
NATURALEZA Y PROBLEMAS BÁSICOS DEL DECOMISO SIN CODENA PENAL EN LOS ESTADOS UNIDOS

Stefan D. Cassella

Stefan D. Cassella es ex asistente del Procurador General de los EE.UU experto en procesos visando a la recuperación de activos y lavaje de dinero ya actuado a lo largo de 30 años. Su empresa, Asset Forfeiture Law, LLC, provee practica y asistencia jurídica para agencias de persecución que trabajen con perdimiento de bienes y lavaje de dinero tanto en nivel local, estadual, federal bien como en el extranjero.

RESUMEN

Este artículo discute las metas que la confiscación de activos pretende cumplir en el sistema de justicia penal federal, los tipos de propiedad que están sujetas a confiscación y los procedimientos que se utilizan para iniciar, litigar y concluir casos de confiscación de activos. En lo que se refiere al procedimiento, su enfoque está en el - decomiso de activos sin condena (NCB) y, especialmente, en las salvaguardas que protegen los intereses de la propiedad y los derechos procesales de los propietarios.

*NATURE AND BASIC PROBLEMS OF NON-CONVICTION-BASED
CONFISCATION IN THE UNITED STATES*

ABSTRACT

This report discusses the goals that asset forfeiture is intended to serve in the federal criminal justice system, the types of property that are subject to forfeiture, and the procedures that are used to initiate, litigate, and conclude asset forfeiture cases. With respect to procedure, its focus is on non-conviction-based (NCB) forfeiture, and especially on the safeguards that protect the property interests and due process rights of property owners.

INTRODUCCIÓN

Estados Unidos posee un sólido programa de confiscación de activos. En cada uno de los últimos cinco ejercicios sociales, las autoridades policiales federales recuperaron más de dos mil millones de dólares en activos por medio de acciones de confiscación sin condena penal.¹ La mayoría de estas recuperaciones se basó en violaciones del Derecho penal federal. El resto involucró activos encontrados en Estados Unidos que se derivaron de violaciones de leyes extranjeras.

En los casos que involucran víctimas, los activos recuperados se utilizan para la restitución de las víctimas; en los demás casos, el dinero se distribuye entre las autoridades policiales federales, estatales y municipales, y se utiliza en entrenamientos y equipos de actividades policiales y para sufragar los gastos de investigaciones y litigios. En los casos en que los activos se derivaron de una violación de leyes extranjeras, las recuperaciones se comparten con los gobiernos extranjeros de conformidad con los Tratados de Asistencia Jurídica Mutua (TAJM) existentes.

Este artículo discute las metas que la confiscación de activos pretende cumplir en el sistema de justicia penal federal, los tipos de propiedad que están sujetas a confiscación y los procedimientos que se utilizan para iniciar, litigar y concluir casos de confiscación de activos. En lo que se refiere al procedimiento, su enfoque está en el decomiso de activos sin condena (NCB) y, especialmente, en las salvaguardas que protegen los intereses de la propiedad y los derechos procesales de los propietarios.

1 OBJETIVOS Y CARACTERÍSTICAS GENERALES

Aproximadamente la mitad de los activos recuperados a través del programa de decomiso de activos federales son recuperados como parte

¹ Los datos del Fondo de Confiscación de Activos del Departamento de Justicia se publican en <https://www.justice.gov/afp>. Que muestran depósitos de los ejercicios sociales de 2013 a 2016, totalizando los siguientes valores, respectivamente: US \$ 2,1 mil millones, US \$ 4.500 millones, US \$ 1.600 millones, US \$ 1.900 millones. La variación se debe a la inclusión de dos recuperaciones extraordinariamente grandes en el ejercicio social de 2014. También hay un Fondo del Tesoro menor que recoge recetas de casos tratados por el Departamento de Seguridad Interna y el Departamento del Tesoro. Los recibos en el Fondo de Obligaciones del Tesoro son, normalmente, un tercio de los que forman parte del Fondo del Departamento de Justicia (DOJ). El total de ingresos de confiscación federal puede calcularse por la agregación de los dos Fondos. Para el ejercicio social de 2017, el fondo del DOJ depositó US \$ 1.64 mil millones, de los cuales US \$ 480 millones fueron obtenidos de confiscados pacíficos NCB, US \$ 580 millones de confiscos NCB litigiosos y US \$ 590 millones de confiscados penales. Un gráfico presentando las estadísticas del DOJ de los ejercicios sociales de 2007 a 2016 se encuentra cargado como Anexo A.

de la sentencia del reo tras un proceso penal con condena, y lo demás se recupera en acciones de confiscación NCB. En ambos casos, los objetivos del proceso de decomiso son los mismos.

La Corte Suprema de Estados Unidos resumió las metas del programa federal de decomiso de activos en *Kaley v. United States*, 134 S. Ct. 1090, 1094 (2014). La confiscación, dijo la Corte, sirve para castigar a los infractores, disuadir ilegalidades futuras, disminuir el poder económico de emprendimientos criminales, compensar a las víctimas, mejorar las condiciones de las comunidades perjudicadas por el crimen y apoyar actividades policiales, como el entrenamiento de agentes policiales. En suma, los objetivos de la confiscación de activos son los objetivos de la aplicación del derecho penal en general - castigo, disuasión e incapacitación - además de varios objetivos adicionales que la confiscación está especialmente diseñada para alcanzar.

1.1 Punición del infractor

Como la mayoría de los promotores criminales sabe, muchos criminales están más interesados en mantener el dinero y otros activos derivados de su crimen en particular que en cumplir la pena en la cárcel.² Así, para castigar al reo, el promotor no busca sólo arrestarlo, sino sacar de él los frutos de su crimen .

En opinión del fiscal, no tiene sentido procesar a una persona por fraude y permitir que ella mantenga el dinero apurado con el fraude o permita que el traficante de drogas mantenga los activos que adquirió con la receta de sus actos ilícitos. En consecuencia, los fiscales generalmente insisten en que el acuerdo del reo de desistir que el producto de su crimen sea incluido en cualquier acuerdo negociado en un proceso penal. Muchas veces, esto implicará en exigir que el reo pague una sentencia igual a los ingresos que recibió, aunque haya gastado el dinero, e incluso que haya reembolsado a la víctima.

1.2 Disuadir a otros infractores

El segundo objetivo del sistema de justicia penal es la disuasión. En la mayoría de los procesos penales federales, el objetivo del reo en

² Un ejemplo ficticio, a menudo citado en conferencias sobre entrenamiento policial en los Estados Unidos, es proporcionado por la serie de TV *Breaking Bad*, en la que el personaje principal, Walter White, un químico que produce grandes cantidades de metanfetamina de alta calidad para traficantes de drogas, emprende grandes esfuerzos para lavar y proteger los beneficios de su crimen de la aplicación de la ley - por fin, al precio de su vida - para preservar el dinero para su familia.

cometer el crimen es ganar dinero. Si el reo no consigue mantener el dinero, habrá menos incentivo para que la próxima persona cometa la misma violación. Por otro lado, permitir que los acusados de procesos penales retengan el producto de sus crímenes, probablemente, generaría un incentivo a otros para cometer violaciones semejantes, a pesar de los riesgos involucrados, exactamente al revés del efecto disuasorio que la aplicación de la ley pretende alcanzar.

1.3 Eliminación de las herramientas del oficio y de los recursos económicos

Tercero, la pérdida de activos sirve como una forma de incapacitación. Obviamente, las armas de fuego son confiscadas para que no puedan ser usadas para cometer otros crímenes relacionados con armas de fuego en el futuro. De la misma forma, el gobierno utiliza la confiscación de bienes para evitar que el traficante utilice un avión para contrabando de más drogas, o que el pornógrafo infantil tenga otra oportunidad de usar su computadora para distribuir más imágenes ilegales.

