

El Creciente Alcance de la Ley de los Estados Unidos:

Aplicación Extraterritorial, Ejecución
Internacional y Obligaciones de las
Empresas e Individuos para Cumplir
con la Ley

Baach Robinson & Lewis PLLC
Washington | New York | London
Agosto de 2007

Introducción

- Impacto del 11 de septiembre de 2001 en el alcance del derecho criminal de los EE.UU.:
 - El derecho criminal de EE.UU. se ha expandido para cubrir actividad con solo mínimos contactos con EE.UU.
 - Teorías agresivas de investigación e enjuiciamiento han extendido la aplicación de herramientas legales existentes en nuevas direcciones.
 - Tratados de Asistencia Legal Mutua (“MLATs”, por sus siglas en inglés) y otros acuerdos han incrementado la habilidad de fiscales de EE.UU. y de otros países para aplicar la ley criminal e intercambiar información libremente.

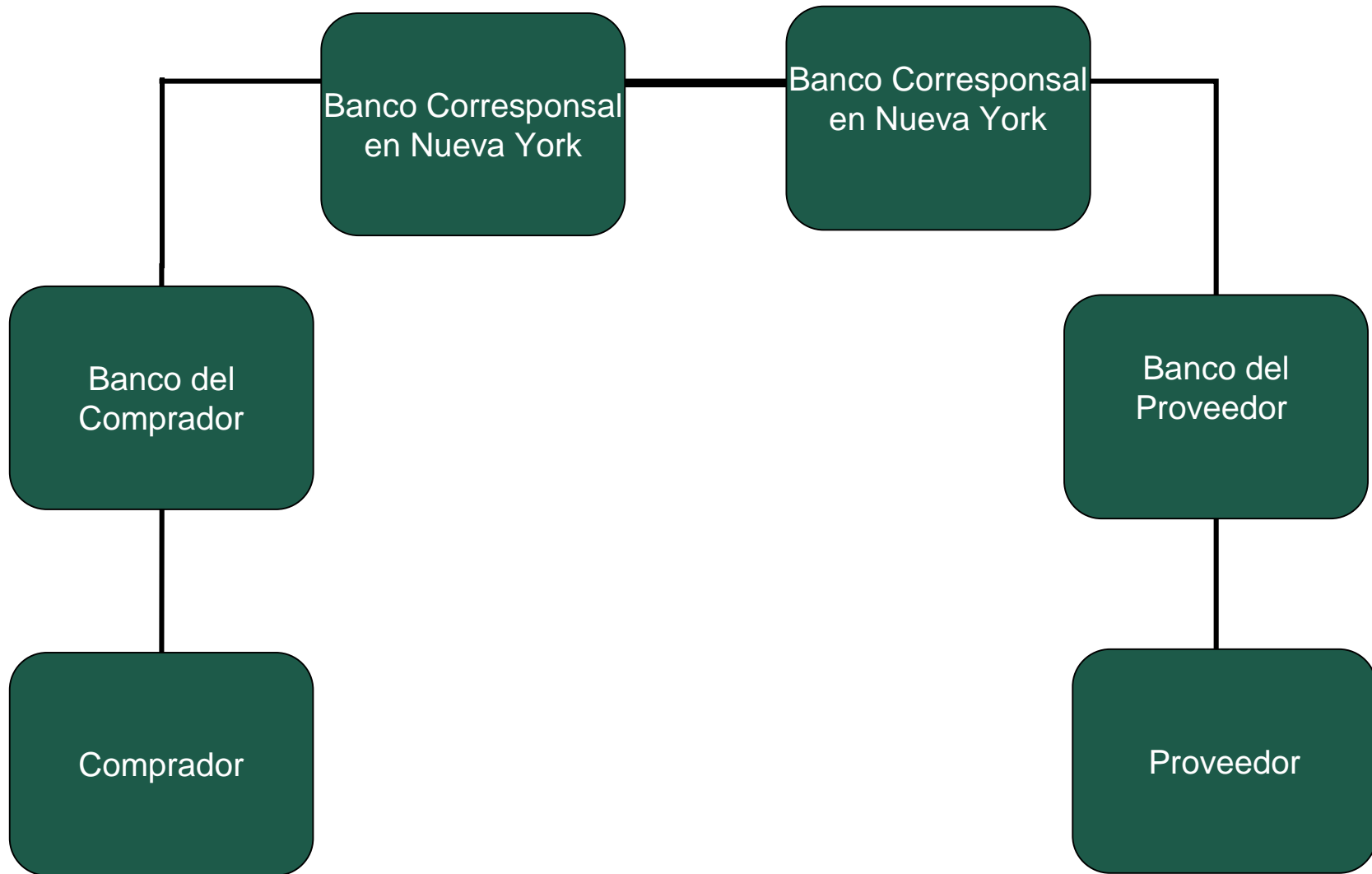
Introducción

- Desarrollos recientes aumentan el poder de los fiscales de EE.UU. para enfocar, investigar y enjuiciar a individuos, entidades comerciales e instituciones financieras del extranjero.
- Estos desarrollos también mejoran la habilidad de autoridades extranjeras de utilizar procedimientos de investigación y recursos de recolección de información de EE.UU. para sus propias investigaciones. El descubrimiento de pruebas en EE.UU. es amplio e invasivo.
- Es esencial que compañías e individuos extranjeros entiendan el alcance ampliado del derecho de EE.UU.

Introducción

- Ley sobre Prácticas Corruptas en el Extranjero (“FCPA”)
- Legislación contra el Lavado de Dinero y la Ley USAPatriot § 319
- Oficina de Control de Activos Extranjeros (“OFAC”)
- Tratados de Asistencia Legal Mutua (“MLATs”)
- Otros Acuerdos Internacionales
 - Naciones Unidas
 - Organización de los Estados Americanos
 - Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

Introducción



FCPA

- Hay un nuevo énfasis en la aplicación de la FCPA y particularmente su expansión a personas y entidades extranjeras. Según la FCPA:
