una forma de participación, cuál es la financiación, por lo que la solicitud constituía una especie de tentativa de acto preparatorio, que no resulta admisible de sancionar⁷⁵”*. De esta manera, si se incorporara el verbo “Solicite” al artículo, lo que se estaría sancionando sería la tentativa de la tentativa, cuestión que más allá de ser problemática en el derecho, genera graves dificultades en cuanto a la prueba. Esto a diferencia de lo que sucedía con los otros dos verbos rectores “recaudar” y “proveer” fondos, porque éstos en su ejecución requerían de la materialización de algún hecho concreto. Además la recaudación o provisión de fondos debía llevarse a cabo con la intención -elemento subjetivo- de que los fondos recaudados o proveídos fueran utilizados en la comisión de “cualquiera” de los delitos “terroristas” señalados en el artículo 2 de la ley. Como precisión final se consideró más adecuado, incorporar la disposición dentro de un artículo independiente, decidiendo agregarla en el artículo 8 de la ley 18.314, pues, a la fecha, éste se encontraba derogado.

Con la incorporación de las modificaciones señaladas, la nueva redacción del artículo fue la siguiente: *Artículo único.- Agrégase en la ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, el siguiente artículo 8°, nuevo: “Artículo 8°- El que por cualquier medio, directa o indirectamente, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2°, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio, a menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual sólo se le sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal”*.⁷⁶

En la posterior discusión en sala del senado, se analizó brevemente el reemplazo de la expresión “fondos” por “bienes y recursos”, pues los senadores Larraín y Espina consideraron que la expresión fondos era restrictiva, ya que sólo podía entenderse enfocada a la recaudación

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ Ídem.

o provisión de dinero, y por tanto no se entendían incorporados al tipo la provisión o recaudación de otros bienes -como la provisión de un automóvil- a la organización terrorista, quedando -a juicio de ambos Senadores- impune este tipo de provisión o recaudación. Modificación que no alcanzó el quórum requerido para su aprobación, pero de la cual se dejó constancia en la aprobación general y particular del proyecto, la cual contó con el voto favorable de 27 senadores.

En virtud de la falta de acuerdo entre cámaras, se coordinó una comisión mixta, que incluía tanto representantes de los diputados como de los senadores, los cuales tendrían como tarea aunar posturas y presentar el nuevo proyecto a ambas cámaras, para lo cual solicitaron informes a las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso y de Ciencias Jurídicas de la Universidad Andrés Bello.

Dentro de la discusión que se suscitó al interior de la comisión, se tocó como primer punto de discordia la incorporación o eliminación del verbo rector “Solicitar”. El profesor don Waldo del Villar, quien fue el encargado de exponer un informe que se solicitó a la Universidad de Valparaíso, consideró que la incorporación del verbo rector “Solicitar” era del todo necesaria. Lo anterior debido a que la solicitud se configuraría como un acto autónomo diferente al recaude o provisión, pues la solicitud podría no estar vinculada con la recepción de aquello que se solicita, o con la entrega efectiva de lo solicitado. Es decir, quien solicita puede ser una persona distinta a quien recauda o provee. En palabras del profesor *“en el texto aprobado por la Cámara de Diputados, se abarca una posibilidad más del comportamiento delictivo, que podría no entenderse con la sola mención de la recaudación por cualquier medio directo o indirecto, en el caso de que esta acción no se realizará por la misma persona que ha hecho la solicitud”*⁷⁷. En ese sentido, *“agregar el verbo rector “solicitar” permite, en su concepto, cubrir esa hipótesis delictual, situación que no parece tan clara con la sola referencia que se hace en el texto a recaudar directa o indirectamente”*⁷⁸. De esta forma, la incorporación del “verbo rector

⁷⁷Ídem.

⁷⁸Ídem.

*referido integraría tan sólo una conducta delictiva, en la que se sanciona un acto preparatorio o, a lo sumo, tentado, que, para estos efectos, se eleva a la categoría de consumado*⁷⁹”.

Señaló además que si se decidiera eliminar el verbo “solicite” de la redacción, resultaría dudoso sancionar a título de tentativa la solicitud de fondos con fines terroristas, cuando la acción no se concrete más allá de la mera petición. En ese caso, parecería más correcto -a su juicio- calificar ese acto como un acto preparatorio. El profesor finalizó su intervención señalando que, de eliminarse el vocablo, y no siendo la conducta entendida como acto preparatorio sino como uno de comienzo de ejecución de la conducta a sancionar, debería penalizarse en conformidad al artículo 7, inciso 3 del Código Penal, como tentativa, pero de la forma que contempla el art. 7 de la Ley N°18.314, donde la tentativa es sancionada con la pena mínima señalada por la ley para los delitos consumados.

Posteriormente expuso el Sr. Rodrigo Medina, exponiendo una opinión contraria a la señalada en el párrafo anterior, puesto que a su juicio la incorporación del verbo “Solicitar” es errada, en atención a los siguiente argumentos: 1. Es peligroso el adelantamiento de la punibilidad que se pretende, pues con la incorporación de verbos como “Solicitar”, adelantan la consumación del delito e impiden la ocurrencia de actos preparatorios. Para ilustrar esta idea, señala el caso de la tipificación del cohecho. 2. En relación a esto señala que, en el Mensaje Presidencial, se consideró la intención o finalidad de los fondos-elemento subjetivo trascendente- para desvincular el financiamiento de la concreción del delito terrorista. Mediante esto se logra adelantar la barrera de protección a bienes que pudieran verse vulnerados por el financiamiento. Y que en razón de esto el adelantamiento se relacionaba con sancionar no sólo a los proveedores, sino que también a los recaudadores. Así penalizar también a los peticionarios significaría re-adelantar la barrera de protección, cuestión que en sí resulta dudosa. 3. Porque solicitar puede entenderse vinculada al verbo recaudar, puesto que necesariamente para recaudar algo, debe haberse solicitado anteriormente.

En esta misma línea expuso el jefe de la división jurídica del Ministerio de Justicia, profesor Francisco Maldonado. Sostuvo básicamente que la recaudación constituía un acto

⁷⁹Ídem.

preparatorio del delito de financiamiento, en la forma de la participación. Y bajo esa lógica, la solicitud constituirá una tentativa de acto preparatorio, la cual sería dudosa sancionar, y que en virtud de esto el verbo solicitar estaría de más. Además, señaló que la incorporación del verbo, crearía escenarios del todo ilógicos, como sancionar la tentativa de la solicitud con la pena de un delito consumado. Siendo dudosa la persecución penal de estos últimos comportamientos, esto relacionado principalmente a la dificultad probatoria que acarrearía. A su juicio resultaría improbable que un tribunal condenara existiendo sólo el antecedente de la solicitud. Y que, por tanto, la inclusión del verbo no tendría utilidad práctica.

Luego de las intervenciones mencionadas, los integrantes de la comisión decidieron mantener el verbo solicitar, en razón de varios puntos: 1. Las altas penas relacionadas a los delitos terroristas, que llevan a pensar que el castigo como delito consumado de la tentativa de solicitar estaría correcta. 2. Además y en virtud de la gravedad de los delitos terroristas, se debiesen penalizar todas las conductas relacionadas con la materialización de dichos delitos. 3. Se consideró que era un error entender la solicitud como una tentativa de un acto preparatorio, porque se configuraría como delito de mera actividad, es decir existe una acción delictiva dentro de la cual no es relevante si efectivamente se dan o prestan los dineros solicitados.

Respecto al segundo punto en cuestión, se discutió la eliminación o mantención de la cláusula de subsidiariedad expresa, propuesta en el mensaje presidencial, eliminada en el primer trámite legislativo y reincorporada en el segundo. Los argumentos a favor de su mantención versaban en relación con que eliminaría los posibles concursos aparentes de las leyes penales. En la hipótesis de que quien recaude, además tenga responsabilidad por la materialización de un delito terrorista determinado. Estando conforme entonces la normativa con el *ne bis in ídem*.

Los argumentos en contra de la cláusula de subsidiariedad estaban relacionados en primer lugar debido a que en la hipótesis de delitos terroristas consumados no podría entenderse una doble incriminación. Como el financiamiento se entiende como acto preparatorio punible a título de tentativa, si esta se consumara, absorbería el delito materializado el acto preparatorio del mismo para determinar la sanción a aplicar, siendo por tanto redundante su tipificación. Como segundo argumento, se señala que no se configuraría el financiamiento como un tipo

privilegiado, respecto a los autores de los delitos concretos. Agrega que, de existir la materialización de un delito terrorista, los financistas serían sancionados como coautores en razón del artículo 15 N°3 del Código Penal. De no llegar a cometerse se aplicará la sanción del artículo 7° de la Ley N°18.314.

El jefe de la división jurídica señaló además que la cláusula estaba destinada a cumplir dos objetivos: *“rechazar la posibilidad de doble incriminación y aclarar que pueden darse concurso con delitos lesivos, incluyéndose la asociación ilícita.”*⁸⁰ donde lo correcto sería sancionar por los delitos más gravosos.

