La inversión de la carga dinámica de la prueba en el delito de lavado de activos en el Código Penal Colombiano.

Marie Ángel Archila Diazgranados y David Zagal Preciado.

Universidad Libre Seccional Cali.

Facultad De Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

Santiago de Cali, Valle del Cauca.

2025

Contenido

Resumen....3

Palabras claves....3

Abstract. 3

Keywords:....4

Introducción. 4

Instituto Jurídico de la Carga Dinámica de la Prueba Como Garantía Constitucional Dentro de la Legislación Penal Colombiana....4

Fundamentos Constitucionales....5

Presunción de Inocencia, Artículo 29 Constitución Política....5

Fundamentos Jurisprudenciales....10

Elementos del Tipo Penal del Lavado de Activos en La Ley 599 del 2000. 15

Bien Jurídicamente Tutelado.....17

Delito autónomo; Ley 365 de 1997. 18

Inversión de la Carga Dinámica de la Prueba en el Delito de Lavado de Activos 28

Conclusiones. 29

Bibliografía 33

Resumen

El delito de lavado de activos tutela el orden económico y social del territorio nacional, que propende a una carga dinámica de la prueba dentro del marco penal colombiano según la jurisprudencia ha establecido, en el entendido que el indiciado, está en capacidades de probar su inocencia frente a una investigación penal que se apertura en su contra, llevándonos al cuestionamiento de si esta función no versaría de forma negativa sobre los principios penales; in dubio pro reo y onus probandi incubit actori, que reposan de protección constitucional. Siendo el caso, se apertura este artículo de investigación para esclarecer los alcances de la carga dinámica de la prueba dentro de un proceso penal, donde el delito imputado sea el lavado de activos, regulado por el Código Penal en su artículo 323.

Palabras claves: Carga de dinámica de la prueba, garantía constitucional, lavado de activos, onus probandi incubit actori, indiciado.

Abstract.

The crime of money laundering protects the economic and social order of the national territory, which tends to a dynamic burden of proof within the Colombian criminal framework according to the jurisprudence has established, in the understanding that the defendant, is able to prove his innocence against a criminal investigation that is opened against him, leading us to question whether this function would not negatively affect the criminal principles; in dubio pro reo and onus probandi incubit actori, which are constitutionally protected. This being the case, this research article is opened to clarify the scope of the dynamic burden of proof within a criminal proceeding, where the imputed crime is money laundering, regulated by article 323 of the Código Penal.

Keywords: Burden of proof, constitutional guarantee, money laundering, onus probandi incubit actori, defendant.

Introducción.

El presente artículo tratará sobre la carga dinámica de la prueba en el delito de lavado de activos. En él se pretende presentar los resultados de la investigación realizada por los autores, en la cual se estudiaron las convenciones internacionales, la normativa y la jurisprudencia relacionadas con este interesante tema basados en el estudio de jurisprudencia siendo un aspecto medular del artículo, ya que de ella surge la figura procesal de la carga dinámica de la prueba en el derecho penal colombiano.

Con el fin de darle sentido y orientación a este artículo, se propuso en primer lugar analizar la normatividad que regula el instituto jurídico de la carga dinámica de la prueba como garantía constitucional dentro de la legislación penal colombiana; con la finalidad de identificar los elementos del tipo penal del lavado de activos en la Ley 599 del 2000, y su actualización jurisprudencial y doctrinal; para por último, determinar la inversión de la carga dinámica de la prueba en el delito de lavado de activos en el Código Penal Colombiano.

Para lograr los objetivos anteriores se optó por un método netamente cualitativo, en el entendido que la recolección de la doctrina respecto al objeto de estudio serán la guía para obtener una compresión inmersa en la profundidad del dinamismo probatorio en el ámbito penal, como deber del acusado y el órgano acusatorio, para al mismo tiempo también analizar patrones generales del delito objeto de estudio y estudios análogos al tema.

Instituto Jurídico de la Carga Dinámica de la Prueba Como Garantía Constitucional Dentro de la Legislación Penal Colombiana

Para elaborar una denominación ya dicha como “instituto jurídico”, debemos desarrollar las partes que lo conforman una institución, los lineamientos constitucionales,

jurisprudenciales, y legales que la conforman, para determinar el fin mismo de este paramento doctrinal, entendiendo su razón de ser, a través de su institución jurídica.

