

NOTAS DE REDACCIÓN SOBRE CUESTIONES ESPECÍFICAS

Tipificación del financiamiento del terrorismo como delito

Generalidades

Las autoridades que deseen aplicar las disposiciones del Convenio y dar cumplimiento a los requisitos de la Resolución tendrán que considerar dos tipos de conductas separadas, pero mutuamente relacionadas, referentes al financiamiento del terrorismo. Una se refiere al *financiamiento de actos de terrorismo*, tal como lo define el artículo 2 del Convenio. El otro es el del *suministro de respaldo financiero a terroristas y organizaciones terroristas*, conforme a lo previsto en el párrafo 1 d) de la Resolución. Los requisitos referentes a ambas formas de conducta son similares, pero no idénticos, y las autoridades de cada país tendrán que establecer la manera de caracterizar cada tipo de conducta en la legislación local¹⁰⁹. Antes de considerar las diferencias entre los dos tipos de requisitos debe señalarse que el párrafo 1 b) de la Resolución dispone la tipificación como delito del financiamiento de actos terroristas, utilizando una redacción muy similar a la del Convenio. Leído junto con el párrafo 3 d), que exhorta a los Estados a adherirse al Convenio “tan pronto como sea posible”, el párrafo 1 b) constituye una clara referencia a la tipificación del financiamiento de actos terroristas como delito tal como los define el Convenio. Se podría inferir que la tipificación de los actos de terrorismo como delito contenida en el párrafo 1 d) requiere algún agregado.

El Convenio y el párrafo 1 d) de la Resolución se refieren al suministro de asistencia financiera orientada hacia el terrorismo, pero existen notables diferencias entre ambos textos. Primero, en tanto que el Convenio dispone claramente la *tipificación como delito* del financiamiento de actos terroristas, el párrafo 1 d) de la Resolución parece adoptar un enfoque diferente. En lugar de requerir que los países *tipifiquen como delito* el suministro de

¹⁰⁹ En las Recomendaciones Especiales del GAFI sobre la financiación de terrorismo también parece adoptarse el punto de vista consistente en tipificar penalmente dos clases de conductas independientes, ya que la Recomendación Especial II establece como norma la tipificación como delito de la financiación del *terrorismo, los actos terroristas y las organizaciones terroristas*.

fondos y la prestación de servicios a terroristas, requiere que “prohíban a sus nacionales y entidades en sus territorios” poner asistencia financiera a disposición de terroristas y organizaciones terroristas. Este texto parece haber sido adoptado deliberadamente, ya que contrasta con el utilizado en el párrafo 1 b) de la Resolución arriba mencionada, que requiere la *tipificación como delito* del financiamiento de actos terroristas. El párrafo 1 d) está orientado a detener el flujo de fondos y servicios financieros hacia terroristas y organizaciones terroristas, tipificando como delitos esos actos, o por otros medios.

Segundo, en cuanto a las características de esa asistencia, el requisito del párrafo 1 d) de la Resolución es más amplio que el del Convenio. Éste tipifica como delito el suministro de “*fondos*”, término que define como equivalente de *bienes*, en tanto que la Resolución utiliza una expresión más amplia: “fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos de otra índole”. Dada la amplia definición de “fondos” que aparece en el Convenio, lo que abarca la Resolución, pero no el Convenio, es el suministro de “*servicios financieros o servicios conexos*”¹¹⁰.

Tercero, la gama de personas y entidades a las que debe impedirse la recepción de fondos o servicios se define en la Resolución, pero no en el Convenio. En aquella, la lista comprende no solo a las personas que cometen o intentan cometer actos de terrorismo, los facilitan o participan en los mismos, sino también a entidades de propiedad o bajo control, directo o indirecto, de esas personas, así como a entidades que actúan en nombre o bajo la dirección de esas personas. El Convenio se limita a definir los actos terroristas, y no a los terroristas ni al terrorismo; en consecuencia, toda persona que cometa o pueda cometer un acto de terrorismo quedaría incluida.

De lo que precede se deduce que además de tipificar como delito el financiamiento de actos terroristas conforme al Convenio, la Resolución dispone, en su párrafo 1 d), que los países deben impedir la afluencia de fondos y servicios a terroristas y organizaciones terroristas. La manera de lograrlo queda a discreción de cada país. Una posibilidad sería disponer el congelamiento de los activos de las categorías de personas y entidades que figuran en el párrafo 1 d), y prohibir la prestación de servicios financieros y de otro género a esas personas.

En muchas jurisdicciones el congelamiento de activos y la prohibición del suministro de recursos se basarían en la tipificación como delito de la conducta imputada a los propietarios de los activos de cuyo congelamiento

¹¹⁰ No resulta claro qué aporta a los otros términos de la lista la expresión “recursos económicos”.

se trata, que serían los destinatarios de la asistencia financiera¹¹¹. En otras, las disposiciones se basarían en la elaboración de listas de personas y entidades consideradas como ejecutoras de este tipo de actos. Por ejemplo, la ley antiterrorismo de Barbados 2002-6 tipifica como delitos tanto el suministro o la recolección de fondos destinados a fines terroristas como la prestación de servicios financieros a esos efectos. Las disposiciones de la ley referentes al congelamiento y la incautación de fondos se vinculan con imputaciones penales enmarcadas en el delito de terrorismo definido de ese modo¹¹². En otros países, como Canadá, el congelamiento de activos y la prohibición de suministro de respaldo financiero se basan en una lista de personas y entidades publicada por el Gobierno en base a información según la cual la persona o entidad en cuestión realiza actividades terroristas, independientemente de que esa persona o entidad haya sido objeto de alguna acusación¹¹³. En el contexto de la Unión Europea, las medidas previstas en el párrafo 1 b) de la Resolución sobre tipificación de delitos han sido adoptadas por cada uno de los países miembros de la Unión Europea, en tanto que las relacionadas con el congelamiento de activos de terroristas y organizaciones terroristas han sido adoptadas por la Unión¹¹⁴.

Definición de actos terroristas

En los nueve tratados mencionados en el anexo del Convenio no se define el concepto de “terrorismo”, sino que se definen actos específicos mediante expresiones en que está ausente el vocablo “terrorismo”. En el más reciente de esos tratados —el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas— se utilizan los vocablos “terrorista” y “terrorismo” en el título y el preámbulo, y se hace referencia a resoluciones de la Asamblea General sobre terrorismo, pero se define el delito de actos terroristas cometidos con bombas sin utilizar esa expresión.

¹¹¹ Además de los sistemas de incautación penal que se describen en este párrafo, algunos países, como Estados Unidos, disponen de sistemas de incautación civil, en virtud de los cuales pueden incautarse activos independientemente de toda actuación penal. Véase Stefan D. Cassalla, “Restraint and Forfeiture of Proceeds of Crime in International Cases: Lessons Learned and Ways Forward”, *Proceedings of The 2002 Commonwealth Secretariat Oxford Conference on the Changing Face of International Cooperation in Criminal Matters in the 21st Century* (Secretaría del Commonwealth, 2002), pág. 183.

¹¹² *Antiterrorism Act 2002-6*, Secciones 4 y 8 [Barbados].

¹¹³ *Criminal Code*, Secciones 83.05 a 83.12 [Canadá].

¹¹⁴ Posición Común del Consejo del 27 de diciembre de 2001 sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (2001/931/CFSP), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 28 de diciembre de 2001, L 344/93, y Reglamento del Consejo (CE) No. 2580/2001 del 27 de diciembre de 2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 28 de diciembre de 2001, L 244/70 [Unión Europea].

Como sucede en los nueve tratados mencionados en su anexo, el Convenio no define el “terrorismo”, sino que contiene una definición de *actos terroristas* que sirve de base para la definición de los delitos de financiamiento en él previstos.

La Resolución no define el concepto de “terrorismo”. Exige a los Estados que “prevengan y repriman la financiación de los actos de terrorismo”¹¹⁵, y los exhorta a “adherirse... [al] Convenio”¹¹⁶. También dispone que los Estados “[p]rohiban [a las personas] que pongan cualesquiera fondos, recursos financieros o económicos [...] a disposición de las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo [...]”¹¹⁷. La falta de toda indicación de que se precise una definición más amplia, junto con la referencia al Convenio, llevan a la conclusión de que la Resolución no requiere que los Estados definan el “terrorismo” o los “actos de terrorismo” en forma más amplia que el Convenio¹¹⁸. Muchos Estados han adoptado una definición más amplia, pero la Resolución no lo exige.

La Recomendación Especial I del GAFI establece que el financiamiento del terrorismo “debe penalizarse sobre la base del Convenio”. En las notas siguientes, la base para el análisis de una definición de actos terroristas es la definición consagrada en el Convenio.

Tipos de actos terroristas

En el Convenio se definen los actos terroristas como i) los actos terroristas previstos en por lo menos los nueve tratados internacionales enumerados en el anexo al Convenio a los que el país sa haya adherido (“delitos previstos en los tratados”) y ii) actos terroristas cuya definición esté comprendida en la definición genérica establecida en el artículo 2 b) (“delitos genéricos”).

“Delitos previstos en los tratados”

El artículo 4, párrafo 1 a) del Convenio se refiere a nueve tratados, contenidos en el anexo del Convenio, y tipifica como delito el suministro o la recolección de fondos con la intención de que esos fondos se utilicen para

¹¹⁵ Resolución, nota 5 *supra*, párr. 1 a).

¹¹⁶ *Ibid.*, párr. 3 d).

¹¹⁷ *Ibid.*, párr. 1 d).

¹¹⁸ Walter Gehr, ex experto del CLC, expresó que el Presidente del Comité había señalado que éste consideraría como acto terrorista todo acto que el Comité considerara por unanimidad como tal. El Sr. Gehr agregó que la labor del Comité resultó suficientemente concreta como para evitar la necesidad de resolver todos los problemas relacionados con la definición de terrorismo. Walter Gehr, “Le Comité contre le terrorisme et la résolution 1373 (2001) du Conseil de Sécurité”, *Actualité et Droit International* (enero de 2003), <http://www.ridi.org/adi>.

cometer un delito definido en alguno de los tratados mencionados, o a sabiendas de que se utilizarán a esos efectos¹¹⁹. Los redactores del Convenio reconocieron el hecho de que un país puede no haber estado adherido a los nueve tratados enumerados en el anexo en la fecha en que se adhirió al Convenio. El Convenio autoriza a los Estados Partes a declarar, en la fecha de su adhesión, que un tratado al que el país no esté adherido se considerará excluido del anexo al Convenio, y esa declaración queda sin efecto en la fecha en que el país se adhiera al tratado. A la inversa, si un Estado adherido al Convenio se retira de alguno de los tratados, puede declarar que el tratado se considerará excluido del anexo. Esas declaraciones son optativas. Los países pueden incluir los nueve tratados en su definición de “delitos previstos en los tratados” aunque no estén adheridos a todos ellos.

