

EL CASO METROPOLITAN COMMERCIAL BANK
- PARTNERS CAPITAL INVESTMENT

DÓLAR BLUE, LAVADO DE DINERO Y DECOMISOS *IN REM*

PEDRO MARTÍN BISCAY


Centro de Investigación y Prevención de
la Criminalidad Económica


INECIP
INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS
EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES

Biscay, Pedro Martín

Dólar blue, lavado de dinero y decomisos
in rem : El caso Metropolitan Commercial
Bank. Partners Capital Investment /
Pedro Martín Biscay. - 1a ed - Ciudad
Autónoma de Buenos Aires : Instituto de
Estudios Comparados en Ciencias Penales
y Sociales - INECIP, 2023.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-48401-6-5

1. Mercado Financiero. 2. Lavado de
Dinero. 3. Narcotráfico. I. Título.

CDD 336

ISBN 978-987-48401-6-5



DÓLAR BLUE, LAVADO DE DINERO Y DECOMISOS *IN REM*

**EL CASO METROPOLITAN COMMERCIAL BANK
- PARTNERS CAPITAL INVESTMENT**

P E D R O M A R T Í N B I S C A Y

Abogado - Integrante de la Comisión Directiva
del Centro de Investigación y Prevención
de la Criminalidad Económica (CIPCE).

ÍNDICE

I.	Introducción	7
II.	El caso “United States of America v. \$105.824,58 seized...”	9
III.	El mercado de dólar blue en la mira del DOJ - Distrito Sur de Manhattan	10
IV.	El uso de una estructura engañosa para maquillar el movimiento de fondos	15
V.	El análisis sobre las figuras penales comprometidas	17
	<i>A. Fraude Bancario - US Code § 1344</i>	17
	<i>B. Lavado de dinero - US Code § 1960</i>	21
VI.	Las denominadas acciones <i>in rem</i>	29
VII.	La solución judicial del caso	35
VIII.	Conclusiones	37

I.

Introducción

Desde hace tiempo nuestro país está atravesado por incansables polémicas en torno a la negociación de dólares en el llamado mercado “paralelo”. Es cierto que, en un régimen de alta inflación, escasez de oferta de divisas y regulaciones cambiaras que dificultan la compra de divisas, un amplio sector de la sociedad acude a este mercado a modo de cobertura. Al calor de esta necesidad, mesadineristas, cobradores de servicios a través de ventanillas de pago, crypto exchangers, agentes de liquidación y compensación de títulos valores, inmobiliarias, entre otras tantas usinas de negocios, han tomado parte de este tipo de transacciones, cuya capacidad de expansión va de la mano con el mayor énfasis regulatorio desplegado desde el Estado Nacional.

Un elemento adicional en esta discusión, cuya importancia rebasa la acotada discusión acerca de la mera compra con fines de ahorro, es la renovada sofisticación y complejidad de las operaciones del mercado ilegal de cambios y su mayor exposición a la circulación de fondos procedentes de delitos que -precisamente- encuentran en la dinámica financiera de intermediación entre divisas, un canal idóneo para el lavado de activos. La ligazón entre narcos, cuevas y divisas ha quedado cuidadosamente retratada en diversos casos criminales de los últimos tiempos, mostrando así una de las principales vulnerabilidades desde el punto de vista de la prevención de delitos financieros.

Por otro lado, tampoco escapa que la denominada “fuga de capitales” no sólo tiene lugar a través de la simulación de operaciones de pago de importaciones o la prefinanciación de exportaciones, puesto que existe otro sinnúmero de mecanismos utilizados para mover dinero fuera del país mediante el uso de canales no autorizados e incluso -en muchos casos- directamente clandestinos. Pago de servicios al exterior, adquisición de bienes inmateriales en extraña jurisdicción, etc. Es evidente que a medida que se adoptan regulaciones cambiarias, la presión hacia la fuga de capitales aumenta significativamente, lo cual abre dos caminos posibles: 1. Retroceder firmemente hacia el campo de la desregulación; 2. Reorganizar el universo de normativas de modo de dotar de eficacia

la función regulatoria en materia de cambios. La primera opción queda descartada, puesto que implicaría desconocer que, siempre y en todos los casos, la regulación abre la puerta a la “paradoja del control”, cuya solución no es el abandono regulatorio, sino el perfeccionamiento de las reglas de actuación eficaz; mientras que la segunda opción. plantea un desafío de primera magnitud que invita a un nuevo examen de la cuestión.

II.

El caso “United States of America v. \$105.824,58 seized...”

El caso¹ se inicia a raíz de la presentación de una petición legal de decomiso de bienes, formulada por la Sección de Lavado de Dinero y Recuperación de Activos del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ). El planteo fue interpuesto en el Distrito Sur del Estado de Nueva York, sobre la base de una acción in rem dirigida contra las sumas dinerarias depositadas en una cuenta bancaria abierta en la sucursal Manhattan del Metropolitan Commercial Bank (MCB).

La acción legal se inició a raíz de que aquella había sido empleada como canal de operaciones de salida de divisas procedentes de las denominadas cuevas ubicadas en la “City” financiera local.

En el planteo inicial se abordan varios aspectos de interés para el estudio de los principales desafíos que la persecución de delitos financieros plantea hoy en nuestro país. De un lado, el examen -que a la luz del DOJ- se efectúa sobre las operaciones del dólar blue realizadas en plaza local. Del otro, el uso extensivo de las disposiciones sobre lavado de dinero con relación a operaciones financieras ilícitas. Además de lo anterior, el uso de las acciones in rem también abre un abanico de interrogantes y temas a ser analizados en el marco de este trabajo. Por último, el empleo de una especial modalidad defraudatoria mediante el uso de documentos destinados a engañar y crear confusión en el público inversor minoritario.

1 “United States of America v. \$105.824,58 seized from Metropolitan Commercial Bank Account 0199010773 held in the name of “Partners Capital Investment.”

III.

El mercado de dólar blue en la mira del DOJ - Distrito Sur de Manhattan

En el pedido de decomiso *in rem* se da cuenta de la adopción de medidas de control de cambios destinadas a prevenir la fuga de capitales en nuestro país, resultado de lo cual existe un mercado de operaciones denominado “*blue exchange*”. A partir de allí, el documento, avanza en dos niveles. De un lado, una descripción detallada de las operaciones de movimientos de fondos que tienen lugar a través de este mercado. Del otro, la valoración ilegal sobre el tipo de operaciones cambiarias que allí tienen lugar.

Vayamos por partes. En los párrafos 12 (doce) a 15 (quince) se detalla la vinculación entre la operatoria de dólar blue y la remisión de divisas hacia y desde los Estados Unidos. El análisis de este aspecto es por demás importante, toda vez que, en los tribunales federales y provinciales, existen innumerables casos en los que se investiga la operatoria de transferencias internacionales que diversas “cuevas”² efectúan para sacar dólares hacia plazas del exterior o ingresarlos por medio del mismo canal de pagos.

Vale la pena reproducir los dos cuadros sinópticos en los que se detalla el flujo de fondos entre la Argentina y los Estados Unidos.

