

DE LA PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES A LA DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

PATRICIA FARALDO CABANA*

SUMARIO:

I. Introducción. II. El origen internacional de la normativa relativa a la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. III. Las razones de un tratamiento similar para dos fenómenos distintos. IV. Reflexiones finales

I. INTRODUCCIÓN

Las enormes posibilidades ofrecidas por la actual estructura financiera mundial han favorecido la proliferación de comportamientos que aspiran a introducir en el tráfico económico legal los cuantiosos beneficios obtenidos a raíz de la realización de delitos, es decir, que pretenden el blanqueo de los bienes⁽¹⁾ procedentes tanto del narcotráfico como de todo tipo de conductas delictivas especialmente lucrativas.

* Catedrática de Derecho Penal, Universidade da Coruña / Adjunct Professor, Queensland University of Technology, Australia

(1) En las siguientes páginas se hará uso de este término pese a las críticas de algunos autores que lo consideraron en su día un “neologismo”, en palabras de T.S. VIVES ANTÓN/ J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Art. 301”, en T.S. Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 1461; “puro argot”, en expresión del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el Proyecto de Código penal de 1992*, Madrid, CGPJ, 1992, p. 245; o un término “más propio de la jerga periodística que de un Código Penal”, como señalaba M. BAJO FERNÁNDEZ, “Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos”, en AA.VV., *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, Edersa, 1993, p. 146. Utilizaré el término blanqueo por dos razones: la primera, porque ha recibido el respaldo que supone su uso en el lenguaje comunitario, como demuestra el texto español de las directivas europeas en la materia, y la segunda, porque también es el término escogido por el legislador español a la hora de redactar el precepto correspondiente del Código penal de 1995.

Estamos ante un fenómeno de alcance transnacional, ya que ni los delitos de los que provienen los bienes ni las actividades blanqueadoras se circunscriben, por regla general, a un único país, sino que traspasan las fronteras nacionales. Esta constatación ha dado lugar a la temprana adopción de iniciativas a nivel internacional con la finalidad de impulsar la armonización de las legislaciones de los diferentes Estados, así como la coordinación de las actividades internacionales de lucha contra el blanqueo. Estas iniciativas internacionales, a las que se hará referencia más adelante, han sido seguidas por la aprobación de medidas legislativas por parte de los países afectados. El sector penal del Ordenamiento jurídico español no ha permanecido al margen de esta actividad, introduciendo en los arts. 301 y siguientes del Código penal de 1995 (en adelante, CP) los delitos de blanqueo de bienes procedentes de la comisión de una actividad delictiva. Ha habido que esperar 15 años para que se introdujera en el art. 576 *bis* CP (entre los delitos de terrorismo⁽²⁾) el delito de financiación del terrorismo, consecuencia, a su vez, de los compromisos internacionales asumidos por España. No obstante, antes de la introducción de este delito ya existía una normativa administrativa orientada a la prevención de tales conductas, en parte construida en torno al modelo ofrecido por la normativa de prevención del blanqueo de capitales. En este trabajo se pretende analizar el origen internacional de la normativa relativa a la prevención y represión del blanqueo de bienes y la financiación del terrorismo con el fin de determinar las razones que han propiciado un tratamiento similar en relación con dos conductas que, sin embargo, presentan rasgos sustancialmente distintos.

II. EL ORIGEN INTERNACIONAL DE LA NORMATIVA RELATIVA A LA PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES Y LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

El Código penal de 1995 unificó en un mismo capítulo, bajo la rúbrica “de la receptación y del blanqueo de capitales”⁽³⁾, comportamientos que antes se hallaban dispersos en títulos tan diversos como los dedicados a los delitos de riesgo en general

(2) Ubicación discutida por quienes entienden que, al menos en la modalidad imprudente, “el injusto de esta infracción es el del blanqueo de capitales”, no debiendo haber sido incluida entre los delitos de terrorismo, como M. CANCIO MELIÁ, “Delitos contra el orden público”, en AA.VV., *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal 2011*, Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2011, p. 1680.

(3) Esta referencia expresa al blanqueo se introdujo en la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. En su redacción original la rúbrica era “De la receptación y otras conductas afines”. Antes de la reforma se había puesto en duda esa supuesta “afinidad” del blanqueo con la receptación. Cfr. por todos, I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ E.A. FABIÁN CAPARRÓS, “La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español”, *La Ley* 2010-5, pp. 1918-1920; E.A. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998, pp. 353 y ss.; J.A. ZARAGOZA AGUADO, “El blanqueo de dinero. Aspectos

y a los delitos contra la propiedad. Antes de su entrada en vigor ya se había aprobado la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, y su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio. Esta normativa preventiva respondía a las obligaciones asumidas por España a raíz de la aprobación de la Directiva 91/308/CEE, del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, que a su vez seguía de cerca lo dispuesto en la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (la cual, sin embargo, no contempla medidas relativas a la prevención del blanqueo, sino exclusivamente a la represión), y en el Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito, abierto a la firma el 8 de noviembre de 1990⁽⁴⁾. La Ley 19/1993 implantó una serie de obligaciones de información y colaboración con la Administración que afectaban fundamentalmente a personas y entidades que participan en el mercado financiero, pero también a los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles. Estas obligaciones se reforzaron con unas estrictas sanciones administrativas en caso de incumplimiento.

