

Prueba exigible del delito subyacente al lavado de activos, en caso de terminación anticipada
del proceso

Ingrid Carolina Romero Godoy

Carlos Alberto Romero Guerrero

Universidad Libre de Colombia

Facultad de Derecho

Instituto de posgrados

Maestría en derecho penal y procesal penal

Bogotá D.C.

2022

Prueba exigible del delito subyacente al lavado de activos, en caso de terminación anticipada
del proceso

Ingrid Carolina Romero Godoy

Carlos Alberto Romero Guerrero

Trabajo de investigación como requisito para optar por el título de magister en derecho penal

Universidad libre de Colombia

Facultad de derecho

Instituto de posgrados

Maestría en derecho penal y procesal penal

Bogotá D.C.

2022

Nota de aceptación

Jurado 1

Jurado 2

Dedicatoria

Agradecimiento

Tabla de contenido

Introducción	8
Capítulo I	5
El delito de lavado de activos	5
Concepto de lavado de activos o blanqueo de capitales.....	5
El lavado de activos en la legislación penal colombiana	9
Evolución legislativa.....	18
Los instrumentos internacionales sobre lavado de activos vinculantes para Colombia.....	19
Capítulo II	22
Estándar probatorio.....	22
Dificultades con el estándar de prueba.....	24
Estándares en las pruebas.....	259
Aplicación y regulación de pruebas estándar en Colombia	2620
Mas alla de toda duda razonable	2621
El estándar de prueba prevalente.....	22
La verdad, la prueba y lo medible en el proceso penal	25
Principio de legalidad y la ley penal en Colombia.....	32
De lo inquisitivo a lo acusatorio	29
Capítulo III	33
Terminación anticipada del proceso	33
Allanamientos y preacuerdos en la ley 906.....	33
La presunción de inocencia.....	37

Capítulo IV	42
Análisis jurisprudencial	42
Conclusiones.....	71
Referencias bibliográficas.....	73

Introducción

El lavado de activos es sin duda uno de las conductas ilícitas que más preocupación ha despertado en las últimas décadas en la comunidad internacional que ha mostrado un creciente interés por la lucha contra los gigantescos capitales ilícitos obtenidos especialmente por la delincuencia organizada transnacional, y en tal sentido se han generado diversos tratados que han sido acogidos por un considerable número de países, como las convenciones de Viena (1988), Palermo (2000) y Mérida (2003) que consagran obligaciones específicas sobre la materia para los países suscriptores, que asumen el compromiso de incluir en sus legislaciones internas normas para combatir y judicializar esta forma de criminalidad.

Colombia no ha sido ajena al cumplimiento de estas obligaciones y en este sentido ha establecido una suerte de *heterorregulación*, dada por una parte por normas de carácter administrativo, dirigidas a diferentes actores del sector real de la economía, como al sistema financiero (la gran mayoría), que constituyen el régimen de prevención de lavado de activos; y otras, las normas penales que tipifican y sancionan las diversas actividades que se han identificado como las más utilizadas para la realización del delito al que ocupa la tención de este trabajo.

Un considerable número de los procesos que se adelantan en nuestro país por lavado de activos terminan de manera anticipada, algunos por allanamiento a cargos, y otros, la mayoría, por preacuerdos en las primeras etapas del proceso, por manera que los que llegan a juicio constituyen un reducido número del total.

Esta investigación pretende identificar cual debe ser la exigencia probatoria en relación con el tipo penal subyacente al lavado de activos en casos de terminación anticipada del proceso, de cara a establecer si de conformidad con reiterados pronunciamientos del órgano de cierre en materia penal, se cumple de manera estricta con el principio de legalidad, en el entendido que por tratarse de un ingrediente normativo del tipo, debe ser en sentido estricto tema de prueba, ya que aunque la terminación anticipada del proceso, en cualquiera de sus formas, implica la renuncia al debate probatorio, ello no releva al ente acusador de cumplir con la exigencia establecida en el inciso 3° del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, , esto es que no se puede comprometer la presunción de inocencia y por tanto, los preacuerdos y allanamientos como forma de terminación anticipada del proceso, si el ente acusador verdaderamente cuenta con medios suasorios de los cuales se pueda inferir tanto la real existencia de la conducta punible, como la responsabilidad del procesado , y desde luego tampoco se releva al juez de cumplir con la exigencia contenida en el artículo 381 del Código de procedimiento penal para dictar sentencia de condena.

Este trabajo es importante porque revisada la literatura no existen trabajos que se hayan ocupado de manera particular de este tema, el cual solo ha sido tocado de manera tangencial haciendo énfasis en la autonomía del lavado de activos, pero ninguno se ha preocupado por la problemática de si ¿omitir la prueba del delito subyacente en los casos de terminación anticipada, sea por allanamiento o preacuerdo, viola el debido proceso? porque un juicioso análisis de las diversas decisiones de la sala de casación penal de la CSJ, y de la literatura especializada, muestra que aunque si bien está perfectamente delimitada la autonomía del delito de lavado de activos, de la estructura del tipo se concluye que el delito fuente, o delito subyacente, constituye ni más ni menos que un ingrediente normativo del

tipo, que como tal, para que no se vulnere el principio de tipicidad estricta y de contera el debido proceso, debe ser tema de prueba, circunstancia que no ofrece mayor dificultad cuando el proceso se surte por la vía ordinaria, esto es, siguiendo cada una de las etapas procesales previstas por el legislador (imputación, acusación, debate probatorio en el juicio y sentencia), pues en estos casos el acusado puede refutar los medios de conocimiento presentados por la fiscalía y el juez al proferir el fallo decantar si se cumple con el estándar probatorio que demanda la ley procesal penal, esto es, más allá de duda razonable en cuanto a la existencia del delito y la responsabilidad del acusado fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando de terminación anticipada del proceso se trata, sea por allanamiento unilateral del imputado o acusado, o por preacuerdo con la Fiscalía, pues en estos casos el procesado renuncia al debate probatorio, lo cual nos lleva a la pregunta que da origen a ésta investigación ¿resulta suficiente la sola aceptación de cargos hecha por el procesado, y la afirmación del ente acusador de la existencia de un delito subyacente para entender satisfecho el estándar probatorio necesario para proferir sentencia? nuestro problema de investigación se enmarca entonces en las siguientes preguntas: ¿cuál es la prueba exigible en relación con el delito subyacente al lavado de activos en casos de terminación anticipada del proceso? Y ¿proferir sentencia condenatoria sin la adecuada demostración del delito subyacente, viola el debido proceso?

Este trabajo pretende establecer a la luz de la literatura especializada y de las decisiones que sobre la materia ha proferido la sala penal de nuestro máximo tribunal si la prueba exigible en casos de terminación anticipada del proceso con respeto al delito

subyacente, debe ser la misma que en aquellos casos en que se dicta sentencia por vía del proceso ordinario, en este trabajo defendemos la tesis que por tratarse de un ingrediente normativo del tipo la prueba exigible debe ser igual en todos los casos y que la renuncia al debate probatorio por parte del procesado no exime al fiscal de acreditar su existencia para preacordar, respetando el principio de tipicidad estricta, y mucho menos al juzgador para dictar la providencia que pone fin al proceso.

De la misma manera se analizará la jurisprudencia del órgano de cierre en materia penal a fin de establecer si con respecto a la prueba del delito subyacente al lavado de activos opera una suerte de inversión de la carga de la prueba, o si por el contrario se trata de una adecuada aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba.

El trabajo se divide en cuatro capítulos el primero dedicado a la ubicación teórica del delito de lavado de activos, el segundo de los conceptos general y específico de lo que es el estándar de prueba, el tercero de las formas de terminación anticipada del proceso en la ley 906 de 2004 con especial énfasis en los preacuerdos y la presunción de inocencia y el cuarto dedicado al análisis de la jurisprudencia nacional en relación con la conducta subyacente al lavado de activos.

Capítulo I

El delito de lavado de activos

Concepto de lavado de activos o blanqueo de capitales

Resulta indiscutible que el propósito o la finalidad que anima al delincuente cuando emprende la realización de conductas punibles que por su naturaleza generan incremento patrimonial, y de manera particular en lo que para los efectos de este trabajo nos interesa, cualquiera de los delitos referidos como fuente de lavado de activos en el artículo 323 del Código Penal Colombiano, es la de obtener el mayor provecho posible, el de obtener riqueza como producto del delito, pero hacerlo en la medida de lo posible de manera impune, encubriendo el origen ilícito de los recursos obtenidos, de tal manera, si el delincuente logra ese encubrimiento, puede ingresar ese capital al circuito económico legal dándole apariencia de legalidad y disfrutar del producto de su actuar ilegal, aunque el proceso de lavado de activos no es sencillo, sino que bien al contrario la mayoría de las veces requiere de complejas operaciones, para lo que en este punto nos interesa podemos decir que a grandes rasgos es la mecánica del blanqueo de capitales.

La Corte Constitucional en Sentencia C-931 de 2007, en relación con la forma en que de manera general se realiza el delito de lavado de activos señaló esta conducta punible supone el agotamiento de varias etapas o fases encaminadas, la primera a introducir al sistema financiero dineros ilegales, mediante diversas maniobras que van desde pequeñas sumas hasta grandes capitales, un segundo paso que ha sido denominado de distorsión o diversificación, que consiste en tratar de borrar cualquier rastro de ilegalidad en cuanto al origen de esos recursos mediante la utilización de las más diversas, y por qué no decirlo

ingeniosas, formas de dar apariencia de legalidad a lo que en realidad no lo es, como empresas de papel, testaferrato, y en general operaciones de la más diversa índole. La última fase del delito consiste en el ingreso de los dineros ilícitos, ya legalizados, al patrimonio del sujeto que sólo o con la participación de otros reclama para sí las utilidades del ilícito (Corte Constitucional, Sentencia C-931, 2007).

Este proceso que conocemos como lavado de activos (o blanqueo de capitales en la mayoría de los países) ha sido definido por la doctrina especializada de diversas maneras, pero sin duda todas referidas al proceso mencionado, veamos algunas de las que a nuestro juicio son las más destacadas:

“El procedimiento subrepticio, clandestino y espurio, mediante el cual los fondos o ganancias procedentes de actividades ilícitas son reciclados al circuito normal de capitales o bienes y luego usufructuados mediante ardidés tan heterogéneos como tácitamente hábiles” (Escobar, 1992).

“Una estratagema por la que un sujeto poseedor de dinero sustraído al control de las haciendas públicas, lo incorpora al discurrir de la legitimidad, ocultando la infracción fiscal implícita y, en su caso, el origen delictivo de la riqueza” (Bajo, 1992).

“El proceso de ocultamiento de dineros de origen ilegal y los subsiguientes actos de simulación respecto de tal origen, para hacerlos parecer como legítimos” (Sintura, 2010).

“por blanqueo de dinero o bienes entiendo aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito (procedente de delitos que revisten especial gravedad) es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económico-financieros legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido en forma lícita” (Gómez, 1994).

“Un proceso tendiente a obtener la aplicación en actividades lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad” (Fabian, 1998).

“A modo de concepto o definición hay que entender por blanqueo de capitales o bienes el proceso o conjunto de operaciones mediante el cual los bienes o el dinero resultante de actividades delictivas, ocultando tal procedencia, se integran en el sistema económico y financiero” (Díaz-Maroto, 1999).

“En un criterio amplio puede señalarse que el lavado de activos es el conjunto de operaciones tendientes a vincular a la economía de un país activos de procedencia ilícita y los posteriores actos de simulación respecto de su origen para darles apariencia de legalidad” (Hernández, 2017).

Por su parte el máximo tribunal constitucional colombiano en Sentencia C-685 de 2009, acoge una definición que se adecúa a la normativa internacional.

Como se puede concluir de las definiciones citadas, los más connotados autores de la doctrina especializada de manera general coinciden en el entendimiento del delito de lavado de activos, y puede afirmarse que como figura autónoma e independiente solo atrae la atención de éstos en las dos últimas décadas del siglo pasado, pues aunque si bien indagamos en la literatura jurídica de épocas anteriores no encontramos referencias específicas a esta clase de criminalidad, como tampoco encontramos referentes normativos, lo cual no significa que la ley y la doctrina no hayan dado importancia al incremento patrimonial derivado de la conducta punible, sino que, muy seguramente como producto de la globalización, sólo entonces la comunidad internacional parece dar verdadera importancia al delito de blanqueo de capitales como conducta autónoma, pues cualquier referencia anterior a 1988 que es cuando se celebra la Convención de Viena, que es referente obligado en la materia, ata ese incremento patrimonial a otros delitos como ocurrió en el caso colombiano en el que se le consideraba una forma de receptación.