En un sentido más amplio, sin embargo, el gobierno utiliza la confiscación de bienes para cerrar las vías usadas para cometer crímenes. El uso de la confiscación NCB para recuperar los beneficios de la cleptocracia es un buen ejemplo. Si los líderes corruptos de otros países están usando el sistema financiero de EE.UU. para lavar el dinero que han robado de sus tesoros y si están ocultando o invirtiendo el dinero en activos basados en EE.UU., la pérdida de estos activos bajo las leyes de lavado de dinero cierra la puerta para ese proceso y hace más difícil que futuros robos sean exitosos.

1.4 Interrupción de la organización

La confiscación como una forma de incapacitación se aplica a las organizaciones, de la misma forma que se aplica a los individuos. El dinero es el pegamento que mantiene a las empresas criminales organizadas enteras; que necesitan reciclar el dinero para mantener su esquema ilegal en funcionamiento. Sin un flujo constante de dinero, la conducta criminal pararía.

Por ejemplo, se suele decir que es más difícil para una organización de narcotráfico sustituir el dinero ganado con la venta de drogas que sustituir las propias drogas y, por lo tanto, perder el dinero interrumpe más el ciclo del narcotráfico que cualquier volumen de detenciones.

Lo mismo sirve para las organizaciones involucradas en el tráfico

de fauna: aprehender el dinero que fluye de los mercados asiáticos a las empresas de predación ilegal es una forma mucho más eficaz de suprimir el comercio de fauna que atrapar atentos bajo escalón que no poseen nada más que un camión y un arma.

Lo más importante es que la aprehensión de dinero destinada a países sancionados, como Corea del Norte e Irán, perjudica su capacidad para evitar esas sanciones, y la apropiación de dinero destinado a financiar el terrorismo tiene el potencial de salvar innumerables vidas.

1.5 Devolver dinero a las víctimas

Además del castigo, disuasión e incapacitación, la confiscación sirve a otros propósitos. La confiscación, por ejemplo, es una manera más eficaz de recuperar dinero para las víctimas que ordenar al reo a pagar la indemnización. Como el Tribunal de Apelación dijo en *United States v. Blackman*, 746 F.3d 137, 143 (4th Cir. 2014), “La capacidad del gobierno de cobrar en una sentencia [de confiscación], a menudo, supera en mucho a la de una víctima no instruida o sin recursos del crimen... En realidad, la esperanza de una víctima de recibir el pago depende de la capacidad superior del gobierno de recoger y liquidar los activos del reo conforme a las leyes de confiscación.

En ese sentido, en el programa de confiscación federal, las víctimas siempre vienen en primer lugar. Si hay víctimas, el dinero confiscado será utilizado para reembolsarlas, a menos que el reo tenga recursos para pagar a las propias víctimas. Sólo cuando no hay víctimas o el reo es capaz de pagarlas, el dinero puede ser utilizado para entrenamiento, equipos y otras finalidades policiales.

1.6 Protección de la comunidad

Obviamente, si hay menos armas en las calles, la comunidad estará más segura, pero la confiscación también protegerá a la comunidad de otras formas. Ello impide que los criminales adquieran control accionario en industrias, dominen mercados (por ejemplo, el mercado inmobiliario de alto nivel) o adquieran riqueza usada para corromper funcionarios públicos. En casos de cuello blanco, la recuperación de dinero de ejecutivos corporativos o funcionarios públicos corruptos da a las autoridades policiales la oportunidad de convencer a la comunidad de que los delincuentes no se beneficiarán de sus crímenes; que la ley trata

todos igualmente; y que los poderosos y bien conectados no pueden actuar con impunidad.

Además, la pérdida de los beneficios del crimen asegura que las partes queden económicamente en pie de igualdad, de modo que las personas que intentan administrar negocios honestamente no tengan que competir con aquellos que tienen acceso a capital no tributado de fuentes ilegales.

1.7 Reciclaje del dinero

Por último, los fondos confiscados pueden ser compartidos con las autoridades estatales y municipales y utilizados para financiar programas de represión al crimen. Algunos bienes confiscados también pueden ser utilizados para fines oficiales o donados a organizaciones comunitarias. Esto, sin embargo, se ha convertido en el lado controvertido del programa de recuperación de activos; lo que parece ser una aplicación adecuada de los activos criminales recuperados parece a los críticos ser “vigilancia para obtener ganancias” – es decir, aprehender y confiscar activos no para alcanzar algún objetivo legítimo de represión al crimen, sino para proporcionar a los órganos policiales los ingresos necesarios para financiar sus operaciones.

2 REQUISITOS SUSTANTIVOS: ¿QUÉ PROPIEDADES ESTÁN SUJETAS A DECOMISO?

En los Estados Unidos, en contraste con la mayoría de los demás países, la confiscación de bienes no se aplica, universalmente, a todos los crímenes, ya sean extranjeros o internos. Por el contrario, la legislatura promulgó una cláusula de confiscación diferente para cada crimen federal y concedió sólo autoridad limitada para la recuperación del producto de ciertos delitos extranjeros. Como resultado, por algunos crímenes el Gobierno puede recuperar el producto de la infracción, por otros él puede recuperar los bienes usados para cometerlo, y otros por los cuales él no puede recuperar cualquier bien.

Además de eso, aunque el castigo penal esté disponible para cualquier crimen por el cual se autoriza la confiscación NCB, el contrario no es cierto: hay algunos crímenes por los cuales la confiscación penal está autorizada, pero la confiscación NCB, no. En consecuencia, el promotor o agente policial investigativo debe guiarse en la ley aplicable para

determinar cuál, si existe, puede ser recuperado en relación a un delito específico, y qué procedimiento está disponible para recuperarlo.

Además, los estatutos de confiscación de activos se extienden por todo el Código de los Estados Unidos; no existe un estatuto único que se aplique a todos los delitos. Así, los promotores necesitan mantener un catálogo que cruce referencias entre cada crimen federal y la cláusula de confiscación aplicable a él. Nadie cree que esa es una situación ideal, que cualquier otro país deba imitar.

2.1 Producto

Para la mayoría de los crímenes, el Gobierno puede recuperar el producto de la violación y, en la mayoría de los casos, lo que constituye ese producto es bastante obvio: es cualquier cosa que el reo haya adquirido - o haya conseguido retener - como resultado del crimen. Si vendió drogas, el dinero que recibió por las drogas constituye el producto; si él robó un banco, cometió fraude o soborno, el dinero del banco o de la víctima del fraude o el pago del soborno sería el producto.

El alcance del término “producto”, sin embargo, puede ser bastante amplio y puede incluir bienes adquiridos indirectamente. Así, para determinar qué propiedad puede ser confiscada como resultado de una violación, los tribunales, por lo general, aplican una prueba “excepto por”, argumentando que, sea lo que el reo que no hubiera salvo por medio de la violación, constituye el producto de su crimen.

Por ejemplo, el sueldo que un reo no haya recibido, excepto por su conducta ilegal al cometer fraude de valores, podría ser confiscado como “producto” de ese delito.³ O los intereses de la cuenta de ahorro que el reo no haya ganado, excepto por haber abierto la cuenta con la identidad robada de alguien, podrían ser el producto del robo de identidad.⁴ De hecho, de acuerdo con la prueba “excepto por”, una empresa entera y todos de sus ingresos y activos pueden estar sujetos a confiscación, si la empresa no existiera, excepto por la inversión de recursos penales para iniciar o mantener el negocio en funcionamiento.⁵

Además, el “producto” incluye no sólo los bienes que el reo obtuvo como resultado de la violación, sino también los bienes que el crimen le permitió retener. Por ejemplo, si el reo es capaz de tener una

³ *United States v. Shabudin*, 701 Fed. Appx. 599 (9th Cir. 2017).