El control ejercido sobre las instituciones financieras a raíz de la trasposición de la Directiva 91/308/CEE por los Estados miembros de la Unión Europea llevó a un cambio en las técnicas empleadas para el blanqueo de capitales, acudiendo los delincuentes cada vez más a sectores no financieros con el fin de evitar el fuerte control de entrada que estaba ejerciendo la banca sobre el depósito de dinero en efectivo, así como el recurso a la banca *off shore* de los paraísos fiscales que, debido a su origen sospechoso, disparaba los mecanismos de alarma de los demás operadores intervinientes en la transacción. El blanqueador buscaba “una entrada más discreta y esa puerta abierta la ha encontrado en algunos despachos profesionales. Abogados,

sustantivos. Su investigación”, en A. Martínez Arrieta (Dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria*, Madrid, CGPJ, 1994, p. 115.

- (4) Estos son algunos de los primeros instrumentos internacionales que hicieron referencia al blanqueo de bienes en un contexto de Derecho imperativo. El primero fue la Recomendación (80)10 relativa a las medidas contra la transferencia y el encubrimiento de capitales de origen criminal, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. No mencionaba el narcotráfico, pues se centró en el rastreo del dinero producto de los secuestros y robos entonces cometidos por terroristas de extrema izquierda, especialmente en Alemania e Italia (la Fracción del Ejército Rojo y las Brigadas Rojas, respectivamente). No obstante, ya apuntaba a la importancia del sistema financiero en la prevención de la inserción y transferencia de capitales de origen delictivo. Por su parte, en diciembre de 1988, la Declaración de Principios del Comité para la reglamentación bancaria y las prácticas de vigilancia de Basilea, integrado por los gobernadores de los bancos centrales de los países miembros del G7, conocida como Declaración de Basilea en materia de blanqueo de capitales, ya había hecho referencia a la necesidad de una actuación preventiva por parte del sistema financiero, pero a título de mera recomendación.

notarios y otros profesionales, actuando por cuenta de sus clientes como intermediarios financieros, muchas veces sin saberlo, y al amparo de su respetabilidad social, han sido el instrumento idóneo para burlar los controles de identificación, las reglas de “*due diligence*” del sistema financiero, al formalizar los depósitos de fondos ajenos a nombre del propio despacho y no del cliente, sin revelar su identidad, cubierta por el velo del secreto profesional, perdiéndose a partir de ahí la pista trazada por la regla “*follow the money*”⁽⁵⁾. Por dicho motivo, los cambios introducidos por la Directiva 2001/97/CE, de 4 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE⁽⁶⁾, se orientaron, en lo esencial, a ampliar el ámbito de los delitos previos, intensificar las obligaciones de los sujetos obligados y ampliar el círculo de estos sujetos, en particular a los notarios y a los miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico. Esta Directiva asumió en lo esencial los estándares del Grupo de Acción Financiera (en adelante, GAFI) de 1996. La transposición en España tuvo lugar mediante la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, la cual introdujo importantes modificaciones en la Ley 19/1993, sin llegar a derogarla.

Por su parte, poco antes de que se modificara la regulación administrativa de prevención del blanqueo de capitales se había aprobado la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, complementada por la LO 4/2003, de 21 de mayo, por la que modifica la LO 6/1995, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Con ella se pretendió dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por España en materia de prevención de la financiación del terrorismo, siguiendo muy de cerca el sistema entonces vigente de prevención del blanqueo de capitales. En el ámbito represivo hubo que esperar a la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para que se introdujera en el Código penal español el delito de financiación del terrorismo (art. 576 *bis*)⁽⁷⁾.

(5) J. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, *El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2004, p. 12,

(6) Sobre el proceso legislativo que culminó en su aprobación, vid. F. JOHNIK, “Anwaltstätigkeit und 2. EU-Geldwäscherichtlinie”, en Europäische Anwaltsvereinigung, *Bekämpfung der Geldwäsche. 24. Tagung der DACH in Bad Ragaz vom 10.-12. Mai 2001*, Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, pp. 87-100.