Finalmente, la comisión decidió mantener la incorporación de la cláusula, pero suprimiendo el adverbio “sólo” de la redacción. Así el proyecto de ley que se aprobó posteriormente por ambas cámaras fue el siguiente: *“Artículo único.- Agrégase en la ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, el siguiente artículo 8°, nuevo: “Artículo 8°.- El que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2°, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio, a menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual se le sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal.”*”

Al finalizar esta breve exposición sobre los principales debates que se suscitaron dentro del proyecto, nos quedan algunas dudas que ahondaremos en el capítulo siguiente. Principalmente si ¿Existe alguna utilidad para el país en tipificar esta materia?, o si ¿Se resuelven vacíos normativos que tengan incidencia dentro de la legislación nacional?, y en ese sentido ¿Cuál es el real argumento de fondo para legislar? y si ¿Es realmente necesaria la incorporación del verbo solicitar en la redacción del artículo único?

⁸⁰ Ídem.

4.2 Historia de la ley 20.393 que Establece la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica.

Dentro de las innovaciones que fue necesario realizar en el ordenamiento jurídico nacional, con el objeto de cumplir con los acuerdos internacionales adquiridos por Chile, se encuentra el establecimiento de casos en que es posible imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando éstas realizan conductas subsumibles a los delitos de lavado de activos, financiamiento al terrorismo y cohecho. Normativa que se construye y que se enfoca en la actualización de *“los métodos y procedimientos que aplica el Estado para perseguir y castigar delitos”*⁸¹. Sin olvidar, claro está, que todo este esfuerzo normativo *“surge de la necesidad de dar cumplimiento a compromisos internacionales.”*⁸² Necesario es tener presente que la legislación anterior, contemplaba la responsabilidad de las personas jurídicas de manera fragmentada y en diversos cuerpos legales, como en la Ley de Bancos, el Código de Comercio, etc. Pero no se contemplaba dentro del Código Penal, por lo que no existía una responsabilidad penal de las personas jurídicas que fuera atribuible a sus ilícitos, cuestión que, hasta la fecha de la tramitación del proyecto, se encontraba pendiente y que las dotaba de una suerte de “inmunidad” injustificada. Lo que generaba una suerte de incentivo para que éstas se comportaran contrario a derecho. De esta manera, la normativa que se presentó, buscaba incidir como *“coacción a la auto responsabilidad, en otras palabras, constituía un incentivo para la generación de modelos idóneos de organización, un llamado a la empresa para que se organizara y auto regulara a fin de actuar como un ciudadano correcto”*⁸³.

El mensaje presidencial, se remite con fecha el 19 de marzo del año 2009 a la cámara de diputados. Dentro de los objetivos principales de la normativa se señala la persecución de la responsabilidad de las personas jurídicas, cuestión que hasta la fecha no era procedente, porque la normativa no consideraba que fuese posible imputarles algún tipo de responsabilidad. De esta manera el proyecto se presenta como una actualización de los métodos y procedimientos con

⁸¹ Historia de la Ley 20.393. Informe Comisión Constitucional. p. 28.

⁸² *Ibíd*, p. 29.

⁸³ Historia de la Ley 20.393. Informe Comisión Constitucional. p. 38.

que cuenta el Estado para perseguir y castigar dichos delitos, lo cual *“toma mayor relevancia cuando los bienes jurídicos colectivos que se protegen se ven afectados por personas jurídicas que actúan como agentes delictuales, lo que produce un impacto social profundo, frecuentemente mayor al que resulta del actuar de personas naturales”*⁸⁴.

Hay que considerar que dentro del mensaje, se establece que la necesidad de legislar-entre otras cosas-, surge en virtud de la obligación impuesta por la O.C.D.E para que Chile pudiese participar como miembro pleno de la organización. Requisito que nace luego de la ratificación por Chile de la Convención para Combatir el Cohecho donde se impone a los Estados parte la necesidad de legislar respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas. En ese sentido, y para llevar a cabo una posible incorporación como miembro pleno de la organización se *“evalúa si el país comparte los principios y valores de la Organización y si tiene la capacidad y voluntad de cumplir con las obligaciones legales y políticas propias de esa condición, siendo, precisamente, la completa y total implementación de la Convención, uno de los criterios para determinar esa voluntad y capacidad”*.⁸⁵

Así se establece muy claramente que, en términos generales, la necesidad de levantar esta actualización de la normativa interna radica en la ratificación por Chile de diversos instrumentos internacionales -entre los que destacan las recomendaciones del GAFI, la Convención de 1999, la Resolución 1373 y la Convención para combatir el cohecho- de donde se deriva *“para los Estados Partes la obligación de imponer, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, sanciones a las personas jurídicas que sean eficaces, proporcionadas y disuasivas”*⁸⁶. Consecuentemente podría concluirse que toda esta “necesidad legislativa” proviene del *“cumplimiento de compromisos adquiridos en el ámbito internacional, los cuales consideran expresamente el establecimiento de responsabilidad a las personas jurídicas producto de la comisión de determinados delitos”*.⁸⁷

⁸⁴ *Ibíd*, p. 4.

⁸⁵ *Ibíd*, p. 29

⁸⁶ *Ibíd*, p. 5

⁸⁷ *Ídem*.

CAPÍTULO III: LEGISLACIÓN CHILENA VIGENTE SOBRE FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO Y MECANISMOS DE FINANCIACIÓN.

Hasta el momento ya hemos mencionado los distintos mecanismos de financiamiento, así como también las situaciones y fuentes que se han traducido en la normativa existente actualmente a nivel internacional, incluso vimos detalladamente el proceso de discusión legislativa que se produjo al momento de la incorporación de las antes dichas normas al ordenamiento nacional, pero, lo que no hemos revisado detenidamente, son las propias disposiciones que existen a nivel nacional.

La verdad es que si la aplicación de la Ley 18.314 sobre Conductas Terroristas y la Ley 20.393 sobre la Responsabilidad de Personas Jurídicas por los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo, y delitos de cohecho, se podría considerar baja -aunque no por eso poco importante- por lo menos en comparación con la totalidad del tráfico jurídico penal. La aplicación de lo que respecta al financiamiento del terrorismo es prácticamente nula y doctrinalmente muy escasa,⁸⁸ por regla general en lo contenido en los textos que se refieren al fenómeno terrorista, de tratar el financiamiento, la gran mayoría lo hace de forma tangencial, y en lo relativo a la aplicación práctica de las disposiciones que tienen que ver más con lavado de activos y, recientemente a raíz de la corrupción, con el cohecho más que con el financiamiento al terrorismo. Además, recordemos que el lavado de activos y el cohecho son dos mecanismos de financiamiento al terrorismo y como tales, es de toda lógica, que de no funcionar de buena forma la detección de estos delitos en primera instancia, difícilmente se podría detectar el financiamiento posteriormente.

Hecha esta introducción pasaremos a analizar, por un lado, la Ley N°18.314, específicamente su artículo 8 que contempla la figura de financiamiento al terrorismo, y contrastarla con los mecanismos de financiamiento ya expuestos y determinar si efectivamente quedan contemplados dentro de la hipótesis de dicho artículo, y por otro la Ley N°20.393. Una vez terminado el análisis anterior, ahondaremos en ciertos puntos que consideramos importantes

⁸⁸ PLAZA, Análisis..., p. 171.

y a los cuales queremos darle énfasis debido a que creemos que de una u otra forma ayudan a comprobar la hipótesis planteada en este trabajo.

1. Ley N°18.314: Ley de Conductas Terroristas

Como ya lo hemos señalado la Ley N°18.314 con la reforma de la Ley N°19.906, es la que consagra la normativa fundamental relativa al financiamiento al terrorismo⁸⁹ que podemos encontrar en su artículo 8.

Para efectos del análisis a realizarse, dividiremos los temas en: bienes jurídicos protegidos; elementos del ilícito; y elemento subjetivo.⁹⁰ Los delitos de terrorismo y financiamiento apuntan a objetivos iguales -en último término al menos-, por esto los bienes jurídicos protegidos de ambos delitos son los mismos. De esta forma se hace relevante determinar cuáles son, principalmente debido a las posibles diferencias prácticas que podrían generarse, y específicamente determinar si es imputable el delito de financiamiento al terrorismo o no en una determinada conducta. Lo anterior no se encuentra exento de discusión, pero nosotros nos inclinamos por la opinión que señala el carácter dual del bien jurídico protegido en este caso. Por un lado, se abarca desde una óptica de bienes jurídicos individuales, y por lo tanto, se deben ver vulnerados el derecho a la vida y a la integridad por ejemplo, pero por otro, también se vulneran bienes jurídicos colectivos como la seguridad del Estado y la seguridad pública. Es así como para que pueda imputarse el delito a un sujeto, debe existir daño, o al menos un potencial daño previsible a alguno de los bienes jurídicos protegidos individuales, pero además copulativamente, debe generarse dicho daño con la finalidad de vulnerar un bien jurídico protegido colectivo ya que de no ser ese el caso, deberá condenarse como delito común, ya que se entiende que no se justifica el adelantamiento de las barreras para la persecución penal.⁹¹

Para el caso concreto del financiamiento hay que recalcar la distinción entre el bien jurídico ya explicado con el objeto material afectado, ya que en este caso en el supuesto de financiamiento el objeto material afectado es el dinero. Es importante la distinción debido a que

⁸⁹ *Ibíd.* p. 176.

⁹⁰ *Ibíd.* pp. 178-187.