⁴ *United States v. Cekosky*, 171 Fed. Appx. 785, 787-88 (11th Cir. 2006).

⁵ *United States v. Warshak*, 631 F.3d 266, 329-330 (6th Cir. 2010); *United States v. Smith*, 749 F.3d 465, 488-89 (6th Cir. 2014).

deuda reducida pagando un soborno, el dinero ahorrado con la reducción de la deuda puede ser considerado el producto del soborno.⁶

En la ley federal, “producto” generalmente significa “producto bruto”, no beneficios netos, pero, eso no siempre es verdad. Aunque la mayoría de los tribunales afirman que traficantes de drogas y otros involucrados en conductas inherentemente ilegales no pueden deducir los costos derivados de sus actividades, la capacidad de deducir esos costos en otros casos no es tan clara.

Supongamos, por ejemplo, que alguien consiga un contrato para construir una carretera sobornando al empleado contratante, pero efectivamente construya la carretera. ¿Estaría todo el importe que él recibió en el contrato sujeto a confiscación basado en el hecho de que, excepto por haber pagado el soborno, el reo nunca habría sido adjudicado el contrato? ¿O tiene derecho a deducir los costos incurridos en la construcción de la carretera? Los tribunales de los Estados Unidos están divididos en esta cuestión.⁷

2.2 Bienes facilitadores

Por algunos crímenes federales - pero, desgraciadamente, no por crímenes extranjeros- el gobierno puede recuperar lo que es comúnmente llamado “bienes facilitadores”. Tales bienes pueden ser recuperados en casos de drogas y casos involucrados por pornografía infantil, por ejemplo, pero no en la mayoría de los casos de cuello blanco, como fraude o corrupción pública. Si un determinado estatuto de decomiso prevé la pérdida de bienes facilitadores es, generalmente, una cuestión de accidente histórico y no el resultado de cualquier decisión política ponderada.

Generalmente, el bien facilitador se define como cualquier bien que haga el crimen menos difícil de cometer o más o menos libre de obstrucción o impedimento.⁸ Una definición tan amplia, obviamente, conduce a cuestiones relativas a la proporcionalidad entre la confiscación y la gravedad de la violación, pero los tribunales abordaron esta cuestión de dos maneras.

⁶ *United States v. Esquenazi*, 752 F.3d 912, 931 (11th Cir. 2014).

⁷ *Compare United States v. Martin*, 2014 WL 221956, *5 (D. Idaho ene. 21, 2014) (contratista que obtiene un contrato del Gobierno alegando falsamente la elegibilidad para un programa para empresas desfavorecidas debe tener el beneficio neto, no el producto bruto, de los contratos obtenidos fraudulentamente, confiscado) con *United States v.* (Demandado que no hubiera presentado ninguna factura al gobierno, excepto por un acuerdo ilegal que le permitió presentar facturas infladas debe tener los rendimientos brutos confiscados, sin crédito por servicios efectivamente realizados).

⁸ *United States v. Huber*, 404 F.3d 1047 (8th Cir. 2005).

En primer lugar, como una cuestión estatutaria, la ley federal determina que debe haber una “conexión sustancial” entre la propiedad y la violación, que los tribunales definen como significando una conexión que sea “más que accidental o fortuita”.⁹ Así, si la conexión entre el bien y la ofensa es muy tangencial, la confiscación no será exitosa, aunque el bien facilite la comisión de la ofensa de alguna manera menos significativa.¹⁰

En segundo lugar, aunque el bien pase en la prueba de conexión sustancial, el tribunal puede exigir que la confiscación sea mitigada si su magnitud - medida por el valor de la propiedad y otros factores - es “groseramente desproporcionada a la gravedad de la violación”.¹¹ Esta cuestión se discute a continuación, en el contexto de los límites constitucionales impuestos a la confiscación por la aplicación de la Carta de Derechos.

3 PROCEDIMIENTOS Y SUS SALVAGUARDAS: ¿QUIEN INVESTIGA LOS CASOS? ¿PARA QUÉ TRIBUNAL ELLOS VAN?

Estados Unidos es un país consuetudinario, lo que significa que, a diferencia del sistema en jurisdicciones de derecho civil, los tribunales federales y los jueces no participan en la investigación y la incoación del proceso penal. Los casos son investigados por autoridades policiales y son presentados ante tribunales por fiscales federales.

Todas las investigaciones de confiscación de activos se consideran investigaciones penales; cuando la investigación es concluida, el procurador decide si debe buscar la confiscación de activos como parte de la sentencia del reo en un proceso penal o en una acción separada de confisco NCB. En ambos casos, el propósito de la confiscación es el mismo: alcanzar uno o más de los objetivos descritos anteriormente en la Parte II.

No hay distinción entre tribunales penales y civiles en el sistema judicial federal: Todos los jueces federales pueden presidir sobre casos penales y civiles, y lo hacen, incluyendo casos de confiscación penal y NCB de bienes. En consecuencia, si el procurador decide procesar la confiscación en instancia penal o no, la acción de decomiso es ajena por el mismo procurador, en el mismo tribunal.

Las investigaciones de confiscación de activos son, generalmente, iniciadas por una de las autoridades policiales federales. Cada autoridad tiene áreas de especialización y responsabilidades. Por ejemplo, el FBI

9 18 U.S.C. § 983(c)(3) (requiriendo una “conexión sustancial” entre la propiedad y la ofensa).

10 *United States v. One 1989 Jaguar XJ6*, 1993 WL 157630, *3 & n.2 (N.D. Ill. May 13, 1993).

11 *United States v. Bajakajian*, 524 U.S. 321, 323 (1998); 18 U.S.C. § 983(g).

investiga casos de fraude y corrupción; el IRS investiga casos tributarios y de lavado de dinero; el DEA investiga casos de drogas; HSI investiga casos de contrabando, y así sucesivamente. Las mismas autoridades investigan los casos de la misma manera, independientemente del caso ser procesado como una confiscación penal o como una acción de decomiso NCB.

Las herramientas de investigación disponibles para los agentes incluyen vigilancia física y electrónica, entrevistas con testigos, citas que exigen la presentación obligatoria de registros (incluyendo registros bancarios), búsquedas y aprehensiones, y convocatoria para comparecencia de testigos ante un jurado de instrucción. En la fase de instrucción, las mismas herramientas están disponibles, y los mismos derechos contra autoincriminación y búsquedas, incautaciones no razonables se aplican, si el procurador, finalmente, decide instituir el proceso de confiscación penal o civilmente. De hecho, en la mayoría de los casos, el procurador no tomará ninguna decisión sobre el método de confiscación, hasta que se concluya la investigación.¹²

Cuando la autoridad cree que la investigación ha alcanzado un cierto punto, los agentes la presentan a un fiscal federal, que puede concluir que el caso está listo para ser ajusticiado o puede sugerir, que alguna instrucción adicional sea necesaria. Es responsabilidad de la autoridad no sólo investigar el crimen y levantar las pruebas necesarias para comprobarlo, sino también localizar los activos que fueron derivados del crimen o que se utilizaron para cometerlo, y reunir las pruebas que serán necesarias para establecer esta conexión en el tribunal. Así, aunque es una ocurrencia rara, un promotor puede decidir que un caso no está listo para ser juzgado porque, aunque los agentes hayan concluido su investigación del crimen subyacente, no concluyeron la investigación de los bienes sujetos a confiscación.