(7) También se produjeron algunos cambios en la regulación penal del blanqueo de capitales: se modifica el primer párrafo del art. 301.1 CP para incluir dos nuevas conductas típicas, poseer y utilizar, pero también para permitir el castigo del autoblanqueo, cuestión sumamente discutida hasta esta reforma. Vid. al respecto P. FARALDO CABANA, “Cuestiones relativas a la autoría en

Por último, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, transpone la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, desarrollada por la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva anteriormente citada en lo relativo a la definición de “personas del medio político” y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente, así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada, además de establecer el régimen sancionador del Reglamento (CE) nº 1781/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006, relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos. Un aspecto digno de mención es que la Ley 10/2010, siguiendo la normativa europea, unifica los regímenes de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, si bien se mantiene la vigencia de la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, en los aspectos relativos al bloqueo, motivo por el cual pasa a denominarse Ley 12/2003, de 21 de mayo, de bloqueo de la financiación del terrorismo (Disposición final primera de la Ley 10/2010). La Ley 10/2010 ha sido reformada por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, para indicar, entre otras cosas, que “las sanciones financieras establecidas por las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas relativas a la prevención y supresión del terrorismo y de la financiación del terrorismo, serán de obligada aplicación para cualquier persona física o jurídica en los términos previstos por los reglamentos comunitarios o por acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad”, así como que, “sin perjuicio del efecto directo de los reglamentos comunitarios, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, podrá acordar la aplicación de contramedidas financieras respecto de países terceros que supongan riesgos más elevados de blanqueo de capitales, financiación del terrorismo o financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva” (art. 42 de la Ley 10/2010). A su vez, con el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de

los delitos de blanqueo de bienes”, en L.M. Puente Aba (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Granada, Comares, 2008, pp. 161-194; de la misma autora, “Antes y después de la tipificación expresa del delito de autoblanqueo de bienes”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXIV, 2014, pp. 41-79. Además, se introduce como tercer párrafo del art. 301.1 CP un nuevo tipo agravado cuando el delito origen de los bienes que se blanquean sea alguno de los delitos de cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios público, abusos en el ejercicio de su función, delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales o delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, el legislador español ha seguido las recomendaciones del GAFI en su informe sobre España. Ello supuso que la aprobación posterior de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (Texto pertinente a efectos del EEE), no diera lugar a nuevas reformas.

La tardía preocupación que se manifiesta en esta breve evolución histórica por la represión penal de la financiación del terrorismo, no así de la prevención, responde a que entre los instrumentos internacionales y europeos que se han elaborado para mejorar la cooperación y colaboración en la lucha contra el terrorismo es relativamente reciente la atención a la financiación, un aspecto hasta hace poco ignorado. En efecto, el primer instrumento convencional internacional dedicado de manera específica a esta cuestión es el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109, de 9 de diciembre de 1999⁽⁸⁾, que dos años después todavía

- (8) De acuerdo con su art. 2, “1. Comete 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:
- a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese 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.
- ... 3. 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.
4. Comete igualmente un delito quien trate de cometer un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo.
 5. Comete igualmente un delito quien:
 - a) Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 4 del presente artículo;
 - b) Organice la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 4 del presente artículo o dé órdenes a otros de cometerlo;
 - c) Contribuya a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 4 del presente artículo por un grupo de personas que actúe con un propósito común. La contribución deberá ser intencionada y hacerse:
 - i) Ya sea con el propósito de facilitar la actividad delictiva o los fines delictivos del grupo, cuando esa actividad o esos fines impliquen la comisión de un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo; o

no había reunido las ratificaciones suficientes para su entrada en vigor⁽⁹⁾. Tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU⁽¹⁰⁾ 1373 (2001), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001, “reconociendo la necesidad de que los Estados complementen la cooperación internacional adoptando otras medidas para prevenir y reprimir en sus territorios, por todos los medios legales, la financiación y preparación de esos actos de terrorismo”, decidió que todos los Estados “prevengan y repriman la financiación de los actos de terrorismo”, obligación cuyos términos se especifican en detalle⁽¹¹⁾, y exhortó a la adhesión al Convenio internacional para la represión

ii) Ya sea con conocimiento de la intención del grupo de cometer un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo”.