⁹¹ *Ibíd.* pp. 180-181.

los verbos “solicitar” y “recaudar” se configuran aún sin entrega efectiva del objeto material afectado (dinero) ya que se adelanta la protección penal en pos del potencial daño a los bienes jurídicos protegidos.⁹²

Dentro de los elementos del ilícito de financiación de actividades terroristas podemos encontrar en primer lugar, el sujeto activo que será toda persona siempre y cuando cumpla con los requisitos generales de imputabilidad y las personas jurídicas que son susceptibles de responsabilidad penal en virtud de la Ley N°20.393 que revisaremos más adelante. En segundo lugar, se encuentra el sujeto pasivo que para determinarlo habrá que distinguir si es que los fondos son efectivamente utilizados por la organización terrorista, y de ser así el sujeto pasivo será por un lado el individuo que directamente ha visto vulnerado un derecho que se comprenda como bien jurídico protegido individual, y por otro lado, el Estado. En caso contrario, esto es, la situación en que los fondos no se traducen en la comisión de un delito terrorista concreto, el único sujeto pasivo afectado será el Estado.⁹³

Como segundo elemento, se encuentra la conducta o acción típica la que será determinada por lo que se ha llamado los verbos rectores a lo largo del trabajo, estos son “solicitar”, “recaudar” y “proveer” fondos. El verbo solicitar fue el más controvertido en su etapa legislativa, particularmente se discutía sobre la real necesidad de su incorporación al tipo, pero lo concreto que se puede decir al respecto es que tiene como objeto sancionar a aquellos que busquen el financiamiento de organizaciones terroristas sin que sea necesaria una entrega real de fondos, ya que al momento de la entrega ya no se estaría frente a una solicitud, sino que frente a una recaudación. La recaudación supone la recepción de los fondos por parte del sujeto activo para que éste los custodie o resguarde hasta su posterior utilización. Finalmente, el proveer o la provisión de fondos se refiere al sujeto que teniendo los fondos en su poder decide aportarlos a la comisión de un delito terrorista, ya sea directa o indirectamente, esto es

⁹² *Ibíd.* p. 179.

⁹³ *Ibíd.* p. 183.

activamente aportando el dinero o permitiendo que un tercero acceda a dichos fondos sin oposición.⁹⁴

Finalmente, como tercer elemento se requiere de la presencia del elemento subjetivo del tipo, aquello se refiere específicamente al dolo directo -en este caso- debido a la expresión “finalidad” contenida en el artículo 8, la cual debe entenderse indicadora de que existe dolo cuando se satisface el elemento intelectual (sujeto conoce que la conducta que realiza es una conducta típica), conjuntamente con el elemento volitivo (sujeto quiere la realización de la conducta típica y de sus consecuencias). En resumen, para que se configura el ilícito de financiamiento de una actividad terrorista deberá existir un sujeto tanto activo (realiza conducta típica) y pasivos (víctimas de la vulneración que puede ser potencial de derechos o bienes jurídicos protegidos ya sean individuales o colectivos como consecuencia de la realización de la conducta), deberá realizarse una acción típica la cual ya describimos brevemente y debe estar presente el elemento subjetivo del tipo y con esto nos referimos a la presencia de dolo directo, esto es el solicitar, recaudar o proveer fondos con el conocimiento de lo que se hace es un delito, y de todas maneras realizar la conducta voluntariamente queriendo el desencadenamiento de sus consecuencias.

Ahora bien, luego de la exposición que se hace sobre la historia de la ley en el apartado 2.4, en razón de la incorporación del actual artículo 8 a la Ley N°18.314, es que nos surgen algunas consideraciones que creemos importante mencionar, como manera de fomentar el debate en torno a la legislación actual respecto al delito de financiamiento al terrorismo en nuestro país.

La primera de ellas, es que en ningún caso se exponen los motivos por los cuales fue necesario incorporar el tipo de financiamiento al ordenamiento nacional existente. De hecho, los argumentos bases del proyecto se relacionan con el cumplimiento de lo mandado en el Convenio de 1999. Tal como se señala en el mensaje presidencial: “*Esta iniciativa encuentra su fundamento directo en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de*

⁹⁴ *Ibíd.* p. 185.

1999 y suscrito por Chile el 2 de mayo de 2001. Dicho Convenio establece, entre otras obligaciones, el deber de cada Estado parte de tipificar y sancionar el delito de financiamiento terrorista en él descrito, todo ello de acuerdo con la legislación nacional respectiva”⁹⁵, de lo cual queda claro que la génesis del proyecto está relacionada con el dar cumplimiento a los deberes que impone el Convenio. De esta forma podríamos entender que la necesidad que existe de legislar es de carácter político, por cuanto un Estado que ostenta poder dentro de la comunidad internacional (Estados Unidos) y que además es la principal cabeza de organizaciones como las Naciones Unidas o el Consejo de Defensa, exige que otros países se unan a su lucha contra el terrorismo, obligándolos -entre otras cosas- a entregar apoyo, tipificando y sancionando este tipo de conductas. De esta forma es posible concluir que no existe un análisis de fondo, al menos no dentro del debate en la historia de la ley, que dé cuenta del por qué se hace necesario legislar sobre un tema que al parecer en el panorama nacional no tiene incidencia o utilidad.

La segunda consideración, es que nos parece dudosa la incorporación del verbo “Solicitar”, en tanto éste constituye -como claramente lo expuso el profesor Rodrigo Medina- un “*peligroso adelantamiento de la punibilidad*”⁹⁶, si es que entendemos la conducta como la tentativa de un acto preparatorio, en el caso de que por ejemplo la solicitud no sea respondida, o bien sea respondida negativamente. En ese sentido, concordamos con lo expuesto sobre la dificultad que tendría probar la solicitud, y principalmente la dificultad en la que se pone a la judicatura, en casos donde se impute el delito de financiamiento al terrorismo, a un sujeto que -a modo de ejemplo- sólo efectuó una llamada -en último término- pidiendo algo, lo que finalmente volvería poco práctica la inclusión de dicho verbo. Además, nos resultan sorprendente los argumentos que se entregan para su incorporación, como por ejemplo que “*los delitos terroristas son figuras cuya penalidad es muy alta, a lo que se agrega el castigo de todas las conductas que se encuentren en grado de tentativa como delito consumado*”⁹⁷, o bien “*no sobran los verbos rectores tratándose de las actividades terroristas*”⁹⁸. Dichos argumentos se

⁹⁵ *Ibíd.* p. 4.

⁹⁶ *Ídem.*

⁹⁷ *Ídem.*

⁹⁸ *Ídem.*

condicen con lo planteado por el ejecutivo en la redacción del mensaje donde se señala que “*Quien desde la justicia criminal pretende modificar la sociedad se asemeja a quien pretende elaborar un programa pedagógico a partir del castigo. No puede pues pensarse que la sola creación de figuras penales pueda garantizar la ausencia de conductas terroristas, o ilícitas en general. La normativa penal constituye sólo un modesto refuerzo de extrema ratio que, en todo caso, sería estéril sin el sostén otorgado por una sociedad responsable, cohesionada y democrática*”⁹⁹.

De esta forma consideramos que no es aventurado interpretar que el ánimo del legislador -en esta materia- es extender el ejercicio del *Ius Puniendi Estatal* incluso a actividades que en último término pueden entenderse como tentativa de la tentativa, lo cual es a todas luces dudoso, más aún cuando no existen argumentos de fondo que justifiquen este adelantamiento. En ese sentido, se tiende a olvidar que el ejercicio del *Ius Puniendi* debe entenderse y aplicarse de forma restrictiva y de última ratio, tal como lo señala tan lúcidamente el ejecutivo en su mensaje.

Con lo anterior, damos por finalizado el análisis del artículo 8 propiamente tal, en el cual abarcamos tanto sus elementos propios, como también los argumentos y la conclusión de lo que pudimos desprender del trámite legislativo mismo. A pesar de aquello, resulta interesante y necesario expandir este análisis y determinar si los mecanismos de financiamiento ya mencionados en la primera sección de este trabajo, efectivamente quedan comprendidos en la hipótesis del artículo 8 de la Ley N°18.314 o por el contrario entonces, se ven excluidos del ordenamiento nacional por la forma en que se ve tipificado el delito de financiamiento.

De esta forma es menester entonces, realizar una breve descripción de cómo entiende el ordenamiento nacional a cada uno de los mecanismos de financiamiento analizados. Esto es al menos determinar cuáles -a grandes rasgos- son sus características o elementos, y en el caso particular del lavado de activos (el cual creemos más intrínsecamente relacionado con el financiamiento partiendo de la premisa que proviene de una misma base normativa) desarrollar

⁹⁹ Ídem.

qué son los delitos base, ya que importan para comprender el funcionamiento del delito en cuestión y su conexión con el de financiamiento al terrorismo.

1.1 Lavado de activos

La UAF (Unidad de Análisis Financiero) -unidad especializada creada a raíz del mandato contenido en las Recomendaciones del GAFI a la cual nos referiremos más hondamente en su respectiva sección-, por un lado, señala en cuanto al objetivo del delito de lavado, *“El lavado de activos (LA) busca ocultar o disimular la naturaleza, origen, ubicación, propiedad o control de dinero y/o bienes obtenidos ilegalmente. Implica introducir en la economía activos de procedencia ilícita, dándoles apariencia de legalidad al valerse de actividades lícitas, lo que permite a delincuentes y organizaciones criminales disfrazar el origen ilegal de su producto, sin poner en peligro su fuente”*¹⁰⁰. Y por otro, señala qué se entiende por “delito base”: *“Se les denomina “delitos base o precedentes” de lavado de activos (LA) a aquellos cuyo producto -dinero o bienes- se busca ocultar o disimular, dado su origen ilícito. [...] Todos ellos [los delitos base] producen recursos obtenidos en forma ilegítima, condición que los delincuentes buscan limpiar, introduciéndolos en la economía a través de actividades lícitas”*.¹⁰¹

Como ya vimos, el artículo 27 de la Ley N°19.913 hace explícita referencia a la Ley Antiterrorista (18.314), como delito base, por lo que podríamos afirmar en definitiva que el delito de financiamiento al terrorismo del artículo 8 queda efectivamente comprendido dentro de la bases contempladas, y por lo tanto de una u otra forma ambas figuras se encuentran intrínsecamente relacionadas, lo que no obsta al hecho de que ambos delitos poseen diferencias importantes.