En la práctica, algunos Estados Partes han incluido en su definición todos los tratados, incluso aquellos a los que no estaban adheridos. Otros Estados Partes han limitado la lista a los tratados a los que estaban adheridos. Algunos han establecido un mecanismo en virtud del cual el gobierno puede, por vía reglamentaria, agregar los tratados a la lista cuando el país se adhiera a ellos, sin necesidad de enmendar la ley. Por razones de redacción, algunas leyes se refieren al tratado por su nombre, en tanto que otras extraen de cada tratado el delito que contempla, y lo tipifican como tal.

“Delitos genéricos”

A diferencia de los “delitos previstos en los tratados”, que se definen mediante descripciones de actos que son en sí mismos “terroristas”, el delito genérico de financiamiento de actos de terrorismo, a efectos de su definición, se basa no solo en la conducta, sino en la intención y la finalidad del agente. Conforme a la definición genérica enunciada en el Convenio, *cualquier acto puede ser un acto terrorista siempre que tenga como finalidad causar la muerte o lesiones corporales graves a determinadas personas, y siempre que su propósito sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.*

Algunos países han agregado a la definición elementos cuyo efecto es limitar o ampliar su alcance¹²⁰. El texto limitativo parece motivado por la preocupación de que la definición genérica pueda utilizarse en circunstancias para las que no estaba destinada. Resulta notable, a este respecto, la limitación que aparece en las leyes del Reino Unido, Canadá y Australia, en el sentido de que solo se configura el delito “si el acto se realiza, o la amenaza se formula, con la intención de promover una causa política, religiosa o

¹¹⁹ La lista figura en el recuadro 1.

¹²⁰ En la presente sección, los ejemplos de leyes que se proporcionan comprenden leyes generales en contra del terrorismo, así como leyes de aplicación del Convenio

ideológica”¹²¹. Otra limitación consiste en la exclusión de determinadas actividades del concepto de “proporcionar o recolectar fondos”. Un ejemplo de una disposición de ese tipo aparece en la ley de represión del terrorismo de Nueva Zelanda, de 2002, que “para evitar dudas” excluye expresamente del concepto de delito de financiamiento el suministro o la recolección de fondos a los efectos de promover un régimen democrático de gobierno o la protección de los derechos humanos¹²².

El Convenio incluye en la definición del financiamiento del terrorismo el hecho de que el perpetrador haya procurado que el resultado del acto de terrorismo que se financia consista en provocar “la muerte o lesiones personales” a civiles y no combatientes. En algunos países se ha definido el delito de modo que sea aplicable a casos en que la intención no consista directamente en provocar la muerte o lesiones personales graves. En la ley neocelandesa anteriormente mencionada, por ejemplo, figuran, entre otros, los siguientes agregados: “grave riesgo para la salud o seguridad de una población”, “injerencia o interrupción grave de un servicio de infraestructura, si es probable que ponga en peligro la vida humana”, y “la introducción o liberación de un organismo portador de enfermedades, con probables efectos devastadores para la economía de un país”¹²³. Otro agregado, más amplio, aparece en la ley de prevención del terrorismo de Mauricio, de 2002, que además de tipificar como delito la comisión de actos de terrorismo, hace lo propio con la omisión de observar una conducta razonablemente necesaria para impedir esos actos¹²⁴.

Las autoridades tendrán que evaluar las ventajas e inconvenientes que supone, a los efectos de la aplicación del Convenio, agregar un texto que reduzca o amplíe la definición de terrorismo. Las condiciones locales y, en especial, la sensibilidad frente a consideraciones referentes a derechos básicos, pueden hacer conveniente la inclusión de un texto limitativo, lo que, sin embargo, puede dificultar el enjuiciamiento de los infractores. Los ejemplos de leyes que constan en los apéndices se basan exclusivamente en los requisitos del Convenio.

¹²¹ *Suppression of the Financing of Terrorism Act 2002*, Lista 1, enmiendas a la ley del Código Penal 1995, Parte 5.3, Sección 100.1, Definiciones, párrafo *acto terrorista* [Australia]; un texto similar aparece en *Terrorism Act 2000*, Artículo 1 (1)(c) [Reino Unido]; *Antiterrorism Act*, Sección 83(1)(b) [Canadá], y *Terrorism Suppression Act 2002*, Sección 5(2) [Nueva Zelanda].

¹²² *Terrorism Suppression Act 2002*, Sección 8(2) [Nueva Zelanda].

¹²³ *Terrorism Suppression Act 2002*, Sección 5(3) [Nueva Zelanda].

¹²⁴ Ley de prevención del terrorismo de 2002, Sección 3(1) [Mauricio].

Puede ser conveniente, además, que las autoridades consideren la posibilidad de utilizar un mecanismo de listado para facilitar el enjuiciamiento en casos de delitos de financiamiento del terrorismo. Algunos Estados, como Canadá¹²⁵, Nueva Zelandia¹²⁶, el Reino Unido¹²⁷ y los Estados Unidos¹²⁸ han establecido mecanismos en virtud de los cuales los nombres de las personas o entidades sospechosas de haber cometido actos de terrorismo (distintos de los enumerados por disposición del Consejo de Seguridad) pueden incluirse en una lista publicada por disposición del poder ejecutivo. Las listas se publican, y se presume que esas personas y entidades son terroristas u organizaciones terroristas, lo que reduce la carga de la prueba de conocimiento o intención en el delito de financiamiento del terrorismo (en mecanismos de ese tipo en general también se preceptúa el congelamiento de los activos de las personas y entidades que figuran en la lista y se prohíbe el suministro de cualquier asistencia a las mismas). Si bien esos mecanismos facilitan el procesamiento por delitos de financiamiento del terrorismo, las listas deben ser redactadas cuidadosamente para evitar abusos y para que las personas y entidades que figuren en ellas tengan derecho a que sus solicitudes de ser suprimidos de la lista sean consideradas por un órgano independiente, teniendo en cuenta al mismo tiempo que las pruebas usadas para confeccionar esas listas son, probablemente, muy delicadas. Como ni el Convenio ni la Resolución exigen la elaboración de esas listas, en los ejemplos de leyes que se mencionan en este *Manual* no se hace referencia a las mismas. Las autoridades interesadas en incluir en su legislación un mecanismo de ese tipo pueden consultar la legislación de los países arriba mencionados.

Financiamiento del terrorismo y lavado de dinero

En sus respuestas al cuestionario de las Naciones Unidas, algunos países señalaron que, para aplicar las disposiciones de la Resolución sobre tipificación del financiamiento del terrorismo como delito, han adoptado leyes sobre lavado de dinero¹²⁹, lo que no parece reflejar el espíritu ni la letra de la Resolución ni del Convenio. Debe tenerse en cuenta que el Convenio establece como delito independiente, autónomo, el financiamiento de actos

¹²⁵ *Código penal*, Sección 83.05 [Canadá].

¹²⁶ *Terrorism Suppression Act 2002*, Secciones 20-24 [Nueva Zelandia].

¹²⁷ *Terrorism Act 2000*, Secciones 3-13 [Reino Unido].

¹²⁸ *Immigration and Nationality Act*, 8 U.S.C. §1189 [Estados Unidos] (se aplica exclusivamente a entidades extranjeras).

¹²⁹ Walter Gehr, "Recurrent Issues", Informe del 4 de abril de 2002 a los Estados miembros del Comité de la Lucha contra el Terrorismo de la ONU, <http://www.un.org/docs/sc/committees/1373/rc.htm>.

de terrorismo. Aunque los delitos de financiamiento del terrorismo y blanqueo de capitales se basan en la idea común de combatir las organizaciones criminales a través de medidas encaminadas a reprimir el financiamiento de sus actividades, los dos delitos son claramente diferentes. Concretamente, en el caso del financiamiento del terrorismo, los fondos no tienen por qué provenir de actos ilícitos, ni tienen por qué haber sido objeto de blanqueo. Pueden haber sido adquiridos y depositados legalmente en instituciones financieras. No es su origen delictivo lo que los “mancha”, sino el uso que se les da o se procura dar: financiar actos de terrorismo o dar respaldo a terroristas o a organizaciones terroristas. Por lo tanto, basarse exclusivamente en el delito de lavado de dinero para tipificar como delito el financiamiento del terrorismo suscitaría un considerable vacío en la legislación, ya que los delitos de financiamiento del terrorismo se configurarían en caso de que los fondos destinados a financiar un acto terrorista fueran de origen ilícito, pero podrían impedir el enjuiciamiento de los actos de terrorismo realizados con fondos obtenidos legalmente.

No obstante, los dos delitos están vinculados, ya que la Recomendación Especial II del GAFI establece que las jurisdicciones deberían incluir el financiamiento del terrorismo como delito previo al blanqueo de capitales. Esa inclusión es automática en el caso de los países que definen como delitos previos “todos los delitos” (como lo dispone el Convenio de Estrasburgo)¹³⁰ o todos los delitos graves (en la medida en que, en la jurisdicción de que se trate, los delitos de financiamiento del terrorismo se definan como “delitos graves”). En los países en que los delitos previos figuren en una lista, puede ser necesario enmendar la lista de modo de incluir delitos de financiamiento de terroristas.

Asistencia, incitación y asociación para delinquir, como delitos sustitutos

Algunos países han establecido que el delito de financiamiento del terrorismo forma parte del delito de asistencia o incitación a la comisión de actos terroristas, o asociación para cometer ese tipo de actos¹³¹. No obstante, en contraste con la noción de asistencia e incitación, el Convenio no requiere que el acto terrorista que se pretendía financiar mediante los fondos se consuma, ni aun en grado de tentativa. Basta que el supuesto perpetrador haya tenido la intención de que los fondos se usaran para financiar actos terroristas, o que supiera que se usarían a tales fines. Así surge claramente del

¹³⁰ Conforme al Artículo 1e del Convenio de Estrasburgo, “por ‘infracción penal’ se entiende todo delito penal que genere un producto que, a su vez, pueda ser el objeto de un delito en la forma establecida en el artículo 6 del presente Convenio”.

¹³¹ Gehr, nota 129 *supra*.

párrafo 3 del artículo 2, que establece: “Para que un acto constituya un delito enunciado en [el Convenio], no será necesario que los fondos se hayan usado efectivamente para cometer un delito [de los contemplados en el Convenio]”. Por lo tanto, el delito de financiamiento del terrorismo es separado e independiente de los delitos de terrorismo. Por el contrario, en la mayoría de las jurisdicciones, los delitos de asistencia e incitación solo se configuran cuando el delito principal se consuma, por lo menos en grado de tentativa, condición que no se incluye en la definición del delito prevista en el Convenio¹³². Además, en la mayoría de las jurisdicciones solo existe asistencia o incitación cuando el supuesto perpetrador tiene conocimiento de que se está cometiendo o intentando cometer el delito principal, en tanto que, en el régimen del Convenio, el vínculo con el delito de terrorismo no consiste en que éste haya sido consumado o intentado, sino en que el presunto perpetrador haya tenido la intención de que los fondos se utilizaran para cometer el acto de terrorismo (o haya sabido que los fondos iban a usarse a esos efectos)¹³³.