2 El documento de “verified complaint” emitido por el Distrito Sur las define como “Blue Dollar Peso Exchanger”

Figure 1 - Flow of Funds Between Argentina and the United States

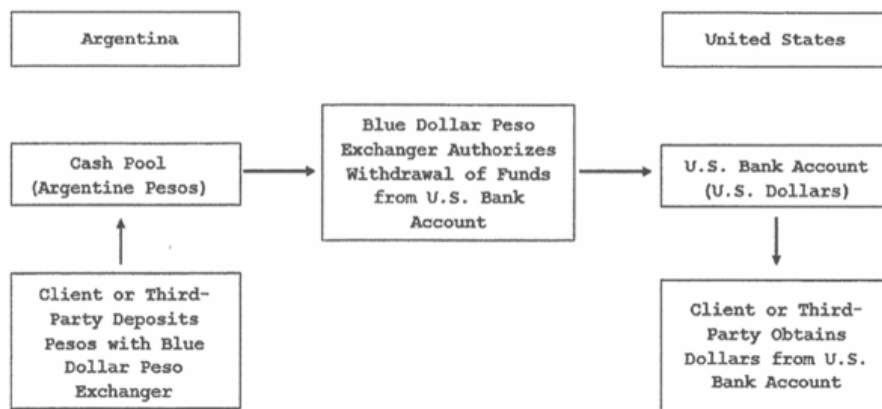
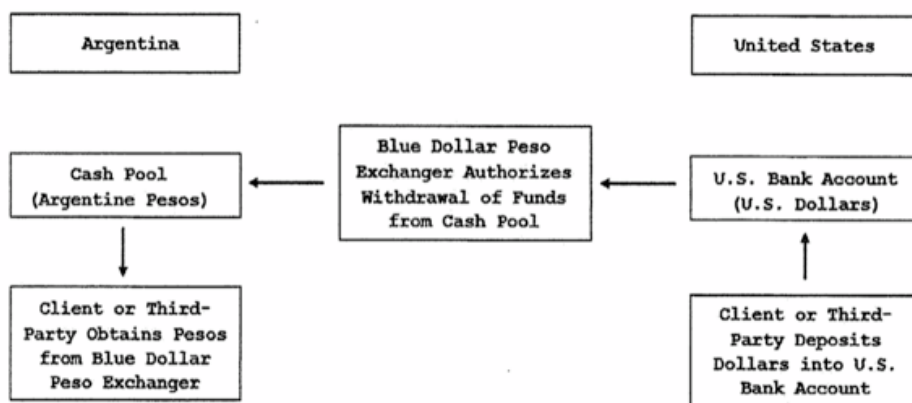


Figure 2 - Flow of Funds Between the United States and Argentina



De ellos se puede inferir que las cuevas que operan en el país se dedican a la captación habitual de recursos monetarios del público (ahorros), los que convertidos a dólares son posteriormente calzados contra una cuenta en dólares en los Estados Unidos, a través de la cual el cliente puede hacerse de la divisa en el exterior. Este es el mecanismo utilizado para la salida de dólares, mientras que, en sentido inverso, la cueva utiliza la misma cuenta en dólares abierta en los Estados Unidos para recibir depósitos en moneda fuerte y autorizar -al mismo tiempo- retiros por el equivalente en la República Argentina.

Toda esa operatoria se efectúa por fuera del sistema financiero formal, es decir que los movimientos de dinero se canalizan sin que medie realmente una transferencia electró-

nica entre dos instituciones financieras. Por el contrario, entre ambas aristas funciona un mecanismo de transferencia informal de valores sobre el que se ha prestado especial atención desde el punto de vista de las políticas de prevención de lavado de dinero³, a pesar de que en nuestro país aún existen serios inconvenientes en cuanto a su tratamiento por parte de las autoridades regulatorias.

Llevando esta operatoria a un plano de mayor detalle descriptivo, sólo se necesitan dos teléfonos (uno en Argentina, el otro en los Estados Unidos) y una cuenta bancaria abierta en una institución norteamericana, la que será utilizada como cuenta de paso⁴ para canalizar las corrientes de ida y vuelta del dinero intercambiado marginalmente en el mercado de cambios. El teléfono local mantiene una comunicación con el teléfono del exterior y mediante ambos se “juntan” las puntas de quienes desean girar divisas al exterior y de quienes tienen necesidad de ingresar dólares al país para cubrir gastos operativos de diversa índole. Ambas posiciones compensan entre sí (es decir netean saldo) y se computan los asientos en planillas excel utilizadas al modo de contabilidad clandestina.

CUEVA – BLUE EXHAGE		PASS-THROUGH ACCOUNT	
Activo	Pasivo	Activo	Pasivo
Fee (%)	+USD 10mil -cliente A -USD10mil cliente B	Fee (%)	- UD10mil cliente A +USD 10mil cliente B

CUEVA – BLUE EXCHANGE		CLIENTE A (REMITE FONDOS AL EXTERIOR)	
Activo	Pasivo	Activo	Pasivo
Fee (%)	-USD 10mil -cliente A	+USD10mil	

- 3 Ver al respecto los estudios y políticas recomendadas sobre Informal Value Transfer System (IVTS), que es el sistema utilizado en diversas economías ilegales para movilizar activos hacia y desde el exterior. Un caso emblemático en ese sentido es el movimiento de dinero entre organizaciones de la mafia china, o el financiamiento de operaciones ilícitas del sistema de inteligencia en Argentina, o el pago de operaciones de narcotráfico, entre otros.
- 4 Se refiere en el punto 16 de la resolución al concepto de “*pass-through account*” es decir a cuentas bancarias que se emplean para recibir o transferir fondos hacia terceras cuentas.

PASS-THROUGH ACCOUNT		CLIENTE B (INGRESA DE FONDOS DEL EXTERIOR)	
Activo	Pasivo	Activo	Pasivo
Fee (%)	-USD 10mil -cliente B	+USD10mil	

Como resultado de dicha operatoria, quién tenía necesidad de ingresar fondos del exterior, perfecciona su operación cuando el cambista (*exchanger*) le entrega el monto de dinero requerido, al tiempo que en sentido inverso ocurre lo mismo. Así, a modo de hipótesis, la denominada “*pass-through account*”, replicaría el funcionamiento de una cuenta corriente bancaria, con la única salvaguarda que el descubierto en cuenta acarrea riesgos no cubiertos (ni informados) para los clientes que acuden a estos servicios⁵.

De allí se desprenden otras cuestiones complejas de dilucidar, pero que, al mismo tiempo, reflejan aspectos adicionales de la operatoria ilegal que este tipo de actores realizan en el sistema financiero ilegal argentino. Se podría argumentar que estas cuentas -*que la propia resolución del Distrito Sur calificó como pasibles de decomiso*- funcionan como simples cuentas de custodia. Por ejemplo, el cambista que opera en el mercado marginal vende al cliente local una suma de dólares por el equivalente en pesos, y le ofrece remitirlos al exterior para mantenerlos allí en guarda y a la espera de una instrucción posterior de su cliente para que aquel reingrese al país parte del dinero. Ese podría ser el pacto “formal” planteado por el cambista, es decir una simple custodia. Sin embargo, dado que la operación descrita está calzada con otras operaciones de signo inverso, es decir de ingreso de fondos al país, la compensación entre el activo y el pasivo resulta medular al negocio. Así, aun cuando el cliente creyese que sus activos están en custodia en una cuenta del exterior, en realidad son utilizados para fondear el re-ingreso de otros fondos de cualquier otro cliente vinculado con el “pool” cambiario. De este modo, el cambista actúa como un verdadero operador de pagos, cobros y transferencias, acti-

5 Ese es el motivo por el cual la operatoria de captación de ahorro se considera prohibida dentro del sistema legal argentino.

vidad típicamente bancaria⁶. Por supuesto que, en este caso, la relación de giros entre el activo y el pasivo no se refiere necesariamente a un solo cliente del cambista, sino que aquel transforma la cuenta bancaria de paso, para canalizar divisas procedentes de diferentes clientes al mismo tiempo. Es en este sentido, que la operación reviste notas que la acercan a los instrumentos colectivos.

6 Villegas "Tratado de Derecho Económico Bancario Público y Privado", T.2 pp.251, Ed. La Ley. En igual sentido, Villegas cita a Barreira Delfino quién afirma que *"...la cuenta corriente es una cierta manera de anotar, entre el debe y el haber, las relaciones económicas y términos de duración que mantienen dos personas. Se trata de una cuenta que registra una serie continuada de operaciones y que no se cierra, que se considera siempre abierta y que, por lo tanto, hasta su clausura no arrojará sino resultados provisionales. El saldo definitivo surgirá al momento que tenga lugar el cierre definitivo de la cuenta, conforme lo que se hubiere pactado"* Cfr. Barreira Delfino, Eduardo, Tratado de Derecho Bancario, T. II, Cap. II, inédito, citado por Roca, ob. y loc. cits.

IV.

El uso de una estructura engañosa para maquillar el movimiento de fondos

Los puntos 27 (veintisiete) y 28 (veintiocho) del reclamo presentado, revelan un aspecto crucial para la determinación de la calificación jurídica del caso. Allí se explicita que entre el 18/9/2019 y el 30/9/2020, es decir en el rango de un año, la cuenta abierta ante el MCB reflejó el siguiente flujo de ingreso y salida de fondos.