El lavado de activos en la legislación penal colombiana

El Código Penal vigente, Ley 599 de 2000, con todas sus modificaciones y adiciones describe en su artículo 323 el delito de lavado de activos en los siguientes términos:

“El que adquiriera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad,

financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de diez (10) a treinta (30) años y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada. El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero” (Ley 599, 2000; art. 323).

En cuanto a la estructura típica del delito debe señalarse que protege el bien jurídico del orden económico y social, es un tipo pluriofensivo, de conducta instantánea, que como lo enseña el órgano de cierre en materia penal en sentencia dentro del proceso Rad. 47.460, del 29 de enero de 2020, M.P. Dr. Eyder Patiño Cabrera contiene elementos que lo hacen claramente diferenciable de otros punibles que protegen el mismo bien jurídico:

i) Se perfecciona con la realización de alguna de estas conductas: adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar custodiar o administrar, dar apariencia de legalidad o legalizar bienes, ocultar, encubrir su verdadera naturaleza, origen, destino, movimiento o derecho, realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito

La determinación de alguna de esas conductas punibles subyacentes, como elemento estructural del injusto, no requiere de sentencia condenatoria en firme.

ii) Los bienes deben provenir de alguna de las siguientes actividades ilícitas: “tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro, rebelión, tráfico de armas, financiación del terrorismo, administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir”.

iii) El agente debe saber que el objeto material sobre el que ejerce la conducta, tiene su origen en alguna de las anteriores acciones.

Por otra parte, es claro que la legislación patria se ajusta en su integridad a la normativa internacional, lo que corresponde al cumplimiento de claras obligaciones asumidas por el Estado Colombiano como suscriptor de diversos tratados internacionales que no solamente define este punible, sino que imponen a los países miembros la obligación de incluir en sus legislaciones internas normas para prevenir y sancionar el lavado de activos.

Nuestro legislador acogió el sistema de *numerus clausus* por virtud del cual se incluye en la descripción legal una lista cerrada de delitos considerados como fuente de

lavado de activos, no obstante ello, la norma consagra un amplio catálogo que comprende de manera expresa alrededor de sesenta y cinco (65) delitos y que se amplía aún más si se tiene en cuenta que en contravía de lo que aconseja una adecuada técnica legislativa la norma incluye la expresión “o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir” [...] lo que en la praxis significa que prácticamente cualquier delito podría ser fuente de lavado de activos.

Evolución legislativa

Aunque si bien un análisis exhaustivo de la evolución legislativa del delito de lavado de activos excedería el objeto de este trabajo, consideramos importante hacer una breve reseña del tratamiento que a través de la ley penal se ha dado al mismo en nuestro país, y para ello, por considerar que sintetiza de manera magistral un tema en el que bien podríamos ocupar capítulos enteros, nos remitimos a lo que sobre el particular dijo la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación dentro del Radicado 28892 de 2010, con ponencia de la Magistrada María del Rosario González de Lemos.

Para los fines de este trabajo, baste decir, que nuestro país en cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, introdujo en la legislación interna una modificación importante en el sentido de variar, tanto la descripción del tipo normativizando su autonomía, como su ubicación sistemática que pasó de ser un delito contra la administración de justicia (Receptación), a ser un delito contra el orden económico social.

El Código Penal vigente, Ley 599 de 2000 con todas sus modificaciones, consagra en el artículo 323 el delito de lavado de activos en la forma en que hoy lo conocemos ajustándose en su integridad a los compromisos adquiridos por el Estado colombiano como suscriptor de las diferentes convenciones y tratados sobre el tema, sin embargo debe precisarse que como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en la sentencia referenciada:

“La tipificación del delito en la Ley 599 de 2000 generó dificultades en torno a su naturaleza, básicamente en orden a precisar si se trataba de un delito autónomo o derivado de la actividad ilícita subyacente o, lo que es lo mismo, si para su concreción era indispensable una decisión judicial antecedente que lo demostrara. El debate fue abordado de manera profusa tanto por la Corte Constitucional como por esta Sala, concluyéndose, acorde con su regulación en los instrumentos internacionales, que no es una conducta subordinada a las actividades ilícitas que le dan origen” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 28892, 2010).

Puede afirmarse sin hesitación alguna que la evolución del delito de lavado de activos en nuestro país se aviene a los estándares internacionales sobre el tema, ajustándose en su integridad a las obligaciones contraídas por el Estado al suscribir y ratificar los distintos instrumentos internacionales sobre la materia.

Los instrumentos internacionales sobre lavado de activos vinculantes para Colombia

Para nadie es un secreto que las organizaciones delincuenciales, principalmente las de carácter transnacional, obtienen ingentes ganancias producto de sus actividades ilícitas y que estas, mediante diversos métodos, ingresan al caudal de la economía impactando de

manera negativa los sistemas financieros de las Naciones, razón por la cual desde la década de los ochenta del siglo XX la comunidad internacional se ha preocupado de manera creciente por combatir este fenómeno expidiendo diferentes normas que van desde simples recomendaciones hasta instrumentos internacionales vinculantes, en este acápite haremos breve referencia a ellas con especial énfasis en las Convenciones de Viena, Palermo y Mérida, por considerar a estas últimas como las más importantes de aplicación en nuestro país, así reseñamos entonces las siguientes en orden cronológico:

1. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrita en Viena en 1988, aprobada mediante la Ley 67 de 1993, establece para los Estados suscriptores la obligación de elevar a la categoría de delito autónomo el lavado de activos, y adoptar las medidas necesarias para autorizar el decomiso de bienes producto de las actividades relacionadas con la producción, tráfico y comercialización de sustancias estupefacientes y psicotrópicas (Naciones Unidas, 1998).

2. Declaración de Principios de Basilea de 1989, normas dirigidas al sector financiero para la represión del lavado de activos e impedir que los bancos sean utilizados para depósitos y transferencias de procedencia ilícita.

3. Plan de Acción suscrito por los Jefes de Estado y de Gobierno asistentes a la Segunda Cumbre de las Américas, suscrito en Chile en 1988, compromiso de cooperación para el análisis e intercambio de información relativa a Lavado de Activos.

4. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscrita en Palermo el 15 de noviembre de 2000, que complementa la Convención de Viena de 1988, y consagra la “penalización del blanqueo del producto del delito” y las “medidas para combatir el blanqueo de dinero” (Naciones Unidas, 2000)

5. Recomendaciones de la Comisión Interamericana contra el Abuso de las Drogas (CICAD) mediante la cual se promueve la adopción de un “Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves” expedida en 1992.

6. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, suscrita en Mérida en 2003, aprobada mediante la Ley 970 de 2005, se considera un acuerdo novedoso y es el primer instrumento internacional en considerar la corrupción como una política de Estado que debe ser desarrollada por los gobiernos, consagra normas expresas relacionadas con la prevención y sanción del blanqueo de dinero (Naciones Unidas, 2003).

Además de los anteriores instrumentos, Colombia ha suscrito diversos acuerdos bilaterales en materia de lavado de activos, pero consideramos los relacionados como los más relevantes.

Capítulo II

Estándar probatorio

Con el fin de aproximarnos a lo que consideramos debería ser el nivel de conocimiento en torno al tema de investigación:

“se parte de la noción con arreglo a la cual un estándar probatorio constituye la medida de convicción que debe alcanzarse o sobrepasarse para declarar la ocurrencia o no de un hecho jurídicamente relevante, dentro de un proceso reglado que busca la emisión de una providencia justa. Lo definido como un *umbral de suficiencia* destinado a, *decidir en forma justificada si está o no está probada en un proceso una determinada proposición sobre los hechos del caso* (Accatino, 2011; pág. 484). De entrada, dicho estándar aparenta poseer una naturaleza contraria a la de los sistemas de libre valoración de la prueba, debido a que genera la representación mental de una regla estricta a la cual el operador jurídico debe apegarse. Sin embargo, un sistema de libre valoración debe contar con un estándar que permita saber si los elementos probatorios, evaluados conjunta y racionalmente, son suficientes, de acuerdo con lo expresado la Ley 906 de 2004, art. 372” (Pérez, 2018).

La noción de estándar de prueba no debe apartarse del irrestricto respeto por la presunción de inocencia que ampara al imputado o acusado. “la presunción de inocencia de una persona, es un derecho inquebrantable, el cual debe estar sujeto a la argumentación y sustentación de hechos, pruebas y evidencias que señalen argumentos que demuestran la verdad y le ubican en un estándar de prueba” (Pérez, 2018); de no alcanzarse dicho estándar

de prueba que posibilita establecer hipótesis que deben ser probadas y contrastadas se debe optar por la duda razonable.

De otra parte, “La inferencia probatoria tiene su sostén en la fuerza que poseen los argumentos mientras se encuentre mayor argumento mayor será la probabilidad de ganar esa refutación a través de las pruebas en contra” (Peña, 2012), cualquiera que sea la situación de un proceso judicial, se hace la recopilación de todos los datos y hechos necesarios que aporten valor crediticio y ofrezca una certeza, sea para favorecer o definir el acto violatorio. La inferencia probatoria puede tener respaldo empírico, el cual para crear un hecho correlacionado (H1) con la probabilidad de que ocurra un nuevo hecho (H2) en esta categoría están inmersos la experiencia y los conocimientos científicos para llegar a conclusiones generalizadas.

El respaldo normativo “se basa en las normas que señalan la correlación a partir de una estipulación, es el sistema jurídico quien crea estas *relaciones*” (Peña, 2012) basadas en el derecho y su reglamentación sustentado en una máxima de la experiencia o porque se quiere proteger algún valor (justificación moral o política).

Por último, el apoyo conceptual hace referencia a los hechos en forma causal, crea la conexión, allí se tienen en cuenta las conexiones necesarias para relacionar los hechos, si se elimina un hecho desaparece la consecuencia; sin embargo, hay quienes creen que no basta la conexión necesaria, sino que debe ser suficiente y existe un hecho primordial que produce la consecuencia (Peña, 2012).

Dificultades con el estándar de prueba

Una de las principales preocupaciones de los operadores judiciales y de los juristas en general, es demostrar la certeza y confiabilidad de las pruebas y la confrontación de los hechos, se trata de la dificultad en el análisis de las situaciones desde la mirada epistemológica que se dan en la filosofía de las ciencias y la búsqueda del conocimiento y no es inherente del derecho; por tanto, hay que esforzarse en buscar las explicaciones razonadas suficientes que respondan a la veracidad buscada.

Sin embargo, aunque muchas situaciones suceden de manera parecida, no siempre pueden ser explicadas bajo la misma óptica o fundamentación pues en cada una de las situaciones por más semejanza que haya puede haber elementos muy particulares que exigen un razonamiento inductivo específico. ¿Aun así se genera la inquietud hasta donde explica el nivel de la prueba? cuando a partir de un hecho particular, se llega a una conclusión general.

Desde la epistemología y al hacer hipótesis es necesario diferenciar entre la acción humana y las teorías en cuanto a la propuesta de hipótesis positivas en estas condiciones. La suma de hipótesis y las explicaciones ofrecidas son el reto de jueces y magistrados en la resolución de hechos complejos para llegar al punto de lo que debe decidirse racionalmente. Al parecer queda la posibilidad de que no se alcance la verdad en su totalidad, pero es pertinencia de la justicia que opere en pro de las buenas razones que afirman los hechos.

Estándares en las pruebas

La verdad busca esclarecer hechos, y ésta requiere de indagar sucesos que permitan comprender las acciones y sus consecuencias, las instituciones jurídicas hacen uso de los estándares de prueba mediante la formulación de hipótesis que deben ser comprobadas, de modo que al establecer una prueba ésta deba responder a la autenticidad de los hechos, den peso a las hipótesis y permitan establecer justicia como lo (Posada y Prieto, 2015).

Se consideran como criterios científicos en las diferentes formas del proceso probatorio, gracias al rigor y sustento de la ciencia en los actos probatorios, una prueba científica puede estar sustentada en la suma de otras pruebas comunes que pueden ayudar a fundar sustento lógico sobre el hecho que se puede probar. “los estándares de la prueba se hacen cargo de la falibilidad del que será utilizado como uno de los pilares de la decisión judicial, indicando que para tratar a las personas atribuyéndoles, por ejemplo, el estatus de ladrón o de buen padre, se requerirá un cierto nivel de comprobación” (Reyes Molina, 2015) y no será nunca suficiente para dar certeza de ello. El estándar de prueba permite plantear una hipótesis, que debe ser probada por un límite o *umbral* científico que reafirma o aclara el asunto a probar eliminando en lo posible un margen de error.