Caben similares consideraciones con respecto a la asociación para delinquir. Por tratarse de un delito independiente, el financiamiento del terrorismo puede ser cometido por una persona que actúe sola, situación que no es compatible con el concepto de asociación para delinquir.

Tentativa, participación, organización, orden y contribución

El Convenio requiere que los actos en él definidos se tipifiquen como delitos incluso en grado de tentativa¹³⁴. Dispone asimismo que la participación de un cómplice en un delito definido, la organización de ese delito, o el hecho de ordenar a otros que lo cometan también deben tipificarse como delitos¹³⁵. También debe tipificarse como delito la contribución intencional a la comisión de un delito de esa clase por parte de un grupo de personas que actúen con una finalidad común, en determinadas circunstancias que se definen¹³⁶. Las autoridades tendrán que determinar cuáles son esos requisitos

¹³² *Ibid.*

¹³³ Véase, por ejemplo, *Johnson v Youden*, [1950] 1 All ER 300, resumido en *The Digest, Annotated British, Commonwealth and European Cases*, 14(1), Criminal Law, Evidence and Procedure, Londres, 1993 [en lo sucesivo “*The Digest*”] No. 954, pág. 120. No obstante, puede existir asistencia e incitación si el supuesto perpetrador sabía que se iba a cometer un acto ilegal (en este caso, un acto de terrorismo), aunque no supiera exactamente qué acto terrorista iba realmente a cometerse (el este caso, incendiar un edificio público con una bomba de caño). Véase, *DPP for NI v Maxwell*, [1978] 3 All ER 1140, [1978] WLR 1350, 143 JP 63, 122 Sol. Jo 758, [1978] NI 42, titulado *Maxwell v. DPP for NI* 68 Cr App Rep 142, HL, resumido en *The Digest*, No. 867, pág. 109.

¹³⁴ Convenio, nota 12 *supra*, Art. 2, párr. 4.

¹³⁵ *Ibid.*, art. 2, párrs. 5 a) y b).

¹³⁶ *Ibid.*, art. 2, párrs. 5 c).

basándose en los principios generales de derecho penal o en la legislación vigente, y tendrán que establecer en qué casos será preciso crear nuevos tipos penales. En los apéndices VII y VIII aparecen ejemplos de leyes cuyo texto tiende a abarcar esos elementos.

Independientemente de esas disposiciones, que figuran en el artículo 2, el Convenio establece, en su artículo 18, la obligación de los Estados de adoptar “medidas para prohibir en sus territorios las actividades ilegales de personas y organizaciones que promuevan, instiguen, organicen o cometan a sabiendas los delitos enunciados en el artículo 2”. La significación exacta de esta disposición dista mucho de ser clara, ya que contiene una petición de principio, y además, aunque parece preceptuar la tipificación como delitos de determinados actos, éstos no se estipulan en el artículo 2 ni se expresan en los términos claros de “tipificación como delito” previstos en ese artículo. De hecho, leído como disposición creadora de un nuevo tipo delictivo sería redundante, teniendo en cuenta algunas disposiciones del artículo 2. La petición de principio consiste en que la disposición parece exigir la prohibición de actos que se definen como ilegales. La manera más sencilla de eliminar esas ambigüedades consiste en considerar que la palabra “prohibir” en realidad significa “prevenir y procesar”, en cuyo caso la disposición no sería considerada como de “tipificación como delito”, sino como el enunciado de la obligación de hacer cumplir leyes vigentes.

Conocimiento e intención

La definición de financiamiento del terrorismo que aparece en el Convenio incluye, como componentes dolosos, el hecho de que el delito sea cometido deliberadamente y con la intención de que los fondos se utilicen para cometer un acto terrorista definido como tal conforme a lo dispuesto en el Convenio, o a sabiendas de que han de ser utilizados para cometer un acto de ese tipo¹³⁷. El requisito de la intencionalidad parece hacer referencia al principio general de Derecho penal que hace de la intención criminal (“*mens rea*”) un elemento de todos los delitos. El segundo elemento consiste en la conciencia y en una forma específica de intención, como dos elementos dolosos alternativos.

El Convenio deja a discreción de cada Estado Parte la definición de la forma de intención o de conocimiento requerida para que se configure el delito, y de los medios de prueba de cada uno de esos dos elementos. Como mínimo se requeriría el conocimiento real, por parte del perpetrador, de que los fondos han de utilizarse para la comisión de un acto de terrorismo, junto

¹³⁷ La prohibición de apoyar a terroristas y organizaciones terroristas estipulada en el párrafo 1 d) de la resolución 1373 (2001) no se refiere al componente doloso del delito conexo, quedando a discreción de cada país la definición de éste conforme a su Derecho penal.

con la voluntad de alcanzar ese resultado. Este requisito debe establecerse en todos los Estados Partes. No obstante, muchos sistemas jurídicos admiten también formas menos directas de intención que, al aplicarse al financiamiento del terrorismo, incluirían casos en que, por ejemplo, el perpetrador previó, pudo haber previsto, o debió haber previsto que el acto terrorista se produciría como consecuencia del suministro o la recolección de los fondos, pese a lo cual proporcionó o recolectó los fondos. En algunos países se han incluido en la legislación modalidades similares de conocimiento, y en otros puede llegarse a resultados similares a través de la aplicación de principios generales de Derecho penal. Un ejemplo de disposición específica figura en el código penal de Australia, en el que se define el financiamiento del terrorismo como el suministro o la recolección de fondos, y el hecho de que al perpetrador le resulte “indiferente el que los fondos hayan de utilizarse para facilitar o realizar un acto de terrorismo”¹³⁸. Otro ejemplo figura en el conjunto de mecanismos de aplicación del Convenio, elaborado por la Secretaría del Commonwealth, en que la definición de financiamiento del terrorismo recomendada consiste, en lo pertinente, en que una persona proporcione o recolecte fondos “con la intención de que se usen, o teniendo fundamentos razonables para creer que han de utilizarse” para cometer un acto de terrorismo¹³⁹.

Al respecto, las autoridades pueden también tener presente el efecto de las Recomendaciones Especiales I y II del GAFI y la Metodología sobre este tema. La Recomendación Especial I establece que cada país “debe tomar inmediatamente los pasos necesarios para ratificar e implementar plenamente” el Convenio, y la Recomendación Especial II establece que “[c]ada país debe tipificar como delito la financiación del terrorismo, los actos terroristas y las organizaciones terroristas”. Uno de los criterios de cumplimiento de esas normas se enuncia en los siguientes términos en la Metodología: “Las normas sobre delitos de LD y FT deberían aplicarse al menos a las personas físicas o jurídicas que realicen actividades intencionales de LD o FT, entendiendo que el elemento intencional de estos delitos podrá inferirse de circunstancias de hecho objetivas”¹⁴⁰.

¹³⁸ *Criminal Code Act* de 1995, Sección 103.1, agregada al *Criminal Code* por la *Suppression of the Financing of Terrorism Act 2002*, No. 66, 2002. Se entiende que el resultado le es indiferente al perpetrador si éste: “tiene conciencia de la existencia de un riesgo considerable de que se produzca el resultado, y b) si, a la luz de las circunstancias que son de su conocimiento, es injustificable asumir el riesgo”. *Criminal Code Act 1995*, Sección 5.4.

¹³⁹ Secretaría del Commonwealth, Implementation Kits for the International Counter-Terrorism Convention 293.

¹⁴⁰ Metodología, nota 68 *supra*, Criterio I. 4.

La primera oración de la sección citada de la Metodología es compatible con el Convenio, ya que se requiere conocimiento (como alternativa de intención) en la definición del delito mismo en el Convenio. Con respecto a la segunda oración del criterio, la idea de que el conocimiento o la intención deben inferirse de circunstancias de hecho objetivas ya estaba presente en las 40 Recomendaciones del GAFI sobre blanqueo de capitales¹⁴¹. Su origen puede encontrarse en la Convención de Viena de 1988, que establece que “[e]l conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso”¹⁴². En el Convenio no existe una disposición similar. Incumbe a cada jurisdicción determinar si su Derecho penal general establece una norma equivalente aplicable a delitos de financiamiento del terrorismo. Si existen dudas a este respecto, las autoridades pueden considerar la cuestión de si se requiere una ley específica para garantizar el cumplimiento del criterio, conforme a lo previsto en la Metodología¹⁴³.

Responsabilidad de las personas jurídicas

El artículo 5 del Convenio establece que los Estados Partes deben adoptar medidas que permitan responsabilizar a personas jurídicas establecidas en su territorio u organizadas conforme a su legislación en caso de que una persona responsable de la gestión o el control de la entidad haya cometido, en ese carácter, un delito previsto en el Convenio. Añade que esa responsabilidad puede ser penal, civil o administrativa. Las 40 Recomendaciones del GAFI contienen una disposición similar con respecto al blanqueo de capitales¹⁴⁴, pero las Recomendaciones Especiales nada dicen sobre este punto, salvo que el Convenio debe ser ratificado y aplicado, a lo que se agrega lo estipulado en la Recomendación Especial VIII con respecto al abuso de las personas jurídicas, y en especial de las entidades sin fines de lucro, a los efectos del financiamiento del terrorismo.

¹⁴¹ La Recomendación 5 del GAFI establece lo siguiente: “De acuerdo con lo previsto en la Convención de Viena, el delito de blanqueo de capitales debería aplicarse al menos a las actividades intencionales de blanqueo, entendiendo que el elemento intencional podrá inferirse de circunstancias de hecho objetivas.”

¹⁴² Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, 19 de diciembre de 1988, artículo 3, párrafo 3.

¹⁴³ El texto empleado en la Metodología (“... entendiendo que el elemento intencional ...”) implicaría que las estipulaciones que en ella se basen requerirían que el criterio tuviera base jurídica.

¹⁴⁴ La Recomendación 6 reza: “En la medida de lo posible, las empresas mismas, y no solo sus empleados, deberían estar sujetas a responsabilidad penal”.

Si la responsabilidad ha de ser penal, pueden considerarse los ejemplos de leyes que figuran en los apéndices VII y VIII. La imposición de sanciones civiles o administrativas puede requerir la modificación de otras leyes, como la ley de sociedades o la ley de bancos.