Es así, como dentro de las diferencias existentes más relevantes se podría señalar que el financiamiento, en general, se presenta como la contrapartida del lavado de activos¹⁰². De esta

¹⁰⁰ Unidad de Análisis Financiero, 2003. Acerca de la UAF. [en línea] <http://www.uaf.cl/lavado/> (fecha consulta: 18 octubre 2016).

¹⁰¹ Unidad de Análisis Financiero, 2003. Acerca de la UAF. [en línea] <http://www.uaf.cl/lavado/> (fecha consulta: 18 octubre 2016).

¹⁰² DE LA CUESTA ARZAMENDI, Financiación..., p. 130.

forma mientras que en este último los fondos o bienes que provienen de una fuente ilícita buscan pasar a ser lícitos con el objetivo de ocultar su fuente e incorporar los bienes a la economía. Para el primero, los fondos no necesariamente en su origen son ilícitos, podrían provenir de una fuente lícita como ejemplo pueden mencionarse las beneficencias o industrias que desarrollen actividades económicas legales. Por lo que el interés en el ocultamiento de los mecanismos no se da, necesariamente, por la naturaleza de la actividad -que vendría siendo legal-, sino que es el fin perseguido -financiamiento al terrorismo- el que convierte a la conducta en ilícita. Lo anterior, no está exento de complicaciones y podría generar dificultades.

Al contrario, en el caso que la fuente sea ilícita, como lo es el caso en que la organización terrorista se financie con dinero o bienes que provengan de actividades como el narcotráfico, secuestro, extorsión o contrabando entre otras, podría generarse un conflicto aparente vulneratorio del *ne bis in idem*, ya que se entendería que por una misma conducta se está castigando dos veces al mismo sujeto, es decir, se estaría penalizando el delito de financiamiento y el de lavado de activos por el mismo hecho.

La consecuencia de esta conexión entre ambos delitos es que pueden generarse problemas de concursos, principalmente debido a lo difusos o diversos que son las manifestaciones de estos fenómenos en la práctica y la serie de problemas teóricos que puede mostrar. Recordemos que el delito de lavado de activos se configura de tal manera que requiere la ocultación o disimulación del origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas, de que provienen directa o indirectamente de la perpetración de hechos contemplados en el artículo 8 de la Ley N°18.314, esto es de bienes provenientes de los hechos que se traducen en la “solicitud”, “recaudación” o “provisión” de fondos que se haya hecho con la finalidad de ser utilizados en la perpetración de cualquiera de los delitos terroristas contemplados en el artículo 2 de la misma ley.

A continuación pasaremos a analizar, a grandes rasgos, tres hipótesis de autolavado (que se produce cuando el sujeto que comete el delito base y el que genera el ocultamiento de los bienes obtenidos como consecuencia del delito base es el mismo sujeto) que a nuestro criterio pueden dar cabida a concursos:

- Hipótesis N°1 de solicitud: Sujeto A, *solicita* fondos con la finalidad de que sean utilizados en la perpetración de delitos terroristas. Luego, mismo sujeto A *oculta o disimula* los bienes proveídos a propósito de la solicitud. En este caso partimos de la base en que existe un lapso de tiempo e intermediario entre la solicitud y la ocultación, ya que en caso contrario, entendemos que sería A el que actuaría inmediatamente como recaudador y entonces nos encontraríamos frente a la hipótesis N°2.
- Hipótesis N°2 de recaudación: Sujeto B, *recauda* fondos con la finalidad de que sean utilizados en la perpetración de delitos terroristas. Luego, mismo sujeto B *oculta o disimula* los bienes recaudados. En este caso, al contrario del anterior, no se requiere ni tiempo, ni intermediario entre la recaudación y la ocultación, debido a que el hecho de que se satisfaga la primera implica que el sujeto B estaría en poder de los fondos y, por consiguiente, también en poder de llevar a cabo la ocultación.
- Hipótesis N°3 de provisión: Sujeto C, *provee* fondos con la finalidad de que sean utilizados para la perpetración de delitos terroristas. En este caso podemos notar una diferencia respecto a los dos casos anteriores, y es que la *ocultación o disimulación* (que configuran el lavado de activos), se producen con anterioridad a la *provisión* (que configura el delito de financiamiento del terrorismo), y partimos de la base que dicha ocultación o disimulación se configura como una etapa previa necesaria para que efectivamente se efectúe la provisión.

El análisis de estas tres hipótesis recién expuestas, lo haremos a la inversa y es que el N°3 creemos es el más claro de todos los supuestos. Al partir de la base de que el lavado de activos se produce como medio para que se pueda efectuar la provisión de fondos a la organización terrorista, es que consideramos que bajo esta hipótesis particular debe considerarse que existe un concurso medial entre el delito de lavado de activos y el delito de financiamiento al terrorismo. En otras palabras, sería aplicable el artículo 75 de nuestro Código Penal toda vez que un delito (lavado de activos en este caso) sea el medio necesario para cometer el otro delito (financiamiento al terrorismo).

La mirada anterior, contradice el carácter autónomo que tiene el delito de lavado de activos, el cual se funda en el inciso penúltimo del artículo 27 ya referido, y que consagra la figura del autolavado señalando, *“Si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado conforme a ésta.”*¹⁰³. De esto se desprende que el ordenamiento nacional distingue que, por un lado, se encuentra la conducta típica del delito base, que en este caso vendría a ser el financiamiento -art.8 Ley N°18.314- y se plasma en el hecho de solicitar, recaudar o proveer (verbos rectores) fondos con la finalidad de que éstos se utilicen en la mantención o comisión de un delito terrorista. Y, por otro lado, se encuentra la conducta típica del lavado de activos que vendría a ser el ocultamiento o disimulo (verbos rectores) del origen que tienen los bienes o fondos obtenidos ilícitamente a través del delito base.

A nuestro parecer, somos escépticos respecto a la verdadera separación de las dos figuras (LA/FT), y por tanto también respecto al carácter autónomo del lavado de activos, por lo menos en lo relativo al autolavado a propósito de financiamiento del terrorismo, ya que si bien en la teoría cobra sentido y es distinguible el ámbito que abarca cada uno de los verbos rectores, en la práctica podrían perfectamente estar entremezclados y entenderse parte de un mismo delito que se configura a través de varias acciones, hasta el punto en que se tenga que reconducir nuevamente el delito de financiamiento terrorista al campo de la discrecionalidad, salvo que en ambos se tratase el lavado como un acto de agotamiento o un acto posterior copenado¹⁰⁴. Es importante ver cómo la delimitación de las conductas de financiamiento empiezan a influir en la configuración de otros delitos, es así como, a modo de ejemplo, el verbo rector del financiamiento “proveer”, podría entenderse realizado al momento de que un intermediario recibe los fondos de un tercero (desde el punto de vista del tercero), pero también podría comprenderse que la provisión implica el efectivo traspaso de los bienes o dinero a la organización terrorista (desde el intermediario a la organización) y en ese sentido el lavado de

¹⁰³ CHILE, Ministerio de Hacienda. 2003. Ley 19.913: Crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica Diversas Disposiciones en Materia de Lavado y Blanqueo de Activos, 18 de febrero de 2015.

¹⁰⁴ PEÑA CAROCA, I. 2016. Delito Tributario Como Delito Base del Lavado de Activos: Análisis y Comentarios de los Cambios Introducidos por la Ley 20.818. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p.135.

activos podría ser el mecanismo de provisión. Recordemos que ambos delitos pueden configurarse típicamente a través de medios diversos y complejos en la práctica, lo que ha adquirido el nombre de “dinámica comisiva”¹⁰⁵

El análisis antes propuesto de la hipótesis N°3 nos genera un problema de proporcionalidad de penas, en el sentido de que si reconocemos que se rige por el artículo 75, no podemos permitir que las hipótesis N°1 y 2, que por la propia extensión de los verbos se entienden son menos gravosas, se rijan por concurso real de delitos del artículo 74, el cual dentro del concurso de delitos es la opción más gravosa, debido a que realmente no hay concurso y se aplican todas las penas correspondientes a todas las diversas infracciones o ilícitos. Es por lo tanto, imperativo encontrar la forma de justificar la no aplicación del concurso real entre el lavado y el financiamiento en las hipótesis de solicitud y recaudación de fondos si queremos respetar y mantener un mínimo de coherencia dentro de nuestro sistema jurídico. Por lo mismo, creemos que en estos dos casos existe un problema de concurso de leyes penales y no de delitos. Es decir, no existiría una *pluralidad de infracciones legales*, sino que se configuraría una *“pluralidad de leyes en las cuales es subsumible el mismo delito, en consideración de las mismas características”*¹⁰⁶, y por lo tanto el tema ha de ser reconducido a un problema interpretativo de la ley aplicable, donde y para dilucidar cuál sería esta ley se requerirá del uso de los “principios de solución” que son: *Especialidad, Subsidiariedad, Consunción y Alternatividad*.