Fundamentos Constitucionales

Para abordar la normativa sobre el tema materia de estudio, iniciemos con la premisa afirmativa acerca de la forma de Estado que en la misma Constitución se nos expone, un Estado Social de Derecho que tiene su génesis desde el Preámbulo de esta, y cobra estructura en el Título I, (Constitución Política , 1991) Siendo el primer artículo de la Carta Política el que establece el respeto a la dignidad humana de las entidades para con el Estado y las personas, revistiendo de un manto indivisible a la sociedad con este.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano se enaltece a la dignidad humana, como lineamiento inamovible del derecho, y con ello en el derecho penal, el cual establece en el artículo primero del Código de Procedimiento Penal citando lo siguiente; *Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana.* (Código de Procedimiento Penal, 2004)

Si de nombrar se tratase, el principio de dignidad humana en el derecho penal se extiende a diversos principios constitucionales, como lo es el derecho todo ciudadano a ser presumido inocente, artículo 29 constitucional, el derecho fundamental a la honra y al buen nombre, artículo 21 constitucional, y finalmente como objeto principal de estudio, el instituto jurídico que regula la carga de la prueba dentro del derecho penal, artículo 250 constitucional (Constitución Política , 1991); creando así entonces una relación de conexidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano, donde el uno, no deviene sin el otro.

Presunción de Inocencia, Artículo 29 Constitución Política

De ello entonces, por medio de un análisis sistemático de la legislación colombiana, entendemos que los parámetros de la dignidad humana como principio constitucional, no son

incompatibles con la presunción de inocencia como principio del derecho penal, siendo la última la respuesta de la primera, creando una relación de conexidad sustancial, en el entendido de que no podemos existir dentro de un Estado Social de Derecho en donde los principios constitucionales que protegen a la sociedad misma, no fueren conexos con los demás principios del sistema legal establecido. Es por lo que, en la carta magna, se establece lo siguiente; "(...)Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable…" (Constitución Política , 1991). A lo que el sistema penal responde a este precepto constitucional respaldando tal afirmación, creando un sistema donde toda persona inmersa en un proceso penal se tratará en su inocencia, hasta que el director del proceso lleve a una decisión condenatoria con fundamentos en las reglas de la sana crítica.

En nuestro Estado, la Corte Constitucional como ente principalísimo de las garantías constitucionales, ha sido enfática en establecer que la presunción de inocencia es entonces una garantía constitucional que deberá obrar en todo proceso judicial, tal como se expone en un pronunciamiento de esta;

La presunción de inocencia se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, de acuerdo con la cual corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito (…) lo que se conoce como el principio onus probandi incumbit actori. "La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrar su culpabilidad" (Sentencia C - 289, 2012)

Entendamos entonces que la presunción de inocencia lleva consigo la determinación de roles que hay dentro de un proceso penal, en donde quien deberá desestimar bajo los parámetros constitucionales, la inocencia del acusado debería ser el ente investigador, la Fiscalía. Mas no es deber del acusado probar tal inocencia, porque la Constitución establece la protección a quien lo sea, le otorga deber al ente acusador y le asigna el rol definitivo al Juez, con la finalidad de hallar una verdad procesal.

Con ello, nos surge la duda; ¿Todos los participantes del proceso deberán colaborar con el hallazgo de la verdad? Pues si de principios hablamos, debemos entonces mencionar la buena fe de las partes, la lealtad procesal, la solidaridad. (Ley 906 de 2004), y el fin principal del proceso. Para el juez y las partes, la finalidad es encontrar la verdad dentro de lo conocido como "justicia" y que esta misma sea ajustada a derecho, no el derecho ajustado a tal. En este orden de ideas, todos los partícipes dentro de un proceso judicial deberán colaborar con el hallazgo de la verdad, sometiéndose a los fines públicos que tiene el proceso, y no busca el beneficio único de los participantes, pues uno de los objetivos de la pena es la prevención del delito, siendo el fin mismo, la no comisión de las mismas conductas en demás particulares.

Aunque todo lo anterior es cierto, no debemos de caer en el error de pensar que estos fines se sobreponen a la presunción de inocencia, y aún menos, al principio de la no incriminación, pues que se hable de la buena fe, no significa que el acusado debe auto incriminarse para así satisfacer el fin máximo del proceso como se mencionaba anteriormente, pues la presunción de inocencia lo reviste de no hacerlo.

Sin los pronunciamientos de la Corte Constitucional exponiendo que la presunción de inocencia se extiende al medio probatorio que existe dentro de los procesos judiciales, no sería reconocible establecer a una instancia que este principio no es netamente sustancial, sino que se materializa a través de la necesidad probatoria dentro de un proceso, el deber de

probar en él, y la idoneidad para probar de las partes. Aunque la legislación penal establezca que corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal del presunto culpable (Código de Procedimiento Penal Artículo 7, 2004) subalterno a este se establece lo que conocemos dentro de la ley procesal, como "Carga de la prueba", que se vuelve intrínseco dentro del ordenamiento penal, como una respuesta al proceso mismo, sin embargo, contraría de manera abstracta el artículo 25 del código de procedimiento penal (Código de Procedimiento Penal, 2004), la integración de la ley en materia penal aplica para las disposiciones complementarias que no estén reguladas en ella, pero la carga de la prueba, es expresamente regulada en su artículo 7 (Código de Procedimiento Penal, 2004)

"(...)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."