Cuando el fiscal decide que el caso está listo, decidirá si el gobierno intentará recuperar los activos como parte de un proceso penal o en una acción NCB separada de cualquier proceso penal. De todos modos, cuando el caso va a juicio, el gobierno debe probar dos cosas: que un crimen ha sido cometido y que la propiedad que el gobierno quiere recuperar fue derivada o usada para cometer ese crimen. Y, de cualquier forma, el acusado - o el propietario del bien - tiene el derecho de sufrir la confiscación determinada por un jurado.

Al final, si el gobierno tiene éxito, el tribunal emitirá una sentencia de decomiso de la propiedad sobre el bien para Estados Unidos.

¹² En los raros casos en que el procurador sabe desde el principio que una acción penal no será posible, ciertas herramientas de instrucción, como el uso de un jurado de acusación de instrucción, pueden no estar disponibles.

En suma, jueces, policías y formuladores de políticas en Estados Unidos adoptan la siguiente visión en cuanto a la confiscación de activos: el *objeto* de todo el proceso - incluyendo la instrucción y el proceso - es la confiscación de activos; su *objetivo* es alcanzar las metas descritas arriba, incluyendo castigo, disuasión, incapacitación y restitución de víctimas; y el método por lo cual esos objetivos se alcanzan - confiscación penal como parte de un proceso penal o de una acción separada de confiscación NCB - es una elección estratégica hecha por el procurador, dependiendo de los hechos y circunstancias del caso. Las consideraciones que el fiscal utiliza para determinar qué ruta de toma son discutidas a continuación.

Siempre hay excepciones, por supuesto; algunos casos son más complicados que otros. Pero, normalmente, un caso de confiscación de activos puede ser resuelto penal o civilmente en cerca de un año.

3.1 Proceso de confiscación penal

Como ya se ha mencionado, la ley federal en Estados Unidos permite que los activos derivados o utilizados para cometer un crimen sean recuperados de dos maneras: como parte de la sentencia del reo, tras su condena en un proceso penal, o en un proceso de decomiso sin condena penal (“NCB” o “civil”).

El proceso de confiscación penal es razonablemente directo: si el reo es condenado, el tribunal ordenará que él pierda el producto de su crimen y los bienes que usó para cometerlo. La determinación de que un dato activo está sujeto a confiscación es hecha por el mismo jurado que dictó la decisión condenatoria en el juicio o, si el demandado renuncia al jurado por el tribunal como parte del proceso de pronunciación de la sentencia.¹³ Mientras la culpa del reo debe determinarse sin lugar a dudas, la pérdida de la propiedad se determina por el equilibrio de las probabilidades.¹⁴ Además, como la determinación de la confiscación forma parte del proceso de condena, oída ajena es admisible en la vista de decomiso.¹⁵

En contraste con otros países, Estados Unidos no adoptó el concepto de confiscación extendida. Al contrario, la confiscación penal se limita a los bienes derivados o utilizados para cometer el delito por el cual el reo fue condenado. El procurador puede lograr ampliar el alcance de la confiscación en el marco de esta regla, buscando la condena del reo por una conspiración u otro crimen integral, como un “esquema para fraude”,

¹³ Rule 32.2(b)(5), F.R.Crim.P.

¹⁴ *United States v. Stevenson*, 834 F.3d 80 (2nd Cir. 2016).

¹⁵ *United States v. Capoccia*, 503 F.3d 103, 109 (2d Cir. 2007).

en lugar de hacer una acusación sólo de una violación discreta, el hecho es que la confiscación penal está limitada al acto de la condena.¹⁶ Como se discute a continuación, la pérdida de bienes derivados de o usados para cometer otros crímenes que no sean el acto de la condena es una de las razones por las que los fiscales en los Estados Unidos necesitan confiar en confiscación NCB.

En los EE.UU, como en muchos países, si el reo ya no tiene la propiedad sujeta a confiscación - por ejemplo, porque él lo gastó, ocultó o envió al exterior - el tribunal puede aplicar una sentencia basada en valor, ordenando que él pague una cantidad en dinero igual a la que, personalmente, se benefició del delito.¹⁷ La aplicación de dicha sentencia es obligatoria,¹⁸ y puede ser ejecutada ordenando que el reo que pierda bien inmaculado de valor equivalente, como un activo sustituto.¹⁹

Hay otra limitación a la confiscación penal que es más o menos exclusiva de los Estados Unidos: una vez que la confiscación se impone en un proceso penal del que sólo el acusado es una parte, el bien perteneciente a un tercero no puede ser confiscado en un proceso penal, si fue utilizado para cometer el crimen por el cual el reo fue condenado. De hecho, se consideraría una violación de los derechos de debido proceso de que el tercero ordenara la confiscación de su propiedad en un proceso en el que no tuvo permiso para participar. En consecuencia, una vez que el tribunal otorgar una orden de decomiso de bien derivado de o usado para cometer un crimen, el tribunal debe conducir un proceso auxiliar tras sentencia, en el cual cualquier tercero con interés en la propiedad confiscada puede juzgar una acción que impugnaba la confiscación bajo la alegación de que el bien pertenecía a él, cuando fue usado para cometer el crimen, o que él lo adquirió después del crimen, como un comprador de buena fe a título oneroso.²⁰

Por consiguiente, si el Gobierno pretende obtener la confiscación de bienes pertenecientes a terceros que se los hayan utilizado para cometer una infracción penal, él debe instituir una acción de decomiso NCB contra el bien, incluso si el demandado ha sido condenado por el uso de dicho bien en un Estado caso penal.²¹

16 *United States v. Capoccia*, 503 F.3d 103, 110, 114 (2nd Cir. 2007).

17 *Honeycutt v. United States*, 137 S. Ct. 1626 (2017); *United States v. Vampire Nation*, 451 F.3d 189, 202 (3d Cir. 2006).

18 *United States v. Blackman*, 746 F.3d 137, 143 (4th Cir. 2014).

19 21 U.S.C. § 853(p).

20 21 U.S.C. § 853(n).

21 *United States v. One Red 2003 Hummer H2*, 234 F. Supp.3d 415 (W.D.N.Y. 2017) (confiscación de vehículo utilizado por el hijo del propietario para transportar drogas ilegales; confiscación civil)

3.2 Proceso de confiscación NCB

Los casos de decomiso sin condena penal NCB son acciones contra el propio bien, no contra el propietario del bien. Las personas que pretenden impugnar la confiscación (conocidas como “solicitantes”) deben intervenir en el proceso de decomiso y demostrar que tienen legitimidad para hacerlo.²²

La costumbre en los Estados Unidos es nombrar el bien que está sujeto a confiscación en la leyenda del caso; es por eso que nuestros casos NCB tienen nombres como *United States v. Real Property Located at 475 Martin Lane* (Estados Unidos vs. Propiedad Ubicado en 475 Martin Lane) o *United States vs. One Red 2003 Hummer H2* (Estados Unidos vs. Un vehículo Hummer H2 2003 Rojo), que algunos pueden considerar extraño o inusual. Nombrar la propiedad como el sujeto del proceso, sin embargo, no significa que el gobierno crea que la propiedad ha hecho algo incorrecto. En vez de eso, la confiscación NCB es, simplemente, un dispositivo procesal - una acción contra la cosa - destinada a hacer que todos los que tengan interés en el bien asistan al tribunal al mismo tiempo.²³

Por ejemplo, si el gobierno cree que la propiedad ubicada en 475 Martin Lane o el Hummer H2 Rojo está sujeto a confiscación (como el producto de un crimen o como bien usado para cometerlo), él nombrará el bien como el objeto de la acción de confiscación e invitar a cualquiera con interés en el bien – el propietario titular, su cónyuge, el titular del derecho de posesión, una persona con derecho de usufructo - a juzgar un proceso e impugnar la confiscación en un único proceso. Este es un proceso mucho más eficiente que el que resultaría si el gobierno estaba obligado a juzgar una acción de decomiso NCB por separado contra cada uno de esos potenciales solicitantes, individualmente.