Consideramos que el criterio apropiado para resolver el concurso de leyes que se da entre el FT y el LA, es el de consunción, el cual resulta aplicable a casos donde *“un supuesto de hecho legal comprende totalmente el contenido de injusto (y culpabilidad) de otro que lo acompaña regular o típicamente o que, del mismo modo, se realiza antes o después de la consumación de aquel”*.¹⁰⁷ En ese sentido podemos afirmar que la ley realmente aplicable en estos casos es la de financiamiento al terrorismo, lo anterior, principalmente atendiendo a la finalidad ulterior, que ha de ser la de financiar, lo que manifiesta que la ocultación o disimulación, en estos casos debe ser absorbidas por el hecho principal que es el financiamiento. Otro argumento a favor, es que

¹⁰⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, Financiación..., p.130.

¹⁰⁶ MATUS ACUÑA, J. 2008. El Concurso Aparente de Leyes. Chile. Eds. Jurídicas de Santiago. p. 26.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 119.

el lavado sirve como una etapa de desarrollo para la existencia del delito de financiamiento en los casos dados (irrespective de la secuencia cronológica de los hechos), por lo que también se entiende que el desvalor del primero se entiende comprendido en el tipo penal del financiamiento en este caso.

Para finalizar lo respectivo al análisis del lavado de activos, y a propósito del delito en la práctica, es que trataremos de representar lo que se ha denominado la fenomenología del lavado de activos, que es básicamente el proceso o etapas que sigue el delito para su configuración y de esta forma comprender de mejor manera cómo opera uno de los mecanismos de financiamiento actualmente más relevantes. Para esto utilizaremos principalmente lo establecido en los anexos de las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y doctrina pertinente, respecto a la clasificación de las etapas del blanqueo de capitales (de ninguna forma estas etapas son absolutas, es sólo para efectos de establecer una estructura y demarcar ciertos “hitos” comunes en el proceso de lavado).

- **Colocación:** primera etapa que se encuentra inmediatamente después del delito base (cualquiera sea éste, e independientemente si fue autolavado o realizado por un tercero), el cual tuvo como resultado la obtención de dinero o bienes -en términos más genéricos- de origen ilícito. Es aquí el momento en el cual los dineros, se colocan u ocultan -de ahí el nombre de la etapa- lejos del lugar donde han sido obtenido a través de mecanismos financieros que lo posibilitan.¹⁰⁸ Dentro de los mecanismos internacionales mediante los cuales se realiza esta fase, se podrían contar: la colocación mediante establecimiento financieros tradicionales, instituciones financieras no tradicionales, préstamo de dinero al contado, etc.¹⁰⁹ Por último, notar que esta etapa no es de la “esencia” del proceso de lavado de activos, es así como cuando nos encontremos frente a sumas relativamente pequeñas (como las necesarias para el financiamiento al

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 149.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 150.

terrorismo) es posible que no se requiera el ocultamiento del dinero lejos de su fuente.

- **Conversión:** Una vez ocultado el dinero, lo siguiente es desvincular el dinero ilícito del sujeto “titular” y autor del delito base a través de diversas operaciones de carácter complejo para evitar ser detectado y darle el carácter de origen lícito. En otras palabras, *“El sujeto activo, en este sentido, realiza actos que buscan no solo asegurar lo obtenido por el delito precedente, sino también comenzar el proceso de integración completa al sistema legal, con la destrucción del vínculo entre el origen de los bienes y su titular”*¹¹⁰.
- **Integración:** Luego de que se produce la desvinculación entre sujeto y los bienes, básicamente podrán adoptarse tres caminos en cuanto a los mismos. Podrán gastarse, reinvertirse para la comisión de posteriores delitos, o la integración de los mismos en el sistema financiero legal. Esta etapa busca dar una justificación legítima para los bienes obtenidos ilícitamente, a través de mecanismos como la compraventa, simulación de préstamos, operaciones a través de empresas fantasma, etc.¹¹¹

Con esto, concluimos el análisis del delito de lavado de activo o blanqueo de capitales, esperando así tener ya en este punto alguna noción mínima al menos, de cómo opera el lavado de activos como mecanismo de financiamiento al terrorismo, cuáles son sus características, similitudes y diferencias con el delito en cuestión, atisbos de discusión sobre la normativa que regula a ambos fenómenos, y la fenomenología del delito para efectos de reconocer sus distintas etapas en la práctica.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 152.

¹¹¹ *Ibíd.*, pp. 153-154.

Revisado todo aquello no cabe duda de que efectivamente existe una estrecha conexión entre el FT y el LA, pero como vimos no queda, a veces, tan claro de qué forma interactúan dichas figuras, inclinándonos en este trabajo por una interpretación restrictiva de la punitividad en razón, de nuevo, de la indeterminación que acarrea el fenómeno terrorista y su regulación, entendiendo así que efectivamente el lavado de activos queda comprendido dentro de las hipótesis del artículo 8. Es así como esperamos que la mejor comprensión de la normativa aplicable al financiamiento y su forma de operar en la práctica ayude a obtener un mejor desarrollo de políticas criminales futuras.

1.2 Narcotráfico

En lo relativo al narcotráfico, quedó pendiente el tratamiento que se da respecto a este mecanismo de financiamiento dentro de la normativa nacional, y por lo tanto también analizar cómo este se relaciona con el artículo 8 en cuestión. Lo primero que hemos de decir al respecto entonces es que el narcotráfico en Chile se regula a propósito de la Ley N°20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, señalando en su artículo 3, *“Las penas establecidas en el artículo 1° se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias.*

*Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas.”*¹¹² Dejando de manifiesto los verbos rectores que configuran el delito de tráfico, y si bien no viene al caso hacer un análisis pormenorizado de cómo podrían interactuar cada una de dichas conductas (verbos) con las conductas contempladas por el delito de financiamiento, bien cabe hacer presente que siendo consecuente con el lineamiento que ha venido siguiendo este trabajo, se podrá afirmar a grandes rasgos que el narcotráfico se subsume dentro del artículo 8 toda vez que se configuren las

¹¹² CHILE, Ministerio del Interior. 2005. Ley 20.000: Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 22 de octubre de 2015.

conductas contenidas en el artículo 3 de la Ley N°20.000 pero, siempre y cuando, estas conductas se realicen con el ánimo de financiar una organización o un acto terrorista. De faltar esta finalidad no podría entenderse subsumida la conducta de narcotráfico a la de financiamiento, o en otras palabras no podría hablarse de financiamiento al terrorismo. Lo anterior en términos abstractos, a nivel concreto lo que generalmente se configura es una venta de la sustancia que se trafica a un determinado precio, y el dinero recibido por ese precio se destinará en todo o en parte, al financiamiento.

Importante es dejar de manifiesto que el delito de narcotráfico, al igual que el financiamiento al terrorismo, actúa como figura base del delito de lavado de activos, pero es perfectamente posible que estos fenómenos interactúen y no necesariamente en el orden recién señalado. Explicándonos mejor, podríamos vernos frente al caso en que un sujeto X se dedica a traficar heroína cuyo dinero posteriormente oculta en cuentas bancarias alrededor del mundo, una vez allí utiliza dichos dineros para emitir pagarés que luego donará a empresas de beneficencia que desvían parte de sus fondos al financiamiento de organizaciones terroristas. En este supuesto se darían tres figuras, narcotráfico, LA y FT con lo que queremos recalcar el hecho de que estos fenómenos están en constante pero no necesaria interacción, y sumando aquello a la ambigua materialización que adoptan al momento de su comisión se explica el por qué es tan difícil establecer políticas adecuadas, su detección, y más aún la condena de los perpetradores al momento de un eventual juzgamiento. En este caso particular, creemos que para efectos de determinar la causalidad, y por tanto, determinar si existe delito de financiamiento al terrorismo, hemos de atenernos a lo dicho recién y recurrir a la existencia o ausencia de la finalidad. En el caso concreto, se traduce en si el sujeto al momento de vender la droga por dinero, lo hizo para, o con la intención de utilizar dichos dineros para financiamiento del terrorismo, o si el sujeto al momento de ocultarlo, lo oculta con la intención de transferir dichos fondos a una organización terrorista sin ser detectado, de ser así podrá configurarse el delito del artículo 8, en caso contrario deberá reconducirse a otra figura distinta.

Para concluir, podríamos señalar que el narcotráfico es un mecanismo de financiamiento al terrorismo relevante, que aporta una suma considerable a organizaciones terroristas (como también a otras organizaciones criminales) para desarrollar sus fines, como ya lo mencionamos

en el capítulo 1. Por lo que comprendiendo el fenómeno y estableciendo medidas político criminales inteligentes, posiblemente se logre paliar parte del efecto nocivo generado por éste, lo que es justamente el objetivo de la normativa internacional existente a la fecha.

1.3 Contrabando

El contrabando en Chile está regulado a propósito del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, que sanciona bajo esta denominación dos supuestos delictivos. En primer lugar, incurre en este delito quien “*introduzca al territorio nacional, o extraiga de él, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentren prohibidas*”. De la misma forma, incurriría en la comisión del delito quien “*al introducir al territorio de la República, o al extraer de él, mercancías de lícito comercio, defraude la hacienda pública mediante la evasión del pago de los tributos que pudieren corresponderle o mediante la no presentación de las mismas a la Aduana. Asimismo, incurre en el delito de contrabando el que introduzca mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país, en alguna de las formas indicadas en los incisos precedentes.*” Debido a esto, es que parte de la doctrina¹¹³ ha distinguido entre el contrabando propio, que alude al primer inciso del artículo citado, básicamente la exportación e importación de mercancía prohibida¹¹⁴, y el contrabando impropio, expresión que se usa para designar a las otras conductas de defraudación a las arcas fiscales en el tránsito fronterizo, sea que implique engaño - contrabando impropio fraudulento- u ocultación -contrabando impropio clandestino.