(Reyes Molina, 2015; pág.15), presenta que: En el derecho penal, “en cualquiera prevalecerá la preponderancia de la evidencia, *la prueba prevalente* y la prueba clara y convincente”. Es necesario hacer diferencia entre la aplicación de criterios científicos para lograr un importante grado de confirmación en la hipótesis propuesta y el nivel escogido de suficiencia para calcular el error. “La definición concreta de cada estándar de prueba presupone una decisión valorativa que corresponde hacer al poder legislativo la decisión

sobre el nivel de exigencia del estándar. Son decisiones políticas que debe adoptar la sociedad” (Reyes Molina, 2015).

Aplicación y regulación de pruebas estándar en Colombia

En lo que respecta a la aplicación y la regulación de pruebas estándar en Colombia, Botero y Prieto, identifican que:

“La prueba de los hechos debe estar según el lugar y el autor la probabilidad debe estar apoyada en cuatro criterios básicos: 1) máximas de experiencia; 2) La calidad epistemológica de las pruebas confirmatorias y 3) Cantidad y variedad de las confirmaciones, es decir varias pruebas diferentes que confirman la misma conclusión” (Posada y Prieto, 2015).

Al respecto, Gascón propone tres criterios que sustentan la probabilidad en la prueba:

“1) Máximas de experiencias; 2) Calidad epistemológicas de las pruebas que confirmen una hipótesis confirmatoria como la que niega la confirmatoria; 3) número de pasos inferenciales o número de inferencias que se hacen para llegar a una conclusión sea por vía directa o por razonamiento largo para llegar a la conclusión” (Gascón, 2005).

Si existen varias pruebas que llevan a la misma conclusión, entonces su valor probabilístico es alto en términos de la probabilidad inductiva, más no la probabilidad

matemática. El problema de los estándares de prueba es que no hay un mecanismo que mida, en los términos que quieren quienes hablen de porcentajes, esa probabilidad.

Más allá de toda duda razonable

Se trata de una prueba estándar, dispuesta por el código de procedimiento penal: (Ley, 2004; art 381) sobre el conocimiento para condenar. “Para condenar se requiere el conocimiento más allá de la duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”. Es decir que el juez, al final establece la responsabilidad, afianzado en la contundencia de las pruebas.

Si lo anterior hipotéticamente se situara en términos porcentuales, tendríamos que decir que aunque si bien, a diferencia de lo establecido en legislaciones procesales anteriores, la Ley 906 de 2004 no exige el grado probatorio de certeza, esa exigencia de *más allá de toda duda razonable* sitúa ese estándar de prueba para condenar, reiteramos hipotéticamente, en un 90 o 95 por ciento, sin adentrarnos en discusiones acerca del in dubio pro reo que bien podría situarse en ese margen residual de entre el 5 y 10 por ciento restante (Ley, 2004; art 381).

El estándar de prueba prevalente

Es más conocida como “*más probable que no*” es un estándar de prueba que configura un criterio de decisión racional del juez al momento de fallar sobre los hechos, criterio que pretende racionalizar la discrecionalidad del mismo al corroborar el hecho teniendo en cuenta las pruebas que se le allegan al proceso y que no está establecido en norma alguna al menos en la mayoría de ordenamientos procesales, así como sucede en Colombia” (Vallejo y otros, 2018).

Esta prueba es importante cuando un hecho tiende a ser más probable o menos probable, es decir, este es un criterio que asiste al juez para que pueda elegir y preferir entre las hipótesis las más ajustadas a la razón aquella con un grado mayor al cincuenta por ciento de probabilidad (Taruffo, 2005). “El estándar de prueba prevalente es un criterio racional que se configura bajo la idea de dar contenido al libre convencimiento del juez, lo que está probado es una verdad fundada en un grado prevalente de probabilidad lógica” (Posada y Prieto, 2015; pág.12).

Investigaciones consideran algunas premisas de probabilidad prevalente como:

“1) Que se conciba la decisión del juez sobre los hechos como resultado final de elecciones en torno a varias hipótesis posibles relativas a la reconstrucción de cada hecho de la causa; 2) Que estas elecciones se conciban como si fueran guiadas por criterios de racionalidad; 3) Que se considere racional la elección que toma como verdadera la hipótesis sobre hechos que resulta mejor fundada y justificada por las pruebas respecto a cualquier otra hipótesis; 4) Que se utilice como clave de lectura del problema de la valoración de las pruebas, no un concepto genérico de la probabilidad como grado de confirmación de la verdad” (Taruffo, 2005).

En cuanto a la primera premisa, el problema del hecho debe formularse como el problema de la elección de una hipótesis entre diferentes posibilidades, el juez debe resolver las dudas de los hechos particulares de la causa, las hipótesis pueden ser ciertas o falsas, el hecho puede describirse de diferentes formas y de las pruebas presentadas se debe la que tenga más contundencia, la segunda premisa busca aplicar a cada elección particular

del juez la orientación que explica su utilidad a través de razonamientos propios del juez, la tercera premisa parte de una contextualización del juicio relacionándolo con las pruebas y lo que logra ser probado se le da carácter de verdadero, siempre y cuando las pruebas confirmen las hipótesis que el juez distingue como verdaderas, la cuarta premisa asume una postura metodológica en torno al concepto de probabilidad como concepto *de grado* para poder las probabilidades de grado bajo, medio y alto según la situación y que la información de peso a los enunciados.

En general, la probabilidad prevalente debe escoger entre las variadas hipótesis en torno al mismo hecho, debe elegirse la de mayor grado de probabilidad, esta probabilidad se especifica en la regla más conocida como:

“más probable que no en que el enunciado es falso o verdadero, según las pruebas respectivas y esas calificaciones son complementarias, por ejemplo. un enunciado recibe la confirmación probatoria del 75%, implica que la hipótesis negativa es del 25%, la hipótesis positiva sobre el hecho es más probable que no y es atendible. Si las pruebas alcanzan un nivel del 30%, entonces, la hipótesis “más probable que no es la negativa, o sea la falsedad del enunciado en cuestión y en ese caso el juez no podrá fundar su decisión en dicha hipótesis negativa, ya que la hipótesis positiva resultó menos probable que la negativa” (Taruffo, 2005).

En este punto es preciso señalar que cualquier referencia a porcentajes estadísticos como los citados, lo es solamente con fines ilustrativos, pues en tratándose de sentencias judiciales no resultaría admisible hablar de un tal o cual porcentaje de aproximación a la

verdad, pues ciertamente lo que en las providencias judiciales se demanda es un determinado grado o estándar de prueba dependiendo de la decisión que deba tomarse, así para formular imputación solo se exige una inferencia razonable de que el imputado es autor o partícipe de la conducta punible, tal y como lo señala el art. 287 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en tanto que para llevar a una persona a juicio, esto es, para presentar el correspondiente escrito de acusación, la exigencia se hace mayor y entonces se habla de una afirmación con probabilidad de verdad basada en los elementos materiales probatorios, la evidencia física o la información legalmente obtenida durante la investigación como lo establece el artículo 336 de la misma normatividad, y la exigencia es aún mayor cuando de dictar sentencia condenatoria se trata, pues en este caso la ley exige el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado fundado en las pruebas debatidas en el juicio, como lo señala de forma expresa el artículo 381.

La verdad, la prueba y lo medible en el proceso penal

La verdad está definida en el Diccionario de la Lengua Española en una de sus acepciones como juicio o proposición que no se puede negar racionalmente (RAE, 2020). Es importante reconocer que la verdad es una categoría que tiene definición en la existencia de cada ser humano, y que, según la experiencia de cada uno, confiere un proceso deductivo de premisas fácticas que sustentan las versiones, pero que no del todo dan total certeza de los hechos acontecidos de modo fidedigno, en cada situación o caso a considerar, la versión de cada involucrado contextualiza según su percepción y punto de referencia; el diferir entre unas y otras y crean errores personales en los que todos pueden ser ciertos, pero no hay una verdad absoluta, entre cada punto de referencia hay una distancia en términos de diferencia constituyendo *el error relativo*, las variadas versiones pueden

contradecirse o complementarse en su confrontación y estas van cambiando el curso del proceso como lo expresa (Taruffo, 2005), en la medida que se van practicando las pruebas.

En primera instancia la verdad indica que no es una apariencia sino una realidad, en segundo lugar, es una propiedad de lo que se enuncia; es decir a lo que los hechos refieren (Webdianoia, 2020), también podemos decir que la verdad es la fidelidad a una idea, a la convicción absoluta de la justicia y su certeza, por otra parte, es una expresión clara dicha espontáneamente con la que se corrige a alguien (Significados, 2020).

Se determina entonces que “La verdad como valor ético da sentido de respeto ante los demás hombres, constituye uno de los pilares básicos sobre los que se asienta la conciencia moral de la comunidad y abarca todos los hábitos de la vida humana” (Martínez, 1993) En la antigüedad los filósofos pensaban que la verdad y los hombres eran una relación de intelectualidad, mientras los filósofos moralistas creían que no es un producto de la razón, sino que la verdad se implica entera en la vida del hombre que la asume y cree en ella. Adam Smith agregó que la verdad absoluta cuando es auténtica es universal y es para siempre es eterna e intemporal, es independiente de quien la formula. Russell, propone tres requisitos para su teoría de la verdad:

“1) que admita lo opuesto: la falsedad pues hay teorías que afirman que todos nuestros pensamientos deben ser verdaderos; 2) La verdad y la falsedad son propiedades de las creencias y las afirmaciones; 3) La verdad o falsedad de la creencia depende de algo que es exterior a la creencia misma así, aunque la verdad y la falsedad sean propiedades que dependen de la relación de las creencias con otras

cosas, no de ciertas cualidades internas de las creencias. La verdad consiste en una cierta forma de correspondencia entre la creencia y el hecho” (Russell, 1973).

En lo relacionado con la verdad, se plantea que “Aunque seamos falibles tenemos la esperanza de aprender de nuestros errores, solo la idea de verdad nos permite hablar con sensatez de errores y crítica racional” (Russell, 1973; pág. 106). Todo conocimiento de verdades está contaminado por la duda y una teoría que ignora este hecho, sería evidentemente falsa. En relación con los hechos complejos Russell plantea dos vías: por medio de un juicio en el cual se juzga que sus diversas partes están entrelazadas, como en efecto lo están, la segunda por medio del conocimiento directo del hecho complejo mismo, en el cual puede ser denominado en sentido amplio percepción. (Taruffo, 2005) expresa que cada versión es un criterio verbal o narrativo, pero que no lo convierte en un proceso narrativo sino en una pluralidad de narraciones y personas involucradas (jueces, testigos, abogados, peritos,) cada uno de ellos expresan un enunciado cierto o contradictorio del mismo hecho, un tejido de oposiciones, contradicción y hasta semejanzas, luego de una serie de debates que al final es el juez es quien define, cuáles son los conceptos más fidedignos, relevantes y coherentes.

Principio de legalidad y la ley penal en Colombia

El término principio, viene del latín *principium*, entendiéndose como: base, origen o razón fundamental sobre cualquier área para hablar de algo, la base para hacer referencia como punto de partida para desarrollar un tema, el ejercicio de la ley en toda su extensión en una investigación requiere el manejo de sus etapas de procesamiento, juzgamiento, ejecución de decisión judicial debe ser manejada dentro de la normatividad y legalidad

como principio de transparencia y confiabilidad. Pues bien, la legalidad en Colombia es la fundamentación del conjunto de reglas penales para obrar en la justicia en un estado de derecho.

Por ello, Orduz (2010) enuncia que:

“Los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y en la medida ordenada que debe cumplirse, no solo de las posibilidades fácticas sino de las posibilidades jurídicas”.

Entendiéndose que los principios funcionan como un mandato para los ciudadanos y las autoridades, de modo que permanezcan en el tiempo de manera amplia y rigurosa y gradualmente consensuada en el paso del tiempo y aterrizada en la realidad social.

De otra parte, en “la evolución del derecho, el principio es considerado una norma de aplicación inmediata y que en Colombia a partir de la constitución de 1991 la teoría principialista recobra una importancia tal que pone de presente en todo dialogo o enfrentamiento de tesis la supremacía de los principios como soporte de defensa de los derechos fundamentales” (Orduz, 2010; pág. 102), la autora cita la Sentencia T-406 de 1992, con ponencia del doctor: Ciro Angarita, magistrado de la corte constitucional:

“Los principios constitucionales a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación,

lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional” (Orduz, 2010).

De este modo la legalidad es una norma de estricto cumplimiento para proteger los derechos más importantes. La legalidad es definida como el cumplimiento de las normas jurídicas vigentes a la normatividad de un estado, en que se garantice que los actos y disposiciones se basen en el derecho y los efectos de las afectaciones de bienes jurídicos protegidos por el legislador. Así mismo implica el respeto de los derechos, la imposición de las sanciones que el legislador haya puesto como punibles y que en caso de delito lleven a una pena de acuerdo a las reglamentaciones que nos rigen.