 - Es ilegal para una persona o entidad que tenga un nexo mínimo con EE.UU. hacer pagos corruptos a funcionarios extranjeros con el objeto de obtener negocios para o con cualquier persona.
 - En términos de jurisdicción, se requiere un nexo con EE.UU., que hoy puede ser satisfecho con una entrada automática en una base de datos electrónica o un pulso electrónico a través del sistema de pagos de EE.UU.
 - Se ha extendido para ser aplicado a personas y firmas extranjeras que actúan para facilitar un pago corrupto cuando están en los EE.UU.

FCPA

- Nueva legislación desde el 11 de septiembre de 2001 expande la jurisdicción de EE.UU. por violaciones de la FCPA a personas extranjeras que hagan pagos ilegales fuera de los EE.UU. que tengan un “efecto perjudicial” dentro de los EE.UU.
 - Incluye el paso de dinero ilícito a través de los sistemas financieros de los EE.UU.
 - Personas y entidades extranjeras pueden ser también acusadas por lavado de dinero y conspiración.

FCPA

- Cinco Elementos de una Violación de la FCPA:
 - Quién está haciendo el pago?
 - Fue la intención de esa persona corrupta?
 - Fue hecho, ofrecido, prometido o autorizado un pago?
 - Es el destinatario directo o indirecto de ese pago un funcionario extranjero?
 - Fue el pago hecho para facilitar un negocio?

FCPA

- Se aplica a compañías y ciudadanos extranjeros que realicen, personalmente o a través de agentes, un acto de promoción de un pago corrupto que tenga lugar dentro de los EE.UU. o que tenga un “efecto perjudicial” en los EE.UU.
- El pago debe tener la intención de inducir a quien lo recibe a hacer mal uso de su posición oficial para obtener negocios para el que paga u otra persona.
- El acto no tiene que ser exitoso; el ofrecimiento del pago viola la ley por si mismo.
- Compañías matrices de los EE.UU. pueden ser responsables por actos de subsidiarias en el extranjero.
- Las subsidiarias en el extranjero están sujetas a normas sobre mantenimiento de registros.
- Responsabilidad por fallas en el mantenimiento de registros de transacciones.