Contrariando el fin mismo que el legislador estableció, precediendo en ella un posible "reparo" por la necesidad probatoria que acarrearía esta conducta punible. Y no solo ello, ya que en el artículo 250 se establece tal carga probatoria dentro de los lineamientos constitucionales, "Corresponde a la fiscalía general de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querella, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes." (Constitución Política , 1991)

Fundamentos Legales y Jurisprudenciales de la Carga Dinámica de la Prueba

"Onus probandi incumbit actori" data del principio romano que expresa "*La carga de la prueba incumbe al actor"*, expresión que nos remonta a las leyes civiles y procesales, estando consagrados en nuestro ordenamiento jurídico en la ley procesal, el Código General

del Proceso. Dentro de este, el principio probatorio corresponde a la misma jurisdicción (ordinaria) con aplicabilidad en distintas competencias, y en la jurisdicción de lo contencioso administrativo bajo el aspecto general de, ¿Quién debe probar?

En nuestro ordenamiento, la carga de la prueba es establecida en el artículo 167 del Código General del Proceso que reza lo siguiente; *"El Juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas*" (Ley 1562 de 2012, 2012) .... Regulación legal que nos da un entendimiento previo del papel del juez dentro del proceso judicial en Colombia, más previendo la identificación de aplicabilidad en los procesos para así adecuar el rol del juez dentro del correspondiente.

Conociendo el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico existen dos clases de procesos; el dispositivo y publicista (acusatorio), donde las partes tendrán el dominio dentro de este, y dejando al juez en un rol de disponer tal responsabilidad para ser entonces el encargado de la adjudicación al momento de la decisión final dentro del litigio. Y el proceso inquisitivo, que regía anteriormente el procedimiento penal colombiano, donde al juez se le otorga poder y deber oficioso implícito en cada proceso, para darle un papel protagónico al investigar una verdad absoluta prescindiendo de la verdad que cada parte tenga, tratándose de un papel que lleve consigo el objetivo de alcanzar la veracidad de los hechos, razón por la que tiene la facultad de otorgar la carga de la prueba a quien se encuentre en mejor posición de probar los hechos, pero esa expresión se demandó en la Sentencia C-086 de 2016.

En esta, se demanda la expresión *"podrá"* del artículo 167 del Código General del Proceso, con la finalidad de que se declarase su exequibilidad condicionada, por el juzgamiento previo de esta en donde se consideraba que la norma acusada le otorga discrecionalidad al juez, vulnerando un derecho fundamental de aplicabilidad inmediata, conocido como "tutela judicial efectiva". De ello, la Corte Constitucional la declaró

exequible mediante un precepto que, a consideración, fue clave para tomar la decisión, *"contribuir al esclarecimiento de la verdad en el marco de un proceso judicial"* (Sentencia C - 086, 2016) Es entonces como reafirmamos que una de las finalidades de la carga probatoria, *"onus probandi",* como imperativo del propio interés, busca ser garante dentro los procesos judiciales.

Fundamentos Jurisprudenciales

En ello coincidimos, que la fundamentación jurisprudencia es el pilar esencial de este discurso de opinión, pues es la única fuente del derecho penal que desarrolla la carga dinámica de la prueba, lo cual pareciera ser contrario a la ley y la Constitución debido a que, para estas, la carga de la prueba en el derecho penal es inamovible y está en cabeza de la fiscalía. Es por eso por lo que resulta tan interesante que sea por medio de la jurisprudencia el nacimiento de esta figura, pues fue la Corte Suprema de Justicia es la que trae por primera vez a la atmosfera del derecho penal, el concepto de la carga dinámica de la prueba, siendo este un ajeno proveniente del Código General del Proceso, pues esta figura procesal no se entendía aplicable a jurisdicción penal.

En aras de no dejar al lector expectante de cual fue esta dichosa sentencia primigenia y para darle claridad debemos mencionar lo siguiente;

> *"(...)A este efecto, 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.*
>
> *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.*
>
> *Desde luego la Corte, conociendo el origen y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba15, 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 responsabilidad penal.*
>
> *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 estos 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."* (Sentencia 23754 de 2008, pág. 10).