Ingresos a la cuenta: USD 10.855.717, 48.-

Egresos de la cuenta: USD 10.549.345,00.-

Se destaca también que, en caso de los depósitos recibidos, sólo el 19.94% (USD 2.165.113,03.-), se había originado en operaciones de transferencia internacional de dinero; mientras que en el caso de salida de divisas desde la cuenta, se tuvo que sólo el 13.2% (USD 1.394.206,00.-) guardó vinculación con transferencias internacionales de dinero. De allí se desprende que el grueso de las operaciones de giro de divisas -hacia y desde el exterior- se conectó con fondos no originados en transferencias electrónicas, por lo que suponen las autoridades del DOJ que, en ambos casos, el fondeo del dinero debería proceder de operaciones de depósito.

La pregunta crucial reside en dilucidar si los administradores de la cuenta, utilizaron algún esquema jurídico destinado a producir engaño frente a las autoridades regulatorias en

materia de lavado de dinero y regulación prudencial de la actividad bancaria. Este punto es importante puesto que, a partir de allí, comienza a plantearse el interrogante sobre la existencia o no de autorización previa para efectuar el tipo de operaciones de pagos canalizadas a través de dicha cuenta.

En el planteo se señala que PCI enmascaró el movimiento de fondos detrás de una *mise-en-scène*, basada en la firma de un memorándum de colocaciones privadas (*private placement memoranda*), mediante el cual indujo a error a las autoridades regulatorias, haciéndoles creer que el giro de fondos se alimentaba de activos procedentes de operaciones propias de fondos de inversión mutua. Un tipo de operación consistiría en la suscripción de un valor negociable (*security subscription*), mientras que la otra referiría a su liquidación posterior (*security redemption*), es decir los dos lados de una actividad de notación contable.

Mediante estas dos maniobras, a través de la **cuenta 0199010773 – Partner Capital Investment** - se canalizaron fondos durante al menos un año, bajo la apariencia de proceder de compraventa de fondos mutuos. La petición consideró -en el punto 24 (veinticuatro)- que esta falsa representación fue el conducto utilizado por los titulares de la cuenta para instrumentar un negocio de canalización de fondos a través de un medio no autorizado al efecto.

Puntualmente se utilizó el término "*unlicensed money transmitting business*" en la medida de no encontrarse registrado como sujeto obligado ante la FinCEN (Financial Crimes Enforcement Network) y el cual -por otro lado- pretendió permanecer oculta detrás de un "*fictitious mutual fund*", puesto que no tenía registro de operatorias en el mercado de valores negociables (*security*), cuya supervisión pasa a ser jurisdicción de la SEC (Security Exchange Commission).

De este modo, tenemos que la operatoria de comercialización de dólar blue en el mercado ilegal de cambios argentino, habría implicado también la configuración de una serie de actos criminales dentro del territorio de los Estados Unidos. Así, para enmascarar el flujo de fondos entre cuentas, los titulares de la cuenta se valían de un esquema defraudatorio destinado a desviar la mirada del supervisor en materia de control financiero y prevención de lavado de dinero. Ese actuar defraudatorio también habría contaminado la economía de aquel país, con activos cuya procedencia fue reputada de ilícita en el marco de las disposiciones penales de aquella jurisdicción.

V.

El análisis sobre las figuras penales comprometidas

A. Fraude Bancario - US Code § 1344

El 18 US Code §1344⁷ regula el denominado fraude bancario. Se trata de una especie dentro del capítulo “fraudes” del código federal de los Estados Unidos. Si bien la idea clásica de un fraude supone una acción orientada a hacerse de dinero, o más genéricamente de un bien, mediante el uso de falsas representaciones, promesas ficticias o maquinaciones engañosas, cierto es que la jurisprudencia de los distintos circuitos fue expandiendo con el tiempo el concepto, al punto de plantear una distinción conceptual entre *fraudes* (en sentido clásico) y *esquemas defraudatorios* a secas.

La razón de ser de esta diferencia residiría en una posición radical frente a este tipo de delitos que, en la práctica, llevaría a admitir la configuración de un fraude sin que exista una disposición o afectación patrimonial. ¿Se trata de una figura de peligro? ¿Es que el fraude bajo este modelo regulatorio deja de ser un delito orientado a agredir una propiedad ajena? ¿Cuál es el fundamento de su incorporación al código penal? ¿Cuál es la norma prohibitiva en cuestión? Más allá de que desde el punto de vista del derecho anglosajón, este tipo de preguntas es -al menos- problemática, el desmembramiento entre fraude

⁷ *Whoever knowingly executes, or attempts to execute, a scheme or artifice: (1) to defraud a financial institution; or (2) to obtain any of the moneys, funds, credits, assets, securities, or other property owned by, or under the custody or control of, a financial institution, by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises; shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both.*

y perjuicio, se explica allí por la relevancia que el concepto “honest service” tiene con relación a la figura base en la materia, es decir el fraude a través de correos postales.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos recorrió un camino distinto al de la afectación a la confianza mercantil. En **Shaw v. United States** (137 s.Ct. 462 2016)⁸, tuvo oportunidad de expedirse sobre la revisión de una sentencia de condena por fraude bancario impuesta a Shaw por utilizar la cuenta de un tercero para hacerse de sus depósitos bancarios. Shaw alegó que el fraude no había afectado al banco, puesto que la propiedad de los depósitos le pertenecía a Hsu (titular de la cuenta). Sin embargo, mediante un voto unánime, la Corte sostuvo que en la medida que el banco efectuaba préstamos en base a la colocación de depósitos de sus clientes, poseía un derecho de propiedad sobre aquellos. En base a ello, la Corte agregó que el “*scheme to defraud*” no requería la comprobación de ningún perjuicio para su configuración.

Textualmente sostuvo que: “...It is consequently not surprising that, when interpreting the analogous mail fraud statute, we have held it “sufficient” that the victim (here, the bank) be “deprived of its right” to use of the property, even if it ultimately did not suffer unreimbursed loss. ...”

El 18 US Code §1346 definió el *scheme to defraud* como la privación sobre los derechos intangibles a contar con un servicio honesto⁹. La aplicación de este prisma al campo de fraude de bancos, implica reconocer que existe un derecho genuino a gozar de un modelo prestaciones bancarias susceptible de generar confianza, en virtud del carácter de servicio brindado al público en general. Pareciera que, en este punto, existiera una conceptualización del fraude como ataque a la confianza en el tráfico mercantil.

Sin embargo, su génesis data del año 1988, es decir un año posterior al fallo de la Suprema Corte en el caso McNally v. United States (483 US 350, 1987).

En Mc Nally se discutía la aplicación del 18 US Code §1341 (Mail Fraud) a un caso de corrupción que tuvo como protagonistas al *chairman* del Partido Demócrata del Estado de Kentucky (Hunt), quien tenía el control de facto de la selección de las empresas dedicadas a prestar servicios de seguros, entre otros por compensaciones laborales. Hunt había pactado con una empresa de seguros (Wombell Insurance Company of

8 https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-5991_8m59.pdf

9 For the purposes of this chapter, the term “scheme or artifice to defraud” includes a scheme or artifice to deprive another of the intangible right of honest services.

Lexington) continuar la relación contractual que mantenía desde el año 1971 con el gobierno estadual, a cambio de distribuir las comisiones en exceso a los USD 50mil con otras compañías de seguro, una de las cuales era directamente cobrada por aquel (Seton Investmen Inc). Seton era operada por McNally y su director “nominal” era un tal Gray que había servido como Secretario de Protección Pública y Regulación en el Estado de Kentucky y Jefe de Gabinete del Gobierno Estadual. Seton recibió comisiones cercanas a los USD 200.000 entre los años 1975 y 1979.