En relación a lo anteriormente expuesto, podría sostenerse que los grupos terroristas financian sus actividades ilícitas, por ejemplo, a través de una persona jurídica, que introduce o exporta alguna mercancía prohibida, la que posteriormente vende y lo recaudado de esa venta es utilizado para la financiación de algún grupo terrorista. De igual forma, podría configurarse el tipo, si pensamos en esta misma empresa, pero que introduce o exporta alguna mercadería lícita, evadiendo, mediante el engaño o la ocultación, el pago de los tributos correspondientes,

¹¹³ GUZMÁN DÁLBORA, J. L., Contrabando y fraude aduanero, Valparaíso, Edeval, 1998, pp. 39-41.

¹¹⁴ Se entenderá por mercancía prohibida, aquellas que se encuentren expresamente prohibidas por la legislación vigente. Como vehículos usados, asbesto en todas sus formas, desechos industriales tóxicos, pornografía, etc.

utilizando el dinero que se gana, en razón de los impuestos impagos, para el financiamiento de la organización terrorista.

En ese sentido estimamos que el contrabando puede entenderse como delito base del financiamiento al terrorismo, ya que cumple los requisitos del art. 8 para configurarse como tal, puesto que se usa cualquier medio, como por ejemplo el contrabando propio o el impropio, para recaudar y proveer de fondos a la organización siempre que estos se utilicen en la comisión de alguno de los actos terroristas contemplados en el artículo 2 de la Ley N° 18.314. Consideramos que no se configura la solicitud, porque ésta no existe en el delito de contrabando, ya que la lógica propia del delito en cuestión habla de una suerte de compraventa ilícita debido al objeto (contrabando propio), y la causa (contrabando impropio).

1.4 Caridad

En lo respectivo a las caridades en Chile, es necesario señalar que están reguladas tanto en el Título XXXIII, sobre personas jurídicas del Código Civil, como en el Decreto 110 del Ministerio de Justicia, donde se aprueba el reglamento sobre concesión de personalidad jurídica a corporaciones y fundaciones. Dentro del Código Civil, es el Art. 545 el que señala que las personas jurídicas son entes ficticios, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, además de ser representadas judicial y extrajudicialmente. También se señala que las personas jurídicas pueden ser de dos especies, corporaciones o fundaciones de beneficencia pública, destacándose que las corporaciones se forman por la reunión de las personas en torno a intereses comunes de sus miembros, mientras que las fundaciones, se forman por la afectación de bienes a fines determinados de interés general. De tal modo que la diferencia entre ellas radicaría en el “elemento determinante”, que en la corporación se configura como una pluralidad de individuos, que a través de la corporación persiguen un fin común de los miembros: deportivo, religioso, etc. Mientras que en las fundaciones lo determinante es que se destina un patrimonio para la satisfacción de un interés general, como por ejemplo una caridad.

Al tener esta actividad, a diferencia de lo que ocurre con otros mecanismos de financiamiento, una naturaleza lícita aparente, porque en Chile no es ilícito recaudar fondos para destinarlos a actividades benéficas, sí lo es recaudar fondos para financiar organizaciones

terroristas. De esta manera, existiría una suerte de “levantamiento del velo” mediante el cual se expusiera el fin último de la persona jurídica, que en este caso es la financiación de una organización terrorista. Así se entenderá que el artículo 8 subsume la conducta anteriormente descrita, siempre y cuando, la conducta se realice con el ánimo de financiar, es decir con el conocimiento de la finalidad de los recursos de la caridad. El elemento subjetivo, en este caso, se configura cuando los directores, representantes, gestores, y en general cualquier persona que ejerza algún cargo con facultades directivas dentro de la persona jurídica sepa o conozca el destino último de los fondos.

Cabe además referirnos al punto pendiente del Capítulo II, respecto a ciertas consideraciones importantes que surgen a propósito del ejemplo sobre la penalización de la fundación Tierra Santa para el Auxilio y el Desarrollo, por el aporte que esta realizó a la organización terrorista Hamás. Sin embargo, en el año 2006, y luego de constituirse como partido político, ganó por amplia mayoría las elecciones democráticas de Palestina. En ese sentido, ¿Qué sucede cuándo se financia una organización terrorista, que luego se constituye como partido político, llegando a ganar elecciones?

Según nuestro punto de vista, hay que distinguir si la organización se constituye en el poder como un terrorismo de Estado o bien, se establece como un Estado democrático. Puesto que, si se da el primer caso, la actividad última del delito de terrorismo no ha acabado, mientras se sigan cumpliendo los requisitos que configuran la actividad terrorista. Es decir, si mantengo el financiamiento, independiente de que ahora la organización esté en el poder, y la finalidad terrorista de la organización se mantiene, entonces podríamos determinar que el delito de financiamiento de la misma forma se mantiene. Es decir, nada cambia mientras no se altere ese criterio subjetivo. Podría estimarse con esta lógica, que los ciudadanos que pertenecen a ese Estado, y que pagan impuestos, “financian” de cierta forma a la organización en el poder, y por tanto podrían ser considerados financistas, pudiendo imputarse responsabilidad penal, lo cual se configuraría como un sin sentido. Pero, mediante el uso del criterio subjetivo, es posible determinar, que no todos los ciudadanos quedarían incluidos en la hipótesis anterior, pues esta consideración podría limitarse a aquellos ciudadanos que poseen un ánimo de destinar dichos fondos al financiamiento del Estado Terrorista.

En el caso de que el gobierno se constituya como un Estado de derecho, no consideramos que surja una problemática mayor, porque el delito de financiamiento cesaría, desde el momento en que los fondos pararan de ser o estar destinados a actividades terroristas. Puesto que ya el ilícito dejaría de configurarse. Finalmente, y respecto a los posibles casos donde exista un juicio vigente en razón de la responsabilidad penal por la comisión del delito de financiamiento al terrorismo, consideramos que tampoco se presentarían mayores problemas, ya que mientras la financiación se haya materializado dentro del periodo en que la organización aún se configuraba como una organización terrorista, le era atribuible responsabilidad penal que a la fecha era posible sancionar. En caso contrario podrían violarse principios como la cosa juzgada o la irretroactividad de la ley penal.

2. Ley 20.393: Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas

Con respecto al análisis normativo referente a la Ley N°20.393 sobre responsabilidad de las personas jurídicas, resulta imprescindible entender la manera en que opera el precepto. En ese sentido, será posible atribuir responsabilidad cuando se cumplan los requisitos del Art. 3 de la ley. El primero de esos requisitos, es que exista un hecho punible cometido por dueños, controladores, responsables, ejecutivos, principales, representantes o quienes realicen actividades de administración o supervisión o por una persona natural que esté bajo la dirección o supervisión de las personas nombradas. Como segundo requisito, se necesita que la comisión del delito fuere cometido directa e inmediatamente en interés o provecho de la persona jurídica. De igual forma es necesario que la persona jurídica incumpla con su deber de dirección y supervisión y que tal conducta haya hecho posible la comisión del delito.¹¹⁵

Respecto al último punto, es necesario agregar que es la misma ley la que establece una cláusula de exención de responsabilidad, señalando que será posible imputar responsabilidad cuando se reúnan todos los requisitos anteriormente mencionados, siempre que existiera una relación causa-efecto entre la falta de implementación de los modelos de prevención del delito y la comisión del delito mismo. Es decir, siempre que la persona jurídica incurriera en una

¹¹⁵ CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley 20.393: Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho, 5 de julio de 2016.

infracción en sus deberes de dirección y supervisión. En ese sentido señala, que los deberes se entenderán cumplidos, toda vez que, con anterioridad a la comisión del delito la persona jurídica haya implementado los modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos, cuyos elementos mínimos son enumerados en el art. 4 de la ley, siendo 4 los elementos principales que debería considerar cualquier modelo. A grandes rasgos, estos elementos son en primer lugar que se designe a un encargado de prevención de delitos. Como segundo punto se hace necesario definir los medios y facultades del encargado de la prevención. Luego tiene que establecerse un sistema de prevención de los delitos (*Compliance System*) y finalmente referirse al sistema de supervisión y certificación del sistema de prevención.

De esta manera es posible determinar que nuestra legislación se enfoca más en la prevención de ilícitos, con la creación de diversas obligaciones dirigidas a las personas jurídicas, que tienen por objeto último lograr disuadirla de la comisión de delitos. Tal cual se comenta dentro del proyecto de ley: *“la responsabilidad aquí presentada, establece que toda persona jurídica deberá mantener la dirección y supervisión de su organización y evitar que hechos delictivos se cometan en su interior”*¹¹⁶. Si esto se cumple, se entenderá que el juez penal no puede aplicar sanciones a la persona jurídica, en virtud de que no es posible imputar algún tipo de responsabilidad, por carecer del elemento de causalidad exigido.