Es esta sentencia la que establece las bases de lo que hoy conocemos como carga dinámica de la prueba dentro del derecho penal y que en el marco de un Estado Social de Derecho, el acceso a la administración de justicia se rige bajo principios como el de celeridad y solidaridad, parte que nos exhorta a cumplir con verbigracia las labores dentro de un proceso judicial, en donde quien se encuentre en mejor posición para probar los hechos, deberá responder a estos, mencionando por la Corte lo siguiente; "quien alega debe probar

que el postulado de", cede a través del resultado, *"quién puede debe probar"* concepto ya antedicho por el Consejo de Estado, recordando que la carga de la prueba como se conoce actualmente es un concepto impregnado en la Ley 1564 de 2012 en donde por medio de la conceptualización jurisprudencial se agrega a esta la teoría del dinamismo probatorio, que corresponde al perfeccionamiento de tal principio normativo como mecanismo de distribución de la carga procesal como una conducta de realización facultativa, a la parte que se encuentre menos favorecida, o en posición desigual frente al otro, para probar la existencia (o no existencia) de un hecho afirmado, por consiguiente, distribuir esta misma a la parte acusada, desfavorecida por tal acusación, para que ostentando mejor posición probatoria, sea quien se pronuncie frente a los hechos acusados según las reglas de la experiencia, respetando las particularidades de cada caso.

Así podemos entender que la carga probatoria está inmersa en una misma jurisdicción, distintas competencias, para lo que distinguimos a lo largo de este artículo a la ley penal, donde la carga de la prueba no es poder para las partes, sino una facultad otorgada dentro del proceso penal acusatorio para esclarecer los hechos materia de investigación, reconociendo que el dinamismo probatorio se vuelve especialísimo dentro del proceso judicial. No obstante, este precepto general se exceptúa en el delito materia de investigación, así mismo en el enriquecimiento ilícito y testaferro, con la finalidad de acreditar circunstancias exculpatorias otorgadas por el mismo sujeto acusado, pero esta nunca fue en el entendido de que la actividad probatoria recae en exclusividad sobre el ente acusatorio, sino más bien en el entendido que quien deba acreditar la favorabilidad de hechos en pro de la búsqueda de inocencia, es el interesado en que esta se presuma, tratándose de un sistema de partes para así construir un sentido del fallo que cumpla con las garantías procesales. Es así como la Corte Suprema de Justicia mediante doctrina determina esta teoría probatoria con aplicabilidad restringida dentro de la órbita penal, siendo un tema especialísimo, así mismo ha sido la

regulación jurisprudencial y el tratamiento que los entes afectados ante la comisión de este delito responden frente a él.

Como se mencionaba anteriormente, el dinamismo probatorio entra al ordenamiento jurídico como un método de perfeccionamiento de esta labor oficiosa del juez, manifestándose a través de la expresión "***dinámica***", que nos lleva a cuestionarnos rigurosamente cual es la protección constitucional que le brinda está a aquel investigado, que bajo el principio "*in dubio pro-reo*", aún deberá ser el encargado de probar los hechos por los cual está siendo acusado. Para no entrar en cuestionamientos doctrinales, la respuesta eficaz frente al mismo, es entender que así como la ley autoriza la facultad oficiosa del juez para distribuir cargas probatorias al momento de decretar las pruebas, es el mismo acusado entonces a quien mediante la presunción de su misma inocencia, se le faculta para probar lo que este puede y este dentro de su alcance, teniendo en sus manos la exigente responsabilidad probatoria para delimitar los hechos por los que se le acusan operando como un acuerdo de relatividad entre las partes, mas no de insuficiencia por parte del ente acusador, la Fiscalía.

Marco Internacional de la Presunción de Inocencia

Es entonces, como de los principios rectores del ordenamiento penal colombiano, trascienden a la normativa internacional siendo establecido en tratados y convenios internacionales, que aquellos ratificados en Colombia tendrán carácter vinculante por ser parte del bloque de constitucionalidad. Uno de ellos es un tratado de la Asamblea General de las Naciones Unidas que recita lo siguiente; "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley" (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966)

Ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la carga de la prueba se expone de manera similar, no contraria, reafirmando que debería ser una protección sobre el principio

de presunción de inocencia. Esta postura se evidencia a en el caso Ricardo Canese vs. Paraguay, en donde se dice lo siguiente;

> *La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa* (Ricardo Canese Vs. Paraguay, 2004)

Es así como nuevamente evidenciamos que la presunción de inocencia es de carácter general y es casi que inamovible, estableciendo en lineamientos internacionales que la carga de la prueba pertenece a quien acusa la culpabilidad, mas no como sucede dentro del fenómeno legislativo nacional, que nos exhorta a probar aun siendo presuntos responsables de la comisión de un ilícito. Tratándose de un sistema llámese expuesto, o creado, por el legislador colombiano, este lo impone como una excepción al ordenamiento jurídico general, por más que el mismo sea abstracto, dentro de su abstracción se establecen lineamientos que entre ellos se subordinan, y las excepciones de estos son taxativas, pero aun así se subordinan a los principios constitucionales, entendido que todo principio constitucional será vinculante con los tratados internacionales ratificados en Colombia. Pero para crear un ordenamiento jurídico con carácter imperativo, el tener respaldo del marco legal internacional crea en sí una seguridad jurídica, que no fue establecida en el objeto materia de estudio, entendiendo que aunque la normativa internacional nos exhorte de apoyar la carga probatoria netamente al ente acusador como responsable de guiar a la veracidad de un hecho, el legislador al parecer entendió lo contrario, implementando el dinamismo probatorio y respaldando con los principios procesales que regulan nuestra institución.