En la condena del caso se sostuvo que los acusados habían orquestado un esquema defraudatorio orientado a engañar a la ciudadanía y el gobierno de Kentucky, en el sentido de no permitir una prestación honesta del servicio público (*gobierno honesto*). La Corte de Apelaciones sostuvo que Hunt tenía un deber de fidelidad hacia el público y, por lo tanto, el uso de su oficina para un fin privado constituía un fraude toda vez que aquel participaba de aspectos sustanciales del gobierno.

La Corte de Apelación no fue novedosa en su decisión, puesto que en realidad dio continuidad a una larga tradición iniciada en los años '40¹⁰ en base a la cual los tribunales penales condenaban casos de corrupción bajo este prisma¹¹. Sin embargo, la Corte Suprema revocó la sentencia sosteniendo que el delito de fraude protegía derechos de propiedad pero no derechos intangibles tales como “el buen gobierno” o la “relación con la ciudadanía”, que requerían de mayores elementos para su configuración. Sobre los hechos, la Corte señaló que los beneficiarios no recibieron las comisiones del dinero del Commonwealth sino de una empresa de seguros. Sin embargo, dos jueces del Tribunal (Stevens y O'Connor) expresaron su disidencia con el voto mayoritario, argumentando que los tribunales inferiores habían interpretado el término “*honest services*” en casos de corrupción pública e incluso de corrupción privada como el quiebre de un deber de fidelidad a derechos intangibles, agregando incluso que el estatuto federal de fraude preveía diferentes prohibiciones independientes entre sí.

Algunas de ellas sólo exigían la configuración de un esquema defraudatorio, mientras que otras referían a la obtención de dinero por medio de promesas falsas.

10 Shushan v. United States, 117 F. 2d 110 (1941)

11 <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/rise-and-fall-right-honest-government-prosecuting-public-corruption>

Como respuesta a este fallo, el Congreso de los Estados Unidos introdujo al Código Federal el parágrafo 1346 donde el estándar “*honest service*” quedó directamente asociado a derecho de propiedad intangibles.

Tiempo después del caso McNally, la Corte se pronunció en el caso *Carpenter v. United States* (484 US 19, 1987). Allí se discutía un hecho de *insider trading* (Rule 10b-10b-5) a raíz de una columna semanal publicada en *The Wall Street Journal* donde se analizaba las perspectivas futuras de diferentes compañías listadas en la bolsa de valores. Para armar dicha columna, uno de los periodistas del diario solía tener información de primera mano de las compañías cotizadas, incluso información no publicada que era custodiada celosamente por el diario a efectos de cuidar legalmente a sus editores por posibles filtraciones o revelaciones impropias. Winans, el reportero, previo a publicar una nueva columna, decidió filtrar información no pública a una firma de valores, que operó las acciones de las empresas mencionadas en dicha nota de prensa. En este caso, la Suprema Corte -sin apartarse de McNally- condenó a Winans por fraude sobre la base de reconocer que, mediante la filtración de información no pública, aquel había roto un deber de fidelidad (*fiduciary duty*) con su empleador. Sostuvo que la información confidencial formaba parte de los derechos de propiedad en la medida que había sido generada dentro del marco de una empresa (ver cita 449/450). Se trataba aquí de derechos intangibles. A diferencia del caso McNally, en *Carpenter* era mucho más clara la identificación de un deber específico de fidelidad del cual derivar violación al estándar de “*honest service*”.

En el año 2010, la Suprema Corte retomó esta misma discusión en el caso *Skilling v. United States* (561 US 358, 2010). *Skilling* había sido el CEO de Enron hasta seis meses antes de producirse el desfalco que pusiera fin a una de las siete compañías más importantes de los Estados Unidos. Los cargos en su contra incluían desde fraude postal, hasta *insider trading*, todos en el marco de una conspiración para delinquir junto a otros acusados. Los integrantes de la Corte coincidieron en cuanto a que el parágrafo 1346 era vago y por tanto, legalmente problemático. Sin embargo, mostraron diferencias en cuanto a cuál sería el mejor remedio frente a casos susceptibles de configurar una violación al estándar. Uno de las soluciones fue redactada por la magistrada Ginsburg, quién delimitó los supuestos en los que constitucionalmente resultaba admisible plantear la teoría de fraude basado en el estándar de “*honest service*”; aquella indicó que el estándar sólo era válido para casos vinculados con sobornos o retornos pagados por terceros. Basó su argumento en que el Congreso había introducido el 1346 para referir a derechos intangibles vinculados con esquemas de soborno (*bribery*) o retornos (*kickback*). Por su lado, Scalia y Thomas sostuvieron que el estándar era indeterminado, violaba el debido

proceso y la quinta enmienda, entonces su aplicación no podía tener lugar, puesto que los tribunales no podían subrogar la función del Congreso. En conclusión, la decisión de la Corte en *Skilling* determinó que no era factible aplicar la teoría del “*honest service*” en casos privados, puesto que el Congreso había redactado la cláusula de 1346 sólo para casos de corrupción.

B. Lavado de dinero - US Code § 1960

A nivel federal, el delito de lavado de dinero se encuentra regulado bajo los alcances de la *Money Laundering Control Act 1986*. Aquella ley introdujo dos secciones al Código Federal. Por la primera de ellas -§ 1956(a)(1)-, se prohíbe realizar transacciones -sabiendo que los fondos proceden de delitos- cuya finalidad sea promover actividades ilícitas específicas¹² o, con la intención de evadir impuestos¹³. Además, esta sección prohíbe realizar operaciones transaccionales designadas en todo o en parte para ocultar la naturaleza, ubicación, origen, propiedad o control sobre fondos procedentes de una actividad ilegal específica¹⁴ o para evadir la exigencia de reporte de la transacción sospechosa¹⁵.

De allí se desprenden dos grandes fundamentos ligados a la punición del lavado de dinero. De una parte, la prohibición de ocultar el origen de los fondos procedentes del crimen, de lo que se desprende también la prohibición de ocultar fondos frente a cargas impositivas y de omitir la obligación de reporte de operaciones sospechosas. Todos estos casos, implican -de una u otra manera- una acción orientada a ocultar fondos.

El otro fundamento, ligado al segundo grupo de casos, vincula el lavado de dinero con la reinversión de fondos procedentes del crimen en el financiamiento de nuevas actividades ilegales. Aquí, lo que se busca es evitar que los frutos del crimen sean funcionales a facilitar o promover la continuación del delito a lo largo del tiempo. Se trata así de introducir

12 18 US Code 1956 (a)(1)(A)(i): “...with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity...”

13 18 US Code 1956 (a)(1)(A)(ii): “...with intent to engage in conduct constituting a violation of section 7201 or 7206 of the Internal Revenue Code of 1986...”

14 18 US Code 1956 (a)(B)(i): “...knowing that the transaction is designed in whole or in part to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity...”

15 18 US Code 1956 (a)(1)(B)(ii): “... to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law...”

un fundamento de corte netamente político criminal, toda vez que se apunta a cortar la re-circulación de fondos procedentes de ilícitos en la comisión de nuevos hechos.

La segunda sección -§ 1956(a)(2)-, apunta a resolver el transporte, transferencia o movimiento de fondos ilícitos a través de fronteras, es decir desde o hacia los Estados Unidos, siempre con los mismos objetivos o finalidades descriptos en la sección (a)(1). Es decir, la figura se focaliza así en diferenciar la aplicación de fondos ilícitos con proyección jurisdiccional doméstica de aquella con alcance transnacional.

Además de estas disposiciones, la regulación del código federal, prevé la sección § 1960 -introducida en 1992¹⁶-, que es la empleada en el presente caso vinculado con la afectación de decomiso *in rem*, dispuesta a partir de calificar como ilegal la operatoria cambiaria del dólar blue. Para ir con más precisión sobre este punto, el Distrito Sur de Manhattan, no se refirió a la operación cambiaria en sí misma, sino al hecho de utilizar el canal “blue” para transferir divisas a los Estados Unidos, es decir a partir de operaciones de cambio que no habían tenido lugar en establecimientos autorizados a tal fin por el regulador.