- (9) Esta desatención por parte de los Estados ha ido seguida también de una cierta falta de interés en la doctrina, en la que se encuentran pocos estudios al respecto. En España, solo una monografía, la de L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2008. En el Derecho comparado, apenas unas pocas contribuciones, entre ellas A. AUST, “Counter Terrorism – A New Approach: The International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism”, *Max Planck Yearbook of the United Nations Law*, 5, pp. 285-306; A. GIOIA, “The UN Conventions on the Prevention and Suppression of International Terrorism”, en G. Nesi (Ed.), *International Cooperation in Counter-terrorism: The United Nations and Regional Organizations in the Fight Against Terrorism*, Aldershot, Ashgate, 2006, pp. 3-23; R. LAVALLE, “The International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 60, 2000, pp. 491-510; y M. SERRANO, “The Political Economy of Terrorism”, en J. Boulden/ T.G. Weiss (Eds.), *Terrorism and the UN: Before and After September 11*, Bloomington, Indiana University Press, 2004, pp. 198-218. Sobre las posibles razones de este escaso interés, vid. M. LEHTO, *Indirect Responsibility for Terrorist Acts. Redefinition of the Concept of Terrorism Beyond Violent Acts*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, pp. 255 y ss., que ofrece un exhaustivo análisis del convenio.
- (10) Sobre el cambio producido en la respuesta de las Naciones Unidas al terrorismo a partir de 2001, en particular en relación con el cada vez mayor protagonismo del Consejo de Seguridad frente a la Asamblea General, como había ocurrido antes de la década de los noventa, vid. J. BOULDEN/ T.G. WEISS, “Whither Terrorism and the United Nations?”, en J. Boulden/ T.G. Weiss (Ed.), *Terrorism and the UN. Before and After September 11*, Bloomington, Indiana University Press, 2004, pp. 10-15, y con mayor detalle C. de JONGE OUDRAAT, “The Role of the Security Council”, en J. Boulden/ T.G. Weiss (Ed.), *Terrorism and the UN. Before and After September 11*, cit., pp. 151-172.
- (11) Así, se dispone que el Consejo de Seguridad: “1. *Decide* que todos los Estados:
- Prevengan y repriman la financiación de los actos de terrorismo;
 - Tipifiquen como delito la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en sus territorios con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo;
 - Congelen sin dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión; de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas, y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas y entidades o bajo sus órdenes, inclusive los fondos obtenidos o derivados de los bienes de

de la financiación del terrorismo, que al día de los atentados había sido firmado por 43 Estados y ratificado solo por 4, pero que a partir de entonces consiguió llegar al número mínimo de ratificaciones (22, de acuerdo con su art. 26, entre ellas la de España, mediante instrumento depositado el 9 de abril de 2002) para entrar en vigor el 10 de abril de 2002.

En el ámbito europeo, después de la Recomendación del Consejo de 9 de diciembre de 1999, sobre la cooperación en materia de lucha contra la financiación del terrorismo, los textos más importantes son la Posición común del Consejo de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo⁽¹²⁾, adoptadas al calor de la indignación suscitada por los atentados de 11 de septiembre de 2001⁽¹³⁾. Igualmente resultan de interés el Reglamento núm. 1210/2003 del Consejo, de 7 de julio de 2003, que recoge algunas definiciones relativas al bloqueo de bienes, y el Reglamento 2580/2001, de 27 de diciembre de 2001, sobre medidas restrictivas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo. Esta lista ha sido actualizada en varias ocasiones. En estos instrumentos se aprecia la progresiva consolidación de un cambio de paradigma en el tratamiento del tema en relación a la posición adoptada en el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, pues, a diferencia de este texto, se adopta una perspectiva más agresivamente proactiva, que pretende dar respuesta a la constatación de la capacidad destructiva que pueden llegar a tener las organizaciones y grupos terroristas⁽¹⁴⁾.

propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas y de las personas y entidades asociadas con ellos;

- (d) Prohíban a sus nacionales o a todas las personas y entidades en sus territorios que pongan cualesquiera fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos de otra índole, directa o indirectamente, a disposición de las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo o faciliten su comisión o participen en ella, de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas o bajo sus órdenes”.
- (12) En esta Decisión marco se incluye entre los delitos relativos a un grupo terrorista, recogidos en el art. 2, que los Estados están obligados a tipificar, la “participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista”.
- (13) Sin negar que los atentados del 11 de septiembre hayan influido en la rapidez con que se aprobaron, conviene destacar que en el caso de la Directiva ya existía un proyecto anterior, además del hecho de que encaja sin dificultad entre los instrumentos que ya estaban siendo adoptados antes de los atentados en el marco del tercer pilar. Así lo destaca A. WEYEMBERGH, “La Coopération pénale européenne face au terrorisme: rupture ou continuité?”, en K. Bannelier y otros (Eds.), *Le Droit International face au terrorisme*, París, Editions Pédone, 2002, p. 289.
- (14) Así, M. LEHTO, *Indirect Responsibility for Terrorist Acts*, cit., pp. 305-309.