Para los Estados Unidos, eso no es un concepto nuevo. Por el contrario, fue desarrollado en el siglo XVIII, como una manera de recuperar bienes de piratas y traficantes de esclavos, cuyos barcos y carga podían ser incautados, pero que permanecían fuera de la jurisdicción de EE.UU y de sus tribunales. Así, si el gobierno incautara al barco pirata y toda su carga, pero no consiguiera capturar al dueño del barco, él interpondría una acción de decomiso de activos sin condena NCB contra el buque e invitaba al pirata a comparecer ante el tribunal para impugnar la acción. Si se

necesaria para la pérdida de interés de terceros, aun cuando la persona en posesión haya sido acusada penalmente).

22 *United States v. Vazquez-Alvarez*, 760 F.3d 193, 197 (2nd Cir. 2014).

23 *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267, 295-96 (1996) (Kennedy, J. dictamen favorable).

negara a hacerlo, no podría ser procesado penalmente; no hay posibilidad de condenación *in absentia* en Estados Unidos. Pero el gobierno podría recuperar su propiedad.

Actualmente, los fiscales federales utilizan la confiscación de NCB en todo tipo de casos, desde drogas a fraude, corrupción, prácticamente todos los demás tipos de crímenes para los que se autoriza la confiscación. Y para aquellos que indagan si todavía se usa contra piratas y traficantes de esclavos, la respuesta es sí, todavía tenemos piratas, sólo los llamamos terroristas; y todavía tenemos traficantes de esclavos, nosotros sólo los llamamos traficantes de seres humanos o personas involucradas en el comercio sexual.

Lo que es importante saber sobre la confiscación civil o NCB es el siguiente: él no exige una condena o incluso un caso penal; la acción de confiscación puede ser iniciada antes de que un proceso penal relacionado sea juzgado, mientras esté tramitando, después de su conclusión o si no hay ningún caso penal relacionado. Pero, en todos los casos, el gobierno debe probar dos cosas: que un crimen fue cometido y que el bien fue derivado o usado para cometer ese crimen.

Como en un caso de confiscación penal, el gobierno debe establecer el segundo elemento - el nexo entre la propiedad y la violación - por medio de un equilibrio entre las probabilidades. Pero, a diferencia de un caso penal, basta con establecer el primer elemento - que un delito fue cometido - también por un equilibrio de las probabilidades, no sin sombra de duda.²⁴

En el caso de bien facilitador, el propietario del bien no necesita ser el infractor; otra persona puede haber utilizado su bien para cometer el crimen y, en caso afirmativo, el bien puede estar sujeto a confiscación, aunque el propietario no haya sido acusado de ningún crimen. El propietario, sin embargo, tendría el derecho de intervenir en el caso y defender sus derechos de propietario inocente. Es decir, una vez que el gobierno determine que un crimen se cometió y que el bien se utilizó para cometerlo, el propietario puede afirmar que no sabía que su bien estaba siendo utilizado de esa manera o que tomó todas las medidas razonables para evitarlo. Y si el tercero establece esa defensa por un equilibrio de las probabilidades, él será la parte vencedora.²⁵

24 Antes de la promulgación de la Ley de Reforma de la Confiscación de Activos Civiles de 2000 (CA-FRA), el reclamante tenía la carga de probar que el bien no estaba sujeto a confiscación. La CAFRA, sin embargo, abolió la carga reverso de la prueba y transmitió la carga de establecer la pérdida del bien para el gobierno. 18 U.S.C. § 983(c)(1).

25 18 U.S.C. § 983(d).

Así, por ejemplo, si alguien usa el coche de su esposa para cometer un crimen, y la esposa lo supiera y dejara que esto sucediera, el gobierno podría perder el coche en una acción de confiscación NCB sin tener que acusar a la esposa de cualquier crimen. Pero si ella no supiera que su coche estaba siendo usado para cometer un crimen, ella tendría una defensa de propietario inocente y tendría el derecho de recuperar los honorarios de su abogado, si ganara la causa.²⁶

El proceso en una acción de decomiso de activos sin condena NCB se puede resumir de la siguiente manera:²⁷ el gobierno inicia la acción aprehendiendo el bien (generalmente, con un mandamiento judicial) y ofreciendo una denuncia estableciendo las bases para su creencia de que el bien está sujeto a confiscación. Él debe enviar una copia de la denuncia a cualquier persona que aparente tener un derecho real a la propiedad y debe dar a esas personas tiempo para juzgar una acción impugnando la confiscación.

Caso una acción sea juzgada, las partes - el Gobierno y el (los) demandante(s) - se involucrarán en una dilación probatoria civil; es decir, pueden presentar exigencias recíprocas entre sí para presentar pruebas relevantes y contestar a interrogatorios. Al final del proceso de dilatación probatoria, las partes pueden enjuiciar las mociones dispositivas. Por ejemplo, el gobierno puede impugnar la legitimidad del reclamante de impugnar la confiscación o solicitar un juicio anticipado sobre la base de los hechos no discutidos. O el solicitante puede presentar moción para la supresión de pruebas que fueron ilegalmente incautadas, presentar moción para extinción de la inicial o ajusticiar su propia moción interrelativa para juicio anticipado.

Si no se concede ninguna moción dispositiva, el caso será llevado a juicio ante un juez federal. Si alguna de las partes lo solicita, la posibilidad de confiscación del bien, así como cualquier defensa de propietario inocente, deberán ser determinadas por un jurado. Si el gobierno es adjudicado a un ganador, es decir, si se establece que un crimen ha sido cometido y que el bien ha sido derivado de, o usado para cometer ese crimen, y el reclamante no establece una defensa de propietario inocente, el tribunal pasará una orden transfiriendo el derecho de posesión para el gobierno.

26 28 U.S.C. § 2465(b).

27 Los procedimientos que rigen la práctica de confiscación civil se establecen en la Regla Complementaria G del Reglamento F.R.Civ.P. and 18 U.S.C. § 983(a).

3.3 ¿Cuándo el gobierno decide echar la confiscación NCB?

Si la confiscación NCB es una herramienta tan poderosa, ¿por qué el gobierno no confisca todo civilmente, en vez de incluir algo como parte de un proceso penal? ¿O, formulando la pregunta de otra forma, cómo el procurador decide ajusticiar el caso penalmente como parte de un proceso penal o, por separado, en una acción de decomiso NCB?

En primer lugar, el procurador puede tener mucho trabajo extra para juzgar una acción separada de decomiso NCB, si el bien puede ser recuperado como parte de la sentencia del reo en un caso penal relacionado. Además, el decomiso sin condena penal NCB tiene una seria limitación.

Recordémonos el segundo requisito: que el gobierno debe probar que el bien ha sido derivado de o usado para cometer el crimen. Por tratarse de una acción contra la cosa, es decir, contra un bien específico, no hay activos sustitutos o juicios de valor en un caso de confiscación NCB. Así, si el gobierno no puede establecer la conexión entre el activo y el crimen subyacente, no puede haber confiscación. En particular, en los casos en que el dinero ya se ha gastado o no se puede encontrar, el decomiso NCB no es una opción.