FCPA

- Qué está permitido?
 - Pagos para facilitar o acelerar “acciones gubernamentales de rutina.”
 - Ejemplos: obtención de permisos o licencias, procesamiento de visas u ordenes de trabajo u otorgamiento de protección policial.
 - Pagos que sean legales en ese país.
 - Pagos que sean parte del cumplimiento de una obligación contractual.

FCPA

- FCPA en la Práctica – Caso de Guido Alejandro Antonini Wilson
 - Bases potenciales de Jurisdicción
 - Nacionalidad estadounidense
 - Uso de empresas de Antonini en los EE.UU.
 - Uso de cuentas bancarias en los EE.UU.
 - Si existiese una intención corrupta, entonces Antonini podría ser enjuiciado bajo la FCPA.
 - Otros individuos involucrados también podrían ser sujetos a enjuiciamiento bajo la FCPA como resultado del nexo con los EE.UU. a través de Antonini.

FCPA

- Sanciones

- Criminal: Multas de hasta U\$S 100,000 y pena de prisión de hasta cinco años; o una multa por el doble del beneficio que el demandado buscó obtener a través del pago corrupto.
- Civil: Multas de hasta U\$S 10,000, mas multas adicionales en el rango de los U\$S 50,000 a U\$S 500,000, o la ganancia que el demandado hubiera obtenido como resultado del pago.
- Aplicación paralela por parte de la Securities and Exchange Commission (“SEC”).
- Causa de acción privada iniciada por competidores perjudicados: acciones bajo la *Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act* (“RICO”) u otras leyes federales o estatales.
- Algunos acuerdos recientes han estado en el rango de los U\$S 40 millones.

FCPA

- Qué hacer ?
 - Es crítico tener programas activos de cumplimiento y entrenamiento.
 - Auditoria y monitoreo.
 - Necesidad de considerar la cooperación temprana si una investigación comienza.

Legislación contra el Lavado de Dinero y Ley USAPatriot § 319

- Estatutos e interpretaciones tradicionales contra el Lavado de Dinero
- Pueden ser utilizados para enjuiciar cualquier transacción en la que el origen o uso de los fondos ilegales sea encubierto o falsificado.
- Incluye fraude financiero así como también el intento de esconder las ganancias obtenidas del crimen.
- Ley USAPatriot § 319
 - Requiere a los bancos de los EE.UU. que respondan a las autoridades regulatorias, al Departamento de Justicia y al Departamento del Tesoro cuando estos requieran registros contra el lavado de dinero.
 - Los pedidos pueden incluir información concerniente a depósitos en el extranjero, incluyendo depósitos en sucursales o subsidiarias en el extranjero en otras monedas.

Legislación contra el Lavado de Dinero y Ley USAPatriot § 319

- Los depósitos en bancos en el extranjero son considerados depósitos en cualquier cuenta bancaria que el banco pueda tener en los EE.UU.
 - Ordenes inhibitorias y de confiscación relacionadas con depósitos extranjeros provenientes de lavado de dinero pueden ser realizadas contra fondos mantenidos en una institución en los EE.UU., aun si el depositante no tiene fondos en los EE.UU., los fondos no están en dólares estadounidenses y no hay crimen cometido en el país de depósito.
 - Bancos extranjeros que mantienen cuentas corresponsales en los EE.UU. deben designar un agente para recibir citaciones de los EE.UU. Estas citaciones pueden requerir información relacionada con cualquier transacción bancaria, cuenta o cliente.
 - Ejemplo: El sospechoso Lavador de Dinero X deposita 10.000 euros en el Bavarian Landesbank en Munich. El Bavarian Landesbank tiene una cuenta en dólares en el Deutsche Bank NY. El Gobierno de los EE.UU. puede confiscar un monto equivalente en dólares de DB NY.

Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC)

- La Oficina de Control de Activos Extranjeros del Departamento del Tesoro “administra y aplica programas de sanciones económicas principalmente contra países y grupos de individuos, como aquellos que estén vinculados al terrorismo y al narcotráfico.”
 - Puede incluir individuos o entidades (“Nacionales Especialmente Designados” o “SDNs”) entre países que no estén en la lista de OFAC.
- Transacciones prohibidas
 - Transacciones comerciales o financieras y otros asuntos en los que personas de EE.UU. no pueden involucrarse salvo que exista autorización de OFAC o que estén expresamente exceptuados en la ley.
- Quien es responsable de cumplir con OFAC?
 - Oficinas de bancos de los EE.UU. en dicho país o en el extranjero.
 - Sucursales de bancos extranjeros en los EE.UU.

Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC)

- Responsabilidades de las instituciones financieras
 - Deben monitorear todas las transacciones financieras realizadas por o a través de ellas para detectar aquellas que involucren cualquier entidad o persona sujeta a las leyes y regulaciones de OFAC.
 - Generalmente, una institución financiera debería aceptar depósitos y fondos sujetos a las regulaciones OFAC, pero debe congelar los fondos y las cuentas, para que los fondos no puedan ser retirados (esto se llama “bloqueo”).
 - Los bancos responsables utilizan “software de filtro OFAC” para asegurar que los giros propuestos no tendrán dichos problemas. Instituciones financieras extranjeras que no tengan sucursales en los EE.UU. corren con el riesgo de posibles responsabilidades si no controlan las transacciones con software de filtro OFAC.

Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC)

- OFAC en la Práctica – Caso Hipotético
 - La Compañía A, argentina, instruye a su banco, el Banco Local, a girar U\$S 1 millón a la cuenta de un proveedor nigeriano en el First Nigeria Bank. El Banco Local da instrucciones a su corresponsal en Nueva York para hacer el pago en Nueva York al corresponsal del First Nigeria.
 - El banco corresponsal de Nueva York bloquea/congela la transacción porque mientras que Nigeria puede no estar en la lista de países bloqueados de OFAC, el First Nigeria Bank es un SDN bajo las sanciones contra Zimbabwe, porque se cree que el First Nigeria Bank es una fachada del Gobierno de Zimbabwe.

Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC)

- OFAC en la Práctica – Caso Hipotético (cont.)
 - Mientras que la Compañía A está siendo amenazada con un juicio por incumplimiento contractual con el proveedor nigeriano, los fondos pueden permanecer congelados hasta tanto el First Nigeria continúe siendo designado como SDN.
 - Esto permanecerá así más allá del hecho de que no haya alegaciones de que la compañía argentina, Nigeria o el proveedor nigeriano, estén de alguna manera implicados en actividad ilícita.
 - El banco corresponsal de Nueva York usualmente es impedido de avisar al banco de la Compañía A de que la transferencia tendrá problemas OFAC.

Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC)

- Si cualquiera de los siguientes países o sus agencias aparecen en su transacción, usted puede tener exposición a OFAC:
 - Los Balcanes
 - Belarús
 - Birmania
 - Costa de Marfil
 - Cuba
 - República Democrática del Congo
 - Irán
 - Irak
 - Liberia
 - Corea del Norte
 - Sudan
 - Siria
 - Zimbabwe
- Adicionalmente, hay miles de entidades no relacionadas con estas naciones que pueden tener exposición a OFAC.

Tratados de Asistencia Legal Mutua (MLATs)

- Los MLATs, tratados de asistencia legal mutua, son obligaciones internacionales vinculantes entre dos países que permiten a un país requerir asistencia legal relacionada con investigaciones criminales a otro país.
- Los MLATs están siendo utilizados cada vez más al focalizar los gobiernos en cooperación judicial transnacional.
- Los MLATs facultan al estado requirente a solicitar asistencia en:
 - Obtener registros bancarios e información financiera,
 - Interrogar a testigos y obtener declaraciones,
 - Obtención de copias de registros del gobierno,
 - Notificar documentos, y
 - Realizar búsquedas y confiscaciones.
- Los MLATs no son las herramientas exclusivas para la asistencia de los EE.UU. Partes gubernamentales y no gubernamentales pueden utilizar el estatuto 28 U.S.C. § 1782 para obtener asistencia de cortes de los EE.UU., incluyendo documentos y testimonios. La documentación y testimonios disponibles pueden ser más amplios que los que serían obtenibles por la parte en una corte local.