El creciente interés por la prevención y el bloqueo de la financiación del terrorismo también responde al importante cambio que han experimentado las fuentes de financiación de esta actividad delictiva. Si en las décadas de los 70 y 80 del pasado siglo predominaba el apoyo estatal (recuérdese que el gobierno de los Estados Unidos elaboró su primera lista de Estados financiadores del terrorismo en 1979, y en ella se han mantenido desde 1993 siete países: Cuba, Irán, Irak, Libia, Corea del Norte, Sudán y Siria, aunque varios de ellos, debido a la presión ejercida internacionalmente y a los cambios políticos recientemente experimentados, han cambiado su actitud al respecto), en la actualidad, por el contrario, el origen de los fondos son donantes particulares u organizaciones privadas o bien la propia comisión de actividades delictivas, normalmente contrabando y delitos contra el patrimonio, con el fin de allegar fondos a la organización⁽¹⁵⁾. El terrorismo de origen islamista es claro exponente de estas nuevas formas de financiación⁽¹⁶⁾. Precisamente, los atentados terroristas de 11 de septiembre de 2001 marcan un antes y un después en esta evolución, pues a partir de ese momento se pone cada vez mayor énfasis en los aspectos preventivos de la lucha contra el terrorismo, dentro de los cuales adquiere cada vez mayor importancia la prevención de la financiación del terrorismo, en el entendimiento de que un aspecto fundamental de la prevención de la comisión de actos terroristas es el cierre de los flujos financieros de los que se nutren los grupos y organizaciones terroristas. De hecho, los atentados del 11-S fueron decisivos tanto para la entrada en vigor del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, como para que se llegara a un rápido acuerdo que permitiera la aprobación de la Directiva 2001/97/CE, de 4 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE, pues este instrumento legislativo se consideró parte fundamental de la lucha contra el terrorismo (documento A5-0380/2001)⁽¹⁷⁾. Y ello a pesar de la generalizada afirmación de que los costes operacionales de los atentados propios del terrorismo yihadista son relativamente bajos⁽¹⁸⁾.

(15) Sobre estas dos formas de financiación, vid. A. ACHARYA, *Targeting Terrorist Financing. International cooperation and new regimes*, Abingdon, Routledge, 2009, pp. 52 y ss.; con casos reales, M. FREEMAN, *Financing Terrorism. Case Studies*, Abingdon, Routledge, 2016.

(16) Vid. por todos J. GURULÉ, *Unfunding Terror. The Legal Response to the Financing of Global Terrorism*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2008.

(17) Sobre él, V. MITSILEGAS, "Countering the chameleon threat of dirty money: "hard" and "soft" law in the emergence of global regime against money laundering and terrorist finance", en A. Edwards/ P. Gill (Ed.), *Transnational Organised Crime. Perspectives on global security*, London, Routledge, 2003, pp. 205-207.

(18) Por ej., L. NAPOLEONI, "The Evolution of Terrorist Financing Since 9/11: How the New Generation of Jihadists Fund Themselves", en S.S. Costigan/ D. Gold (Ed.), *Terroromics*, Aldershot, Ashgate, 2007, pp. 20-22; M. PIETH, "Criminalizing the Financing of Terrorism", *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, p. 1076; J.M. WINER, "Globalization, Ter-

III. LAS RAZONES DE UN TRATAMIENTO SIMILAR PARA DOS FENÓMENOS DISTINTOS

En la asunción del modelo adoptado para la prevención del blanqueo a la hora de prevenir la financiación del terrorismo han tenido influencia varios factores. En primer lugar, hay que destacar la aparición de un discurso securitario que ha legitimado la adopción de medidas cada vez más estrictas de prevención y represión del blanqueo por medio de la asociación del “dinero sucio” con amenazas transnacionales como la corrupción, el crimen organizado y el terrorismo. De hecho, la asociación entre el blanqueo de bienes y el terrorismo ya se encontraba en la Recomendación núm. R (80)10, adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 27 de junio de 1980, sobre medidas contra la transferencia y el encubrimiento de fondos de origen criminal, elaborada, como se ha indicado antes, para afrontar el problema de las Brigadas Rojas en Italia y la Fracción del Ejército Rojo en Alemania. Se fundamenta en el hecho de que en buena medida el dinero utilizado por los terroristas de los años 70 y 80 tenía un origen ilícito, por lo que debía lavarse antes de poder ser empleado, siendo prácticamente idénticos los medios utilizados para ello por los terroristas y por la delincuencia organizada común⁽¹⁹⁾.

Como segundo factor que ha propiciado la traslación del modelo de prevención del blanqueo a la financiación del terrorismo cabe señalar que el art. 18 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo contempla una serie de medidas técnicas dirigidas a evitar que en el territorio de los Estados parte se desarrollen actividades de captación de fondos para actos terroristas que se basan en las 40 recomendaciones del GAFI para prevenir el blanqueo de capitales⁽²⁰⁾.

rorism Finance and Global Conflict – Time for a White List?”, en M. Pieth (Ed.), *Financing Terrorism*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 5.