Finalmente agregar que las sanciones que establece la ley son la disolución o cancelación de la personalidad jurídica, la prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado, y esta prohibición puede ser temporal o perpetua, la pérdida parcial o total de los beneficios fiscales, o la prohibición absoluta de recepción de estos, además de multas desde las 200 hasta las 20.000 UTM. También se contemplan algunas penas accesorias como la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria en el Diario Oficial, o en otro de circulación Nacional.

Cabe señalar, que de la misma forma que en la historia de la Ley N°19.906, en el debate suscitado a propósito de la discusión del proyecto de la Ley N°20.393, no son pocas las veces

¹¹⁶ Historia de la Ley 20.393. Informe Comisión Constitucional. p 177.

en que se hace mención a que la necesidad de legislar surge a raíz de la urgencia de cumplir con lo preceptuado en los tratados internacionales ratificados por Chile. En específico, la necesidad surge en virtud de la posible incorporación de Chile, como miembro pleno de la O.C.D.E. Cuestión que sólo podía materializarse si el país daba cumplimiento total a las obligaciones legales y políticas, adquiridas por Chile, en virtud de la ratificación de los tratados internacionales. Esto en virtud de que parte de los puntos a evaluar por la O.C.D.E para la consideración de algunos Estados como miembros plenos, es que éste demuestre voluntad y capacidad para dar cumplimiento a la normativa internacional. Siendo uno de los criterios para determinar esa voluntad y capacidad, el hecho de que el país legislara sobre la responsabilidad de las personas jurídicas según lo acordado en la Convención para combatir el cohecho. Es a raíz de esto que el debate sobre la responsabilidad de las personas jurídicas adquiere importancia en la palestra nacional. Lo que consideramos es un punto importante para tener en cuenta, y sobre el cual se profundizará en las reflexiones y consideraciones finales.

CONCLUSIÓN Y CONSIDERACIONES

Para finalizar este trabajo, haremos mención a lo que nosotros hemos considerado más relevante respecto al fenómeno del financiamiento y de esta forma también dejar planteada nuestras críticas al respecto, tratamos especialmente lo que creímos fundamental para formar una mirada crítica de la tendencia legislativa que se ha ido implementando a nivel internacional y nacional, específicamente en este caso desde el punto de vista del delito de financiamiento, pero que no nos cabe duda que se reproduce de la misma manera en relación a otras normas y otros temas relevantes paralelos.

Entre las cosas que queremos dejar planteadas es la necesidad de cuestionamiento del proceso mediante el cual se incorpora al ordenamiento jurídico interno la normativa internacional considerada vigente y en este caso también obligatoria, y con proceso no solamente debe entenderse el proceso de carácter formal, sino que también el proceso de tipo sustancial, esto es el cuestionamiento de los argumentos de fondo que en definitiva llevan a rechazar o aceptar una norma internacional como propia. Pero también implica la discusión de la real necesidad de la medida y sus implicancias prácticas, para luego decidir y adoptar una política respecto al tema que contenga un mínimo de fundamentación más allá del argumento de la obligatoriedad.

Las consecuencias de omitir este piso mínimo, en nuestra opinión, solamente generan una descontextualización de la legislación con la realidad de un determinado Estado, y muchas veces también obliga a configurar dentro del ordenamiento jurídico interno, una legislación reaccionaria. Lo que se traduce en normas creadas con el propósito de llenar ciertos vacíos o insuficiencias legales, pero que comprenden la adopción de políticas que agotan tiempo y recursos en la discusión de leyes destinadas a reprimir un fenómeno que a criterio de algunos podría ni siquiera existir. Y que aún más, debido a su carácter indeterminado, por la falta de delimitación de conceptos como el de terrorismo y financiamiento, da cabida a posibles abusos de autoridad, que mediante el uso del discurso de la “Guerra contra el Terrorismo”, no hace más que mal utilizar o interpretar -dependiendo de la intención- dicha normativa como herramienta

criminalizadora de grupos no deseados para el Estado como por ejemplo ha sucedido en Chile, a través de la persecución del pueblo Mapuche.

Otra cuestión que no se nos puede escapar notar, ya que sentimos refleja de muy buena forma el punto de vista que se intenta exponer, y que además evidencia la crítica que hacemos a la manera en que se imponen las políticas internacionales, tiene que ver con desentrañar la real necesidad que trasciende la medida -en este caso la implementación de las normas para la represión de la financiación del terrorismo-, y específicamente si dicha necesidad es de orden legislativo, y como tal obedece a un análisis que concluye que existe una insuficiencia legislativa de la cual hay que hacerse cargo, lo que a nuestro juicio se produce el año 1999 a través de la adopción del Convenio, ya que es este instrumento el primero en establecer las normas que en mayor o menor medida rigen el fenómeno el día de hoy. En todo caso, que la necesidad sea de orden legislativa no implica que se esté de acuerdo con el contenido de las normas sustanciales, sino que más bien se reconoce simplemente que la implementación de la normativa no es reaccionaria.

Lo cuestionable de lo anteriormente dicho es que no es hasta 2001 que lo dispuesto en el Convenio tiene el carácter de obligatorio, es decir, dos años después de su dictación a nivel internacional y que viene a hacerse efectivo a través de la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU, como ya vimos en su respectiva sección. Esto nos lleva lógicamente a preguntarnos ¿cuál es la necesidad o motivo que impulsa esta obligatoriedad dos años después de que las normas sustancialmente se hubiesen dictado y se encontraban vigentes? Analizando los datos que tenemos no podemos más que concluir que la necesidad que obliga a la adopción de la norma internacional en este caso es una necesidad política, que surge en respuesta a una circunstancia de hecho concreta: el ataque del 11-S en EEUU. Atentado que marcó un antes y un después en la regulación del fenómeno, y que básicamente es el gatillante para el establecimiento de la obligatoriedad de lo dispuesto en el Convenio, fundamentándose esto principalmente en la extensión de tiempo que se deja pasar entre el 11-S y la dictación de la Resolución 1373, los cuales tienen una diferencia de 17 días, siendo la Resolución dictada el 28 de septiembre del 2001.

Son dos las consideraciones que surgen de este escaso lapso de tiempo entre atentado y resolución. La primera es el evidente poder que tiene Estados Unidos al momento de decidir qué política internacional se convierte en obligatoria. Cuestión que desde nuestra perspectiva es otra de las desigualdades que se produce a nivel internacional, ámbito en que los denominados países potencias, básicamente hacen y deshacen a voluntad sin tomar en consideración muchas veces las particularidades y realidad -en este caso normativa- de distintos Estados, en otras palabras, el problema no es que existan directrices o normas que intenten estandarizar lo relativo a un fenómeno presente a nivel internacional tan importante como lo es el terrorismo y las formas en que se financia, sino que el problema de fondo es que estas normas y directrices pueden devenir en inútiles dentro de algunos ordenamientos jurídicos de los Estados parte, principalmente porque su implementación se enfoca sólo en atención a los criterios de realidad propios de un sólo país (o pequeño grupo de países).

Lo segundo, hace relación con lo que veníamos diciendo, es decir, hasta qué punto se puede adoptar una legislación seria y efectiva en un tan corto lapso de tiempo, lo que se traduce no sólo en la disociación entre legislación y realidad de la que ya hablábamos anteriormente, sino que también y aún más grave a nuestro parecer, en la afectación de principios básicos del derecho penal, especialmente en este caso, del principio de legalidad o taxatividad penal, toda vez que no es posible determinar de forma precisa qué es o no terrorismo, y que genera los problemas ya referidos anteriormente respecto a las indeterminación del concepto.

Queremos hacer hincapié en la relevancia de los mecanismos de financiamiento al terrorismo para la comprensión misma del fenómeno, el que como sabemos podrá adoptar diversas formas para lograr su objetivo: financiar una organización terrorista. Su escaso análisis genera una serie de dificultades para determinar normas tendientes a la prevención, detección y represión del financiamiento, en razón de la pobre comprensión de la manifestación fáctica de los delitos, o la posible colisión con otros delitos relacionados como el caso del lavado de activos.

Es por todo lo anterior, que la hipótesis se ve claramente confirmada al momento de afirmar que la normativa existente respecto a los mecanismos de financiamiento, es

efectivamente insuficiente, lo anterior toda vez que, como lo analizamos al revisar si los mecanismos de financiamiento tratados se subsumen a la hipótesis del artículo 8 de la ley Antiterrorista, debimos en última ratio valernos, en mayor o menor medida, de la finalidad del autor del delito para efectos de determinar si se configura la conducta típica del financiamiento. Por lo mismo, consideramos que existe un abuso del criterio subjetivo de la finalidad para la configuración del delito, que a su vez dificulta la carga probatoria y dificulta la prueba utilizable en la práctica debido a que ha de probarse el dolo directo del sujeto. Aquello, finalmente se traducirá en una insuficiencia normativa que se reconduce a la adopción de criterios discrecionales para la imputación de este delito.

A modo de recapitulación queremos dejar condensadas las siguientes ideas:

Como primer punto, señalamos que el concepto de financiamiento carece de una determinación conceptual precisa, lo que dificulta el tratamiento excepcional que debería tener una normativa que afecta garantías procesales que son propias de un Estado de Derecho. En ese sentido, y al igual como ocurre con el concepto de terrorismo, la falta de determinación conceptual se presta para excesos por parte del poder de turno, pues se acaba por tratar de manera indistinta - procesalmente hablando- fenómenos que son diferentes, como la persecución a organizaciones terroristas propiamente tales, de la simple persecución a grupos con los cuales el gobierno de turno presenta diferencias ideológicas y/o políticas. Cuestión que no es legítimo criminalizar, en virtud del tratamiento que se les da a delitos terroristas, los que como ya se mencionó deben tener un carácter excepcional, es decir de *Ultima Ratio*.