Sin más, aunque la carga probatoria recaiga al ente acusador, no implica que esta sea una forma de entorpecer el proceso, en cambio exhorta a reconocer el poder de la institución de juzgamiento en el país, como capaz, suficiente y autónoma para hallar como presunto responsable de la comisión de un delito a un sujeto, por sí misma.

Elementos del Tipo Penal del Lavado de Activos en La Ley 599 del 2000.

Para poder esquematizar el delito de lavado de activos debemos realizar una conceptualización de este, entiéndase entonces que al hablar de lavado se hace referencia al proceso de "limpiar" un dinero que se encuentra "sucio", proveniente de un ilícito y darle la apariencia de legalidad, en otras palabras, se busca a través de procesos complejos introducir a la economía el activo proveniente de un delito. Con esto claro, podemos decir que el lavado de activos no es un fin en sí mismo sino un procedimiento el cual tiene 3 etapas; colocación, encubrimiento e integración, la Corte Constitucional se ha pronunciado diciendo lo siguiente;

> El delito de lavado de activos supone, en términos generales, el agotamiento de tres fases bien definidas. Una primera, que consiste en la puesta en circulación o colocación del dinero, por la cual la organización introduce las ganancias en la corriente del sistema financiero mediante la consignación imperceptible de pequeñas consignaciones o prevalido de negocios societarios de gran envergadura. En la segunda fase, que la doctrina llama de distorsión o diversificación, el dinero corriente fruto del delito se somete a operaciones más o menos complejas que pretenden borrar el rastro de ilegalidad que les dio origen. Para esos fines, las organizaciones criminales utilizan modalidades diversas: empresa fachada, testaferros, operaciones financieras ficticias, redundantes o repetitivas, etc, todo ello con el fin de hacer parecer lícito lo que no lo es. La tercera fase es la de retorno, y consiste

> en el ingreso de los dineros ilícitos, ficticiamente legalizados, al patrimonio del sujeto que, sin perjuicio de la participación de otros en el delito de lavado de dinero, reclama para sí las ganancias del ilícito. (Sentencia C- 931, 2007)

Es menester aclarar que, aunque la sentencia nos brinda claridad sobre las fases del proceso de lavado, se hace necesario distinguir que hoy en día, en un mundo cada vez más globalizado, se han generado nuevos métodos de colocación, que, debido al momento de la publicación de la sentencia, no fueron mencionados. No obstante, hoy por hoy, la colocación se manifiesta a través de otros medios, tales como; las criptomonedas, monedas virtuales y demás formas que el intelecto humano ha creado para evadir al fisco.

La sentencia nos ilustra que este un proceso complejo, es aquí donde se hace evidente decir que el mero hecho de la posesión una gran suma de dinero ilícito, debajo la cama, no configura intrínsecamente la comisión de este delito, pues ¿Qué apariencia de legalidad le estaría dando? Dado que no presente el interés de introducir dicho capital al medio económico, esto no debería inducir a la comisión presunta del delito, pues estaríamos claramente tipificando otro tipo de conducta como lo puede ser el de enriquecimiento ilícito de particular.

Hacemos esta distinción porqué el delito a pesar de tener una gran cantidad de verbos rectores, como lo son; adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar o administrar bienes, todos estos verbos tienen en común que son actividades completamente lícitas, por lo tanto, lo netamente esencial es la mera realización del verbo rector porqué la conducta sólo se configura cuando se procede a dar la apariencia de legalidad, la cual solo se puede dar a por medio del proceso anteriormente mencionado, pues de esta forma es que viola el bien jurídicamente tutelado, el orden económico social, sin embargo, no es necesario que el proceso se lleve hasta su finalización para que estemos

hablando de lavado de activos, pues es el dolo un elemento necesario para la tipicidad del delito, el solo hecho de haber iniciado el proceso de lavado activos, configura desde ese primer instante la antijuricidad del mismo.

Bien Jurídicamente Tutelado.