Por estas dos razones, los fiscales federales en los Estados Unidos, generalmente, reservan el decomiso NCB para casos en que la acción penal no es posible o no apropiada, o cuando un proceso penal no está listo para constituir inculpado. Sin embargo, esto deja las siguientes once situaciones en que el decomiso NCB, probablemente, será el vehículo del promotor para la recuperación de propiedades criminales.

1. Cuando la propiedad es confiscada, pero el decomiso no es impugnado: es común en los Estados Unidos que un acusado de una ofensa penal renuncie a su derecho de impugnar la pérdida del dinero, arma de fuego u otro bien confiscado de que tenía la posesión en el momento de su arresto. En estos casos, el gobierno es capaz de enajenar rápidamente el bien, en una acción de decomiso NCB no contestada (denominada “confiscación administrativa”, en la jurisprudencia), en vez de retrasar la enajenación del bien hasta la conclusión del proceso penal del reo.

2. Cuando el infractor está muerto o es inepto para ser juzgado: no puede haber confiscación penal si el acusado no puede ser llevado a juicio. Así, en muchos casos, el gobierno juzga una acción de decomiso NCB porque el reo murió, pero la propiedad sigue sujeta a confiscación.²⁸ El ejemplo más conocido involucró al ex ejecutivo de Enron, Kenneth Lay, que murió

²⁸ Ver *United States v. \$120,751.00*, 102 F.3d 342, 344 (8th Cir. 1996) (la confiscación civil no se suspende por el fallecimiento del propietario).

antes de su condena penal y la sentencia de confiscación tuvo su tránsito en juzgado, y cuyos bienes derivados del crimen tuvieron que ser confiscados en un proceso de decomiso sin condena penal NCB enjuiciado con posterioridad.²⁹

3. Cuando el reo sea forajido o extranjero más allá de la jurisdicción nacional de los Estados Unidos: la confiscación penal tampoco será una opción si el reo es un ciudadano extranjero que comete un crimen en un país extranjero, pero, lavar o invertir el producto en los Estados Unidos. En estos casos, la confiscación NCB es el único recurso disponible.

Ejemplos de ello abundan. En una serie de casos, los fiscales federales utilizaron la casación NCB para recuperar los activos de Gen. Sani Abacha, que utilizó bancos en Estados Unidos para lavar miles de millones de dólares robados durante su período como gobernante militar en Nigeria de Kim Dotcom, que robó millones de dólares de propiedad intelectual de titulares de derechos de autor en Estados Unidos, mientras residía en Nueva Zelanda, y miembro del crimen organizado ruso, que robaron más de 200 millones de dólares del tesoro ruso e invirtieron parte del dinero en inmuebles en Nueva York.³⁰

De la misma forma, la confiscación penal no es una opción si el reo comete el crimen en los Estados Unidos, pero luego huye a otra jurisdicción, dejando su propiedad detrás. En tales casos, el gobierno, normalmente, juzga una acción de decomiso NCB contra la propiedad y luego invoca la doctrina de destitución de forajido, 28 USC § 2466, para impedir al fugitivo de impugnar la confiscación hasta y a menos que él se rinda para enfrentar las acusaciones penales.³¹

4. Cuando el estatuto de limitaciones fue ejecutado en el caso penal: en los Estados Unidos, un proceso penal, generalmente, debe ser iniciado en hasta cinco años de la fecha del delito. Las acciones de decomiso NCB también tienen un período de limitaciones de cinco años, pero el tiempo transcurre desde la fecha de *descubrimiento* de la violación, no de la fecha

²⁹ *United States v. Lay*, 456 F. Supp. 2d 869, 874 (S.D. Tex. 2006).

³⁰ *United States v. All Assets Held in Account Number 80020796*, 83 F. Supp.3d 360 (D.D.C. 2015) (\$ 2 mil millones robados de Nigeria por el Gen. Abacha, lavados por medio de bancos norteamericanos y depositados en Jersey, Francia y el Reino Unido); *United States v. All Assets Listed in Attachment A (MegaUpload, Ltd.)*, 89 F. Supp.3d 813 (E.D. Va. 2015) (fondos derivados del robo de propiedad intelectual de los EE.UU. en un sitio web administrado por Nueva Zelanda); *United States v. Prevezon Holdings, Ltd.*, 251 F.Supp.3d 684 (S.D.N.Y. 2017) (el horario y el patrón de las transacciones pueden servir como evidencia circunstancial de que el dinero movido a través de una serie compleja de transacciones es rastreable hasta el SUA (Software de Usuario Estándar) original).

³¹ *United States v. Real Property Known As 7208 East 65th Pl.*, 185 F. Supp.3d 1288 (N.D. Okla. 2016) (el reo acusado de vender remedio sin valor para pacientes con cáncer en estado terminal huye a México).

en que la violación ocurrió.³² Por lo tanto, hay casos en que un proceso penal no es viable, porque el estatuto de limitaciones ha expirado, pero el decomiso NCB sigue disponible como medio de recuperar la propiedad penalmente contaminada.

5. Cuando la propiedad contaminada es recuperada, pero la policía no sabe quién cometió el crimen que dio origen a la confiscación: no es raro que los agentes policiales recuperen un bien que esté probablemente vinculado a una infracción criminal, aunque no es posible determinar es el autor de la violación. Por ejemplo, si armas, simuladores de vuelo, contrabando de equipos electrónicos o dinero se interceptan durante el tránsito de un país designado como un país que apoya el terrorismo, la propiedad estará sujeta a confiscación, aunque no esté claro quién es el exportador o quien sea el destinatario la propiedad, y no hay, por lo tanto, nadie a procesar y nadie a condenar en un proceso penal.

El mismo es cierto si los paquetes de dinero envueltos en bandas de caucho y contaminados con residuos de drogas son incautados de un mensajero que es incapaz de (o se niega a) identificar al propietario del bien o si un artefacto cultural u obra de arte es recuperado de una casa de subastas, pero nadie sabe quién lo robó o importó.³³

En todos estos casos, un orden no basado en la condena alcanzará el bien y obligará a su propietario a presentarse para impugnar el proceso de decomiso.

6. Cuando el reo es condenado por un crimen distinto del que dio origen a la confiscación: como se mencionó anteriormente, los tribunales federales de los Estados Unidos no adoptaron completamente el concepto de “confiscación extendida”, por lo cual una condena por un determinado delito dará lugar a una orden de confiscación dirigida al producto de todos los otros crímenes que el mismo reo cometió. Por el contrario, como la sentencia penal es considerada parte de la sentencia del reo relativa a la práctica de una determinada violación, solamente el bien conectado a la comisión de esa violación estará sujeta a confiscación penal. En estos casos, el gobierno debe instaurar una acción de confiscación sin condena penal para recuperar cualquier bien involucrado en otras violaciones.

32 19 U.S.C. § 1621; *United States v. Real Property 874 Gartel Drive*, 79 F.3d 918, 922 (9th Cir. 1996).

33 *United States v. Eighteenth Century Peruvian Oil on Canvas*, 597 F. Supp.2d 618, 623 (E.D. Va. 2009) (pinturas al óleo religiosas importadas de Perú en violación a la Ley de Implementación del Convenio sobre Propiedad Cultural están sujetas a confiscación en el marco del marco del 19 U.S.C. § 2609); *Two General Electric Aircraft Engines*, 2016 WL 6495397 (D.D.C. Nov. 2, 2016) (la acción civil de incautación contra dos motores de aeronaves siendo enviados a Irán en violación de la ley de EEUU y que estaban destinados a ser entregados a una organización terrorista: el Ejército de los Guardianes de la Revolución Islámica - Qods).