MLATs

- El MLAT entre los EE.UU. y **Brasil** fue ratificado el 21 de octubre de 1998.
 - Incluye asistencia para procedimientos relacionados a la inmovilización y confiscación de activos.
 - Reconoce la “importancia particular” del lavado de dinero.
- El MLAT entre los EE.UU. y **Argentina** fue ratificado el 2 de julio de 1992.
 - Incluye asistencia en la inmovilización de activos relacionados con una ofensa llevada a cabo en el territorio de la otra parte.
- No existe un MLAT entre los EE.UU. y **Chile**, pero dichos países pueden cooperar mutuamente mediante otros acuerdos de colaboración:
 - El Tratado de Libre Comercio Chile – EE.UU. Cubre solicitudes de información entre las partes en relación con transacciones y violaciones comerciales.
 - El Memorando de Entendimiento entre la U.S. Securities and Exchange Commission y la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile permite el intercambio de asistencia mutua para la aplicación de leyes y regulaciones aplicables a los mercados de valores y a conducir investigaciones o enjuiciamientos en casos en los que la información esté localizada en la jurisdicción del otro país.

MLATs

- Autoridades locales y MLATs
 - Mientras que las autoridades de los EE.UU. a nivel estatal y local no son parte de los MLATs u otros acuerdos internacionales, las autoridades extranjeras han recibido cooperación en investigaciones por parte de autoridades locales a través del uso de citaciones de gran jurado.
 - El alcance del poder de las citaciones es extenso.
 - Por ejemplo, un banco offshore con un afiliado en Nueva York pueden compartir un servidor de computadoras y entonces los depósitos del banco offshore pueden ser sujetos a una citación de un gran jurado de Nueva York, sin importar las leyes de secreto bancario de la nación del banco offshore.
 - Es poco probable que las Cortes de los EE.UU. acepten una objeción basada en secretos bancarios extranjeros.

Naciones Unidas

- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción
 - Se aplica a la prevención, investigación y enjuiciamiento de la corrupción y al congelamiento, embargo, confiscación y devolución de las ganancias obtenidas por dichas ofensas.
 - Permite a las partes a requerir asistencia en forma de evidencia, búsquedas y confiscaciones, y el recupero de activos para facilitar investigaciones, enjuiciamientos y otros procedimientos judiciales.
 - Entró en vigencia el 14 de diciembre de 2005.
 - Ratificada por Argentina el 28 de agosto de 2006; Brasil el 15 de junio de 2005; Chile el 13 de septiembre de 2006 y los EE.UU. el 30 de octubre de 2006.

Naciones Unidas

- Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional
 - Se aplica a la prevención, investigación y enjuiciamiento del crimen organizado transnacional u ofensas serias (castigadas con por lo menos cuatro años de prisión) cometidas en más de un estado por un grupo organizado de tres o más personas.
 - Permite a las partes requerir asistencia en forma de evidencia, búsquedas y confiscaciones, y el recupero de activos para facilitar investigaciones, enjuiciamientos y otros procedimientos judiciales.
 - Entró en vigencia el 29 de septiembre de 2003.
 - Ratificada por Argentina el 19 de noviembre de 2002; Brasil el 29 de enero de 2004; Chile el 29 de noviembre de 2004 y EE.UU. El 3 de noviembre de 2005.

OEA

- Organización de Estados Americanos: Convención Interamericana contra la Corrupción
 - Permite a las partes requerir evidencia u otra acción necesaria para asistir en la facilitación de procedimientos legales en relación a investigaciones o enjuiciamientos de actos de corrupción.
 - Requiere estatutos nacionales similares a la FCPA que criminalicen los sobornos.
 - Prevé para procesos de extradición.
 - Requiere el acceso a registros bancarios.
 - Entró en vigencia el 6 de marzo de 1997.
 - Ratificada por Argentina el 9 de octubre de 1997; Brasil el 24 de julio de 2002; Chile el 27 de octubre de 1998; EE.UU. El 29 de septiembre de 2000.