En este delito, el bien jurídicamente tutelado es el *orden económico y social,* el cual vulnera la interacción entre el Estado y los ciudadanos, en un ámbito económico, razón por la cual el lavado de activos es tipificado en nuestro ordenamiento, dado a los factores sociales que atendían la época en la que esté delito es implementado. Entendiendo que la posesión de un patrimonio que anteriormente no existía para el sujeto activo que comete la conducta punible, y la necesidad en la que este se encuentra de inyectar dicho patrimonio en forma de capital ilícito, a la economía nacional, para darle apariencia de legalidad, genera entonces; i) Debilitamiento de las instituciones ii) Daño en la reputación en el sector público y privado iii) Afectación al funcionamiento del mercado nacional.

Es así como podemos analizar que esta conducta punible, es un delito, principalmente porqué favorece a que los grupos dedicados al crimen organizado, a medida que puedan crecer y esparcirse, teniendo como fachada a los mercados y empresas que sirven de escondite para estos delincuentes, que, en su defecto, ¡resultan también beneficiados! Una ironía que genera el dilema de si el crecimiento económico nacional, siendo resultado del dinero ilícito, sucio, pero blanqueado, es a la larga beneficioso para la economía, pues raro no es que grandes comercios crezcan y mercados se inunden de “ganancias” cuando un mafioso los utiliza para lavar su dinero. Parecería entonces que la economía resulta beneficiara de esta conducta, sin embargo esto es falso, pues lo que realmente se está haciendo es inflar el mercado de mentiras y sobrevalorando la moneda junto a la economía del país, pues engaña al sector público y privado al decir que hay ganancias en un sector o mercado cuando en realidad no las hay, desviando la inversión del dinero lícito y legal a mercados que no tiene la

demanda u oferta real, dejando en desventaja a la industria que sí es merecedora de la inversión, además de que el delincuente no busca generar ganancias específicamente del negocio que utilizan para lavar dinero, por lo tanto no les importa manejar el precio del mercado ya sea inflando o devaluando el mismo, creando una falla en el mercado que obligatoriamente afecta al sujeto, llámese comerciante o microempresario, que si construye un patrimonio de manera legal. Cabe mencionar que las instituciones financieras también son afectadas por este flagelo, pues los datos que ellos recolectan al ser espurios afectan la macroeconomía llegando al punto de influir en el diseño de las políticas públicas.

Delito autónomo; Ley 365 de 1997.

El tipo penal como un delito subyacente.

El lavado de activos es entonces, una conducta autónoma, que no requiere de la sentencia condenatoria previa de los delitos que el artículo 323 de la Ley 599 de 2000 expresa, para ser investigado. No obstante, como la expresión "apariencia de legalidad" cita, los activos provenientes de tal conducta que afecta el orden económico social debe suceder de un delito llamémosle "superior", que, por medio de la comisión de tales, haya un lucro económico proveniente del ilícito, que requiera dar apariencia de legalidad para circular en la órbita económica social y apartarse de la criminalidad que lo sucede.

Como sabemos, son más de quince los delitos enunciados en el artículo que desarrolla el tema materia de interés, pero para no ser predecibles estos, primeramente, establezcamos las cifras provenientes del tráfico de estupefacientes, o narcotráfico, dos de estos delitos que señala el artículo a estudiar. De acuerdo al informe brindado por la organización no gubernamental, Transparencia por Colombia, entre los años 2006 y 2014 por informe dado por la Fiscalía General de la Nación, mediante el denominado "pitufeo", aquella actividad que se dedica a blanquear dinero proveniente del ilícito por medio de transacciones

fraccionadas que desembarca en el lavado de activos, se dio apariencia de legalidad en el país a más de medio billón de pesos. Lo anterior nos genera la siguiente duda, ¿Quién es el sujeto activo que logra darle apariencia de legalidad al ilícito?

Sin agregar, las cifras provenientes de hace 10 años no aducen a una disminución del dinero proveniente del ilícito, como evidenciamos en las cifras del UIAF[i] (Unidad de Información y Análisis Financiero), que para el 2018, el dinero proveniente de este alcanzaba el 5% del PIB del país. No obstante, como inicialmente mencionaba, el blanqueo o lavado de dinero no proviene exclusivo de este delito de acuerdo con el legislador colombiano, sino como su ley creadora lo menciona, se regula por medio de este, de la cual se derivan las conductas tipificadas e implementadas para la regulación de nuestro tipo penal provenientes de la macro criminalidad yaciente en el país, como también lo son el secuestro extorsivo y el tráfico de armas.

El secuestro extorsivo es un delito tipificado en el ordenamiento que constituye un fin evidenciado a su carga anímica, conducta que busca obtener un "provecho o cualquier utilidad" como la ley lo indica, que da lugar inmediato al hecho de que la tipicidad establece la finalidad del delito, el lucro por parte de un ilícito.