De lo inquisitivo a lo acusatorio

Con mucha razón se afirma que el esquema procesal regulado por la Ley 600 de 2000 está plagado de un excesivo ritualismo que en muchos casos impide un real acceso a la justicia, lo que se explica en que dicho procedimiento está estructurado sobre principios inquisitivos, fue esta tal vez la principal razón por la que en el año 2002, con el propósito de “modernizar” el proceso penal se propuso la reforma constitucional que se materializó en el Acto legislativo N° 03, por medio del cual, se modificaron varios artículos de la Constitución Política.

El primero de ellos fue el artículo 116, que señala cuáles son los órganos encargados de administrar justicia; mediante la reforma constitucional fue incluida la

Fiscalía General de la Nación, como parte de la Rama Judicial, aunque es necesario precisar que el ente acusador constitucionalmente carece de competencias jurisdiccionales.

En segundo lugar, el artículo 250 sienta las bases fundamentales del modelo de enjuiciamiento criminal acogido, dentro de las cuales ocupa lugar preponderante la clara separación de las funciones de acusación y juzgamiento; el principio acusatorio; la titularidad en cabeza de la Fiscalía del ejercicio de la acción penal; , la creación de la función de garantías radica en cabeza de un juez distinto de aquél que ha de adelantar el juzgamiento y a quien le corresponde garantizar la protección de los derechos fundamentales no sólo del procesado como sujeto pasivo de la acción estatal, sino también, y muy especialmente de las víctimas, y de todos los que intervienen en el proceso penal; la constitucionalización del principio de reserva judicial, aunque con algunas excepciones que se muestran como necesarias por ejemplo en materia de allanamientos, o interceptación de comunicaciones, aunque desde luego con controles judiciales posteriores.

Y, el artículo 251 que señala de manera absolutamente clara las funciones de la Fiscalía General de la Nación, manteniendo las establecidas en el texto original, pero asignándole de manera principal las funciones de investigar las conductas presuntamente punibles y acusar ante los jueces cuando hay lugar a ello, correspondiendo al juez de conocimiento decidir como sujeto neutral e imparcial, si acoge o la rechaza la pretensión punitiva del estado con base en las pruebas válidamente practicadas en juicio.

A partir del texto constitucional es dable afirmar que la acción penal está bajo el control exclusivo y excluyente de la Fiscalía, afirmación que ha sido morigerada por la jurisprudencia del órgano de cierre al sostener que el juez puede apartarse de la solicitud de absolución que hace el ente acusador (C.S.J Rad. N° 43837)¹, entendiendo que el juez no puede convertirse en un simple refrendador del querer de la Fiscalía para disponer de la acción penal sino que debe asumir, cuando hay lugar a ello, un papel protagónico y fallar acorde con lo que se logró probar en juicio; asunto que en nuestro sentir no es tan novedoso, ni constituye vulneración alguna del principio acusatorio, si se tiene en cuenta que, como adelante lo veremos, en materia de allanamiento a cargos y preacuerdos, como lo hemos sostenido desde el principio de este trabajo, el inciso 3ª del artículo 327 de la ley 906 de 2004, impone al juez la verificación de la existencia de los elementos suasorios necesarios para desvirtuar la presunción de inocencia, lo que a nuestro juicio no significa que el juez realice un ejercicio de control material que le está vedado, sino el necesario control de legalidad al que está obligado.

Ahora bien, es un hecho incuestionable que a la luz del artículo 250 superior la fiscalía si bien tiene el deber de investigar las conductas presuntamente punibles, no está obligada a ejercer la acción penal si no median motivos o circunstancias fácticas que indique la real existencia de la conducta punible; lo que en la práctica supone en cuidadoso examen ex

¹ Desde sus inicios, en la Ley 906 de 2004, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia venía sosteniendo que la solicitud de absolución que al final del juicio oral hacía la Fiscalía, vinculaba al juez, sin embargo, dicho criterio fue modificado en reciente decisión (Radicado No. 43837 del 25 de mayo de 2016), en la cual cuatro magistrados salvaron el voto, lo que da a entender que la cuestión no es muy pacífica ora tampoco la decisión puede tomarse como un criterio vinculante a la luz de las reglas jurisprudenciales que para el efecto se han establecido.

ante de la tipicidad en todos y cada uno de sus componentes, que es en últimas el planteamiento que hacemos en este trabajo, la fiscalía en cumplimiento de lo señalado tanto en la norma superior (Art. 250 C.P.) como en el artículo 327 inciso 3ª de la Ley 906 de 2004 debe cumplir con un estándar de prueba mínimo en cuanto a la real existencia de la conducta punible, y en el delito de lavado de activos, que es objeto de nuestra investigación, resulta imprescindible la demostración de la existencia del delito subyacente como elemento normativo del tipo, si ello no ocurre, sostenemos, la sentencia resultaría violatoria del debido proceso.

Tradicionalmente se ha afirmado que disponibilidad de la acción penal está en cabeza de la Fiscalía y que la ley 906 de 2004, reafirma el principio acusatorio y que al juez de conocimiento le está vedado intervenir en dicha facultad por cuanto el ejercicio de la acción penal es exclusivo y excluyente del ente acusador, en otras palabras que la acusación ordinaria, es decir aquella que implica la realización de un juicio con el debido debate probatorio, como también aquella se hace por cualquiera de las vías de terminación anticipada del proceso esto es allanamientos y preacuerdos, es exclusiva del ente acusador, facultad reglada que no está en discusión, y que sin duda constituye un empoderamiento que debe ser respetado por el juez, quien es un tercero neutral e imparcial² (Urbano, 2011, p. 63.), *jamás* podrá inclinarse hacia una de las partes que se encuentran en disputa; porque si lo hace no sólo rompería la estructura del proceso sino que también desnaturalizaría el principio acusatorio.

² La disponibilidad de la acción penal como lo sostiene Urbano pertenece al régimen procesal penal acusatorio y a través de ella se excluye al juez de conocimiento de que participe sobre su disponibilidad. Esta es una de las cualidades esenciales que diferencia la actual sistemática penal –Ley 906 de 2002- del sistema inquisitivo.

Capítulo III

Terminación anticipada del proceso: Allanamientos y preacuerdos en la ley 906.

No cabe duda que aunque si bien en esquemas procesales anteriores como los regulados por el Decreto 2700 de 1991 o la ley 600 de 2000, regulaban las figuras de terminación anticipada del proceso a las que aquí hacemos referencia, el haber dar cabida a la justicia negocial de una manera mucho más fortalecida constituye uno de los mayores logros del sistema procesal acusatorio regulado por la Ley 906 de 2004.

La terminación anticipada del proceso en cualquiera de sus formas, supone en primer lugar y como uno de sus rasgos más característicos la renuncia del procesado una parte de sus garantías fundamentales, como lo es la posibilidad de controvertir las pruebas que la fiscalía presente en su contra, pues no de otra manera se podría satisfacer el propósito de eficientismo que mediante ellas persigue el estado a través del ente acusador, no entraremos a debatir si mediante la figura de los preacuerdos se cae en un exagerado pragmatismo basado en la lógica de asegurar por esta vía la rápida terminación del proceso y la imposición de una sanción sin motivaciones externas distintas.

Tampoco dudamos que el desmesurado crecimiento, casi exponencial, de la criminalidad en todas sus formas de manifestación es una de las causas de la congestión del sistema judicial en materia penal, y que ha sido uno de los factores que ha permitido al Estado acudir a esas figuras jurídico procesales para garantizar de alguna manera la funcionalidad del sistema, por lo menos en términos estadísticos.

Lo anterior por manera alguna significa que mediante este trabajo hagamos una crítica generalizada al instituto de los preacuerdos, pues sin duda la justicia negociada es una expresión del derecho penal democrático (Gómez, 2015)³, aunque algunos, como Raúl Castaño Vallejo (2013), consideran siguiendo a Schunemann que los mecanismos de terminación abreviada del proceso penal (allanamientos o preacuerdos) no pertenecen al sistema penal acusatorio, “pues éste solamente se caracteriza por la separación entre juez y acusador, la igualdad entre defensa y acusador, la oralidad, la concentración y la publicidad del juicio”. (p. 168), afirmación que no compartimos, pues al menos en un sistema como el nuestro no es posible sostener que los allanamientos y los preacuerdos no tengan fundamento constitucional y desarrollo legal y formen parte esencial del funcionamiento del sistema, pues si aún con la existencia de estos se tiene altísimos índices de congestión judicial, sin ellos el sistema colapsaría.

³ Hay que recordar que uno de los fines esenciales a los que hace referencia la Constitución Política de 1991 (art. 29) es el de garantizar a todo ciudadano la participación democrática, el cual, ha sido trasladado al proceso penal, en tanto se le permite presentar a la Fiscalía fórmulas de arreglos para solucionar el asunto. Por esta razón, se puede decir que el proceso penal a diferencia del fijado en la ley 600 de 2000 es más democrático.

Con todo es importante precisar que, como lo sostiene distintos tratadistas, uno de los ejes problemáticos de la terminación anticipada del proceso no es precisamente que el procesado renuncie a una parte importante de sus derechos y que por esa vía se declare de manera rápida su responsabilidad y se le imponga la consecuente sanción, ya que de manera general puede afirmarse que está la “posibilidad constitucional de afrontar un juicio con la garantías que le son inherentes” (Montañez, 2014, p. 237; Bernal & Montealegre, 2013), y siempre depende exclusivamente de él la decisión de aceptar o no los cargos negociados, estando obligado el juez de conocimiento a efectuar la verificación de que esa manifestación de voluntad es libre, exenta de vicios y debidamente informada tanto de la renuncia a los derechos que le son inherentes, como a las consecuencias de ello, como se desprende del mandato contenido en el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, a nuestro juicio, en delitos complejos desde el punto de vista probatorio como lo es el lavado de activos, lo que se torna en verdaderamente problemático es que con un afán efficientista se flexibilice de tal forma el principio de legalidad al punto que se pueda llegar a incurrir en vulneración del debido proceso probatorio al dejar de lado la prueba, al menos en el grado que ha señalado la jurisprudencia sobre el delito fuente o delito subyacente.

La terminación anticipada del proceso constituye de una parte una aplicación relativa del derecho penal material, que se traduce en la terminación del proceso con una sentencia de condena y por otra, le evita al procesado someterse a todas las contingencias propias del procedimiento ordinario, que bien podría traducirse en una adecuada aplicación del concepto de humanización del proceso penal asociada a la visión antropocéntrica del proceso penal, mediante la cual el procesado que se ve expuesto a una eventual pena muy

alta, como es la prevista para el lavado de activos, pueda mediante este mecanismo aligerar esa consecuencia punitiva por la vía de la negociación, ello sin desconocer que algunos autores como Guerrero (2011), señalan que las rebajas que se obtienen por esta vía, terminan por convertirse en una falsa efectividad de la administración de justicia penal, y en esa medida, asegura que está lejos la consecución del fin de humanización de la pena que se propone con los preacuerdos.

Con todo, se reitera que si bien la terminación anticipada del proceso supone la participación del imputado o procesado en la solución de su propio caso, lo que se traduce en la posibilidad de presentar fórmulas a la Fiscalía que considere viables y permitan una solución no solamente pronta, sino también justa del asunto que lo involucra, y como lo afirmamos en líneas anteriores, es él y solo él, con la debida asesoría de su defensa técnica quien en últimas decida si las acepta o no. Esa participación del procesado en la solución de su caso por vía de preacuerdo, se limita únicamente a ese aspecto y no puede convertirse en un instrumento para que éste se preste para soslayar el deber de la fiscalía de contar con el suficiente respaldo probatorio en relación con la real existencia de la conducta punible y la responsabilidad del imputado o acusado, pues la viabilidad del preacuerdo depende en gran medida de que la Fiscalía posea evidencia mínima necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al procesado (Ley 906 de 2004, Art. 327) y, se insiste, en la demostración de la tipicidad, aspectos que en nuestro sistema procesal deben ser verificados por el juez de conocimiento.

La presunción de inocencia.

Dentro del amplio catálogo de garantías que estructuran el derecho fundamental al debido proceso la presunción de inocencia es sin duda uno de sus pilares esenciales, así el artículo 29 de la Constitución dispone que “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”.

La presunción de inocencia tiene una doble connotación, por una parte es un principio propio de los sistemas democráticos y del derecho penal moderno necesario como límite al poder punitivo del estado, desde esta perspectiva es incuestionable que en el ámbito del proceso penal la presunción de inocencia como principio permite afirmar el respeto de la dignidad humana de quien es sometido a un proceso penal de ser tenido y tratado como inocente mientras una decisión judicial en firme no establezca lo contrario, y por otra, es un derecho fundamental, reconocido como tal en la Carta Política y consagrado en tratados internacionales que de conformidad con el artículo 93 forman parte del bloque de constitucionalidad.

La Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París, establece en el Artículo 11, que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las

Naciones Unidas en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, establece en el numeral 2 del artículo 14, que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, establece en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha dispuesto en el numeral 2, que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

En la sentencia C.205 de 2003, entre otras, La Corte Constitucional se ha referido presunción de inocencia, reconociendo explícitamente su carácter de derecho fundamental. En la sentencia citada la alta Corporación señaló que “El derecho fundamental a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 29 constitucional, significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad. Así pues, la presunción de inocencia, se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos textos de derechos humanos”^[68].

Acorde con la jurisprudencia Constitucional se tiene que el principio al que nos referimos está constituido por tres elementos centrales: “(i) que se trata de un derecho fundamental, (ii) que es una garantía cuyo alcance se extiende hasta el perfeccionamiento de la ejecutoria de la sentencia que declara la responsabilidad, y (iii) que es una garantía que debe ser aplicada tanto de las sanciones penales, como de las administrativas”.

Sobre el contenido de este principio en la Sentencia C-121 de 2012, dijo la Corte Constitucional:

“33. En conclusión, el principio de presunción de inocencia está consagrado en el constitucionalismo colombiano como un derecho fundamental con arraigo expreso en la Constitución y el derecho internacional, del que se derivan importantes garantías para la persona sometida a proceso penal, como son: (i) Nadie puede considerarse culpable, a menos que se haya demostrado la responsabilidad mediante proceso legal, fuera de toda duda razonable, (ii) La carga de la prueba acerca de la responsabilidad recae sobre la acusación; (iii) El trato a las personas bajo investigación por un delito, debe ser acorde con este principio. La formulación del artículo 248 de la Constitución, según la cual únicamente constituyen antecedentes penales las condenas impuestas en sentencias judiciales, en forma definitiva, configura un desarrollo de la garantía constitucional de presunción de inocencia.”^[74]

Ahora bien, entendiendo que la presunción de inocencia no es solamente un principio, sino también un derecho, tendríamos que preguntarnos ¿cuál es el ámbito de protección de ese derecho? La respuesta la encontramos en el artículo 7 de la Ley 906 de 2004:

“Artículo 7. Presunción de inocencia e indubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.”

En síntesis, la Corte Constitucional tiene dicho que al tenor de la normativa internacional vinculante y del mandato legal, la presunción de inocencia es una garantía

del debido proceso, de la que es titular toda persona sometida a procedimiento sancionatorio, y que su vigencia y protección abarca la totalidad de la actuación procesal, hasta la firmeza del fallo condenatorio o la ejecutoria del mismo y eso quedó claramente precisado en la Sentencia C-774 de 2001, que sobre el particular señala:

“La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.”^[75]

De lo anterior se puede afirmar de manera concluyente que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la presunción de inocencia es un principio constitucional, un derecho fundamental y una de las garantías esenciales del debido proceso.

Capítulo IV

Análisis jurisprudencial

En el presente capítulo abordaremos el análisis de la jurisprudencia nacional más relevante en relación con el delito de lavado de activos de manera particular en lo relacionado con es el estándar de prueba exigible en relación con el delito subyacente y la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba.

Como ha quedado señalado en acápite anteriores y así lo ha señalado de tiempo atrás la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en relación con el punible objeto de estudio, como con cualquier otro tipo penal, para su realización no se discute la necesidad de probar la realización de alguno de los verbos contenidos en la norma, aspecto del que por razones obvias no nos ocuparemos, la controversia radica en otros aspectos tales como la determinación en el nivel de conocimiento que debe alcanzarse para proferir sentencia de condena frente al segundo elemento estructural del tipo penal: el origen mediato o inmediato de los bienes en alguna de las actividades ilícitas allí descritas, que como también se afirmó es ingrediente normativo del tipo y por lo tanto tema de prueba.

Sobre el particular la (Corte Suprema de Justicia, Radicado 49906 de 2020) afirma:

[...] “en primer lugar, que el delito de *lavado de activos* es *autónomo* respecto de las actividades delictivas que dieron origen, mediato o inmediato, a los bienes sobre los que recae la conducta. En segundo lugar, que, por tal razón, no se requiere que exista una sentencia condenatoria por un delito en específico del que se hayan derivado dichos bienes o ganancias (Corte Suprema de Justicia, Radicado 23174,

2007; Radicado 23754, 2008; Radicado 28300, 2009; Radicado 27144, 2011; SP6613-2014, 2014, entre otras). Tampoco es exigible la demostración de que el delito base se cometió en específicas circunstancias de tiempo, modo y lugar. Basta con que se establezca que los bienes sobre los que recae la conducta tienen origen mediato o inmediato en alguna de las actividades al margen de la ley que enlista la norma. Tampoco se requiere que la persona a la que se le acusa por el *lavado de activos* haya participado en alguna de las actividades ilícitas que dieron origen a esos capitales”.

Lo que sí se exige es que el origen ilícito de los recursos se encuentre debidamente probado, ya sea a través de prueba directa o indirecta, como es el caso de los indicios. Al respecto, expuso la Corte Suprema de Justicia, en providencia SP-282-2017 en la que preciso que no es necesario que exista un pronunciamiento previo por la conducta en la cual tiene origen los recursos ilegales, pero si es menester demostrar que dichos recursos tuvieron su origen en una conducta de esa naturaleza.

Como se observa, la Corte es enfática en resaltar la autonomía del lavado de activos frente al delito fuente, asunto este que ciertamente esta fuera de toda discusión y ha sido ampliamente superado, y es claro que no se requiere la demostración de las circunstancias en que pudo ocurrir aquél, sin embargo, ello no implica que por manera alguna la Fiscalía quede relevada de probar el origen ilícito de los dineros o bienes objeto del lavado, sino que bien al contrario es parte del tema de prueba y debe serlo porque se trata de un ingrediente normativo del tipo, por manera que la ausencia de demostración del mismo toca ni más ni menos que la tipicidad, no obstante, debe también concluirse que en este tópico, como

ocurre con los hechos indicadores, no existe tarifa legal y podrá probarse por cualquier medio de prueba.

Aunque hoy se afirma sin dubitación alguna, y desde ya debe decirse que la línea jurisprudencial de nuestro órgano de cierre es unánime y consistente en punto a la autonomía del lavado de activos, en alguna oportunidad y cuando ya habían transcurrido varios años desde la entrada en vigencia de las primeras normas de carácter supranacional e incluso estas habían sido acogidas por el legislador patrio e incorporadas a nuestro sistema jurídico, el órgano de cierre en el mismo año, 2007, produjo decisiones diametralmente opuestas sobre el particular, veamos:

“Para hablar de lavado de activos es menester demostrar el delito origen, dígase secuestro extorsivo, trata de personas, enriquecimiento ilícito, o cualquiera otro de los involucrados en la descripción típica. También es obvio que la conducta punible antecedente debe ser demostrada por medio de una decisión judicial en firme, o dentro del mismo proceso que se sigue por el blanqueo, toda vez que se trata de un ingrediente normativo del tipo mencionado” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 23881, 2007).

Y, apenas unos meses después la misma Corporación corrigió su postura y a partir de entonces se ha consolidado la acertada línea jurisprudencial vigente hasta hoy:

“No es dable asociar la demostración *con certeza* de la actividad ilícita antecedente, o la *prueba* de la conducta subyacente o el requerimiento de una declaración judicial *en firme* que declare la existencia del delito base para fundamentar el elemento

normativo del tipo en la conducta de lavado de activos. La sala reitera la tesis de que lavar activos es una conducta punible autónoma y no subordinada” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 23881, 2007).

/"El lavado de activos, tal como el género de conductas a las que se refiere el artículo 323, es comportamiento autónomo y su imputación no depende de la demostración, mediante declaración judicial en firme, sino de la mera inferencia judicial al interior del proceso, bien en sede de imputación, en sede de acusación o en sede de juzgamiento que fundamente la existencia de las conductas punibles tenidas como referente en el tipo de lavado de activos” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 23881, 2007).

Aunque si bien, con ponencia del mismo magistrado (Gómez Quintero), la corte anteriormente se había pronunciado en sentido similar, la postura expuesta por la Corte en esta decisión puede afirmarse que es la sentencia hito en la materia en la medida en que marcó el derrotero de lo que en los años posteriores ha venido constituyendo y consolidando la doctrina imperante, así se pronunció la Corte en aquella oportunidad:

“Es, pues, un hecho irrefutable, que compete al Estado jurisdiccional el deber de demostrar que el incremento patrimonial no justificado tiene en su origen mediato o inmediato un nexo o conexión con actividades delictivas. El proceso penal debe contar con aquellos elementos de convicción suficientes orientados a dicha comprobación, sin que pueda ser admisible asumir –como termina haciéndose en la propuesta de la demandante-, una presunción de ilicitud de los bienes si los imputados no explican

convincientemente la fuente de los mismos, lo que justifica una intolerable inversión de la carga de la prueba que corresponde al Estado. Tratándose de particulares a quienes se acusa de enriquecimiento ilícito –como delito subyacente al de lavado de activos, tal y como sucede en este caso-, es propósito de su represión penal la sanción que se deriva de la obtención de bienes o intereses de contenido económico, pero en forma *ilícita o delictiva*, configurando este elemento no el imperativo judicial de que exista previa decisión declarativa de la ilegalidad de la actividad, pero sí que converjan elementos de prueba con la idoneidad suficiente para que más allá de una presunción –inviabile en su demostración-, permitan establecer el nexo objetivo suficiente para afirmar que emanan de actividades al margen de la ley” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 22179, 2006).

En los años posteriores el órgano de cierre fue consolidando dicha tesis y en la misma línea argumentativa, dijo:

“Cuando el tenedor de los recursos ejecuta esa sola actividad (aparentar la legalidad del activo) y oculta su origen e inclina su actividad al éxito de ese engaño, orienta su conducta a legalizar la tenencia del activo, es claro que incurre en la conducta punible porque su comportamiento se concreta en dar a los bienes provenientes o destinados a esas actividades apariencia de legalidad; es decir, encubre la verdadera naturaleza ilícita del producto” [...] (Corte Suprema de Justicia, Radicado 30762, 2008).

[...] “demostrar el amparo legal del capital que ostenta o administra, etc., es cuestión a la que está obligado el tenedor en todo momento; y cuando no demuestra ese amparo legítimo es dable inferir, con la certeza argumentativa que exige el ordenamiento jurídico penal, que la actividad ilegal consiste en encubrir la

verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes”, de manera que por esa vía se estructura la tipicidad y el juicio de reproche a la conducta de quien se dedica a lavar activos” [...] (Corte Suprema de Justicia, Radicado 30762, 2008).

Transcurridos diez (10) años desde cuando se profirió la que nosotros consideramos sentencia hito en la materia (23174 de 2007) la Corte profiere una importante decisión en la que ratifica y sintetiza de manera magistral los aspectos más importantes y que pudieran ser problemáticos en relación con el punible objeto de estudio, así, se ocupó del tema de prueba, los estándares de conocimiento en el delito de lavado de activos, la autonomía del delito, la importancia de la determinación clara de los hechos jurídicamente relevantes, entre otros, en esa oportunidad señaló la alta Corporación:

“No se debate la obligación de demostrar que el sujeto activo realizó alguno de los verbos incluidos en la aludida disposición. La controversia se ha centrado en la delimitación del tema de prueba y, especialmente, en el nivel de conocimiento que debe alcanzarse frente al otro elemento estructural del tipo penal: el origen mediato o inmediato de los bienes sobre los que recae la acción, en alguna de las actividades ilícitas allí descritas. Sobre el particular, la Sala ha hecho algunas precisiones que no ameritan mayor discusión: (i) el delito de lavado de activos es autónomo respecto de las actividades delictivas que dieron origen, mediato o inmediato, a los bienes sobre los que recae la conducta; y (ii) por tanto, no se requiere que exista una sentencia condenatoria por un delito en particular, del que se hayan derivado dichos *bienes o ganancias*” (CSJ SP, 28 nov. 2007, rad. 23174, CSJ, SP, 9 abr. 08, rad. 23754, CSJ

SP, 5 ago. 2009, rad. 28300, CSJ SP, 2 feb. 2011, rad. 27144, CSJ SP6613-2014, entre otras; citado por Corte Suprema de Justicia, Radicado 23174, 2007).