7. Cuando no hay ningún caso penal federal, porque el reo ya fue condenado en un tribunal estatal, extranjero o tribal: supongamos que un crimen ha sido cometido fuera de los Estados Unidos y que el autor ha sido condenado en el país extranjero, pero el bien está ahora, en Estados Unidos y el país extranjero no ha logrado (por cualquier motivo) obtener una orden de decomiso que EE.UU pueda aplicar. En ese caso, incluso si los Estados Unidos pudieran aprehender al reo, podría ser innecesario - y ser considerado un desperdicio de recursos judiciales - procesarlo una segunda vez por crímenes que él cometió en Estados Unidos sólo para recuperar sus activos criminales basados en EE.UU. Lo mismo podría suceder en relación a un proceso penal federal por un delito por el cual el reo ya ha sido condenado en un tribunal estatal.³⁴

En ambos casos, el enjuiciamiento de una acción de decomiso NCB permite que el gobierno recupere la propiedad en un tribunal federal, sin tener que juzgar una acción penal innecesaria.

8. Cuando no hay ningún caso criminal, porque los intereses de la justicia no exigen una condena: hay muchas ocasiones en que el gobierno opta por no juzgar un proceso penal, aunque haya una clara violación del derecho penal, puesto que los intereses de la justicia no exigen condenación. Esto se llama ejercicio de la discreción de la fiscalía.

Supongamos, por ejemplo, que un criminal condenado persuadió a su madre de 70 años a comprar un arma de fuego en su nombre, en una situación en la que ambos saben que es una violación de la ley federal que un criminal condenado posea tal arma. Y suponga que la madre no sólo compra el arma de fuego, sino que mienta en el documento requerido cuando se le pregunte si la está comprando para usted o para terceros.

En ese caso, la madre, claramente, violó la ley federal y estaría sujeta a proceso penal, pero, confrontada con la elección entre no hacer nada (y permitir que el criminal retenga el arma) y disparar acciones penales contra la mujer anciana, el gobierno puede decidir qué confiscar el arma mediante una orden de decomiso es la cosa correcta a hacer.³⁵

9. Cuando las pruebas son insuficientes para demostrar que el reo cometió la violación sin sombra de duda: en casos de confiscación penal y NCB, el gobierno tiene la carga de probar la conexión entre el bien y la ofensa penal por un equilibrio de las probabilidades. El mismo patrón se aplica en casos de NCB a prueba del gobierno de que un crimen se cometió, pero en

³⁴ *United States v. \$7,679.00 U.S. Currency*, 2015 WL 7571910 (W.D.N.Y. NOv. 24, 2015) (reo se declara culpable de delito estatal de drogas y el órgano federal adopta aprehensión por confiscación civil en los términos de la ley federal).

³⁵ *United States v. 6 Firearms, Accessories and Ammunition*, 2015 WL 4660126 (W.D. Wash. Aug. 5, 2015).

casos penales, el gobierno debe probar, no sólo que un crimen se cometió, pero que un inculpado en particular cometió el crimen sin sombra de duda. Cuando el gobierno no puede atender a este patrón más alto en un proceso penal, puede recurrir a la confiscación NCB como el medio apropiado de recuperar la propiedad.

10. Cuando el reo utiliza la propiedad de otra persona para cometer el crimen y esa persona no es un propietario inocente: como se mencionó anteriormente, no es inusual que un reo utilice la propiedad de otra persona para cometer un crimen. Por ejemplo, puede haber lavado su dinero a través de negocios de terceros, robado un banco con un arma de terceros o distribuido drogas usando un avión de terceros. En estos casos, la confiscación NCB hace posible confiscar el interés del tercero en la propiedad, sin tener que actuar al tercero de un crimen. De hecho, como la ley federal de los Estados Unidos no permite la confiscación de la propiedad de un tercero en un proceso penal, aunque la persona no sea un propietario inocente, la confiscación NCB es la *única manera* de que el gobierno recupere el bien sin indicarle tercero por un delito penal.

En tales casos, el tercero tendría el derecho de intervenir y defender sus derechos de propiedad, impugnando la prueba del gobierno en el mérito y/o afirmando que es propietario inocente del bien.

11. Cuando la investigación criminal demora mucho y el peligro de la propiedad desaparece: por fin, los fiscales federales pueden iniciar una acción de decomiso NCB como forma de inmovilizar bienes confiscables mientras una investigación criminal está en marcha, pero antes de que el gobierno esté listo para indiciar formalmente. En estos casos, que son comunes, el gobierno inicia la acción de confiscación, pero luego pide al tribunal que suspenda el proceso para evitar la divulgación de los detalles de la investigación criminal en el curso de la dilación probatoria civil.³⁶

Al mismo tiempo, es muy probable que el propietario del bien concuerde con la suspensión o busque una suspensión en favor de sí mismo, para evitar tener que elegir entre renunciar a su derecho de la Quinta Enmienda contra la autoincriminación y dejar de rendir testimonio en defensa de su hijo bien.³⁷

De hecho, además de Estados Unidos, esto se convierte en una de las principales razones para la promulgación de cláusulas de decomiso NCB en jurisdicciones de derecho civil, donde la investigación de personas políticamente expuestas involucradas en casos de corrupción puede tardar años para ser resuelta.

³⁶ 18 U.S.C. § 981(g)(1).

³⁷ 18 U.S.C. § 981(g)(2).

3.4 Salvaguardias constitucionales

Aunque la confiscación NCB no exija una condena penal, la mayoría de las salvaguardias a la libertad individual que se aplican en casos penales se aplican también en los casos de decomiso NCB. Cuando existen excepciones, la lógica es que las protecciones que se aplican cuando la libertad de alguien está en juego, históricamente, no se aplicaron cuando la única cuestión es la imposición de una penalidad monetaria o la pérdida de un bien.

En casos de confiscación penal y NCB, el propietario del bien goza del derecho de tener la pérdida de su bien determinada por un jurado, y de hacer que el gobierno establezca el nexo entre la propiedad y la ofensa por un equilibrio de las probabilidades.³⁸ En ambos casos, el propietario del bien también tiene el derecho de presentar una moción para supresión de pruebas obtenidas en violación de la protección de la Cuarta Enmienda contra búsquedas y aprehensiones desrazonadas.³⁹ Y, en ambos casos, la confiscación está limitada por la Cláusula de Multas Excesivas de la Octava Enmienda, que prohíbe confiscaciones que sean “desproporcionales en relación a la gravedad de la violación”.⁴⁰

Además, ambos regímenes legislativos protegen los derechos de terceros, permitiéndoles intervenir en caso de confiscación y afirmar que el bien pertenece a ellos (lo que es una defensa completa en cuanto a la confiscación penal) o que pertenece a ellos y que ellos se califican como propietarios inocentes (en casos de NCB). En ambos casos, la carga de la prueba recae sobre el tercero de determinar que tiene el derecho de tener su bien exento de confiscación.⁴¹

Por último, en ambos casos, la parte que pierde en el juicio tiene el derecho de apelar.

En otros casos, las protecciones ofrecidas en los casos de NCB son, en realidad, mayores que en casos penales. Por ejemplo, el alcance de la dilatación probatoria civil en casos de NCB es mucho más amplio

38 Rule G(9), F.R.Civ.P., Rule 32.2(b)(5), F.R.Crim.P., 18 U.S.C. § 983(c)(1) (atribuyendo la carga de la prueba al Gobierno, en casos de confiscación civil).