Establecimiento de jurisdicción en materia de delitos de financiamiento del terrorismo

El artículo 7 del Convenio dispone que cada Estado Parte debe asumir jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el Convenio: i) cuando el delito se comete en el territorio de ese Estado, ii) cuando el delito se comete a bordo de un buque que enarbole el pabellón de ese Estado o de una aeronave matriculada en el mismo o iii) cuando el delito es cometido por un nacional de ese Estado (artículo 7, párrafo 1). El Convenio dispone también que los Estados Partes pueden asumir jurisdicción en ciertos otros casos (artículo 7, párrafo 2). Conforme al artículo 3, el Convenio no se aplica cuando el delito ha sido cometido en un solo Estado, el presunto delincuente es nacional de ese Estado y se encuentra en el territorio de ese Estado y ningún otro Estado está facultado para ejercer jurisdicción con arreglo a lo dispuesto por el Convenio. En cambio, el artículo 7, párrafo 6, establece que, sin perjuicio de las normas generales de derecho internacional, el Convenio no excluye el ejercicio de ningún acto de jurisdicción penal establecido por un Estado Parte de conformidad con su legislación nacional. Se deduce que el Convenio no exige que los Estados Partes asuman la jurisdicción en esos casos puramente internos, aunque en el Convenio no se les prohíbe hacerlo, y los Estados normalmente tendrán jurisdicción conforme al Derecho interno una vez que se haya determinado el delito, a menos que la definición de este último excluya situaciones puramente internas.

Los Estados Partes han aplicado de varias maneras las disposiciones del Convenio referentes a la jurisdicción. Un país (Barbados) ha definido el delito de financiamiento del terrorismo como acto cometido dentro o fuera del país, y ha dispuesto que sus tribunales tienen jurisdicción en todos los casos mencionados en el artículo 7 del Convenio¹⁴⁵. Así, el delito puede dar lugar a enjuiciamiento en ese país aun en los casos en que el Convenio no se aplica porque los hechos son puramente internos.

¹⁴⁵ *Anti-Terrorism Act, 2002-6*, Sección 12 [Barbados].

Otro país (Canadá) ha dispuesto que el delito se considerará cometido en su territorio cuando esté presente cualquiera de una serie de elementos integrantes de una lista prevista en el Convenio¹⁴⁶. Este tipo de disposiciones responde al artículo 11, párrafo 4, del Convenio, que establece que, de ser necesario para sentar las bases jurídica de la extradición, los delitos deben tratarse entre las partes como si se hubieran cometido no solo en el lugar en que efectivamente se perpetraron, sino también en el territorio de los Estados que hayan establecido jurisdicción conforme a lo dispuesto en el artículo 7.

Otro país (Estados Unidos) ha sancionado leyes de aplicación del Convenio que limitan la jurisdicción de sus tribunales en el marco del mismo a los casos que menciona el Convenio y en que la aplicación de éste no esté excluida en virtud el artículo 3¹⁴⁷. Los ejemplos de Derecho anglosajón que se mencionan en el apéndice VIII contienen las tres variantes arriba descritas, en tanto que el ejemplo de Derecho romano que aparece en el apéndice VII sigue el texto del Convenio.

Cuestiones procesales

Los párrafos 1 y 2 del artículo 9 del Convenio disponen que los Estados Partes deben investigar las denuncias de delitos previstos en el Convenio y garantizar la presencia de los presuntos delincuentes que se encuentren en sus territorios a los efectos de su enjuiciamiento o extradición. El artículo 9 dispone también que una persona respecto de la cual se hayan tomado medidas para garantizar su presencia pueda comunicarse con un representante de un Estado del que sea nacional. El Estado Parte debe además notificar a otros Estados Partes que ha establecido jurisdicción en relación con el delito conforme a lo previsto en el Convenio, y hacer saber si se propone ejercer dicha jurisdicción. Es posible que en algunos países la aplicación de esas disposiciones del Convenio no requieran la sanción de nuevas leyes. Tal sería el caso si las leyes y los reglamentos que rigen las investigaciones penales ya incluyeran los requisitos del Convenio a ese respecto. No obstante, a los países puede convenirles aplicar expresamente esas disposiciones. Los ejemplos que figuran en los apéndices VII y VIII contienen disposiciones de aplicación de esos requisitos del Convenio.

¹⁴⁶ *Criminal Code*, Sección 7 (3.73) [Canadá].

¹⁴⁷ *Suppression of the Financing of Terrorism Convention Implementation Act of 2002*, 18 U.S.C. §2339C [Estados Unidos].

Congelamiento, incautación y decomiso de activos de terroristas

Requisitos del Convenio, resoluciones de las Naciones Unidas y Recomendaciones Especiales del GAFI

Las disposiciones del Convenio y de la Resolución se superponen parcialmente, pero cada uno de esos textos contiene disposiciones que no figuran en el otro. El Convenio dispone que cada uno de los Estados Partes adopten medidas apropiadas “para la identificación, detección y el aseguramiento o la incautación de todos los fondos utilizados o asignados para cometer los delitos” establecidos en el Convenio, y “para el decomiso de los fondos utilizados o asignados para cometer [tales] delitos [...] y del producto obtenido de esos delitos”¹⁴⁸.

En la Resolución se prevé que los Estados deben cumplir las siguientes obligaciones detalladas en relación con el congelamiento de activos de terroristas:

- c) Congelar sin dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan, o intenten cometer actos de terrorismo, 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 propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas y de las personas y entidades asociadas con ellos;

Por lo tanto, la obligación estipulada por el Convenio es de alcance general, pues comprende la identificación, la detección, el congelamiento, el decomiso y la incautación de fondos de terroristas, en tanto que la Resolución requiere exclusivamente el congelamiento de activos de terroristas. Como ya se señaló, resoluciones anteriores del Consejo de Seguridad han obligado a los Estados a congelar los activos de personas y organizaciones que figuren en listas publicadas conforme a la autoridad del Consejo de Seguridad.

La Recomendación Especial III se refiere a esos tres elementos de las obligaciones internacionales de un país. Establece como norma la aplicación de medidas de congelamiento de los activos de terroristas, de aquellos que financien el terrorismo y a organizaciones terroristas “de acuerdo con las

¹⁴⁸ Convenio, nota 12 *supra*, art. 8, párrs. 1 y 2.

resoluciones de las Naciones Unidas”, así como la incautación y el decomiso de los bienes que proceden, se utilizan, o se intenta utilizar o destinar a la financiación del terrorismo, los actos terroristas o las organizaciones terroristas. Las *Notas de orientación* añaden que, “en relación con el congelamiento en el contexto de la Recomendación Especial III, el término *terroristas, aquellos que financien al terrorismo y organizaciones terroristas* se refiere a personas y entidades identificadas conforme a S/RES/1267 (1999) y S/RES/1390 (2002), así como a cualesquiera otras personas y entidades designadas como tales por gobiernos nacionales individualmente considerados”¹⁴⁹.

Los países que se han adherido a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (la Convención de Viena de 1988) o al Convenio sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito (el Convenio de Estrasburgo de 1990) pueden haber establecido mecanismos de congelamiento, incautación y decomiso, en relación con delitos de lavado de dinero, similares a los previstos en el Convenio con respecto a los fondos de terroristas. La Convención de Viena de 1988 requiere que los Estados Partes adopten medidas tendientes a la confiscación del producto de delitos relacionados con drogas y lavado de dinero, así como medidas que permitan a sus autoridades la identificación, la detección y el congelamiento o la incautación del producto, los bienes o los instrumentos del delito con miras a su confiscación¹⁵⁰. El Convenio de Estrasburgo de 1990 contiene disposiciones similares, que no se limitan a delitos relacionados con drogas, sino a todo tipo de delitos. A los efectos de la aplicación de ambos instrumentos, los Estados Partes han dispuesto en general, en su legislación penal, mecanismos de congelamiento, incautación y decomiso del producto del delito. Esos mecanismos confieren a las autoridades competentes la potestad de incautar o congelar activos basándose en sospechas o en la creencia de que son el producto de delitos, y confiscarlos (o confiscar activos de valor equivalente), en general basándose en que una persona ha sido acusada del delito previo.

Las resoluciones 1267 (1999) y 1390 (2002) tienen una estructura diferente. Disponen que los Estados miembros deben incautar (pero no confiscar) los activos de personas y entidades que hayan sido mencionadas en listas publicadas bajo la autoridad del Consejo de Seguridad. Esas resoluciones tienen dos atributos innovadores. Primero, disponen que cada

¹⁴⁹ Notas de orientación, nota 66 supra, párrafo 17.

¹⁵⁰ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, artículo 5, párrafos 1 y 2. El Convenio de Estrasburgo contiene disposiciones similares (artículos 2 y 3).

uno de los Estados miembros debe congelar los activos de personas y entidades independientemente de toda sospecha o creencia, de parte del Estado miembro, de que esas personas o entidades estén realizando actividades terroristas. Segundo, exigen el congelamiento de activos de personas que figuren en las listas, sin prever ningún marco cronológico para ese congelamiento. En consecuencia, las resoluciones transforman lo que constituye, en general, una medida temporal, destinada a impedir que se saquen activos de un país durante una investigación o juicio, en una medida que puede llegar a ser permanente.

Existen, por lo tanto, dos requisitos internacionales claramente diferentes en relación con el congelamiento, la incautación y el decomiso de activos de terroristas. Uno consiste en la obligación de mantener un mecanismo general de congelamiento, incautación y decomiso de activos de terroristas, estipulado en el artículo 8 del Convenio y (en relación con la incautación), en el artículo 1 c) de la Resolución. En los países que ya disponen de un marco jurídico de congelamiento, incautación y decomiso de activos provenientes de delitos, puede considerarse la posibilidad de enmendar ese marco, si es necesario, para responder a las disposiciones del Convenio y de la Resolución a este respecto. El otro es el requisito de confiscar activos de personas y entidades que figuren en listas publicadas bajo la autoridad del Consejo de Seguridad (o designadas como tales por otros Estados). La base jurídica de la respuesta de un país a esas listas puede establecerse en las mismas u otras leyes, en la medida en que ellas reflejen los atributos especiales de las resoluciones del Consejo de Seguridad arriba referidas.

Respuestas de los países

Cuando se publicó la primera lista del Consejo de Seguridad conforme a la resolución 1267 (1999), la necesidad de cumplir rápidamente con lo dispuesto por el Consejo de Seguridad llevó a muchos países a aplicar los requisitos de congelamiento conforme a las leyes y a los reglamentos vigentes; por ejemplo, las leyes sobre divisas (Francia y España), o las leyes en virtud de las cuales el país había ingresado en las Naciones Unidas (Nueva Zelandia). Las leyes sobre ingreso en las Naciones Unidas otorgaban al poder ejecutivo la potestad de adoptar medidas necesarias para responder a decisiones del Consejo de Seguridad conforme al Capítulo VII de la Carta, aunque en algunos países se admitió que la legislación no era totalmente compatible con los requisitos innovadores de la resolución 1267 (1999). Desde entonces, Nueva Zelandia ha sancionado leyes que se refieren específicamente al congelamiento de activos de terroristas y organizaciones terroristas identificadas como tales por el Consejo de Seguridad, o sobre los que recayeran sospechas de ser terroristas u organizaciones terroristas.