(19) FINANCIAL ACTION TASK FORCE ON MONEY LAUNDERING, *Report on Money Laundering Typologies 2000-2001*, Paris, 2001, p. 16, disponible en la página web <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/29/36/34038090.pdf>; FATE, *Guidance Notes for the Special Recommendations on Terrorist Financing and the Self-Assessment Questionnaire*, Paris, 2002, p. 5, disponible en la página web <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/39/20/34033909.pdf>; FATE, *Report on Money Laundering Typologies 2001-2002*, Paris, 2002, pp. 2-4, disponible en la página web <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/29/35/34038006.pdf>.

(20) El art. 18.1 b) propone a los Estados parte que consideren implementar una prohibición de apertura de cuentas cuando los titulares no estén identificados, que se obligue a las entidades financieras a verificar la existencia jurídica de las sociedades a las que presten servicios, que se exima de responsabilidad civil o penal por violar el secreto profesional a las entidades financieras cuando proporcionen información de buena fe a las autoridades y que se les obligue a guardar durante cinco años los registros de todas sus operaciones. Es evidente la inspiración en las recomendaciones núm. 5, relativa a identificación de los clientes de las entidades financieras, 10, sobre la obligación de guardar los registros de operaciones durante cinco años, o 13, en relación con las obligaciones de información a las autoridades.

En tercer lugar, ello llevó, en un curioso proceso de retroalimentación, a que, con posterioridad a los atentados del 11-S, el GAFI acordara ampliar su ámbito de actuación, hasta entonces centrado en cuestiones relativas a la prevención y represión del blanqueo de bienes⁽²¹⁾, a la lucha contra la financiación del terrorismo. En aplicación de este acuerdo, se complementan las 40 recomendaciones para prevenir el blanqueo de capitales⁽²²⁾ con 8, luego 9⁽²³⁾ recomendaciones especiales para combatir la financiación del terrorismo, de 31 de octubre de 2001, que incitaban a “tomar inmediatamente los pasos necesarios para ratificar e implementar plenamente la Convención Internacional de las Naciones Unidas para la Supresión de la Financiación del Terrorismo de 1999”, así como a “implementar de inmediato las resoluciones de las Naciones Unidas relativas a la prevención y supresión de la financiación de actos terroristas, particularmente la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas”, especificando la necesidad de tipificar la financiación del terrorismo y adoptar medidas preventivas⁽²⁴⁾. Estas recomendaciones⁽²⁵⁾, alguna de las cuales refleja

-
- (21) Sobre este papel, vid. K. ALEXANDER, “The international anti-money-laundering regime: the role of the financial action task force”, *Journal of Money Laundering Control*, 4(3), 2001, pp. 231-248.
- (22) Que sirvieron en su día para complementar la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, la cual, como se ha tenido ocasión de apuntar, no contenía medidas relativas a la prevención del blanqueo, aunque sí a su represión.
- (23) En octubre de 2004 se añadió una más.
- (24) De acuerdo con la recomendación núm.2, “tipificación de la financiación del terrorismo y el blanqueo asociado”, “cada país debe tipificar como delito la financiación del terrorismo, de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas. Los países deberán asegurarse que tales delitos se establezcan como delitos previos del lavado de activos”. Por su parte, la recomendación núm.3, “Congelamiento y decomiso de activos terroristas”, dispone que “cada país deberá implementar medidas para congelar sin dilación los fondos u otros activos de los terroristas, de aquellos que financien el terrorismo y de las organizaciones terroristas, de acuerdo con las resoluciones de las Naciones Unidas relativas a la prevención y supresión de la financiación de los actos terroristas. Cada país también deberá adoptar e implementar las medidas, incluidas las legislativas, que permitan a las autoridades competentes la incautación, el embargo y el decomiso de la propiedad que procede, se utiliza o se intenta utilizar o destinar a la financiación de terrorismo, los actos terroristas o las organizaciones terroristas”. De acuerdo con la recomendación núm.4, “Informe de transacciones sospechosas relativas al terrorismo”, “si las instituciones financieras u otros negocios o entidades sujetas a las obligaciones de control del lavado de activos, sospechan o tienen indicios razonables para sospechar que existen fondos vinculados o relacionados con o que pueden ser utilizados para el terrorismo, los actos terroristas o por organizaciones terroristas, se les debe obligar a que informen rápidamente de sus sospechas a las autoridades competentes”.
- (25) Tanto las 40 relativas al blanqueo como las 9 relacionadas con la financiación del terrorismo, puesto que el GAFI advierte expresamente que las primeras también son aplicables a la financiación del terrorismo. FATF, *Annual Report 2002-2003*, Paris, 2003, disponible en la página web <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/13/0/34328221.pdf>, p. 5.