39 Rule G(8)(a), F.R.Civ.P. (que hace que el principio de no admisibilidad aplicable a los casos de confiscación civil).

40 *United States v. Cheeseman*, 600 F.3d 270, 282 (3d Cir. 2010) (la Cláusula de Multas Excesivas se aplica tanto a la confiscación criminal en cuanto a la confiscación civil); 18 U.S.C. § 983(g) (que hace la Cláusula de Multas Excesivas aplicable a la confiscación civil por ley).

41 21 U.S.C. § 853(n) (que trata de derechos de terceros en casos penales); 18 U.C. § 983 (d) (que crea una defensa de propietario inocente en casos de confiscación civil).

que el alcance de la dilatación probatoria penal. Así, en los casos de NCB, el reclamante/propietario del bien puede obligar al gobierno a divulgar pruebas y presentar testigos antes del juicio que el gobierno no estaría obligado a divulgar o presentar en un proceso penal.⁴²

Además, si bien se oye ajena en los casos de confiscación penal para determinar la pérdida de la propiedad después de que el reo sea condenado (porque el proceso de confiscación se considera parte del proceso de condena), en los casos de NCB, el gobierno debe establecer ambos los elementos - qué crimen ocurrió y que el bien fue derivado de o usado para cometer el crimen - con evidencia admisible de no oída ajena.⁴³

Además, diversas protecciones del debido proceso se aplican en casos de NCB que no tienen contrapartida en casos penales. Por ejemplo, el gobierno debe iniciar un proceso de decomiso NCB notificando a cualquier persona con potencial interés el bien de una forma que sea susceptible de alcanzar una notificación efectiva.⁴⁴ Además, el gobierno debe iniciar su acción dentro de un plazo fijo después de la aprehensión del bien y la demanda del propietario por su devolución.

Hay, por supuesto, casos en que las salvaguardias en procesos penales son mayores que las en casos de NCB, el más importante de los cuales se refiere a la carga de la prueba. Aunque el gobierno tiene la carga de la prueba en ambos casos, y aunque es necesario establecer el nexo entre la propiedad y la violación por el mismo patrón en ambos casos, en casos penales, el gobierno debe establecer que un crimen se cometió y que fue cometido por una determinada persona, sin lugar a dudas, mientras que, en los casos de NCB, sólo es necesario probar que un crimen fue cometido por alguien por un equilibrio de las probabilidades. Esto refleja la visión histórica en los Estados Unidos de que el estándar más elevado debe ser atendido cuando la vida o la libertad de una persona está en juego, pero que el patrón inferior es suficiente cuando el litigio se refiere sólo a la posibilidad de una penalidad monetaria o la pérdida de derechos de propiedad.⁴⁵

42 *United States v. Approximately \$69,577 in U.S. Currency*, 2009 WL 1404690, *3 (N.D. Cal. May 19, 2009) (el gobierno tiene el derecho de suspensión si proporciona dilación probatoria a miembros de la familia del reo en el caso civil, proporcionará al demandado una dilatación probatoria anterior y más amplia de lo que podría obtener en su caso penal).

43 *Compare United States v. Ali*, 619 F.3d 713, 720 (7th Cir. 2010) (oída ajena admisible en proceso de confiscación penal) con *United States v. \$92,203.00 in U.S. Currency*, 537 F.3d 504, 510 (5th Cir. 2008) (oída ajena al admisible en procesos de confiscación civil).

44 *Dusenbery v. United States*, 534 U.S. 161, 167 (2002).

45 *United States v. \$114,700.00 in U.S. Currency*, 2017 WL 6205529 (D. Col. Dec. 8, 2017) (El informe y la recomendación) (rechazando la contestación del debido proceso al patrón de preponderancia, la confiscación civil sirve a un propósito importante del gobierno, hay una clara justificación para el

Los casos penales y de NCB también difieren en lo que se refiere a la aplicación del derecho de la Quinta Enmienda contra la autoincriminación. Mientras el demandado mantiene el derecho de negarse a testificarse contra sí mismo en ambos casos, las consecuencias de invocar ese derecho difieren, dependiendo de la naturaleza del proceso. En casos penales, el gobierno no puede hacer referencia a, ni hacer ninguna inferencia adversa de la invocación del reo al derecho de la Quinta Enmienda de permanecer en silencio. En contraste, en los casos de NCB, si un reclamante invoca ese derecho, el tribunal puede hacer una inferencia adversa de su silencio.⁴⁶

Además, un solicitante que se niega a responder a cualquier pregunta relativa a su relación con el bien en un caso de confiscación NCB puede encontrar que es incapaz de atender a su cargo de establecer una posición para impugnar la confiscación.⁴⁷

Por último, los casos penales y NCB difieren en lo que se refiere a la aplicación del abogado garantizado por la Sexta Enmienda. En ninguno de los casos el demandado puede utilizar fondos de origen criminal para pagar a un abogado.⁴⁸ En casos penales, sin embargo, un reo que es impedido de usar sus bienes para ese fin tiene derecho al nombramiento de abogado a expensas del gobierno. En cambio, en los casos de NCB, el solicitante sólo tiene derecho al nombramiento de un abogado si el bien sujeto a la confiscación es su residencia personal.⁴⁹ En todos los demás casos, el reclamante debe aguardar el resultado del caso, y tiene derecho a ser reembolsado por los honorarios de su abogado solamente si sale ganador en el proceso.⁵⁰

CONCLUSIÓN

Iniciar una acción de decomiso sin condena penal es visto como una herramienta esencial de aplicación de la ley en los Estados Unidos, que puede ser empleada a criterio del procurador en casos apropiados, y sin la cual sería imposible recuperar la propiedad en una amplia diversidad de

patrón de preponderancia, y las otras protecciones en la CAFRA son adecuadas para garantizar que el mismo no se aprehende sin el debido proceso legal, además de la duda razonable ser reservada para casos penales, y clara y convincentemente, aplicarse a casos extraordinarios que implican deportación, desnaturalización y rescisión de patria poder, no casos involucrando la pérdida de dinero), adoptado por el juicio de la comarca, 2018 WL 655040 (D. Col. Feb. 1, 2018).

46 *United States v. U.S. Currency in the Amount of \$119,984.00*, 304 F.3d 165, 177 (2d Cir. 2002).

47 *United States v. \$162,576.00 in U.S. Currency*, 2011 WL 5239747, *5-6 (M.D. Ga. Nov. 1, 2011).

48 *Luis v. United States*, 136 S. Ct. 1083 (2016).

49 18 U.S.C. § 983(b).

50 28 U.S.C. § 2465(b).

casos de gran importancia, incluyendo casos en los que se pide a Estados Unidos que recupere bienes derivados de crímenes cometidos en otros países. Las protecciones del debido proceso legal y otras salvaguardias que son parte integrante de los procesos penales son, en su mayor parte, igualmente aplicables a los procedimientos de NCB y, en algunos casos, son superadas por las protecciones concedidas a las partes en los casos de NCB. En los casos en que las salvaguardias penales son mayores, las salvaguardias en los casos de NCB son apropiadas a la luz de la protección históricamente mayor proporcionada cuando la vida o la libertad, y no sólo el interés en los bienes está en juego.

Artículo recibido en: 10/08/2018.

Artículo aceptado en: 20/04/2019.

Cómo citar este artículo (ABNT):

CASSELLA, S. D. Nature and basic problems of non-conviction-based confiscation in the United States. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. XXX-XXX, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1334>>. Acesso em: dia mês. ano.