En Canadá se promulgaron en octubre de 2001 reglamentos de la Ley de las Naciones Unidas, a los efectos de autorizar al Ministro de Relaciones Exteriores a congelar los activos de terroristas y organizaciones terroristas

que figuraran en listas del Consejo de Seguridad. Una de las características de la reglamentación canadiense es el hecho de que autoriza a quien figura en una lista a solicitar al Procurador General su eliminación de la lista, pero no menciona la consecuencia de que una persona que ha logrado ser excluida de la lista siga figurando en la lista del Consejo de Seguridad. Ulteriormente, en diciembre de 2001, Canadá sancionó la ley antiterrorista, que confiere al poder ejecutivo la potestad de incluir en listas a entidades (pero no a personas físicas) con respecto a las cuales el poder ejecutivo “haya concluido que existen fundamentos razonables para creer” que a sabiendas han llevado a cabo, intentado llevar a cabo, participado o actuado a sabiendas en nombre o bajo la dirección de una entidad de ese tipo o conjuntamente con ella. Los activos de las entidades que figuren en las listas quedan congelados en virtud de la ley. Ésta, por lo tanto, autoriza al poder ejecutivo a confeccionar listas de entidades que no figuren en las listas elaboradas bajo la autoridad del Consejo de Seguridad¹⁵¹. En otras jurisdicciones se han sancionado disposiciones que responden directamente a los requisitos de las resoluciones del Consejo de Seguridad¹⁵². El Consejo de la Unión Europea, por ejemplo, dictó un reglamento conforme al cual el Consejo puede publicar listas de personas y entidades que cometan, intenten cometer o participen o faciliten la comisión de actos de terrorismo (el texto figura en el apéndice

¹⁵¹ El 24 de noviembre de 2002, el Comité de la Lucha contra el Terrorismo de las Naciones Unidas hizo suyo el dictamen de los expertos que lo asisten, en el sentido de que la Resolución exige el congelamiento de los activos de personas o entidades que realicen actividades terroristas, aunque no figuren en las listas del Consejo de Seguridad. Carta dirigida por Jeremy Wainwright, Perito Asesor, al Presidente del Comité de la Lucha contra el Terrorismo (11 de noviembre de 2002).

¹⁵² Cabe señalar que la aplicación, por parte de los países miembros del Fondo, de las disposiciones sobre congelamiento de activos previstas en la Resolución exige el congelamiento de cuentas bancarias de no residentes, así como la prohibición de realización de pagos directos, incluidos pagos de transacciones internacionales corrientes. Cuando ese congelamiento se aplica a ingresos de transacciones internacionales corrientes, incluido el pago de intereses correspondientes a los saldos de las cuentas, exigen restricciones en la realización de transferencias correspondientes a transacciones internacionales corrientes y, conforme al Artículo VIII, Sección 2 a) del Convenio Constitutivo del Fondo, requieren la aprobación del Fondo, aunque esas disposiciones hayan sido adoptadas por los países miembros de la institución en virtud de una resolución preceptiva del Consejo de Seguridad. No obstante, el Fondo ha reconocido el hecho de que la institución no constituye un foro apropiado para el debate de las consideraciones políticas y militares que hayan llevado a los países miembros a establecer esas restricciones con el fin exclusivo de preservar su seguridad nacional o la seguridad internacional, y ha establecido un procedimiento en virtud del cual, a menos que el Fondo haga saber al país miembro, dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la notificación, que no ha llegado a la conclusión de que esas restricciones tengan el fin exclusivo de preservar esa seguridad, el país miembro puede dar por supuesto que el Fondo no objeta la imposición de las restricciones (véase, Fondo Monetario Internacional, Decisión No. 144/(52/51) del 14 de agosto de 1952, en *Recopilación seleccionada de decisiones del Fondo Monetario Internacional y otros documentos*, 27^{ma} edición, 474 (31 de diciembre de 2002).

IX)¹⁵³. Análogamente, en abril de 2002, Mónaco dictó una orden soberana que impone a las instituciones financieras la obligación de congelar los activos de personas y entidades cuyos nombres figuren en las listas que han de publicarse por decreto ministerial¹⁵⁴.

Al diseñar leyes que correspondan a sus obligaciones conforme al Convenio y a las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, las autoridades pueden considerar la posibilidad de que se necesiten nuevas leyes y, si es necesario, esas leyes pueden guardar relación con los requisitos del Convenio y de las resoluciones del Consejo de Seguridad. Sería necesario también abordar algunas cuestiones referentes a la formulación de las normas de aplicación de los requisitos del Convenio y de la Resolución. En especial, las autoridades tendrían que determinar si corresponde adoptar un mecanismo de listado a este respecto (además de las listas publicadas por el Consejo de Seguridad). Cabe señalar que ni la Resolución ni el Convenio exigen el uso de listas. Los países pueden aplicar en forma individual los requisitos de la Resolución y del Convenio en materia de congelamiento de activos, sin recurrir a una lista¹⁵⁵. Además, habría que determinar las circunstancias en que pueden adoptarse las medidas de congelamiento y si (no existiendo listas) toda medida de congelamiento debería ser precedida por una orden judicial, o si las autoridades policiales pueden disponer un congelamiento temporal hasta tanto se dicte una orden judicial. El Reglamento del Consejo de la Unión Europea (CE) No. 2580/2001, del 27 de diciembre de 2001, arriba mencionado, contiene un conjunto detallado de disposiciones referentes a listados de terroristas y entidades terroristas y al congelamiento de sus activos. Además, los apéndices VII y VIII contienen ejemplos adicionales de leyes referentes al congelamiento y la confiscación de activos de terroristas.

¹⁵³ Reglamento del Consejo (CE) No. 2580/2001 del 27 de diciembre de 2001, sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, *Diario Oficial*, L 344, 28/12/2001 pág. 0070-0075 [UE].

¹⁵⁴ Ordonnance Souveraine no 15.320 du 8 avril 2002 sur la répression du financement du terrorisme, *Journal de Monaco, Bulletin officiel de la Principauté*, no. 7542, 12 de abril de 2002 [Mónaco].

¹⁵⁵ Éste es también el dictamen contenido en una carta dirigida por Jeremy Wainwright, Perito Asesor, al Presidente del Comité de Lucha contra el Terrorismo (11 de noviembre de 2002), compartida por el Comité.

Cooperación internacional: Asistencia judicial y extradición recíprocas; traslado temporal de personas bajo custodia, y vías de comunicación

Condiciones del Convenio, la Resolución y las Recomendaciones Especiales del GAFI

En general, el Convenio exige que los Estados Partes se presten la mayor asistencia judicial posible en relación con cualquier investigación, proceso penal o procedimiento de extradición que se inicie con respecto a los delitos enunciados en el Convenio¹⁵⁶. Además, el Convenio tiene disposiciones especiales relativas al traslado temporal de personas bajo custodia, con el fin de que testifiquen o ayuden en las investigaciones¹⁵⁷.

La Resolución también exige que los Estados se presten asistencia en lo que se refiere a investigaciones o procedimientos penales relacionados con el financiamiento o apoyo de los actos de terrorismo¹⁵⁸. Además, requiere que los Estados encuentren medios para intercambiar información acerca de las actividades y los movimientos de personas o redes terroristas, y que cooperen en cuestiones administrativas y judiciales¹⁵⁹. La Resolución recalca el intercambio de información como un elemento importante de la cooperación internacional en lo relativo a la terrorismo y su financiamiento.

La Recomendación Especial V establece como norma que, sobre la base de tratados, acuerdos u otros mecanismos, los países cooperen mutuamente con investigaciones, informes y procedimientos penales, civiles, administrativos y de aplicación relacionados con el financiamiento del terrorismo, los actos de terrorismo y las organizaciones terroristas. Asimismo, exige a los países que tomen medidas para asegurar que no se brinde refugio a las personas acusadas de financiar el terrorismo, los actos de terrorismo o las organizaciones terroristas, y que cuenten con procedimientos vigentes para extraditar, cuando sea posible, a tales personas.

El análisis siguiente trata sobre la cooperación judicial (asistencia judicial recíproca, extradición y traslado temporal de personas bajo custodia), y la cooperación internacional entre UIF respecto de casos de financiamiento de actos de terrorismo.

¹⁵⁶ Convenio, nota 12 *supra*, art. 12, párr. 1.

¹⁵⁷ *Ibid.*, art. 16.

¹⁵⁸ Resolución, nota 5 *supra*, párr. 2 f).

¹⁵⁹ *Ibid.*, párr. 3, *pássim*.

Extradición, asistencia judicial recíproca y traslado temporal de personas bajo custodia

En los países en los que existen leyes generales de cooperación jurídica recíproca y extradición, la aplicación de las disposiciones pertinentes del Convenio puede llevarse a cabo a través de enmiendas, si se precisan, de las leyes vigentes. Esto puede ser necesario para garantizar que tales leyes contemplen los delitos y los tipos de cooperación enunciados en el Convenio, y que el suministro de asistencia sobre asuntos previstos en el Convenio no se deniegue por motivos proscritos. Las disposiciones del Derecho romano que figuran en el apéndice VII se ajustan en general a la legislación modelo sobre el lavado de dinero, confiscación y cooperación internacional relacionada con los activos obtenidos a partir de la perpetración del delito (1999), expedida por la Oficina de la Naciones Unidas para el Control de las Drogas y la Prevención del Crimen. El ejemplo relativo al Derecho anglosajón está adaptado de los modelos de disposiciones de extradición de la Secretaría del Commonwealth.

Cooperación entre las UIF

Además de intercambiar información sobre el financiamiento del terrorismo en virtud de acuerdos de asistencia judicial recíproca, los países también lo hacen mediante acuerdos celebrados entre unidades de inteligencia financiera (UIF). En varios países las UIF se definen como “Un organismo central nacional encargado de recibir (y, si corresponde, solicitar), analizar y diseminar entre las autoridades competentes divulgaciones de información financiera i) sobre fondos que se sospeche provengan de delitos; o ii) exigida por las leyes o reglamentaciones nacionales, con el fin de combatir el lavado de dinero”¹⁶⁰. Si bien las UIF se establecieron con el fin de detectar transacciones que se sospecharan estar relacionadas con el lavado de dinero, ahora también sirven para detectar transacciones que pudieran estar vinculadas al terrorismo. Por lo tanto, la Recomendación Especial IV establece como norma que tales transacciones sean notificadas a las “autoridades competentes”. Las UIF pertenecen a una asociación oficiosa conocida como el Grupo Egmont, que ha adoptado la definición anterior de UIF y la aplica para decidir la incorporación de nuevos miembros.