“Tampoco es obligatorio, se aclara, la demostración de un delito cometido en determinadas circunstancias de modo, tiempo y lugar, pues la norma establece expresamente que el tema de prueba, en este aspecto en particular, se reduce a establecer que los bienes sobre los que recae la conducta (uno de los verbos rectores dispuestos para el delito de lavado de activos), tengan origen mediato o inmediato en las actividades de extorsión, tráfico de estupefacientes, etcétera. Lo anterior es así, porque el artículo 323 del Código Penal no tiene como ámbito de protección los bienes jurídicos tutelados con las conductas punibles que generan los bienes o ganancias a los que, luego, se les pretende dar visos de legalidad (la libertad personal, en los casos de secuestro; la seguridad pública, cuando provienen del tráfico de armas; etc.), sino el orden económico y social, sin perjuicio del carácter “pluriofensivo” que suele atribuírsele al delito de lavado de activos” (Bermejo, 2015; citado por Corte Suprema de Justicia, Radicado 23174, 2007).

“A las anteriores razones se suman otras, de carácter criminológico, porque, en el caso concreto de las actividades de narcotráfico, [s]erá muy frecuente que el delito o delitos presupuestos del blanqueo no hayan podido ser esclarecidos ni ubicados en coordenadas concretas espacio-temporales. En efecto, cuando esos delitos son abortados por la actuación policial, lo habitual es que no reporten beneficios pues la sustancia suele ser intervenida antes de la comercialización. No habrá bienes o ganancias *blanqueables* dimanantes de ese delito. Cuando son detectados los movimientos dinerarios posteriores a las infracciones no descubiertas es difícil esclarecer los detalles concretos de operaciones *exitosas*”, en una investigación

hacia atrás” [...] (Bermejo, 2015; citado por Corte Suprema de Justicia, Radicado 23174, 2007).

“El delito de lavado de blanqueo de dinero –leemos en otra de las sentencias citadas- procedente de tráfico de drogas es de aquéllos que la prueba directa será prácticamente imposible de obtener dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de elaboración y distribución de drogas, así como el lavado de dinero proveniente de tal actividad, por lo que recurrir a la prueba indirecta será inevitable” Tribunal Supremo Español, STS 4081/2016; citado por Corte Suprema de Justicia, Radicado 23174, 2007).

En la misma línea, esta Corporación anotó:

Suponer que, para poder sentenciar por lavado de activos tiene que demostrarse en el proceso con *una decisión judicial en firme* el delito matriz (las actividades de tráfico de migrantes, etc.), es tanto como garantizar la impunidad en los eventos en que el procesado logra simular la conducta subyacente y sin embargo [...] adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforma, custodia o administra determinados activos de los que es deducible que provienen de actividades al margen de la ley” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 23174, 2007)

“Según se indicó, el juzgamiento por el delito de lavado de activos no está supeditado a la existencia de una condena previa por las conductas punibles que dan origen directo o indirecto a los dineros o bienes sobre los que recaen los verbos rectores relacionados en el artículo 323 del Código Penal, ni a la demostración de que las mismas (las conductas punibles “subyacentes”) ocurrieron en determinadas

condiciones de tiempo, modo y lugar. Igualmente, no se requiere que la persona a la que se le atribuye el lavado de activos haya participado en el delito que dio origen a los dineros o ganancias allí referidas” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 23174, 2017).

Superado entonces este primer aspecto, es decir el relacionado con la autonomía del delito de lavado de activos con respecto a cualquiera de las conductas que puedan ser consideradas como delito fuente o delito subyacente, abordaremos lo relativo a la importancia de establecer con precisión, o mejor aún, como lo establece la Ley 906 de 2004, arts. 288 y 337, el primero relativo a los requisitos exigidos para formular imputación y el segundo en cuanto a los requisitos formales del escrito de acusación, los hechos jurídicamente relevantes de una manera clara y en un lenguaje comprensible, señalando de paso que dicha relación es una obligación para la Fiscalía en la medida que de ella depende la adecuada verificación de todos y cada uno de los extremos de la conducta punible, al mismo tiempo, constituye una garantía para el procesado en la medida en que desde ese mismo momento tiene perfecta claridad de que es de lo que se debe defender y así poder dar una correcta orientación a su defensa, y para el juez, se constituye a su vez en una obligación de verificación, lo que no supone por manera alguna ejercicio de control material, el cual le está vedado, sino un cabal ejercicio de sus funciones como director del proceso en aras de garantizar el debido proceso y la materialización de las garantías de las partes, en especial del procesado, aspecto de vital importancia en la tesis que aquí se defiende.

Como cuestión previa, también es relevante señalar que, en los procesos por lavado de activos, sea por procedimiento ordinario, esto es agotando la totalidad de las etapas

procesales, ora por terminación anticipada del proceso, que es lo que consideramos verdaderamente problemático, lo que debe demostrarse es un vínculo de causalidad real (no personal) entre el activo y la actividad ilícita subyacente, demostración que como en forma reiterada lo ha señalado la jurisprudencia se limita a establecer que los recursos ilícitos provienen de la actividad ilegal subyacente, demostración que sólo requiere de una inferencia lógica que la fundamente.

Ahora bien, surge entonces el interrogante ¿existe alguna suerte de tarifa legal para la demostración del delito subyacente? De manera enfática la respuesta es negativa, pues como se señaló en precedencia, si bien este es un aspecto que forma parte de la tipicidad y que por tanto debe ser integrado necesariamente al tema de prueba, su comprobación puede darse por cualquier medio de prueba, incluso y de manera particular por la dificultad probatoria que ofrece este tópico, mediante prueba indiciaria, sobre ello también se ha pronunciado en diversas ocasiones la Corte.

“Lo anterior, bajo el entendido de que no admite discusión la posibilidad de demostrar con *prueba indiciaria* los elementos estructurales de este o de cualquier otro tipo penal. Este aspecto, por evidente, no amerita más comentarios. Igualmente, debe tenerse en cuenta que las inferencias inherentes a la denominada *prueba indiciaria* pueden hacerse a partir de un solo dato o *hecho indicador* (como en el caso de los denominados *indicios necesarios*), o pueden estar fundamentadas en la convergencia y concordancia de varios datos, así estos, individualmente considerados, no tengan la entidad suficiente para servir de soporte suficiente a la conclusión. Sobre este volverá la Sala en el numeral 2”.

Sobre el particular, resultan ilustrativos los planteamientos más recientes del Tribunal Supremo de España en torno a la utilización de “prueba indirecta” para la demostración del delito objeto de estudio:

“La STS 801/2010, de 23 de septiembre, expone esta misma idea con trazos más minimalistas; “para el enjuiciamiento de delitos de *blanqueo* de bienes de procedencia ilegal, como el presente, esta clase de prueba indiciaria, a partir de la afirmación inicial de que no se precisa la condena previa del delito base del que proviene el capital objeto de blanqueo, aparece como el medio más idóneo y, en la mayor parte de las ocasiones, único posible para tener por acreditada su comisión, designándose como indicios más habituales en esta clase de infracciones: a) La importancia de la cantidad del dinero blanqueado; b) La vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas; c) Lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto; d) La naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico; e) La inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones; f) La debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales; g) La existencia de sociedades “pantalla” o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 23754, 2008; 40120, 2017).

Resuelto entonces el interrogante anterior, nos adentramos en tratar de resolver el interrogante que da origen al título de este trabajo investigativo: ¿cuál es el nivel de

conocimiento que debe lograrse frente al delito subyacente como elemento estructural de la conducta punible?

En muchas ocasiones la jurisprudencia se ha referido al grado de conocimiento o estándar probatorio exigible con respecto denominado delito fuente o delito subyacente y lo ha denominado de diferentes maneras así:

En decisiones proferidas dentro de los radicados 23174 de 2007, y 27144 de 2011, dijo que el grado de conocimiento que debía alcanzarse era el de *inferencia razonable* o *mera inferencia* y en ésta última (27144) también se refirió a este como *inferencia lógica*; en providencia dictada dentro del proceso con radicado 25.975 se refirió al mismo como *razonable ilación*.

De manera reciente, en providencia con radicado 40.120 antes citado, la Corte recogió dichas expresiones por considerar que estas son notoriamente ambiguas y en general pueden corresponder a distintos niveles de conocimiento, sean estos de posibilidad (bajos), probabilidad (medios) o certeza racional (alto), precisando que si el origen directo o indirecto del dinero o los bienes objeto del lavado de activos constituye un elemento estructural de la conducta punible, que como quedó señalado en precedencia, forma parte esencial del tema de prueba, no existe ninguna razón jurídica “para predicar que frente a ese aspecto en particular opera una estándar de conocimiento diferente, simple y llanamente porque el legislador no ha establecido una diferenciación de esa naturaleza” [...] (Corte Suprema de Justicia, Radicado 23754, 2008; 40120, 2017).

En este punto cobra relevancia nuestro problema de investigación, pues consideramos con sólido fundamento en la jurisprudencia y la doctrina que en los casos en

que el proceso sigue su curso normal, esto es, cuando se surten todas las etapas previstas por el legislador, imputación, acusación, audiencia preparatoria, audiencia de juicio oral y dentro de ésta el correspondiente debate probatorio y los alegatos conclusivos, no surge mayor dificultad, pues es claro que quien plantea una determinada hipótesis fáctica tiene la carga de demostrarla, la fiscalía debe demostrar la hipótesis de la acusación lo que desde luego supone probar más allá de duda la existencia de la conducta punible en todos y cada uno sus elementos estructurales y la responsabilidad del procesado, en tanto que si la defensa plantea hipótesis alternativas fundadas en información que tiene en su poder o a la cual tiene acceso, también tiene la carga de demostrarla.

Empero, cuando se trata de terminación anticipada del proceso en cualquiera de sus formas, sea por allanamiento o por preacuerdo con la fiscalía, particularmente en los casos de captura en situación de flagrancia, el asunto parece un poco más complejo, pues en cualquiera de ellos media la renuncia al debate probatorio, lo que desde luego, al tenor de lo dispuesto en la Ley 906 de 2004, art. 327, inc. 3 no puede comprometer la presunción de inocencia, en otros términos esa renuncia al debate probatorio por parte del imputado o acusado no releva a la fiscalía de aportar los elementos suasorios suficientes para desvirtuarla, en el grado probatorio suficiente para proferir sentencia de condena, ni mucho menos al juez de valorarlos para proferir la correspondiente sentencia.

Sobre el particular, ha dicho la Corte:

“Indudablemente que la Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal, postulado que se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece

consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos”

(Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 11; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8-2 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14-2).

“Ese principio fundamental se sustenta porque en un Estado Social de Derecho corresponde, en principio, al ente estatal competente la carga de probar que una persona es responsable de un delito o participó en la comisión del mismo, principio que se conoce como *onus probandi incumbit actori*, y que conlleva a que la actividad probatoria que tiene a su cargo el organismo investigador se encamine a derruir esa presunción de inocencia de que goza el acusado, mediante el acopiamiento de pruebas que respeten las exigencias legales para su producción e incorporación” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 11; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8-2 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14-2).

“Bajo esa lógica, no es obligación del procesado desplegar actividades encaminadas a acreditar su inocencia, pues ello conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, ya que, se reitera, es el ente acusador el que debe demostrarle su culpabilidad. Ello significa, a la luz del principio de *in dubio pro reo*, que si no se logra desvirtuar la presunción de inocencia hay que absolver al implicado, pues toda duda debe resolverse a su favor” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 11; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8-2 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14-2).

“Pero si bien es cierto que el principio de presunción de inocencia demanda del Estado la demostración de los elementos suficientes para sustentar una solicitud de

condena, ha de admitirse al mismo tiempo que en eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando las evidencias suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esa evidencia, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión”

(Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 11; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8-2 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14-2).

“El anterior criterio, estrechamente relacionado con el concepto de *carga dinámica de la prueba*, que ya ha sido desarrollado por la Sala reconociendo su muy limitada aplicación en el campo penal, porque no se trata de variar el principio de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de la responsabilidad penal, posibilita que procesalmente se exija a la parte que tiene la prueba, que la presente, para que pueda cubrir así los efectos que busca de ella” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 23754, 2008; 40120, 2017).

“Lo anterior, porque dentro de criterios lógicos y racionales no puede desconocerse que la dinámica de los acontecimientos enfrenta a la judicatura en muchas de las veces a situaciones en las cuales se aduce la existencia de elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor, que los invocan para demostrar circunstancias que controvierten las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, y que por lo tanto es a ellos a quienes corresponde allegarlos al proceso si quieren obtener los reconocimientos

que de los mismos buscan” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 23754, 2008; 40120, 2017).