las disposiciones del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo⁽²⁶⁾, han tenido una clara influencia en la normativa española. La justificación para la elaboración de las nuevas recomendaciones es la misma que en el caso de blanqueo: la financiación del terrorismo supone una “amenaza a la estabilidad financiera”, ya que las relaciones de negocio con terroristas pueden exponer a las instituciones financieras a “riesgos significativos para su reputación, operacionales y legales”⁽²⁷⁾. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurría en otras décadas, ahora no se trata tanto de investigar de dónde proceden los fondos que se han empleado para organizar un atentado con el fin de descubrir a los integrantes de la red y a sus grupos de apoyo, cuanto de prevenir ese atentado impidiendo o dificultando que los fondos lleguen a sus destinatarios. Se trata de un enfoque preventivo que coincide en su objetivo final con el empleado en la regulación del blanqueo: si en este caso se trata de reducir la criminalidad eliminando la posibilidad de disfrutar de las ganancias obtenidas, en el de la financiación del terrorismo se pretende impedir la comisión de delitos eliminando el acceso a los medios necesarios para su ejecución. Sin embargo, la percepción del riesgo que se exige a los sujetos obligados a colaborar con las autoridades es notablemente distinta⁽²⁸⁾.

IV. REFLEXIONES FINALES

En conclusión, “puede decirse, de hecho, que la creación de un sistema preventivo para la financiación de actividades terroristas se inspira y se crea a semejanza del que ya existía en materia de blanqueo de capitales”⁽²⁹⁾. Sin duda hay elementos comunes en ambas tipologías delictivas, hasta el punto de que se ha descrito la financiación del terrorismo como un “blanqueo al revés”⁽³⁰⁾. Ciertamente es que el blanqueo de bienes es una actividad posterior al delito que generó las ganancias que se

(26) Por ej., la núm. 6, relativa a medios alternativos de transferencia de dinero, o la 9, en relación con el transporte físico de dinero a través de la frontera.

(27) FATF, *Guidance Notes for the Special Recommendations on Terrorist Financing and the Self-Assessment Questionnaire*, cit., p. 1.

(28) Cfr. A. KERSTEN, “Financing of Terrorism – a Predicate Offense?”, en M. Pieth (Ed.), *Financing Terrorism*, cit., pp. 49-56. En efecto, vid. la Guía del GAFI sobre la aplicación del enfoque basado en el riesgo para los profesionales del ámbito jurídico (versión en inglés), disponible en la página web http://www.fatf-gafi.org/LongAbstract/0,3425,en_32250379_32235720_41584212_32247554_1_1_1,00.html, en comparación con las guías elaboradas para otros sectores, como el inmobiliario, u otros profesionales, como los contables externos.

(29) J.M. RODRÍGUEZ CÁRCAMO, *La prevención de la financiación del terrorismo: Derecho internacional e interno*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2004, p. 236.

(30) M. LEHTO, *Indirect Responsibility for Terrorist Acts*, cit., p. 258.

blanquean, mientras que la financiación del terrorismo es una actividad previa al atentado terrorista cuya comisión se pretende favorecer. El blanqueo pretende ocultar el origen ilícito del dinero que se introduce en la economía legal, mientras que en la financiación del terrorismo el dinero, tendencialmente de origen lícito, aunque no se descarta que proceda de actividades delictivas, se “ensucia” al ser destinado a financiar una actividad ilegal. Ahora bien, aunque en la doctrina se destaca que a los terroristas les conviene que el origen del dinero sea lícito, puesto que esa licitud ayuda a mantener la seguridad de la operación hasta el momento en que se emplea el dinero efectivamente en actos de terrorismo, de forma que se evitan tener que idear y ejecutar operaciones de lavado de dinero que siempre resultan costosas y arriesgadas⁽³¹⁾, se apunta en la Guía del GAFI para las instituciones financieras en la detección de la financiación del terrorismo que, “aunque pudiera parecer lógico que el financiamiento procedente de fuente lícitas no haya que lavarlo, se manifiesta con frecuencia, no obstante, una necesidad de que el grupo terrorista oscurezca o disfrace los lazos existentes entre él y sus fuentes legítimas de financiamiento. Los grupos terroristas tienen entonces que, de igual forma, encontrar las vías para lavar estos fondos, con el objetivo de poder utilizarlos sin llamar la atención de las autoridades” (apartado 15). De esta manera, a diferencia de los delitos de terrorismo basados en el empleo de la violencia, la financiación del terrorismo presenta similitudes con los delitos económicos, y en particular con el blanqueo, tanto desde un punto de vista criminológico, pues al igual que este es un crimen sin víctimas y aparentemente inocuo que resulta difícil de distinguir del desarrollo de actividades perfectamente legales⁽³²⁾, como dogmático, ya que, también como el blanqueo, es un delito que se define en relación con la comisión de otros delitos.