Se define también que la transmisión de dinero se refiere a cualquier tipo de transmisión monetaria que afecte el comercio interestatal o el comercio internacional y, siempre que la operación se realice por quién incumpla con un deber de actuar con una licencia o permiso emitido por un Estado¹⁷. Dentro del tipo de operaciones se incluye una variada gama que comprende desde la remesa de fondos por un canal no autorizado, pasando por el uso de transferencias ilícitas, cheques u otros instrumentos que permitan el desplazamiento contable del dinero.

En el caso *United States v. Velastegui* (199 F.3d 590, 593 – 2d Cir. 1999), la Corte de Apelaciones sostuvo que el propósito del 1960 era: “...*combatir el creciente uso de negocios*

16 Cfr. Public Law 102-550-Oct. 28, 1992 Title XV – Sec. 1512 (a), <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-106/pdf/STATUTE-106-Pg3672.pdf>

17 (b)As used in this section—
(1)the term “unlicensed money transmitting business” means a money transmitting business which affects interstate or foreign commerce in any manner or degree and—
(A)
is operated without an appropriate money transmitting license in a State where such operation is punishable as a misdemeanor or a felony under State law, whether or not the defendant knew that the operation was required to be licensed or that the operation was so punishable;

de transferencia de dinero para girar sumas significativas de dinero procedentes de empresas ilícitas...”¹⁸

Recientemente, la FinCEN¹⁹ emitió la Advisory Nro. 2010-A011 (Julio, 2012) analizando el funcionamiento del denominado *Informal Value Transfer System (IVTS)*²⁰. Allí se desliza una distinción entre modelos de negocios ligados a la transmisión de dinero que operan completamente por fuera del sistema financiero formal, frente a aquellos que lo hacen utilizando recursos e instrumentos financieros para efectuar operaciones no autorizadas, es decir mediante el enmascaramiento a través de operaciones financieras de distinta índole.

Las denominadas *hawalas* representan el ejemplo más conocido dentro del primer grupo. Quienes operan en redes de *hawaladars* lo hacen sobre la base de dos reglas: a. su inserción en una red de *brokers* o *dealers* dedicados al mismo tipo de actividad; b. el trust o la confianza (*hawaladars – hawaladars – clientes*) es esencial para dinamizar dicha red.

Una cuenta de hawala opera básicamente con compensaciones entre partes y se puede instrumentalizar con registros totalmente informales o incluso utilizando métodos de sobre o subfacturación de operaciones de comercio exterior. Sobre este punto se exployó el Subcomité de Comercio Internacional y Finanzas del Senado Americano (14 Nov. 2001), y allí sostuvo que: “...*algunos hawaladars utilizan esquemas de manipulación de facturas para liquidar sus deudas. Estos esquemas a menudo son necesarios debido a los controles de las remesas. Por ejemplo, un hawaladar que opere en los Estados Unidos podría enviar a un asociado \$100 000 mediante la compra de \$200 000 en alimentos que su asociado desea. Envía la mercancía con una factura de \$100,000. El asociado recibe la mercadería y paga el primer hawaladar \$100,000. Este pago parece ser legítimo*

18 “...to combat the growing use of money transmitting businesses to transfer large amounts of the monetary proceeds of unlawful enterprises...”

19 Financial Crimes Enforcement Network

20 Niko Passas explica que el término IFVT refiere a “...*cualquier sistema o red de personas facilitadoras, a tiempo completo o a tiempo parcial, de transferencias de valor doméstico o internacional fuera del sistema institucional financiero regulado...*” Passas, *A Study into so called underground banking system*, 1999)

debido al envío y la factura. Esta técnica, conocida como “facturación insuficiente”, es una forma de eludir los controles de remesas y de liquidar deudas entre hawaladars...”²¹

Una de las principales “ventajas” que ofrece este sistema informal a los criminales, es permitir el ocultamiento de la identidad de quienes lo utilizan frente a las autoridades regulatorias. Esta “ventaja” corre por igual para quien remite y quien recibe el dinero vinculado con la transacción.

Dentro del segundo grupo, se localizan casos en los que la operación se canaliza a través de operaciones bancarias o financieras, empleadas de manera engañosa o subrepticia. Un buen ejemplo, es el caso *United States vs. Mazza-Alauf* (S.D.N.Y 2009), en que se encontró culpable a Mauricio Alfonso Mazza Alauf por lavado de dinero en virtud de la Sección § 1960.

Los hechos refieren al uso de una agencia de turismo (denominada Turismo Costa Brava S.A.), que ofrecía a sus clientes el servicio de transferencia de fondos al exterior, mediante el empleo de terceras personas. A tal fin, la agencia mantenía cuentas en diferentes instituciones bancarias de los Estados Unidos²², además de una sociedad utilizada para el giro de dinero (*Beacon Hill Service Corporation*)²³, a pesar de no contar allí con oficinas, empleados ni operación comercial. De acuerdo con la sentencia del Distrito Sur, Mazza explicó que utilizaba la sociedad *Beacon Hill* como una cuenta transaccional basada en el depósito de cheques y la acreditación de transferencias bancarias efectuadas desde Chile. Además de ello, empleados de la agencia de turismo, viajaba a los Estados Unidos movilizándolo sumas significativas de dinero en efectivo²⁴.

21 “...some hawaladars utilize invoice manipulation schemes to settle their debts. These schemes are often necessary because of remittance controls. For example, a hawaladars operating in the United States could send an associate \$100,000 by purchasing \$200,000 worth of goods that his associate wants. He ships the merchandise with an invoice for \$100,000. The associate receives the merchandise and pays the first hawaladar \$100,000. This payment appears to be legitimate because of the shipment and the invoice. This technique, know as “under invoicing” is one way of circumventing remittance controls as well settling debts between hawaladars...” Cfr. *Hawala and Underground Terrorist Financing Mechanisms*,

22 Se utilizaban cuentas en las siguientes instituciones bancarias: Israel Discount Bank (IDB), Harris Trust and Savings Bank (Harris) y Chase Manhattan Bank (Chase)

23 La sociedad Beacon Hill operaba como agente internacional de negocios

24 Mazza fue demorado en el aeropuerto de Los Ángeles dos veces con valijas que transportaban dinero, la primera vez con 1.8 millones de euros y la segunda \$ 2 millones

La Corte encontró que el imputado había afectado el comercio interestatal y además que la Agencia de Turismo no estaba registrada como “*money-transmitting business*” en los Estados donde operaba en cuentas bancarias (Illinois, New York y Michigan).

Es decir que, en este caso, los tribunales de los Estados Unidos aplicaron el Lavado de dinero - US Code § 1960 sobre la base de: 1. Identificar una empresa comercial ligada al giro de divisas (turismo); 2. Que giraba divisas a los Estados Unidos valiéndose de una sociedad interpuesta al solo efecto de abrir cuentas bancarias en el sistema financiero norteamericano; 3. Que alternativamente trasladaba fondos para depositarlos luego en esas mismas cuentas y; 4. Que la sociedad no contaba con una licencia para operar como negocio de transmisión de dinero, en ninguna de las jurisdicciones en las que se mantenían cuentas bancarias abiertas.

Como vemos, se trató de una operación simulada al sólo efecto de aplicar fondos a una operación específica. La única salvedad es que al aplicarse la sección 1960 se buscó darle mayor precisión al tipo de operatoria originada en una jurisdicción del exterior.

En un caso anterior al citado, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, confirmó el veredicto condenatorio del jurado contra dos acusados en base a cargos de conspiración criminal y lavado de dinero por el empleo de un negocio de transmisión de dinero sin licencia autorizada (caso *United States v. Abad Elfgeenh*²⁵). A diferencia del caso anterior -vinculado estrictamente con operaciones cambiarias codificadas tras el velo de transacciones financieras-, Abad junto a su sobrino Aref utilizaron un supermercado minoristas (deli) denominado *Abad’s Carnival French Ice Cream* (Carnival) a fin de transferir dinero de terceros usando un canal no autorizado al efecto.

La operación se canalizó mediante acciones estructuradas a través de 12 cuentas bancarias (*feeder bank accounts*), desde las que se depositaban cheques de baja denominación, hacia la cuenta que Carnival mantenía abierta en el J.P. Morgan Chase Bank y, desde allí se disparaban otra serie de transferencias por montos significativos hacia cuentas bancarias localizadas en 25 (veinticinco) países, para converger finalmente en Yemen.