Para tener una referencia de las cifras y ya sabiendo que de esta proveniente un dinero que previo a consumada la conducta devendrá la necesidad de darle apariencia de legalidad a este este delito a simple vista evidencia que requiere de una organización para surtir efectos en la comisión de este, podemos iniciar con el solo hecho de que para el año 2000, en Colombia, se reportaron 3.706 secuestros extorsivos (Restrepo, 2005, pág. 12), , y no es un secreto que tras de ellos se encontraban los grupos al margen de la ley. Sin desviarnos del tema materia de estudio, es entonces sensato plantear que el dinero proveniente de la consumación de estos secuestros, genera un origen inmediato como la ley penal lo plantea, la razón económica particular por la cual el sujeto comete el delito, al efectuar la negociación

con los familiares de la víctima desaparecida, el dinero ingresa a la organización, pero, ¿De qué manera ingresaría este capital a la sociedad?, claro, no dejando de lado que a los grupos al margen de la ley, no les interesa en poco, ostentar una imagen de legalidad a sus actividades rutinarias, como lo es, el secuestro extorsivo.

Por otro lado, está el delito de tráfico de armas, que se menciona en el artículo 323 como otra actividad ilícita de la cual deviene capital, en una esfera de organización criminal, requiere el blanqueo del capital ingresado a la organización, recordando que este se trata de un delito de peligro abstracto, tipificado dentro de la legislación penal colombiana ya que no exige resultado concreto, sino en cambio, este se adelanta a las barreras del resultado y brinda protección para prevenir el mismo. De ello, podemos ahora sí indicar los verbos rectores que lo componen y que originan un resultado económico por la actividad que requieren, siendo; "traficar", "distribuir", "vender", "fabricar", son verbos que brindan una connotación de retribución económica dentro del tipo penal hablando, tratándose de actividades que configuran el tipo penal y surten como presunción la necesidad de blanquear los activos que de ella provienen.

De la misma manera surgen otro tipo de delitos que nos expone el tipo penal, que, mediante la comisión de conducta dolosa, antijurídica y culpable, originaron el ingreso de un capital; tales como lo es el fraude aduanero, contrabando, y demás, que no afectan al país como nación en manera abstracta, sino de manera específica cuando de entidades reguladoras del sector económico se tratase, como lo es la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

Estos delitos implican la manipulación de recepción económica para devengar menos capital sobre el pago de tributos receptados por la DIAN, aduciendo a un enriquecimiento ilícito de particulares tipificado en el artículo 327 de la ley penal, delito conexo al lavado de activos, y lo más importante es que en muchas ocasiones se llega a considerar que no hay un

incremento patrimonial no justificado sin que exista un blanqueo de capital previo, no obstante, en materia legal, no se resume a una condena que derive a la expresión de matar "dos pájaros de un tiro" ya que son tipos penales autónomos y la condena de uno, no depende de la otra.

De estas breves explicaciones entonces podemos determinar que una de las expresiones principales del tipo penal, aduce que para la realización de esta conducta, se debe originar su elemento material en uno de los delitos que el código regula, mas no de "*cualquier otro acto"* como se expresó alguna vez en el tipo penal antes de que se declarase inexequible por la Sentencia C- 191 de 2016, de modo que no sea jurídicamente posible que el juez o fiscal atribuya responsabilidad penal por verbos rectores distintos a los expresamente consagrados en el tipo penal. Para entender finalmente que el tipo penal de lavado de activos goza entonces de una autonomía en el ordenamiento jurídico, pero deviene de la comisión de un ilícito, que dio origen mediato o inmediato al dinero ilícito receptado.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ilustra el hecho de que el delito de lavado de activos no deriva de las actividades delictivas que dieron origen a los bienes provenientes de la conducta, y el hecho de que no debe existir una sentencia condenatoria sobre delito específico para determinar el origen de los bienes o el capital ilícito, aduciendo al hecho de que si el carácter subyacente de la conducta implementara en su tipificación el deber de demostrar la comisión del delito origen, garantizaría la impunidad para con el sujeto, que en ninguna medida se requiere la participación directa o indirecta de la comisión del delito que le haya dado origen al ilícito subyacente, ya que en simple medida el sujeto que habiendo cometido una conducta llámese narcotráfico, extorsión, y demás, lograse evadir la justicia (SP 282-2017, 2017), la responsabilidad de ser acusado por la conducta de lavado de activos, no debe recaer en esta evasión que logró el sujeto al devenir de otros delitos. Recordemos que el lavado de activos no protege los bienes jurídicos tutelados que se

tipifican en las conductas punibles que el Artículo 323 señala, más busca proteger únicamente el orden económico y social del territorio, aduciendo así que no es materia de discusión el hecho de que la investigación iniciada por parte del principal ejecutor de la conducta criminal, no debe tener como subsidiariedad la comisión previa de otra conducta; no obstante, en el debido caso donde se haya comprobado la comisión de un delito determinado y derive a una investigación por lavado de activos, esta tan solo configuraría a un "hecho indicador", una consideración absoluta.