Pese a ello, el diferente origen del dinero, tendencialmente lícito en un caso y procedente de actividades delictivas en el otro, constituye una diferencia sustancial que plantea importantes problemas, entre ellos el de si resulta proporcionado someter el dinero y los bienes obtenidos legalmente a las medidas dirigidas contra el blanqueo de bienes procedentes de la comisión de delitos, que suponen una injerencia más que notable en los derechos y libertades fundamentales del individuo, simplemente por el supuesto uso ilícito que un tercero les pueda dar en el futuro. A ello se suma el que, siendo ambos delitos de referencia, que se definen por su relación con otros delitos, el blanqueo es una infracción que tiene lugar *después* de la comisión de otras actividades delictivas, mientras que la financiación del terrorismo se comete *antes*, con la intención de que los fondos se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en

(31) R. CARISCH, “Institutionalized Responses to 9/11”, en S.S. Costigan/ D. Gold (Ed.), *Terror-nomics*, cit., pp. 165-166.

(32) En Este sentido, M. LEHTO, *Indirect Responsibility for Terrorist Acts*, cit., p. 257.

parte, para cometer un delito de terrorismo o para hacerlos llegar a una organización o grupo terroristas, siendo posible que nunca llegue a cometerse el atentado terrorista que se pretende financiar.

Conviene tener en cuenta, además, que no hay manera de comprobar si los métodos empleados hasta ahora han servido para el logro de los objetivos que se persiguen, sobre todo porque no se ha demostrado que disminuyan la criminalidad, no parecen tener impacto alguno en la prevención de la corrupción en los mercados legales y no hay evidencia alguna de que las organizaciones criminales y terroristas se hayan visto afectadas por la privación de sus recursos y los obstáculos puestos en el acceso a los cauces financieros legales⁽³³⁾. En particular, resulta prácticamente imposible saber si se han podido prevenir actos de terrorismo⁽³⁴⁾, ya que, teniendo en cuenta el bajo coste de un atentado y la falta de necesidad de involucrar instituciones financieras en su financiación, el número de órdenes de bloqueo, el volumen de bienes decomisados y otros datos similares no pueden tomarse como índice del éxito de las medidas para prevenir la financiación del terrorismo⁽³⁵⁾.

Y aunque hay otros objetivos, en parte de carácter moral, que pocos discuten, como el principio según el cual no se debe permitir a los delincuentes que se aprovechen del fruto de sus crímenes⁽³⁶⁾, es hora ya de plantearse cuántos “daños colaterales” está la sociedad dispuesta a aceptar para implementarlos, sobre todo en relación con la relativización de algunos derechos fundamentales, como los de defensa y presunción de inocencia, que son indispensables en un Estado que se quiere social y democrático de Derecho⁽³⁷⁾. Es lamentable que también sea en este aspecto de la imposibilidad de constatar en la práctica la eficacia de las disposiciones adoptadas y la sospecha de que

(33) Vid. B. VETTORI, *Tough on Criminal Wealth. Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU*, Dordrecht, Springer, 2006; P.C. VAN DUYNE/ W. DE ZANGER/ F.H.G. KRISTEN, “Greedy of crime-money. The reality and ethics of asset recovery”, en P.C. Van Duyne, P. C., et al. (Eds), *Corruption, greed and crime money. Sleaze and shady economy in Europe and beyond*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2014, pp. 235 y ss.

(34) Cfr. entre otros, A. ACHARYA, *Targeting Terrorist Financing. International cooperation and new regimes*, cit., p. 133; P. REUTER/ E.M. TRUMAN, *Chasing Dirty Money. The fight against money laundering*, Washington D.C., Institute for international Economics, 2004, p. 147.

(35) En Este sentido, R.E. BELL, “The Confiscation, Forfeiture and Disruption of Terrorist Finances”, *Journal of Money Laundering Control*, 7(2), 2003, pp. 120-121.

(36) Vid. sin embargo, V. MANES, “L’ultimo imperativo della politica criminale: *nullum crimen sine confiscatione*”, en AAVV, *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 129-150.

(37) R.T. NAYLOR, “Follow-the-Money Methods in Crime Control Policy”, en M.E. Beare (Ed.), *Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering, and Corruption*, Toronto, University of Toronto Press, 2003, pp. 276 y ss.

más bien estamos ante medidas absolutamente contraproducentes para los objetivos que se dicen querer alcanzar en el que se parezcan la normativa de prevención de la financiación del terrorismo y la de prevención del blanqueo de capitales⁽³⁸⁾.

(38) Sobre su ineficacia en la lucha contra el tráfico de drogas, vid. entre otros M. PIETH, “Financing of Terrorism: Following the Money”, en M. Pieth (Ed.), *Financing Terrorism*, cit., pp. 119-120.