La sentencia del circuito indicó que: “...en un período de un mes durante el otoño de 2000, más de \$245,000 fueron depositados en la cuenta de Carnival y más de \$268,000 se transfirieron desde allí. Entre 1996 y 2003 la suma total depositada en la cuenta de

25 <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1246872.html>

Carnival fue de \$22,190,642 y la suma total de transferencias a nuevas cuentas fue de \$ 22,995,556.54...”

En relación con las denominadas “*feeder bank accounts*” la sentencia consignó que las cuentas se fondeaban mediante depósitos en efectivo, presentación de cheques y acreditación de transferencias desde otros bancos. A su vez, se consignó que las *feeder accounts* giraban cheques y transferencias hacia la cuenta Carnival.

La teoría del caso de la defensa planteó -en lo que aquí incumbe- que los imputados no habían efectuado las operaciones con una finalidad lucrativa, sino que simplemente brindaban un servicio a favor de terceros que, si bien implicaba algunas comisiones, no representaba un verdadero negocio en el sentido indicado por el § 1960 (“...*unlicensed money transmitting business...*”).

La sentencia se detuvo en un aspecto clave: la sección § 1960 sufrió un cambio sustancial antes y después del atentado a las Torres Gemelas, en septiembre del año 2001. La modificación tuvo lugar en octubre de 2001 e implicó mover de lugar el requisito de *mens rea* delimitado por el adverbio *knowingly*. Sin embargo, su modificación implicó un cambio de sentido significativo desde el punto de vista del conocimiento exigible al autor del delito. Veamos: desde su incorporación al Código Federal y hasta el año 2001, el § 1960 exigía la prueba de conocimiento sobre la naturaleza ilegal de la transferencia de dinero al exterior, es decir, sobre el contenido criminal de la empresa en ejecución; mientras que a partir de Octubre de 2001, la prueba de conocimiento se circunscribió a la operatoria de transferencia de dineros se efectuaba sin licencia previa.

Pre 2001 (a) Whoever conducts, controls, manages, supervises, directs, or owns all or part of a business, **knowing the business is an illegal money transmitting business**, shall be fined in accordance with this title or imprisoned not more than 5 years, or both.

Post 2001 (a) Whoever **knowingly** conducts, controls, manages, supervises, directs, or owns all or part of an unlicensed money transmitting business, shall be fined in accordance with this title or imprisoned not more than 5 years, or both.

De este modo, los acusados por este delito perdieron legalmente la chance de argumentar desconocimiento sobre el sentido criminal de la operación cambiaria (en el sentido de un elemento subjetivo especial). Por el contrario, a partir de la modificación, el conocimiento exigible queda delimitado al hecho de conocer el incumplimiento del deber regulatorio (contar con licencia). En el caso concreto, la Corte de apelaciones sostuvo sobre el punto que, el acusado debía conocer que estaba realizando un negocio basado en efectuar transferencias de dinero, que además lo hacía sin contar con licencia previa y afectando el comercio interestatal (*United States v. Talebnejad*, 460 4th Cir, 2006).

El caso *Talebnejad* también resultó esclarecedor acerca de otro aspecto clave de la figura penal. *Talebnejad* y su familia explotaban dos casas de cambio (*Shirazi Money Exchange*), con operatoria habitual con Emiratos Árabes Unidos, localizada en Potomac – Maryland. Lo hacían sin contar con licencia previa emitida por la autoridad regulatoria, de modo que en este caso, la discusión versó, solamente, sobre sí debía contar o no con una licencia previa. Así, uno de los aspectos que más discutió la defensa fue el requerimiento del dolo para la configuración del delito. Sostuvo allí, que el estatuto impropiaamente había eliminado el requisito del dolo convirtiendo al 1960 en un caso de responsabilidad estricta (*strict liability*).

La Corte de Apelación sostuvo que, el gobierno debía probar que el acusado actuaba sin licencia con conciencia deliberada de dicha situación²⁶, no siendo, por tanto, subsumible la figura dentro de uno de los casos típicos de responsabilidad estricta²⁷. El acusado del caso, había consultado con abogados sobre si obtener una licencia o no al respecto, sin seguir el consejo brindado por los expertos legales.

26 “...the Government must establish that the lack of license was knowing and wilful, i.e. that the defendant knew that his lack of license was illegal and that he acted or failed to act intentionally with respect to that fact...”

27 Incluso en este punto existe jurisprudencia que refiere al conocimiento exigible frente a la mera probabilidad de regulación. Si esa posibilidad es -de acuerdo con el tipo de actividad, bien, objeto o producto- grande, entonces *iuris tantum se presume la obligación de conocimiento* (cfr. *United States v. Freed*, 401 US 601, 1971). En su teoría del caso, la defensa sostuvo que las instrucciones al jurado debían haber exigido la prueba -más allá de toda duda razonable- acerca de que el acusado desconocía que la operación requería de licencia previa. La Corte de Apelaciones rechazó el punto en base a la regla del error inofensivo (*the harmless error rule*) decidida en otros casos (*Neder v. United States* 527 US 1, 1999), además entendió que las instrucciones al jurado podían no ser perfectas si leídas en su totalidad permitían el desarrollo del juicio de cara a la determinación de los hechos. Por otro lado, dado que el gobierno presentó prueba sobre los consejos legales que el abogado de los acusados les diera respecto del requerimiento de licencia previa, la doctrina sentada en precedentes como *United States v. Freed* también se aplica a este caso.

Estas aristas permiten analizar las diferentes combinaciones que ofrece el estatuto 1960 tanto en relación con las operaciones típicas de financiamiento del terrorismo, como con aquellas relacionadas con la puesta en circulación de fondos procedentes de delitos con la mera finalidad de dotarlos de ocultar su vinculación ilícita.

VI.

Las denominadas acciones *in rem*

Vayamos ahora al fondo del planteo realizado por el DOJ. Se trata de una acción de recupero de activos vía decomiso. Esta herramienta, destinada a incrementar la eficacia de la respuesta política criminal (especialmente frente a delitos económicos de características organizadas) aún no ha sido suficientemente explorada en nuestro sistema jurídico.

El sistema judicial norteamericano regula modelos *in rem e in personam*. Este último regula el decomiso típicamente penal (estándar probatorio más allá de toda duda razonable y aplicable como accesorio de la condena), mientras que el primero resuelve la pérdida de un bien en favor del estado (o la comunidad), mediante el desarrollo de un juicio contra la “cosa”, basado en cargas probatorias dinámicas.

El caso **“United States of America v. \$105.824,58 seized from Metropolitan Commercial Bank Account 0199010773 held in the name of “Partners Capital Investment”**, versa sobre un decomiso del segundo tipo, dirigido a provocar la pérdida de los fondos incautados en la cuenta del *Metropolitan Bank* por su vinculación con actividades delictivas. El origen de estos decomisos es de antigua data y tuvo una amplia aplicación en casos ligados al recupero de deudas tributarias y bienes objeto de contrabando²⁸, luego de lo cual también se extendió su uso a casos de narcotráfico y, posteriormente, al lavado de activos y sus delitos precedentes (*Civil Asset Forfeiture Reform Act - 2000*).

La principal característica de esta acción consiste en demandar al bien o la cosa bajo el supuesto de declararlo “culpable” por la comisión del delito. Se trata de una ficción legal que marca una diferencia sustancial con el decomiso penal, donde la culpabilidad se

²⁸ Calero-Toledov. *PearsonYacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663 (1974).

proyecta sobre la conducta del imputado. Este redireccionamiento *-desde la persona hacia la cosa-* ha generado una serie de debates, en especial en casos no vinculados a criminalidad económica o, en supuestos de convergencia entre decomisos civiles y penales en los que se discutió la violación a la prohibición de doble incriminación.

Pero lo más importante es que su regulación, también dio lugar a planteos de afectación de los derechos de propiedad de quienes reclaman para sí la titularidad del bien que es objeto de decomiso, especialmente si sus posibilidades de defensa se encuentran acotadas en el modelo de acciones *in rem*.