Aunque si bien referida al tema de la presunción de inocencia, la anterior cita nos remite de inmediato a uno de los temas más controversiales en materia probatoria y más aún cuando nos enfrentamos a fenómenos criminales como el lavado de activos cuya complejidad es notoria, máxime si se tiene en cuenta que en la mayoría de los casos se trata de un punible cometido por organizaciones delincuenciales por lo general muy especializadas y asociadas a otros fenómenos criminales lo que dificulta enormemente su investigación y juzgamiento, como lo reconoce incluso el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria:

“La práctica ha enseñado de manera recurrente, las grandes dificultades a las que se enfrenta el Estado para la demostración de los elementos constitutivos del tipo penal, por lo que a falta de una prueba expedita y directa, normalmente los jueces deben recurrir en sus fallos, a fin de estructurar la conducta punible, a la construcción de indicios a partir de la concurrencia, convergencia y concordancia, de hechos indicadores, a fin de alcanzar el estándar de conocimiento consistente en el nivel de certeza –racional- sobre la existencia de la conducta y la responsabilidad de los procesados. Dicho recurso probatorio, como lo ha señalado esta Sala, cobra especial relevancia tratándose de esta clase de delitos, siendo de importancia la presencia de datos indicadores, tales como la importancia de la cantidad del dinero blanqueado; la vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas; lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial de los sujetos intervinientes; la naturaleza y características de las

operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en efectivo; la inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones; la debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales; y, la existencia de sociedades *pantalla* o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas” (Corte Suprema Justicia, Radicado 40120, 2017).

Nótese como el estudio sistemático de la jurisprudencia nos dirige a la que parece ser la respuesta más adecuada a nuestro tema de estudio y es la viabilidad de aplicar la tesis de la carga dinámica de la prueba en materia penal y de manera más concreta en materia de lavado de activos.

La anterior afirmación no es una postura pacífica, porque de entrada se encuentra con el inconveniente de resolver si en los casos de terminación anticipada del proceso ello no implicaría una evidente inversión de la carga de la prueba, y es solo en estos casos en los que se presenta dicha situación, pues en aquellos eventos en que el proceso se surte por los cauces ordinarios, como lo hemos venido sosteniendo en páginas anteriores, no surgen mayores problemas y así lo ha reconocido la jurisprudencia:

Aunque si bien el tema de la carga de la prueba en el derecho penal suscita interesantes debates en la doctrina, ha sido de especial interés en los últimos años la posibilidad de aplicar la teoría de la carga dinámica, algunos la defienden de manera amplia apoyados en principios y postulados constitucionales como la verdad y la justicia material, y en contraposición, otros la rechazan por considerar que atenta de manera grave contra

principios de viejo cuño en el derecho occidental como la presunción de inocencia o el *in dubio pro reo*.

Azula Camacho a partir del análisis de normas vigentes en el momento en que elaboró su texto (las dos primeras) y basado en las tesis de connotados tratadistas (la tercera), plantea la existencia de al menos tres tendencias doctrinales que se ocupan de la justificación de la teoría de la carga dinámica de la prueba (Azula, 2008), así:

1. Fundada en el artículo 1757 del Código Civil, según el cual le correspondía a la parte interesada la carga de la prueba, tanto de las obligaciones, como de su extinción, la norma en cita señala “Persona con la carga de la prueba. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta” (Ley 153, 1887).

2. Con asiento en el inciso 1º del artículo 177 del derogado Decreto 1400 de 1970 (Anterior Código de Procedimiento Civil) según el cual “Carga de la Prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” norma que en sentido estricto pregona la aplicación del principio actor *incumbit probatio*.

3. Basada en las tesis de (Carnelutti, 1944; y Bentham, 1971) quienes atribuyen la carga de la prueba a la parte que se halle en mejores condiciones de aportarla o de obtenerla.

Estas tres tendencias a que se refiere Azula, no ofrecen mayor dificultad en materia civil, pero francamente creemos que por manera alguna justificarían la aplicación de la carga dinámica de la prueba en materia penal, ni siquiera si se argumentara que a través de ella se logre la justicia material y la verdad sustancial, o se acuda a forzadas interpretaciones del deber de colaboración o del principio de solidaridad en aras de supuestos criterios de eficacia de la administración de justicia (Azula, 2008).

En materia penal, sin dejar de lado los postulados contenidos en el artículo 29 constitucional, las consideraciones relativas a la viabilidad de aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba deben necesariamente partir de la Ley 906 de 2004, art. 7 que establece:

“Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”.

La norma en cita prohíbe de manera expresa y clara la posibilidad de invertir la carga de la prueba, radicando ésta en cabeza del Estado, lo que como lo sostenemos en este trabajo no ofrece dificultad alguna cuando el proceso se surte por el procedimiento ordinario, agotando todas y cada una de las etapas procesales, caso en el cual el acusado puede incluso asumir una defensa pasiva con fundamento en la presunción de inocencia que le ampara y simplemente quedar a la espera que la fiscalía logre probar su pretensión, pero no ocurre lo mismo cuando el proceso transita por la vía de la terminación anticipada en cualquiera de sus formas.

En efecto, el modelo procesal con tendencia acusatoria acogido mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, y desarrollado por la Ley 906 de 2004, con sus diversas modificaciones, sin adentrarnos en comentarios o críticas que excederían la intención de

este trabajo, es sin duda un sistema de corte adversarial, en el cual el imputado o acusado según el caso tiene una participación activa en virtud de la cual puede, y debe, controvertir la pretensión punitiva del Estado, no sólo mediante la posibilidad de presentar recursos, sino también solicitando y aportando sus propias pruebas y si es del caso oponiéndose a la práctica de las pedidas por el ente acusador.

Sea que el sujeto pasivo de la acción penal opte por una defensa pasiva, ora que lo haga mediante un amplio debate probatorio, la carga de la prueba, como norma general, siempre recaerá en cabeza del Estado y por manera alguna se vulnera la prohibición contenida en el Código de Procedimiento Penal, art. 7, pues si el ente acusador no logra demostrar la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del procesado, así este asuma una defensa pasiva, la consecuencia no puede ser distinta a la de proferir una sentencia absolutoria.

Reiteramos, lo anterior es cierto y no admite discusión cuando se trata de procesos tramitados por la vía ordinaria, pero sostenemos que no ocurre lo mismo cuando se trata de terminación anticipada en cualquiera de sus formas, y particularmente cuando se trata de procesos por delitos de investigación compleja como lo es el lavado de activos.

Para resolver la pregunta de investigación que da origen a este trabajo debemos acudir a la autorizada opinión de connotados doctrinantes que defienden la tesis de la aplicación de la carga dinámica de la prueba, y desde luego a la jurisprudencia de los órganos de cierre:

Tirado señala que:

[...] “esta concepción encuentra mayor aceptación con el advenimiento del proceso penal acusatorio de que trata la Ley 906 de 2004, porque ahora sí se busca el equilibrio entre el interés del Estado, mediante la Fiscalía, y el interés del indiciado,

imputado o acusado, quienes como adversarios, y con la prohibición para el juez de decretar pruebas de oficio, busquen sus propios resultados, aunque el interés de aquella (que tampoco puede desconocer la realidad de lo desfavorable a su contraparte), derive en defensa de un bien mayor, concerniente a la consecución, en lo posible, de la identidad de la verdad y la justicia” (2006).

La Corte Constitucional en la Sentencia C-069 de 2009, afirma que:

[...] “el imputado ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de los cargos. Por lo que sin considerar una inversión de la presunción de inocencia, las cargas procesales se distribuyen entre la Fiscalía y el investigado, imputado o procesado a quien le corresponde aportar elementos de juicio que permitan confrontar los alegatos del acusador”.

Nosotros agregamos que esa intervención del sujeto pasivo de la acción penal, lo será para confrontar los alegatos del acusador cuando de proceso ordinario se trata, o para confirmarlos o corroborarlos cuando se trata de terminación anticipada, ya que al renunciar al debate probatorio y aceptar los cargos, sea por allanamiento o por preacuerdo, carece de interés en rebatir los argumentos del acusador.

Por su parte el profesor Devis sostiene que “la regla de la carga de la prueba tiene cierta relativa aplicación a cargo del procesado; porque sufre las consecuencias adversas de la falta de esas pruebas, si el hecho ilícito y su autoría se encuentran plenamente

demostrados” tesis esta que nos parece la más apropiada en los casos problemáticos de terminación anticipada (2012).

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia también se ha ocupado del tema y admite de manera consistente que cuando se trata de delitos cuya investigación es compleja, como el lavado de activos, resulta perfectamente aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, así se ha pronunciado la alta corporación:

[...] “En los procesos por conductas punibles en las cuales la defensa alude a hipótesis susceptibles de desvirtuar la teoría del caso elaborada por la Fiscalía, pero cuya verificación o refutación sería de muy difícil (si no imposible) obtención para el Estado, es obligación de aquella, en virtud del criterio excepcional de carga dinámica de la prueba, soportar con medios probatorios los fundamentos de tal pretensión. La Corte estima necesario acudir al concepto de *carga dinámica de la prueba* que tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca” (Devis, 2012).

“Porque, si bien, como ya se anotó, el principio de presunción de inocencia demanda del Estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde

entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión” (Devis, 2012; citado por Corte Suprema de Justicia. Radicado 42516, 2014).

“Desde luego la Corte, conociendo el origen y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, reconoce su muy limitada aplicación en el campo penal, pues no se trata de variar el concepto ya arraigado de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de la responsabilidad penal. Pero dentro de criterios lógicos y racionales, es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que solo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si estos pretender ser utilizados por ellos a fin de demostrar circunstancias que controvierten las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso” (Devis, 2012; citado por Corte Suprema de Justicia. Radicado 42516, 2014).

“Por eso, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado – no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer” (Corte Suprema de Justicia. Radicado 42516, 2014).

“Lo anterior es aplicable, generalmente, en delitos como el lavado de activos y el enriquecimiento ilícito de particulares. En estos casos, si la Fiscalía edifica una teoría condenatoria plausible acerca de los hechos por los cuales llamó a juicio,

debidamente apoyada en los medios de conocimiento que hay en el expediente, a la defensa no le será posible, en los alegatos de conclusión, en la apelación de la sentencia, ni menos en sede del extraordinario recurso de casación, acudir a explicaciones o a hipótesis divergentes, así se adviertan en principio como no irrazonables, si en las etapas respecto de las cuales operó el principio de preclusión era la única o la mejor llamada a sustentar mediante pruebas los enunciados fácticos que las integraban” (Corte Suprema de Justicia. Radicado 42516, 2014).

“Sólo cuando la hipótesis sostenida por el organismo acusador sea manifiestamente contraria a derecho, o abruptamente desatinada en lo fáctico, podrá ser refutada desde el punto de vista argumentativo por el procesado o su defensor, esto es, sin tener que acudir a una teoría alternativa, fundada en pruebas, que explique racionalmente lo sucedido” (Corte Suprema de Justicia. Radicado 42516, 2014).

En otra oportunidad, en relación con el tema de la carga dinámica de la prueba en delitos de lavado de activos, dijo la Corte: en el auto 35159 de 2012, :

“Pero, dentro de criterios lógicos y racionales, es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si éstos pretenden ser utilizados por ellos a fin de demostrar circunstancias que controviertan las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso”.

En otras palabras, cuando en el sistema de la Ley 600 de 2000 la defensa adopta una estrategia pasiva frente a las imputaciones de condena, en casación sólo podrá proponer

errores internos o inmanentes a la hipótesis acusatoria si en su momento tenía al alcance de la mano, y no lo hizo, obrar de manera proactiva en aras de respaldar por lo menos una explicación que lograra refutarla o ponerla en duda. Pero si a esta altura de la actuación se refiere a teorías con contenidos fácticos carentes de las bases probatorias que hubiera podido aportar en el normal devenir del proceso, no sólo entraría al terreno de la especulación, sino que rayaría los límites de la lealtad y la buena fe.

Esto es ostensible en el sistema de la Ley 906 de 2004, que puede definirse en materia epistemológica como un modelo teórico-objetivo tanto de confrontación como de refutación de hipótesis adversas.

Podemos concluir entonces de manera válida que en los casos de terminación anticipada del proceso por el delito de lavado de activos, la prueba exigible en relación con el delito subyacente, para dictar sentencia debe ser la misma que en los casos de procesos tramitados por la vía ordinaria, de una parte porque el legislador no establece ninguna clase de diferenciación en cuanto al estándar de prueba en uno u otro caso, y de otra porque cuando el procesado ha renunciado al debate probatorio, la solución más plausible es la de la aplicación restringida de la teoría de la carga dinámica de la prueba.

Conclusiones

De lo anteriormente expuesto se pueden extraer varias conclusiones:

Dentro de los elementos estructurales del delito de lavado de activos se encuentra, como ingrediente normativo del tipo, la jurisprudencia ha decantado, que “la imputación por *La*

vado de activos es autónoma e independiente de cualquier otro delito y sólo se exige, para efectos de la conducta punible subyacente, una mera inferencia por parte de los juzgadores acerca de la existencia de las conductas punibles que dan origen de manera directa o indirecta a los dineros o bienes” en alguna de las actividades referidas en el artículo 323 del Código Penal, que como quedó dicho son aproximadamente 65 de manera expresa y un catálogo mucho más amplio si se tiene en cuenta la expresión contenida en la norma “delitos relacionados con el concierto para delinquir” [...]