Como segundo punto, se realizó un análisis de la normativa y de las particularidades teóricas y prácticas que rige los mecanismos de financiamiento al terrorismo, y que nos llevó a concluir que no existe un estudio sistemático enfocado a dilucidar la manera en que el delito de financiamiento se configura en la realidad. Lo cual dificulta la determinación de la conducta penalmente relevante junto con la determinación clara de la calificación jurídica y los medios probatorios con los que se cuenta.

Como tercer punto, concluimos que la legislación internacional que existe sobre financiamiento surge como *reacción* de los organismos internacionales ante cuestiones de hecho

(atentados terroristas). Lo cual da cuenta de una normativa reaccionaria, que va dirigida a la satisfacción de necesidades políticas, mas no necesariamente legislativas. Lo que lleva, como ya dijimos, a la disociación entre normativa y realidad respecto de los Estados a los cuales se les ha impuesto dicha legislación. Sin que exista tampoco, por parte de estos, la intención o cuestionamiento para adaptar la normativa internacional al ordenamiento jurídico interno.

BIBLIOGRAFÍA

• AUTORES

1. BLANCO Cordero, Isidoro. 2009. “¿Es necesario tipificar el delito de financiación del terrorismo en el Código Penal Español?”. *Athena Intelligence Journal*, Vol. 4.
2. DE LA CUESTA Arzamendi, José Luis. 2009. “Financiación del terrorismo y responsabilidad penal en derecho español”. En: GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, ANTONIO. *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: Un análisis crítico*. España. Tirant Lo Blanche. pp.85-132.
3. Department of Justice. “Federal Judge Hands Downs Sentences in Holy Land Foundation Case”. Disponible en <<https://www.justice.gov/opa/pr/federal-judge-hands-downs-sentences-holy-land-foundation-case>>.
4. CAMPO Moreno, Juan Carlos. 2009. “La financiación del terrorismo en derecho Español. El ejercicio de la abogacía en el contexto de la lucha antiterrorista”. En: GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, ANTONIO. *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: Un análisis crítico*. España. Tirant Lo Blanche. pp. 23-42.
5. Federal Bureau of Investigation. “No Cash for Terror Convictions Returned in Holy Land Case”. Disponible en <<https://archives.fbi.gov/archives/news/stories/2008/november/hlf112508>>
6. GONZÁLEZ Cussac, José Luis y VIDALES Rodríguez, Caty. 2009. “El nuevo delito de financiación del terrorismo: consideraciones acerca de su necesidad y conveniencia”. En: GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, ANTONIO. *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: Un análisis crítico*. España. Tirant Lo Blanche. pp. 181-198.
7. Grupo de Estudios de Política Criminal. “Una propuesta de renovación de la política criminal sobre terrorismo”. Disponible en <<http://www.gepc.es/web/contenido/una-propuesta-de-renovaci%C3%B3n-de-la-pol%C3%ADtica-criminal-sobre-terrorismo-2013>>
8. GUZMÁN Dálbora, José Luis. 1998. “Contrabando y fraude aduanero” Chile. Edeval. pp.39-41.

9. MARTIN Velasco, Laureano. 2007-2008. “*Instrumentos jurídicos contra la financiación del terrorismo desde el 11-S*”. Inteligencia y seguridad: Revista de análisis y prospectiva (3): 59-76.
10. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. 2008. “*El Concurso Aparente de Leyes*”. Chile. Eds. Jurídicas de Santiago.
11. PEÑA Caroca, Ignacio. 2016. “*Delito Tributario Como Delito Base del Lavado de Activos: Análisis y Comentarios de los Cambios Introducidos por la Ley 20.818*”. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
12. PLAZA Chávez, Ignacio Javier. 2014. “*Análisis dogmático-penal del delito de financiamiento del terrorismo*”. Revista de Estudios de la Justicia(20): 171–194.
13. POLLARD, Niklas. 2005. United Nations report puts world's illicit drug trade at estimated \$321b. The Boston Globe, Boston, Estados Unidos, 30 Junio 2005. Disponible en [<http://archive.boston.com/news/world/europe/articles/2005/06/30/un_report_puts_worlds_illicit_drug_trade_at_estimated_321b/>](http://archive.boston.com/news/world/europe/articles/2005/06/30/un_report_puts_worlds_illicit_drug_trade_at_estimated_321b/)
14. SHELLY, Louise. 2005. “*El financiamiento del terrorismo*”, Revista de análisis jurídico Urbe et Ius(4) [en línea] Buenos Aires, Argentina, Asociación Civil Urbe et Ius [<http://www.urbeetius.org/images/newsletters/04/news4_terrorismo.pdf>](http://www.urbeetius.org/images/newsletters/04/news4_terrorismo.pdf)
15. Unidad de Análisis Financiero. Disponible en [<http://www.uaf.cl/asuntos/gafi.aspx>](http://www.uaf.cl/asuntos/gafi.aspx)
16. US Department of State. The Global Illicit Trade In Tobacco: A Threat To National Security, Diciembre 2015. Disponible en [<http://www.state.gov/documents/organization/250513.pdf.>](http://www.state.gov/documents/organization/250513.pdf)
17. VILLEGAS Díaz, Myrna. 2003. “*Convención Interamericana contra el Terrorismo: Entre la involución de las garantías y la desprotección de los derechos humanos*”. Revista Derecho y Humanidades (9): 175-201.

- **TEXTOS DE NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL**

1. Asamblea General de Naciones Unidas. 2002. Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo [en línea] <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terro.pdf>
2. Carta de las Naciones Unidas. 1945. [en línea] <<http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-vii/index.html>>
3. CHILE. Ministerio de Hacienda y Subsecretaría de Hacienda. 2009. Ley 20.393: Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, 5 de julio de 2016.
4. CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley 19.913: Crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, 18 de febrero de 2015.
5. CHILE. Ministerio del Interior. 1984. Ley 18.314: Determina conductas terroristas y fija su penalidad, 22 de octubre de 2015.
6. CHILE. Ministerio del Interior. 2005. Ley 20.000: Sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 22 de octubre de 2015.
7. CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal, 5 de julio de 2016.
8. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Ley 19.906: Modifica la ley sobre conductas terroristas, en orden a sancionar más eficazmente la financiación del terrorismo, de conformidad a lo dispuesto por el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, 3 de noviembre de 2003.
9. Consejo de Seguridad Naciones Unidas. 2001. Resolución 1373 [en línea] <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1373\(2001\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1373(2001))>
10. Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC). Convenciones de la ONU sobre fiscalización de drogas. [en línea] <<http://idpc.net/es/incidencia-politica/incidencia-politica-internacional/sistema-global-fiscalizacion-estupefacientes/convenciones-onu>>

11. Convención Interamericana contra el Terrorismo. 2002. Asamblea General resolución 1840 [en línea] <http://www.oas.org/xxxiiga/espanol/documentos/docs_esp/agres1840_02.htm>
12. Departamento Jurídico Fondo Monetario Internacional. 2003. Represión del financiamiento del terrorismo: Manual para la redacción de leyes [en línea] <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/SFTH/esl/>>
13. ESPAÑA. Jefatura de Estado. 2010. Ley 10/2010: de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. 10 de diciembre de 2013.
14. ESTADOS UNIDOS. Congress. 2001. Public Law 107-56: USA Patriot Act 2001: Uniting and strengthening America by providing appropriate tools required to intercept and obstruct terrorism. 26 de octubre de 2001.
15. Grupo de Acción Financiera Internacional. 2012. Las recomendaciones del GAFI: Estándares Internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. [en línea] <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>>
16. Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica. 2012. Las recomendaciones del GAFI. [en línea] <[http://www.uaf.cl/descargas/legislacion/internacionales/GAFI%20Nuevas 40 Recomendaciones.pdf](http://www.uaf.cl/descargas/legislacion/internacionales/GAFI%20Nuevas%20Recomendaciones.pdf)>
17. Mensaje de S.E el Presidente de la República de 12 de octubre de 2002. Historia de la Ley N° 19.906, que modifica la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, en orden a sancionar más eficazmente la financiación del Terrorismo, en conformidad con lo dispuesto por el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo [en línea] <<http://bcn.cl/5he2>>
18. Mensaje de S.E la Presidenta de la República de 16 de marzo de 2009. Proyecto de Ley N° 6423-07 que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas de los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica [en línea] <<http://legislacion.vlex.cl/vid/establece-responsabilidad-legal-personas-556819330>>

19. Mensaje N° 55-347, de S.E el Presidente de la República de 12 de junio de 2002. Proyecto de Ley que crea la unidad de análisis e inteligencia financiera y modifica el Código Penal en materia de lavado o blanqueo de activos [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=219119>>
20. Unidad de Análisis Financiero. 2003. Acerca de la UAF. [en línea] <<http://www.uaf.cl/lavado/>>

● **MEDIOS AUDIOVISUALES**

1. BOBROFF, M., METZ, D. (productores) y HARVEY, B. (director). (2014). The Culture of High [documental]. Estados Unidos.
2. DEPARTMENT OF JUSTICE, (s.f). “*United States v.s The Holy Land Foundation*” [diapositivas PowerPoint]. Recuperado de: <<http://www.sas.com/events/cm/647913/HLF-Presentation-8-20-09.pdf>>