Dado que el fundamento legal de este tipo de acción se dirige contra la cosa, ya desde los primeros casos jurisprudenciales, los jueces resistieron fuertemente los planteos de las defensas que buscaban retener el bien en manos de su propietario. Así, una primigenia línea de precedentes²⁹ fue dando forma a la noción de “culpabilidad de la cosa” sobre la base de los siguientes aspectos:

1. La génesis de esta herramienta se vinculaba con una antigua regla del *common law*, que a su vez, remitía a una antigua práctica judeo-cristiana, según la cual ciertos bienes involucrados en atentados contra el rey, debían expiar su culpa mediante su confiscación y posterior entrega social.
2. La acción *in rem* resultaba totalmente independiente del proceso penal y en ningún sentido guarda vinculación con la determinación de la responsabilidad penal del imputado;
3. La atribución de responsabilidad se explicaba por reglas de imputación vicarial.

La línea de responsabilidad vicarial se sostuvo durante largos años, e incluso aún mantiene fuerza decisora en casos concretos. El decomiso *in rem* procedería incluso sin consideración alguna sobre la actuación del titular del bien. Así, si su propiedad fue utilizada -incluso sin su conocimiento- en la comisión de un delito, la efectividad de la acción real no se vería frustrada, puesto que el consentimiento inicial mediante el cual se produjo la transmisión de la posesión, uso y goce de la cosa a manos del tercero ligado al delito, genera efectos jurídicos por sí mismo.

²⁹ The Palmyra case (25 US. 12 Wheat, 1827); United States v. The Cargo of the Brig Malek Adhel (43 US 2.Hw. 210, 1844; United States v Dobbins´s Distillery (96 US 395, 1877); Goldsmith-Grant v. United States (254 US 505, 1921)

Esta línea jurisprudencial sienta principios muy exigentes al momento de evaluar la suerte de un decomiso, toda vez que, si el simple consentimiento para que un tercero utilice la propiedad, permite la configuración de una decisión final sobre la cosa, las posibilidades de plantear una defensa de la propiedad quedan severamente restringidas por el propio peso de la responsabilidad vicarial. El modelo de responsabilidad vicarial (*vicarious liability*) implicaría extender hacia terceros los efectos de la determinación de responsabilidad, sin importar la participación directa en la acción criminal. El típico ejemplo es el supuesto de responsabilidad del superior por actos del dependiente, aplicable a las personas jurídicas en ciertas circunstancias³⁰. Este modelo mantiene algunas diferencias con el diseño de reglas de responsabilidad estricta (*strict liability*), puesto que este último exigen al menos, algún nivel de involucramiento personal en el hecho, sin importar el grado de conocimiento que se tenga sobre el mismo³¹.

En los años 1971 y, luego 1974, la Suprema Corte de los Estados Unidos abrió la puerta al desarrollo de argumentos tendientes a defender los derechos de propiedad frente al decomiso *in rem*. En el precedente *United States v. United States Coin and Currency*³², se discutía la aplicación de la quinta enmienda frente a un caso de decomiso basado en el incumplimiento de registro de una casa de apuestas. La Corte reconoció que el decomiso *in rem* estaba alcanzado por las reglas del debido proceso y por tanto, si el propietario demostraba haber actuado sin negligencia o intención de violar la ley, entonces el Tesoro de los Estados Unidos, debía retornar el bien decomisado. La Corte adujo allí que no se podía presumir una actitud contraria del Tesoro, puesto que los estatutos de decomiso debían leerse en conjunto con otras disposiciones legales³³.

30 En el artículo 23 del Código Penal se establecen dos supuestos de este tipo. El primero de ellos refiere a la extensión del decomiso del producto del delito a la persona jurídica cuando actos de sus mandatarios o administradores hubieren generado un beneficio indebido al ente. En igual sentido se establece cuando el hecho ilícito hubiese beneficiado a un tercero a título gratuito.

31 Pp.152

32 401 U.S. 715 (1971)

33 *We need not pursue that inquiry once again, however, because we think that the Government's argument fails on another score. For the broad language of § 7302 cannot be understood without considering the terms of the other statutes which regulate forfeiture proceedings. An express statutory provision permits the innocent owner to prove to the Secretary of the Treasury that the "forfeiture was incurred without willful negligence or without any intention on the part of the petitioner . . . to violate the law . . ." 19 U.S.C. § 1618. Upon this showing, the Secretary is authorized to return the seized property "upon such terms and conditions as he deems reasonable and just." It is not to be presumed that the Secretary will not conscientiously fulfill this trust, and the courts have intervened when the innocent petitioner's protests have gone unheeded. United States v. Edwards, 368 F.2d 722 (CA4 1966); Cotonificio Bustese, S.A. v. Morgenthau, 74 App.D.C. 13, 121 F.2d 884 (1941) (Rutledge, J).*

Luego en *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*³⁴, se discutió si el decomiso de un yate alquilado a una empresa (*Pearson Yacht*), en el que se había transportado marihuana sin conocimiento del titular de la embarcación, era constitucionalmente válido aun cuando el titular del mismo no había sido convocado a ejercer su derecho a ser oído de forma previa al dictado de la medida. La Corte Suprema sostuvo que, sólo en limitadas circunstancias, las órdenes de decomiso podían dictarse de forma inmediata y sin audiencia previa en beneficio del afectado. Dichas circunstancias exigían que el gobierno probase una doble condición: a. celeridad en su adopción y, b. cumplir una finalidad de interés público o un propósito legítimo del gobierno. Además, se agregó que no debía ser opresiva, en el sentido de desproporcionada.

Sobre esa base, la Corte sostuvo que no podía limitarse el decomiso si la empresa responsable de arrendar la embarcación no había adoptado todas las medidas a su alcance para evitar un uso ilícito del bien decomisible. Como vemos, los jueces abrieron un poco más el camino hacia la defensa del “propietario inocente”, esta vez, tirando de la piola del precedente *Peisch v. Ware*³⁵ (dictado más de un siglo antes, pero posterior a los primeros casos mencionados), donde se había establecido que el decomiso in rem requería de la acreditación de un *nexo mínimo* entre el propietario y la propiedad, acreditar ese nexo implica investigar esa relación (“*the owner property-relationship*”).

Entonces, si los precedentes iniciales (*Palmyra – 1827; The Cargo – 1844; Dobbinns’s Distillery -1877*), decidían decomisos in rem estrictos, es decir, prescindiendo del carácter o la conducta del titular del bien (y así, pivotaban sobre un supuesto de responsabilidad vicarial pura); el caso *Peisch* aclaró que, al menos debía existir un nexo mínimo necesario que debía acreditarse para practicar la medida y, luego el caso *Calero-Toledo*, precisó aún con mayor detalle que el tipo de defensa suponía una exigencia incluso mayor que el simple consentimiento: haber realizado un *test mínimo de debida diligencia*.

De acuerdo a esta jurisprudencia, tenemos el siguiente degradé de supuestos fácticos. En un extremo, habría que ubicar los casos de propiedades utilizadas por terceros con fines ilícitos sin que el propietario conozca esta clase de usos y, siempre que aquel haya

³⁴ 416 US 663 (1974)

³⁵ 8 US, 4 Cranch, 347, 1808

prestado el consentimiento a tal fin³⁶. En el otro, se encontraría el caso de propiedades usadas ilícitamente sin el conocimiento, control o consentimiento del propietario del bien. En el primer extremo los casos podrían decidirse como de pura responsabilidad vicarial, mientras que en el caso opuesto la tesis de negligencia implícita, cobraría valor como fundamento para el decomiso civil.

Sin embargo, más allá de que sin duda la tesis de negligencia supone la determinación de un nexo entre el bien y el propietario, y un “plus” de deberes de cuidado, cierto es que, la propia esencia de la responsabilidad vicarial, exigiría también demostrar algún tipo de vínculo entre el bien y la propietario. De este modo, la noción de nexo mínimo, no es más que el presupuesto racional básico a ser acreditado en este tipo de casos.