Por tratarse de un elemento del tipo, ese aspecto debe hacer parte del tema de prueba; y debe ser probado en el mismo grado exigido para cualquiera otro de los elementos, ya que toca directamente con la tipicidad de la conducta.

A la luz de lo decantado de manera amplia por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, su acreditación puede hacerse a través de *prueba directa o prueba indirecta*.

El delito de lavado de activos es un delito autónomo y por lo tanto no es necesario que exista una condena previa por los delitos que generaron los bienes o las ganancias sobre los que recae el lavado;

No es necesario establecer las circunstancias temporo-modales en que ocurrieron o pudieron ocurrir los delitos que dieron lugar a dichas ganancias o bienes, pues lo que sí es

indispensable e imprescindible es establecer el origen directo o indirecto de esos recursos o bienes, en la actividad ilícita;

En los casos de terminación del proceso por la vía ordinaria, “cuando la Fiscalía logra demostrar la hipótesis de la acusación, en el nivel de conocimiento indicado, la demostración de la plausibilidad de las hipótesis alternativas corre a cargo de la defensa cuando es quien tiene más fácil o exclusivo acceso a las pruebas”; (Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba).

En los casos de terminación anticipada del proceso por el delito de lavado de activos, la prueba exigible en relación con el delito subyacente, para dictar sentencia debe ser la misma que en los casos de procesos tramitados por la vía ordinaria, de una parte porque el legislador no establece ninguna clase de diferenciación en cuanto al estándar de prueba en uno u otro caso, y de otra porque cuando el procesado ha renunciado al debate probatorio, la solución más plausible es la de la aplicación restringida de la teoría de la carga dinámica de la prueba.

Nuestra propuesta se puede sintetizar en señalar que en el proceso penal colombiano la carga dinámica de la prueba no puede ser descartada de plano, pero su aplicación debe ser estrictamente limitada a los casos de terminación anticipada del proceso, sea por vía de allanamiento o de preacuerdos, y de manera particular en los delitos complejos que per se resultan de difícil investigación como sin duda lo es el lavado de activos.

Referencias bibliográficas

Accatino, D. (2011) Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal.

Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (37), 483-511, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000200012>

Alvarado Velloso, A. (2007) Compendio de la prueba judicial, Rubinzal editores.

https://salapenaltribunalmedellin.com/images/doctrina/libros01/compendio_de_la_prueba_judicial_ii.pdf

Arias Holguín, D.P. (2016) Lavado de activos y “Modernización” del derecho penal. El caso colombiano, Colombia. Nuevo Foro Penal; 12(70).

<https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3784>

Azula Camacho, J. (2008) Manual de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales. 3ª. Ed. Tomo VI, Bogotá: Editorial Temis.

Bajo Fernández, M. (1992) Política Criminal y Blanqueo de Capitales. Marcial Pons, Madrid.

Bentham, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

Bermejo, M. (2015) Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Madrid: Ed. Marcial Pons.

Bunge, M. (2002) Las ciencias sociales en discusión, Argentina, editorial suramericana.

/Caldas Portela, T. (2014) Lavado de activos en Colombia, un enriquecimiento ilícito con fachada legal <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/11557>

Calvo Vidal, C. D. de. (1997) Una consideración estricta del concepto de jurisprudencia.

Canaris, C.W. (1995) Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas. Madrid: Civitas.

Carnelutti, F. (1944) Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Cifuentes Ortiz, C. E. (2013) Métodos empleados por la delincuencia organizada para el lavado de activos en Colombia.

<https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/11736>

Conceptosjuridicos.com. (2021) Conceptos jurídicos de jurisprudencia. [Página web]

<https://www.conceptosjuridicos.com/>

Corte Constitucional. Sentencia C-024 Ref: Expediente D-350, M.P. Alejandro Martínez caballero. 27 de enero de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia C-069, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. 10 de febrero de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia C-469, Ref: Expediente D-11214, M.P. Luis Ernesto Vargas silva. 31 de agosto de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia C-685, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. 30 de septiembre de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia C-931 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte IDH (1966) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29904.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Radicado 22179, M.P. Alfredo Gómez Quintero. 9 de marzo de 2006.

Corte Suprema de Justicia, Radicado 35159, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero. 31 de octubre de 2012.

Corte Suprema de Justicia, Radicado 40120, M.P. Patricia Salazar Cuellar. 18 de enero de 2017.

Corte Suprema de Justicia, Radicado 42516, M.P. Eyder Patiño Cabrera. 2 de abril de 2014.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 24468, 30 de marzo de 2006.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado 23174, M.P. Alfredo Gómez Quintero. 28 de noviembre de 2007.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado 23754, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. 9 de abril de 2008.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado 27144, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. 2 de febrero de 2011.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado 28300, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. 5 de agosto de 2009

Corte Suprema de Justicia, Sala penal. Radicado 49906, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. 5 de mayo de 2020.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. SP6613-2014, M.P. María del Rosario González Muñoz. 26 de mayo de 2014.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia Radicado 28892, M.P. María del Rosario González. 9 de Junio de 2010.

Corte Suprema de Justicia., Radicado 23881, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. 28 de Febrero de 2007.

Devis Echandia, H. (2012) Teoría general de la prueba judicial. V.1. 6ª ed. Bogotá: Temis, Pontificia Universidad Javeriana.

Díaz Roca, R. (1997) Teoría general del derecho. Madrid: Tecnos.

Díaz-Maroto Y Villarejo, J. (1999) El blanqueo de capitales en el Derecho Español. Dykinson, Madrid.

Dworkin, R. (2010) Los derechos en serio. Barcelona: ediciones Ariel S.A.

- Escobar, R. T. (1992) El crimen de la Droga. Argentina: Universidad de Buenos Aires.
- Fabián Caparrós, E. A. (1998) El Delito de Blanqueo de Capitales. Editorial Colex: Madrid.
- GAFI. (2012) Gafisud: Grupo de acción financiera internacional de Suramérica. Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación.
- https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/organizaciones_internacionales/grupo_accion_financiera_7114
- Gascón Abellán, M. (2005) Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (28). pp. 127-139.
- <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-la-posibilidad-de-formular-estndares-de-prueba-objetivos-0/>
- Gomez Iniesta, D. (1994) Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el Derecho español”, en *Estudios de Derecho Penal Económico*. Universidad de Castilla-La Mancha.
- Gutiérrez Chávez, N. (2019) Estándar probatorio en el delito de lavado de activos y su incidencia en el debido proceso respecto a la presunción de inocencia del procesado, Quito. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/7230>
- Guzmán Brito, A. (2019) *Derecho privado romano*, Tomo 1. Barcelona: editorial jurídica.
- Hernández Quintero, H. (2017) Aspectos polémicos sobre el objetivo material del delito de lavado de activos (delitos fuente) <http://doi.org.10.17081/just.23.32.2908>
- Hernández Quintero, H. (2018) El lavado de activos en Colombia, consecuencias del cambio de la receptación a un tipo penal autónomo.
- <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/5184>
- Kelsen, H. *Teoría general de las normas*. México: Editorial trillas, 1994

Ley 153 (15 de agosto de 1887) Código Civil Colombiano. “Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887” Diario Oficial: 7151.

Ley 1564 (12 de julio de 2012) “Por medio del cual se expide el código general de proceso CGP y se dictan otras disposiciones” Diario oficial: 48.489.

Ley 599 (24 de julio de 2000) “Por la cual se expide el Código Penal” Diario oficial: 44097

Ley 906 (31 de agosto de 2004). “Código Procedimiento Penal Colombiano”. Diario oficial: 45.658

López Pinilla, A.M. (2016) Estándar de la prueba y defensas afirmativas en el proceso penal. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3648>

Manzor, C. (2011) La jurisprudencia como fuente del derecho.

<https://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf>.

Marín Vásquez, R. (2014). El estándar de la prueba de conocimiento más allá de la duda razonable de la corte suprema de justicia de Colombia, Universidad Externado. Análisis y evaluación de la sentencia de casación 36.357 (26-10-2011) de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. En: Derecho Penal y Criminología, 35(99).

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4399>

Martínez, L. (1993) La verdad como valor ético. En: Avances en enfermería, 11(2),

<https://revistas.unal.edu.co/index.php/avenferm/article/view/16630>

Meneses Pacheco, C. (2008) Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. En:

Ius et Praxis, 14(2), 2008. pp.43-86 [http://dx.doi.org/10.4067/S0718-](http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200003)

00122008000200003

Naciones Unidas (1948) Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Naciones Unidas. (1988) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias Psicotrópicas.

https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf

Naciones Unidas. (2000) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000

<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

Naciones Unidas. (2003) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf

Ordúz Barreto, C. (2010) El principio de la legalidad en la ley penal colombiana. Criterio jurídico garantista. (2)2. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28403.pdf>

Organización de Los Estados Americanos (1978) Convención Americana sobre Derechos Humanos. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Peña, L. y Txetxu, A. (2012). La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria, agencia nacional de la defensa jurídica del estado, Chile. En: Revista chilena de derecho, 29(3). pp.783-808. <http://hdl.handle.net/10261/10820>

Pérez Fajardo, Oscar. (2018) Relación de hechos a través de la inferencia probatoria. Defensajurídica.gov.co, <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/relacion-hechos-traves-la-inferencia-probatoria/>

- Pérez Porto, J. (2014) Definición de subyacente. <https://definicion.de/subyacente/>
- Pinilla Pinilla, N. (2003) Observaciones sobre la propuesta de reforma a los delitos de lavado de activos y omisión de control. En: *Vniversitas*: 52 (105), <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14824>
- Posada Botero, J. y Prieto Quintero, E. (2015) Aplicación del estándar de prueba por los jueces” promiscuos. Universidad EAFIT. <https://spapps-f1b6662863755e.spapps.eafit.edu.co/investigacion/semilleros/Documents/estandar-prueba-jueces.pdf>
- RAE. (2020) Diccionario de la lengua española. Edición del tricentenario, actualización, Asociación de academias de la lengua española. <https://dle.rae.es/>
- Reyes Molina, S. (2015) Estándares de prueba y “moral hazard” (16) p 15- 35. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5549033.pdf>
- Rodríguez, E. (2003) Los principios generales del derecho. Chile: Ediciones Universidad católica de chile.
- Romero Seguel, A. (1992) El valor de la jurisprudencia en materia procesal a la luz del concepto de las leyes reguladoras de la prueba. En: *Revista chilena en derecho*. 29(1), <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650230.pdf>
- Russell, B. (1973) Hecho, creencia, verdad y conocimiento en el conocimiento humano. Madrid: Taurus.
- Saavedra R, E. y Del Olmo, R. (1991) La convención de Viena y el narcotráfico, Bogotá: Temis.
- Sánchez Rodríguez, D. (2008) Evolución de los delitos subyacente al blanqueo en el ámbito penal y en la normativa preventiva, Agencia estatal de administración tributaria. Cuadernos de formación 5 (12). pp. 228- 238.

Significados. (2020) Definición ética, Diccionario de significados y conceptos de Verdad.

[Página web] <https://www.significados.com/etica/>

Sintura Varela, F.J. (2010) “La prevención del lavado de activos como una política de buen gobierno corporativo, necesaria para evitar los efectos de la lista Clinton en Colombia”. Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo (32), 5-40.

Smith, A. (1978) Teoría de los sentimientos morales. México: fondo de cultura económica.

Taruffo, M. (2005) La prueba, artículos y conferencias, editorial metropolitana.

<https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf>

Tirado Hernández, J. (2006) Curso de Pruebas Judiciales. Parte General. Tomo I. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Tribunal Supremo Español. (14 de septiembre de 2016) STS 4081/2016.

UIAF Unidad de Información y Análisis Financiero (2018). Sistema Nacional ALA/CFT (Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo)

https://www.uiaf.gov.co/sistema_nacional_ala_cft/lavado_activos_financiacion_29271/lavado_activos

UNAM. (2022) Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. [Sitio web] <http://biblio.juridicas.unam.mx>.

Urbano Martínez, J.J. (2008) Nueva estructura probatoria del proceso penal. Bogotá: ediciones jurídicas.

Vallejo Montoya, N.; Moreno Baquero, L.; Arbeláez Ocampo, A.; Lopera Hernández, D.; Jiménez, A.; Cárdenas, V. y Ulloa, M.M. (2018) Aplicación del estándar de prueba por los jueces promiscuos. Artículo de investigación Universidad EAFIT. <https://www.eafit.edu.co/investigacion/semilleros/Documents/estandar-prueba-jueces.pdf>

Webdianoia. (2022) Definición filosófica, Diccionario virtual de filosofía. [Página web]

<https://www.webdianoia.com/glosario/index.htm>