La circulación de los datos se realiza en virtud de los principios del Grupo Egmont sobre intercambio de información entre unidades de inteligencia financiera en casos de lavado de dinero, adoptados en La Haya el 13 de junio de 2001. Hasta finales de 2001, los acuerdos para el intercambio de información entre las UIF se centran sobre todo en la información de casos

¹⁶⁰ Grupo Egmont, *Statement of Purposes of the Egmont Group of Financial Intelligence Units*, La Haya, 13 de junio de 2001. (La traducción es nuestra.)

de lavado de dinero. Conforme los países vayan instituyendo leyes que exijan la notificación de transacciones que se sospeche estén vinculadas al financiamiento del terrorismo, las UIF también tendrán que intercambiar la información pertinente. El Grupo Egmont ya ha tomado medidas para mejorar la recopilación y el intercambio de los datos sobre financiamiento del terrorismo¹⁶¹. Los principios de intercambio de información establecen que “las UIF deben estar en condiciones de intercambiar información libremente con otras UIF sobre la base de la reciprocidad o el acuerdo mutuo...” y que tal intercambio debe producir “toda información disponible que pueda ser pertinente al análisis o la investigación de transacciones financieras y otra información pertinente relativa al lavado de dinero y las personas o empresas involucradas”¹⁶². La información que una UIF reciba de otra solo puede usarse para el fin declarado, y la UIF que recibe la información no puede transferirla o utilizarla para un fin administrativo, investigativo, fiscalizador o judicial sin el consentimiento de la UIF que la proporciona¹⁶³. La información tiene que estar sujeta a salvaguardas estrictas para proteger su carácter confidencial¹⁶⁴.

Algunas UIF pueden intercambiar información con otras aun si no existe un acuerdo al respecto (por lo general en base a memorandos de entendimiento o intercambios de correspondencia). Tal es el caso de FinCEN, la UIF de Estados Unidos¹⁶⁵. Muchas UIF tienen la autoridad para suscribir acuerdos para compartir información con otras UIF, pero otras solo pueden hacerlo tras consultar con el ministro encargado o tras obtener su aprobación. La UIF de Canadá, por ejemplo, puede suscribir acuerdos de intercambio de información con otras UIF a través o con el consentimiento del ministro encargado de tales asuntos. La legislación canadiense establece el tipo de información que se puede intercambiar. En la mayoría de los

¹⁶¹ En una reunión extraordinaria celebrada en octubre de 2002, el Grupo Egmont acordó: i) trabajar para eliminar los obstáculos para el intercambio de información; ii) definir el financiamiento del terrorismo como un tipo de actividad sospechosa que todos los sectores financieros deben informar a sus respectivas UIF; iii) realizar estudios conjuntos sobre determinadas vulnerabilidades del lavado de dinero, especialmente si pueden incidir en la lucha contra el terrorismo, como el caso del hawala, y iv) crear casos depurados para fines de capacitación (véase James S. Sloan, Director, FinCEN, *Statement before the Subcommittee on Oversight and Investigations of the Committee on Financial Services*, 11 de marzo de 2003).

¹⁶² Grupo Egmont, *Principles for Information Exchange between Financial Intelligence Units for Money Laundering Cases*, La Haya, 13 de junio de 2001, párr. 6. (La traducción es nuestra.)

¹⁶³ *Ibid.*, párrs. 11 y 12.

¹⁶⁴ *Ibid.*, párr. 13.

¹⁶⁵ 31 U.S.C. 319, 31 U.S.C. 310, y 31 CFR §103.53 [Estados Unidos]. FinCEN suscribirá memorandos de entendimiento si la otra UIF lo solicita.

casos, una vez suscrito el memorando de entendimiento (si corresponde), la UIF puede proceder a intercambiar información directamente con otras UIF. En el caso de Mónaco, la ley estipula que el intercambio de información está sujeto al principio de la reciprocidad, y a la determinación de que no se hayan entablado procedimientos penales en Mónaco a partir de los mismos hechos¹⁶⁶.

Medidas preventivas (artículo 18 del Convenio y Recomendación Especial VII del GAFI)

El artículo 18 1) b) del Convenio dispone que los Estado Partes “cooperarán en la prevención de los delitos enunciados en el artículo 2, tomando todas las medidas practicables [...] para impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de esos delitos tanto dentro como fuera de ellos”. Algunas de las medidas del artículo 18 se enuncian como obligaciones de los Estados Partes, mientras que otras se plantean como requisitos a ser considerados.

Entre las primeras están “[m]edidas para prohibir en sus territorios las actividades ilegales de personas y organizaciones que promuevan, instiguen, organicen o cometan a sabiendas los delitos enunciados en el artículo 2”¹⁶⁷. Esta disposición se analiza en el capítulo 4, página 53.

La otra disposición obligatoria del artículo 18 exige que las instituciones financieras y otras profesiones “utilicen las medidas más eficientes de que dispongan para la identificación de sus clientes habituales u ocasionales, así como de los clientes en cuyo interés se abran cuentas, y presten atención especial a transacciones inusuales o sospechosas y reporten transacciones que se sospeche provengan de una actividad delictiva”¹⁶⁸. A tales efectos, los Estados Partes tienen que considerar las siguientes medidas concretas, basadas en las Recomendaciones del GAFI:

- Prohibir la apertura de cuentas cuyos titulares o beneficiarios no estén ni puedan ser identificados, y exigir que se verifique la identidad de los titulares reales de las cuentas (en la Recomendación 10 del GAFI figura un requisito similar).
- Verificar, cuando sea necesario, la existencia y estructura jurídicas de las entidades mediante la obtención de la prueba de constitución de la

¹⁶⁶ Loi no 1.162 du 7 juillet 1993 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux, enmendada por Loi no.1.253 du 12 juillet 2002, Article 31 [Mónaco].

¹⁶⁷ Convenio, nota 12 *supra*, art. 18, párr. 1 a).

¹⁶⁸ *Ibid.*, art. 18, párr. 1 b).

sociedad, incluida información sobre el nombre, su forma jurídica, su domicilio, sus directores y las disposiciones relativas a la facultad para contraer obligaciones (en la Recomendación 10 del GAFI figura un requisito similar).

- Informar con prontitud a las autoridades competentes toda transacción compleja, de magnitud inusual y todas las pautas inusuales de transacciones que aparentemente no tengan una finalidad económica u obviamente lícita, sin temor de asumir responsabilidad penal o civil por quebrantar alguna restricción en materia de divulgación de información, si notifican sus sospechas de buena fe (en las Recomendaciones 14, 15 y 16 y en la Recomendación Especial IV del GAFI figuran requisitos similares).
- Conservar, por lo menos durante cinco años, “todos los documentos necesarios” sobre transacciones efectuadas, tanto nacionales como internacionales (en la Recomendación 12 del GAFI figura un requisito similar que estipula que los documentos que se deben conservar deben incluir la identificación del cliente y los registros de las transacciones).

Por su parte, la Recomendación Especial VII del GAFI establece como norma que los países se aseguren de que las instituciones financieras, entre ellas las que se dedican al envío de fondos, incluyan “información adecuada y significativa sobre el ordenante (nombre, dirección y número de cuenta) en las transferencias de fondos y mensajes relativos a las mismas”, y que la información permanezca con la transferencia o el mensaje relativo a ella a través de la cadena de pago. Establece asimismo como norma que los países aseguren que las instituciones financieras, incluidas las que se dedican al envío de fondos, realicen un examen detallado y vigilen las transferencias de fondos de actividades sospechosas que no contengan toda la información acerca del ordenante (nombre, dirección y número de cuenta).

Si en un Estado Parte ya está en vigor una ley contra el lavado de dinero con disposiciones acordes con las Recomendaciones del GAFI, es posible que la manera más sencilla de cumplir con los requisitos del Convenio y de la Recomendación Especial IV del GAFI sea enmendado dicha ley de tal manera que exija la notificación de transacciones sospechosas relacionadas con el financiamiento del terrorismo. El mismo procedimiento podría servir para aplicar otras medidas preventivas ALD contempladas en el Convenio y en la Recomendación Especial VII del GAFI. La ventaja de esta estrategia es que permite reunir en una ley todos los requisitos sobre medidas preventivas aplicables a las entidades financieras y a otras entidades previstas, ya sea que se refieran a la lucha contra el lavado de dinero o contra el financiamiento del terrorismo. Por ejemplo, Alemania ha aprobado

medidas preventivas para las instituciones financieras a través de una sola ley escrita que abarca acciones contra ambos delitos¹⁶⁹. Igualmente, Mónaco ha enmendado su ley contra el lavado de dinero para que la obligación de denunciar transacciones sospechosas se extienda también a “todas las sumas registradas [en los libros contables de las instituciones financieras] y todas las transacciones relacionadas con fondos que podrían provenir del terrorismo o de actos de terrorismo o de organizaciones terroristas o que estén destinadas a su financiamiento, y las pruebas que son el fundamento de la denuncia”¹⁷⁰.

Sistemas alternativos de envío de fondos (Recomendación Especial VI del GAFI)

La Recomendación Especial VI del GAFI establece la siguiente norma:

Los países deberán tomar todas las medidas posibles para asegurar que las personas físicas y jurídicas, incluyendo los agentes, que brindan servicios de transmisión de dinero o títulos valores, incluyendo las transferencias a través de redes o sistemas informales, deban estar autorizadas o registradas y sujetas a todas las Recomendaciones del GAFI aplicables a los bancos y a las instituciones financieras no bancarias. Cada país deberá asegurar que a las personas físicas o jurídicas que realicen este servicio ilegalmente se les impongan sanciones administrativas, civiles o penales.

Las características generales de los sistemas informales de envío de fondos se describen en el recuadro 4. La Recomendación Especial VI se basa en el hecho de que, conforme han aumentado los controles de las transacciones de las instituciones financieras normales, los blanqueadores de capitales han tendido a movilizar los fondos por medios menos vigilados y restringidos. Estos sistemas, conocidos en general como sistemas alternativos o informales de envío de fondos, o de transferencia de dinero o de títulos valores, son vulnerables al uso indebido para el lavado de dinero o el financiamiento del terrorismo.

La intención de la Recomendación Especial VI del GAFI es “garantizar que las jurisdicciones impongan medidas contra el lavado de dinero y el

¹⁶⁹ Secciones 6, 8, 11, 12, 13 y 14 de la Ley sobre lavado de dinero que consta en la versión de la Ley de mejora de la represión del lavado de dinero y la lucha contra el financiamiento del terrorismo (Ley contra el lavado de dinero) del 8 de agosto de 2002 [Alemania].

¹⁷⁰ Loi no 1.162 du 7 juillet 1993 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux, enmendada por Loi no.1.253 du 12 juillet 2002, Article 31 [Mónaco]. (La traducción es nuestra.)

financiamiento del terrorismo a todos los sistemas de transferencia de dinero y títulos valores”, incluidos los de tipo formal, que escapan al alcance de la de las 40 Recomendaciones del GAFI sobre el blanqueo de capitales. Sin embargo, el GAFI reconoce que la distinción entre sistemas formales e informales es algo artificial.