OEA

- Organización de Estados Americanos: Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Asuntos Criminales
 - Las partes se proveen asistencia mutuamente en investigaciones, enjuiciamientos y procedimientos relacionados con crímenes sobre los cuales el estado requirente tiene jurisdicción.
 - Su alcance incluye inmovilización y secuestro de propiedad, congelamiento de activos, realización de búsquedas y confiscaciones, y transmisión de documentos, información y evidencia.
 - Entró en vigencia el 14 de abril de 1996.
 - Ratificada por Argentina el 12 de diciembre de 2006; Chile el 28 de abril de 2004; EE.UU. el 25 de mayo de 2001. Brasil firmó la Convención pero aún no la ratificó.

OCDE

- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Convención sobre el Combate al Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones de Negocios Internacionales.
- Requerimientos similares a las leyes de EE.UU.
- Base legal para la extradición.
- Requiere cooperación entre las partes en la investigación de posibles violaciones de leyes nacionales.
- Firmada en diciembre de 1997.
- Implementada por Argentina, Brasil, Chile y EE.UU, entre otros.

Ejemplos de la Nueva Interpretación

- Un empresario checo que tenía inversores de EE.UU. fue acusado por sobornar a funcionarios de Azerbaiján en un proceso de privatización. Su abogado suizo fue acusado y encontrado culpable de lavado de dinero.
 - Los cargos criminales incluyeron violaciones a la FCPA.
 - El único nexo con EE.UU. fue la presencia de los inversores de EE.UU. – ni el empresario ni su abogado son ciudadanos o residentes en los EE.UU., y ninguno de los actos criminales ocurrieron en EE.UU.
- Baach Robinson & Lewis está representando a un inversor defraudado en una acción relacionada.

Ejemplos de la Nueva Interpretación

- Baach Robinson & Lewis ha representado recientemente a un funcionario público sudamericano que ha sido acusado de utilizar fondos públicos en una elección política.
 - La acusación fue realizada por funcionarios de la ciudad de Nueva York porque el dinero había sido girado por una tercera parte a través de la Ciudad de Nueva York, en su camino a instituciones financieras de Europa.
 - El débil nexo con la actividad en los EE.UU. demuestra el alcance potencial de la aplicación y ejecución de legislación de EE.UU.
 - Autoridades locales, como ser el Fiscal de Distrito de Nueva York, tienen sus propios estatutos sobre fraude y lavado de dinero, que también pueden ser fuente de enjuiciamiento.
 - Tal enjuiciamiento puede resultar en intento de extradición e incluir “notificaciones rojas” de Interpol, prohibiendo viajes alrededor del mundo.

Ejemplos de la Nueva Interpretación

- Baach Robinson & Lewis ha representado recientemente a otra figura pública sudamericana acusada de corrupción en un país de América del Sur.
 - El individuo supuestamente tenía cuentas bancarias en un afiliado en las Bahamas de un banco con oficinas en Nueva York.
 - Mientras que las autoridades de los Estados Unidos no tenían interés en enjuiciar a este individuo, el Fiscal de Distrito de Nueva York usó una citación de gran jurado para obtener registros bancarios de la oficina de Nueva York de ese banco relacionado con cuentas offshore. El Fiscal de Distrito de Nueva York luego entregó los registros obtenidos a los investigadores locales.
 - Los investigadores locales también obtuvieron registros bancarios relacionados a través de la utilización del MLAT respectivo.

Conclusiones

- Los registros y la información que se crea que están fuera de la vista de la ley pueden no ser secretos.
- Las estrategias para responder deberían incluir programas de cumplimiento y si se identifican problemas, la consideración temprana de contactar a funcionarios relevantes del Departamento de Estado, Departamento de Justicia y/o locales.
- Las estrategias de respuesta pueden incluir desafíos potenciales a la cooperación transnacional en todas las jurisdicciones, especialmente si EE.UU. es utilizado para obtener documentos de un tercer país o si EE.UU. es utilizado para enjuiciar reclamos que no serían justificables en el país de origen.

www.baachrobinson.com

BAACH ROBINSON & LEWIS PLLC