En resumen, frente a un caso concreto, las opciones serían dos: o el/la juez/a considera el caso como de tipo vicarial y ejecuta la medida con independencia del propietario o, en su defecto, indaga sobre su uso negligente como condición de validez para la aplicación de la medida. La ficción legal denominada “culpabilidad de la cosa”, establece entonces, una presunción capaz de abarcar diferentes supuestos que van desde la simple ocurrencia del hecho (*res ispa loquitur*) hasta en el mero descuido del bien utilizado por un tercero.

El carácter de esta presunción debe -necesariamente- ser de tipo *iuris tantum*, puesto que, si no ofreciera la opción para que el titular del bien explique que adoptó todos los recaudos razonables para evitar el uso ilícito del mismo, el decomiso efectivo podría ser equiparado a una sanción penal, más que a una acción restitutiva al estado inmediato anterior.

Así, la exploración de los argumentos de esta tesis, facilitaría el análisis de casos de decomiso dentro del proceso penal pero basado en reglas o razonamientos jurídicos no penales, tales como por ejemplo: a. la inexistencia de un derecho legítimo sobre bienes prohibidos en el comercio (drogas, armas de destrucción masiva); b. el uso instrumental del bien en virtud del descuido de aquel por parte de su titular y; c. la prohibición de dar por incorporado al patrimonio del imputado bienes de procedencia ilícita. Todos estos aspectos podrían ser probados sin subordinación al devenir de la suerte del imputado respecto del reproche penal formulado.

36 Así, consentimiento y conocimientos, son dos aspectos claves puesto que el primero refiere a la idoneidad de la acción planteada, mientras que el segundo a la posibilidad de imputar la acción al bien de una forma que no pueda ser reputada de arbitraria.

Ya más cerca en el tiempo, en el año 1993, en el caso *Austin v. United States*, la Corte Suprema se pronunció sobre otro aspecto sustancial de este tipo de acción. Allí, se preguntó si la imposición del decomiso podría ser violatoria del Octava Enmienda, que prohíbe las multas y fianzas excesivas. Si la respuesta fuera positiva, entonces la acción *in rem* participaría del decomiso de tipo penal, en la medida que el decomiso en exceso implicaría la imposición de un castigo. Mientras que si sólo refería a remedios orientados a reponer las cosas a su estado anterior, su naturaleza continuaría siendo de índole civil. En ese caso, la Corte reconoció incluso que, más allá de la regulación civil del decomiso *in rem*, se presume que en principio estos participaban de medidas de naturaleza penal.

Entonces, en el extremo opuesto a *Palmyra*, el caso *Austin* establece que el decomiso *in rem* también ofrecería al menos la presunción de ser calificado como un instrumento penal. La única manera de despejar este horizonte, implicaría efectuar una ponderación adecuada de los siguientes aspectos: de un lado, establecer pautas para una investigación del nexo o relación entre la propiedad y el propietario desde el punto de vista del uso ilícito del bien y, del otro, el estudio del momento preciso en que el consentimiento vinculó al propietario con quién participación del delito que dio inicio a la medida *in rem*.

Vayamos ahora a la solución del caso.

VII.

La solución judicial del caso

La acción de decomiso *in rem* (*Complaint for Forfeiture*) fue interpuesta por el DOJ ante la Corte del Distrito Sur de New York. El pedido se efectuó bajo la fórmula *Verified Complaint*, es decir sobre la base de haberse verificado previamente -y ante un tercero- que los hechos alegados resultaban verdaderos al igual que las fuentes de información y documentos oficiales reunidos para la formulación del planteo.

La modalidad de verificación se efectúa bajo pena de perjurio (28 USCODE §1746) y en los términos de la denominada Regla G (Rule G) – decomiso en acciones *in rem*³⁷. La razón de ser de este mecanismo como punto de inicio de un decomiso *in rem*, consiste en poner la responsabilidad sobre la veracidad de los hechos en cabeza del DOJ, tal como se infiere del deber que a aquel le incumbe en cuanto a llevar adelante una investigación que muestre el nexo entre propiedad y propietario de uso ilícito, al que habíamos referido anteriormente como parte de la ponderación que debe realizarse.

Sigamos con el análisis del proceso. El caso tuvo ingreso el 24 de octubre de 2022 y el día siguiente fue asignado a la jueza Katherine Polk Failla. El DOJ publicó en el sitio web www.forfeiture.gov da aviso público del bien susceptible de ser afectado a decomiso *in rem*. Estableció el período de publicidad entre el día 6 de octubre de 2022 al 24 de noviembre de 2022, todo de conformidad con la Regla G(4)(c), sobre acciones de decomiso. La función de esta notificación de alcance general no es otra que poner en conocimiento a cualquier potencial pretensor titular del bien que desee efectuar un reclamo de legítimo interés dentro de la instancia. Si bien la regulación refiere a otros medios de difusión, la práctica conduce a seleccionar el uso de portales de acceso masivo como el medio más idóneo.

³⁷ Rule G (2)(a). Complaint must be verified

El 7 de noviembre, la jueza convocó audiencia de carácter previo al juicio de decomiso, fijando fecha de juicio para el día 1 de febrero de 2023 (2.30PM). Se notificó a ambas partes -de un lado el DOJ y del otro los abogados de la defensa- haciéndoles saber que la audiencia se realizaría de forma telefónica.

A los 19 días del mes de diciembre, el DOJ presentó una propuesta de acuerdo de partes. El documento denominado *Stipulation and Order* delimitó lo siguiente: a. prorrogar la fecha límite que la contraparte tenía para explicar su calidad de titular de la cosa o interés directo sobre aquella, contestación que se realiza de forma juramentada y bajo pena de perjurio; b. establecer que la contestación de demanda y oposición de excepciones no podía extenderse más allá de 21 días desde la contestación de reclamo de decomiso civil (todo de acuerdo con la Regla 12 del Código Federal de Procedimiento Civil y la en virtud de la Regla G -regla especial para acciones de decomiso-; c. Las partes también modificaron la fecha de presentación ante el tribunal para el día 28 de febrero de 2023.

El 23 de enero de 2023, la parte presentó su escrito de defensa sobre la pretensa titularidad del bien que fue objeto de decomiso.

Al día siguiente, 24 de enero de 2023, se firmó el acuerdo *Stipulation and Order of Settlement* en el que el DOJ retuvo para sí la propiedad sobre el 65% del bien objeto de decomiso (USD105.824,58), mientras que el 35% restante quedó para ser transferido a la defensa técnica del caso. Finalmente, sobre la base de los hechos precedentes, el 25 de febrero de 2023, la jueza a cargo del caso ordenó el decomiso de los bienes conforme consta en el documento *Judgment of Forfeiture*.

VIII.

Conclusiones

El caso bajo estudio reviste relevancia para nuestro país. Por un lado, introduce un análisis valorativo sobre una práctica del mercado financiero, ampliamente difundida y revestida de elementos de ilegalidad que, en aquella jurisdicción, habilitaron el uso de herramientas de decomiso basadas en supuestos legales de lavado de dinero. Este primer aspecto es crucial para la ponderación local que los reguladores deben realizar sobre el tipo de operaciones que caen bajo la órbita de sus competencias funcionales.

En segundo lugar, la base legal del caso, es decir la figura jurídica prevista en el US Code § 1960, ofrece una potente herramienta para abordar la circulación de flujos financieros ilícitos. En la medida que aquella norma califica como caso especial de lavado de activo el uso de medios, instrumentos, canales u operaciones de pago efectuadas sin licencia, representa una enorme oportunidad para el análisis político criminal de la economía clandestina en nuestro país. Este segmento económico es de crucial importancia a la luz del avance del narcotráfico y otros delitos organizados, pese a que en la valoraciones de los principales organismos de control, no ocupe el lugar prioritario que merece.

Por último, el uso de instrumentos de decomiso civil, es aún una deuda pendiente dentro de nuestro sistema legal. El caso analizado permite ver que -más allá de los debates jurisprudenciales que en aquel país han tenido lugar- la cuestión acerca de cómo se distribuyen bienes reputados de ilícitos, depende -en gran medida- de una actividad dispositiva entre las autoridades de investigación y los pretensos titulares del bien. El caso concreto fue resuelto mediante la repartición de producido, evidenciando ante todo la vigencia de una regla basada en criterios de política criminal.