El FMI y el Banco Mundial concluyeron recientemente un estudio conjunto acerca de los tipos, el alcance y los controles de los sistemas informales de envío de fondos¹⁷¹. En el estudio también consta un análisis útil de los vínculos que existen entre el sistema *hawala* y los sectores financieros formales en el sur de Asia, y sus repercusiones en las políticas fiscal, financiera y fiscalizadora de estas jurisdicciones. Las conclusiones se resumen en el recuadro 5.

Nota Interpretativa de las condiciones de la Recomendación Especial VI del GAFI

El GAFI expidió hace poco una Nota Interpretativa para definir el alcance de las condiciones internacionales contempladas en la Recomendación Especial VI¹⁷². Se trata de una guía adicional sobre los requisitos mínimos para la aplicación de la Recomendación Especial, cuyos tres elementos básicos describe en los siguientes términos:

- Las jurisdicciones deben exigir la autorización o el registro de las personas (físicas o jurídicas) que prestan servicios de transmisión de dinero/títulos valores, incluidos los sistemas informales.
- Las jurisdicciones deben garantizar que los servicios de transmisión de dinero/títulos valores, incluidos los sistemas informales, estén sujetos a la Recomendaciones aplicables del GAFI (en particular las Recomendaciones 10 a 21 y 26 a 29) y las 8 Recomendaciones Especiales sobre la financiación del terrorismo.
- Las jurisdicciones deben estar en condiciones de imponer sanciones a los servicios de transmisión de dinero/títulos valores, incluidos los sistemas informales que no observen los requisitos de autorización o registro ni las Recomendaciones aplicables del GAFI.

¹⁷¹ *Informal Funds Transfer Systems: An Analysis of the Hawala System*, FMI y Banco Mundial, diciembre de 2002 (Documento del FMI/Banco Mundial) (a publicarse en 2003).

¹⁷² GAFI, *Nota Interpretativa de la Recomendación Especial VI: Sistemas alternativos de envíos de fondos*, 14 de febrero de 2003, http://www.fatf-gafi.org/TerFinance_en.htm. (La traducción de los fragmentos de la Nota es nuestra.)

Recuadro 5. Conclusiones del estudio del FMI y el Banco Mundial sobre el sistema *hawala*

Tras examinar los antecedentes históricos y las características operativas del sistema *hawala* de envío de dinero, sus vinculaciones con el sector financiero formal y sus implicaciones en cuanto a la elaboración de las políticas del sector financiero, el estudio arroja las siguientes conclusiones:

En el ámbito de la reglamentación del desarrollo a largo plazo del sector financiero, conviene una doble estrategia que, en los países en los que el sistema *hawala* coexiste con un sector bancario convencional en buen funcionamiento, disponga que los agentes *hawala* estén inscritos y mantengan registros adecuados conforme a las Recomendaciones del GAFI, y que el grado de transparencia de estos sistemas mejore y se asemeje cada vez más al del sector financiero formal, sin alterar sus características intrínsecas. En los países afectados por conflictos y que carecen de un sistema bancario en funcionamiento, puede ser que los requisitos que vayan más allá de la inscripción básica no sean viables a causa de las deficiencias en la capacidad de supervisión.

Al mismo tiempo, las reglamentaciones deben responder a las debilidades que pueden existir en el sector formal y, en particular, a las debilidades económicas y estructurales que dan lugar a transacciones al margen de los sistemas financieros formales.

El estudio también hace hincapié en que la mera aprobación de reglamentaciones, sin la capacidad de supervisión ni los incentivos apropiados, no garantizará su cumplimiento.

Advierte que la aplicación de normas internacionales tiene que prestar la debida atención a las circunstancias concretas y los sistemas jurídicos de cada país.

Por último, el estudio concluye que los sistemas informales de envío de fondos no pueden eliminarse totalmente mediante procedimientos penales y prohibiciones, lo cual hace necesaria una respuesta de mayor alcance, que incluya medidas económicas y reformas financieras bien definidas, un sistema de pagos bien desarrollado y eficiente, y marcos normativos y de supervisión eficaces.

Fuente: FMI/Banco Mundial, *Informal Funds Transfer Systems: An Analysis of the Hawala System*, págs. 4 y 5.

La Nota Interpretativa define *servicio de transmisión de dinero o títulos valores* como “un servicio financiero que recibe efectivo, cheques, otros instrumentos monetarios u otras reservas de valor en un lugar y paga una suma correspondiente en efectivo o en otra forma a un beneficiario en otro lugar a través de una comunicación, un mensaje, una transferencia o mediante una red de compensación a la que pertenece el servicio de transmisión de dinero/títulos valores”. En las transacciones que efectúan

72 NOTAS DE REDACCIÓN SOBRE CUESTIONES ESPECÍFICAS

tales servicios pueden participar uno o más intermediarios y un tercero para el pago final. La Nota explica además lo siguiente:

“personas (físicas o jurídicas) pueden prestar un servicio de transmisión de dinero o títulos formalmente a través del sistema financiero reglamentado o informalmente a través de instituciones financieras no bancarias u otras entidades comerciales o cualquier otro mecanismo, ya sea a través del sistema financiero reglamentado (por ejemplo, el uso de cuentas bancarias) o a través de una red o mecanismo ajeno al funcionamiento del sistema reglamentado. En ciertas jurisdicciones, los sistemas informales suelen denominarse *servicios alternativos de envío* o *sistemas bancarios subterráneos* (o *paralelos*). A menudo estos sistemas mantienen vínculos con determinadas regiones geográficas y, por ende, reciben diferentes nombres específicos, tales como *hawala*, *hundi*, *fei-chien* y *mercado negro del peso*”.

La Nota Interpretativa ayuda a entender el alcance de la Recomendación Especial VI. Explica que ésta debe aplicarse a todas las personas (físicas o jurídicas) que realizan para un cliente, o en nombre de éste, los tipos de actividades contempladas en la definición. Tales actividades están cubiertas si constituyen una parte fundamental o sustancial del negocio, o si se las realiza de manera regular o recurrente, incluso como un aspecto incidental de otra empresa.

La primera cuestión consiste en que cada jurisdicción determine con precisión las personas físicas o jurídicas que estarán sujetas a las reglamentaciones. La Nota Interpretativa aclara que no es necesario que las jurisdicciones impongan requisitos individuales de autorización/registro o que designen a otra autoridad competente para las personas jurídicas reconocidas como instituciones financieras (definidas en la 40 Recomendaciones del GAFI) que realizan las actividades enunciadas en la Recomendación Especial VI, y que ya están sujetas a todas las obligaciones aplicables en virtud de las 40+8 Recomendaciones del GAFI. Por lo tanto, la jurisdicción debe concentrarse en los participantes del sector financiero que se dedican a las actividades definidas, pero que no se consideran instituciones financieras ni están sometidas a otro tipo de supervisión.

La siguiente cuestión es, concretamente, la exigencia de autorización o registro. La Nota Interpretativa señala que “las jurisdicciones deben designar a una autoridad para que conceda autorizaciones y/o realice el registro y garantice el cumplimiento del requisito”. Una vez acordado el tipo de definición (general o específica), se debe determinar la factibilidad de autorizar a personas físicas o jurídicas que no están sujetas a permisos especiales, como las licencias bancarias o de transferencias por cable.

Acto seguido, las jurisdicciones tienen que decidir cómo aplicar a los sistemas alternativos de envío de fondos todas las Recomendaciones del

GAFI sobre bancos e instituciones financieras no bancarias, incluidas las Recomendaciones 10 a 21 y 26 a 29, así como las Recomendaciones Especiales sobre la financiación del terrorismo.

El tercer elemento de la Recomendación Especial VI dispone que las jurisdicciones impongan sanciones adecuadas de carácter administrativo, civil o penal a las personas físicas o jurídicas que presten servicios de envío de fondos de manera ilegal. El alcance de tales sanciones puede ir desde el enjuiciamiento penal por participar en transmisiones al margen de los sistemas financieros formalmente establecidos, hasta multas administrativas o civiles por realizar estas actividades sin cumplir los requisitos de diligencia debida, conservación de documentos o notificación de transacciones sospechosas de los clientes. Las sanciones deben ser proporcionales, y su eficacia debe evaluarse en el contexto del sistema general de la jurisdicción, ya sea en base a la aplicación de la ley, la fiscalización de las reglamentaciones y la supervisión, o mediante el registro de las empresas. La Nota Interpretativa prevé que las sanciones sean aplicables a las personas que prestan servicios de transmisión de dinero/títulos valores sin obtener autorización ni registrarse, así como a las empresas autorizadas o registradas que prestan tales servicios sin observar las 40+8 Recomendaciones del GAFI.

Estrategias de ciertas jurisdicciones

Algunos países, como India y Japón, han intentado prohibir completamente los sistemas alternativos de envío de fondos, fundamentándose en muchos casos en la incapacidad de las autoridades para obtener registros o rastrear el movimiento de los fondos. El posible uso de los sistemas alternativos de envío de fondos con fines ilegales encierra muchas desventajas para los autoridades gubernamentales de los países en los que también existe un sistema más formal. Sin embargo, los sistemas informales siguen prosperando en muchos de los países que han tratado de prohibirlos. Un autor ha señalado que en India “algunos cálculos indican que hasta un 50% de la economía utiliza el sistema *hawala* para movilizar fondos, a pesar de estar prohibido por la ley”¹⁷³. Aparentemente, la mera prohibición de los sistemas alternativos de envío de fondos no ha impedido que éstos sigan funcionando.

Desde que se adoptó la Recomendación Especial VI, son pocas las jurisdicciones que han llevado a la práctica sus tres elementos, aunque sí se han logrado ciertos avances. Tal como se indica en el documento del APG (grupo de Asia y el Pacífico sobre lavado de dinero), las jurisdicciones han abordado el tema de los sistemas alternativos de envío de fondos

¹⁷³ David M. Nissman, *Money Laundering*, part 1.6, Alternative Remittance Systems, <http://corpusjurispublishing.com/Articles/moneylaundering.pdf>.

74 NOTAS DE REDACCIÓN SOBRE CUESTIONES ESPECÍFICAS

combinando algunas obligaciones, por ejemplo, notificación o identificación del cliente, el registro y algunas obligaciones, y el registro y todas las obligaciones. Canadá y Estados Unidos tiene dos estrategias representativas. Canadá impone requisitos de notificación de transacciones sospechosas, notificación de grandes transacciones en efectivo (más de \$Can10.000) y conservación de documentos de la identidad del cliente remitente, incluido el nombre y la dirección del remitente de transferencias de más de \$Can3.000 en la categoría ampliada de “empresas de servicios monetarios”, que abarca a personas físicas o jurídicas que se dedican al envío de fondos y que no exige el movimiento físico de los fondos, con lo cual se incluye a los sistemas informales¹⁷⁴.

Estados Unidos exige el registro de “sistemas bancarios ocultos” y les impone requisitos de notificación de transacciones sospechosas. La Sección 359 de la ley USA PATRIOT enmarca dentro de la ley de secreto bancario los requisitos de notificación de actividades sospechosas de “transmisores autorizados de dinero o cualquier otra persona que se dedique comercialmente a la transmisión de fondos, incluida cualquier persona que participe comercialmente en un sistema informal de transmisión de dinero o en cualquier red de personas que se dediquen comercialmente a facilitar la transmisión nacional o internacional de dinero al margen de los sistemas convencionales de las instituciones financieras”¹⁷⁵. Las reglamentaciones expedidas por los supervisores financieros de Estados Unidos para instrumentar las disposiciones de notificación de actividades sospechosas en virtud del 31 U.S.C. §5318 se deben aplicar de igual manera a cualquier otra institución financiera y a “cualquier persona que se dedique comercialmente a la transmisión de fondos, incluida cualquier persona que participe comercialmente en un sistema informal de transmisión de dinero o en cualquier red de personas que se dediquen comercialmente a facilitar la transmisión nacional o internacional de dinero al margen del sistema convencional de las instituciones financieras”¹⁷⁶. En el modelo de ley para el sistema de Derecho anglosajón que figura en el apéndice VIII consta una prohibición de las empresas no autorizadas de transmisión de dinero basada en la Sección 373 del la ley USA PATRIOT de 2001.

¹⁷⁴ Sección 1(2) The Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financial Act, 1 de febrero de 2002 [Canadá].

¹⁷⁵ Sección 359(a), Ley *USA PATRIOT 2001*, que enmienda a 31 U.S.C. § 5312(a)(2)(R) [Estados Unidos]. (La traducción es nuestra).

¹⁷⁶ Sección 359(c), Ley *USA PATRIOT 2001*, que enmienda a 31 U.S.C. § 5318 [Estados Unidos]. (La traducción es nuestra.)

Organizaciones sin fines de lucro (Recomendación Especial VIII del GAFI)

Ante el hecho de que las organizaciones sin fines de lucro en ocasiones son usadas como medios de transmisión de fondos para terroristas, el GAFI adoptó la Recomendación Especial VIII, que reza así:

Los países deben revisar la adecuación de las leyes y reglamentos referidas a entidades que pueden ser utilizadas indebidamente para la financiación del terrorismo. Las organizaciones sin fines de lucro son particularmente vulnerables y los países deben asegurar que las mismas no sean utilizadas ilegalmente:

- i) Por organizaciones terroristas que aparezcan como entidades legales.
- ii) Para explotar entidades legales como conducto para la financiación del terrorismo, incluyendo el propósito de evitar las medidas de congelamiento de activos.
- iii) Para esconder y ocultar el desvío clandestino de fondos destinados a propósitos legales hacia organizaciones terroristas.

Si bien la primera oración es de carácter amplio y exige que las jurisdicciones examinen todas sus leyes relativas a las entidades a efectos de determinar si alguna de ellas es susceptible de abuso con el fin de financiar el terrorismo, el meollo de la Recomendación reside en la segunda oración, que trata sobre las entidades filantrópicas. En respuesta a los pedidos de aclaración de la Recomendación, el GAFI expidió una nota sobre las prácticas óptimas internacionales para combatir el uso indebido de las organizaciones sin fines de lucro¹⁷⁷.

Nota sobre prácticas óptimas relativas a la Recomendación Especial VIII del GAFI

La Nota del GAFI enumera ciertos principios básicos que deberían guiar la respuesta a la Recomendación Especial VIII. Estos son algunos:

- El sector filantrópico es un elemento esencial de la economía mundial y de muchas economías nacionales y sistemas sociales, que complementa las gestiones de los sectores gubernamental y empresarial para prestar un gama amplia de servicios públicos y mejorar la calidad de vida. El GAFI desea salvaguardar y preservar la práctica de las

¹⁷⁷ Secretaría del GAFI, *Combating the Abuse of Non-profit Organisations: International Best Practices*, nota 87 *supra*.

76 NOTAS DE REDACCIÓN SOBRE CUESTIONES ESPECÍFICAS

donaciones filantrópicas y el sólido y diverso grupo de instituciones que la llevan a cabo.

- La supervisión gubernamental debe ser flexible, eficaz y proporcional al riesgo de abuso. Se deben estudiar adecuadamente los mecanismos que faciliten el cumplimiento sin crear subterfugios para quienes financian a los terroristas. Es posible que no sea necesario reforzar la supervisión gubernamental en el caso de las organizaciones pequeñas que no captan sumas importantes de dinero de fuentes públicas y las asociaciones u organizaciones locales cuya función principal es redistribuir recursos entre los miembros.
- Las distintas jurisdicciones enfocan la reglamentación de las organizaciones sin fines de lucro a través de diferentes marcos constitucionales, legales, reglamentarios e institucionales, y toda norma internacional o conjunto de modelos debe tener en cuenta esas diferencias, sin perder de vista las metas de transparencia y responsabilidad en cuanto a la manera en que las organizaciones sin fines de lucro recaudan y transmiten los fondos. Se entiende asimismo que las jurisdicciones pueden ver restringida su capacidad para regular las actividades religiosas.

La Nota del GAFI se centra en tres aspectos básicos del funcionamiento y la supervisión de las organizaciones sin fines de lucro. Primero, respecto a la “transparencia financiera”, subraya la necesidad de adoptar prácticas contables apropiadas, realizar auditorías independientes de las cuentas financieras y usar de preferencia cuentas bancarias para movilizar los fondos. Segundo, en cuanto a “verificación programática”, menciona la necesidad de proporcionar información exacta a los posibles proveedores de fondos, verificar que los proyectos financiados se hayan llevado a cabo, y que los fondos hayan sido efectivamente recibidos y utilizados por los beneficiarios previstos. Tercero, en lo relativo a la “administración”, destaca la necesidad de que las organizaciones sin fines de lucro documenten sus operaciones y cuenten con un directorio (u otros tipos de órganos supervisores) capaz de adelantar medidas de verificación.

En la Nota también se mencionan las operaciones internacionales de las organizaciones y las reglamentaciones gubernamentales. Ambos temas se tratan más a fondo en las siguientes dos secciones.

Prácticas óptimas para el desembolso de fondos a beneficiarios extranjeros

Para distribuir fondos a beneficiarios en el extranjero, las organizaciones sin fines de lucro pueden adoptar prácticas para garantizar, en la medida de lo posible, que los fondos no se desvíen al financiamiento de actividades de

terrorismo. En los siguientes párrafos se resumen las directrices del Departamento del Tesoro de Estados Unidos para combatir el financiamiento del terrorismo en el caso de los beneficiarios extranjeros¹⁷⁸.

Las organizaciones sin fines de lucro deben recopilar información detallada sobre la organización beneficiaria extranjera, como el nombre en inglés y en el idioma original, las siglas u otros nombres con los que se identifique; la dirección y el número de teléfono de cualquiera de sus domicilios; su objeto principal, incluidos informes detallados sobre sus proyectos y metas; los nombres y las direcciones de las organizaciones a las que proporciona o se propone proporcionar fondos, servicios o ayuda sustancial, en la medida que se conozcan y que corresponda; copias de cualquier documento o descargo público presentado, incluido el registro oficial más reciente de documentos, informes anuales y declaración anual ante el gobierno pertinente, según corresponda; y las fuentes de ingresos vigentes, como donaciones oficiales o privadas y actividades comerciales.

Además, las organizaciones sin fines de lucro pueden considerar el examen a fondo de los beneficiarios extranjeros. Deben estar en condiciones de demostrar haber realizado una investigación razonable de la información pública, incluida la disponible a través de Internet, para determinar si el beneficiario extranjero está o ha estado implicado en alguna actividad cuestionable; haber verificado que el beneficiario extranjero no consta en ninguna lista pertinente del gobierno, las Naciones Unidas o la Unión Europea en la que se reconozcan vínculos con el terrorismo o con el blanqueo de capitales, haber constatado la identidad del personal clave del beneficiario extranjero, incluido el nombre completo de cada empleado importante, en inglés y en el idioma original, y cualquier sigla u otros nombres utilizados, así como el origen, la nacionalidad, el país de residencia actual, el lugar y la fecha de nacimiento de todos los empleados clave, de ser posible; y haber verificado los nombres en bases de datos públicas y haberlos comparado con los de las listas mencionadas.

Las organizaciones sin fines de lucro también pueden estimar conveniente examinar las operaciones financieras de los beneficiarios extranjeros si prevén la entrega de grandes sumas de asistencia. Deben determinar la identidad de las instituciones financieras en las que el beneficiario tiene cuentas. Deben procurar obtener referencias bancarias y determinar si la institución es un banco fantasma que funciona con una autorización extraterritorial, está autorizado en una jurisdicción de la que se ha determinado que no está cooperando en la lucha internacional contra el blanqueo de capitales, o está autorizada en una jurisdicción sin controles ni

¹⁷⁸ Adaptación de las Anti-Terrorist Financing Guidelines: Voluntary Best Practices for U.S. Based Charities, Departamento del Tesoro de Estados Unidos, págs. 4 a 6.

78 NOTAS DE REDACCIÓN SOBRE CUESTIONES ESPECÍFICAS

facultades de supervisión suficientes contra el lavado de dinero. Deben asimismo exigir informes periódicos de los beneficiarios extranjeros acerca de sus operaciones y la utilización de los fondos desembolsados y deben además someterlos a auditorías in situ periódicas, cuando sea posible y de acuerdo con el monto del desembolso y el costo de la auditoría.

Control y sanciones

Algunas jurisdicciones han otorgado a sus autoridades fiscalizadoras la facultad de supervisar a las organizaciones sin fines de lucro. Esta suele ser la situación de las jurisdicciones que han concedido exenciones fiscales a dichas organizaciones, en cuyo caso las autoridades fiscales pueden ejercer cierto control. Puede ser que en algunas jurisdicciones este control apenas tenga que intensificarse para cumplir los objetivos de la Recomendación Especial VIII. En otras, en cambio, es posible que se deban aplicar medidas de supervisión reglamentaria.

Las reglamentaciones relativas a los requisitos de control y prácticas óptimas de las organizaciones sin fines de lucro deben estar respaldadas por sanciones para los casos de incumplimiento. Si la organización se encuentra en una jurisdicción en la que goza de desgravaciones o exenciones fiscales, una posible sanción sería la eliminación de las ventajas por incumplimiento de la práctica óptima o de las disposiciones de diligencia debida y el congelamiento de los fondos sospechosos. Otras penas adecuadas y proporcionales pueden contemplar la sanción de los directivos de la organización. El ejemplo de legislación para organizaciones sin fines de lucro según el Derecho anglosajón proviene de la Ley Modelo de la Secretaría del Commonwealth, que es una adaptación de la *Canadian Charities Registration (Security Information) Act*. El ejemplo de legislación según el Derecho romano presenta disposiciones similares.