Apariencia de legalidad.

"Legalice, oculte, o encubra su verdadera naturaleza" (Ley 599 de 2000) ¿Cuál es la finalidad del legislador en la tipificación del delito?

Se entiende a través de la política criminal de Estado que el legislador adecua una conducta por la necesidad de esta, basándose en distintos factores. En el lavado de activos podemos identificar una particularidad especial y es que la tipificación recae en la finalidad del acto, al legislador no le afecta la causa del sujeto para cometer la acción, no se trata de un delito tipificado a través de un binomio causa y efecto, porque la finalidad "dar apariencia de legalidad" es el factor clave en su tipificación. La causa es indiferente al legislador, y la finalidad lleva consigo al dolo como elemento esencial, es un delito intencional y evidentemente predeterminado, naciendo de la necesidad que tiene el sujeto para blanquear la ilegalidad, podemos afirmar que, a todas, el legislador no es equivocó al redactar la culpabilidad del delito. El dolo es el elemento principal de esta conducta, no hay ni mínima alusión a una conducta culposa, siendo así, podría alegarse la falta de responsabilidad, ¿no? La legalidad del capital que circula en el territorio nacional es el fin de protección de este delito, y sin escaparnos de nuestro objetivo, la demostración de la legalidad del patrimonio provendría del deber ser o no ser del indiciado.

La fiscalía general de la Nación como dueño de la acción penal, es el encargado de investigar conductas típicas, antijuridicas y culpables, pero en este delito, la antijuricidad se da de la mano con la legalidad que el legislador redacto, no se trata de que el indiciado demuestre su inocencia, se trata de que este demuestre la legalidad de su patrimonio, no de sus actos y o conductas, más de su patrimonio.

La Corte considera que toda aquella operación material o jurídica dirigida a cubrir con manto de legalidad los bienes obtenidos con la comisión de un delito, configuran la conducta de lavado de activos, distribuyendo la comisión de este en fases, siendo la tercera fase, el ingreso de dinero ilícito con una apariencia de legalidad ficticia al patrimonio del sujeto indeterminado, cumpliendo un ciclo de blanqueamiento (Sentencia C - 685, 2009).

Como se mencionaba, el origen del dinero proveniente del ilícito no debe ser directo para que suceda a la persona quien no necesariamente cometió un delito origen, pero este requiere por lo menos un hecho indicador que vincule a la persona con el hecho de que parte del patrimonio que ostenta, provenga de un ilícito, naciendo una necesidad probatoria. El hecho de portar una suma de dinero no es una inferencia razonable para que inicie la investigación del tipo penal, y la apariencia de legalidad inicia a cobrar sentido cuando se busca el nexo causal entre el porte de divisas, moneda, dinero, capital, como queramos llamarle, y la necesidad de querer darle una “apariencia de legalidad” , pero esta no surge de manera esporádica, en cambio cuenta con fases conceptualizadas por “The Financial Action Task Force (FATF)” o mejor conocido como “GAFI” (Grupo de Acción Financiera Internacional) en español, establece que existen tres fases o etapas que deben suceder para alcanzar a darle tal mérito de legalidad a un patrimonio ilícito; En primer lugar se debe usar el sistema financiero, conocido como “colocación”, en segundo lugar se establece el movimiento físico de dinero, “conversión", y en tercer lugar, el movimiento físico del dinero a través del sistema comercial, “reintegración". Los estudios revelan que los casos de lavado

de activos desconfiguran el mercado comercial, a nivel nacional e internacional, siendo la clave para darle apariencia de legalidad al ilícito mediante operaciones financieras, usando medios como cheques, transferencias bancarias, contrabando de efecto y movimientos como documentación y declaraciones falsas de bienes y servicios comercializados.

Unidad de Información y Análisis Financiero.

Es importante que expliquemos la relevancia e importancia de esta organización dentro del proceso penal, en especial en el delito de lavado de activos, que es el tema de este artículo, pues es muchas veces desde esta unidad que surge el génesis para las investigaciones penales respecto al lavado de activos hoy en día.

Debido a la creciente imaginación y creatividad de los delincuentes para lavar dinero se ha creado esta organización con el fin de realizar labores investigativas con fines de orientar la tipificación de este delito, en la actualidad nacional, se puede detectar por medio de una especie de indicios extralegales sobre el sujeto tendiente a la "operación sospechosa" vigilada por la "U.I.A.F", unidad de inteligencia precedida de la Junta de Inteligencia Nacional encabezado por la dirección del Presidente de la Republica siendo la encargada de la recolecta de análisis financieros, pero esta no actúa por manera de denuncia, en cambio por medio de un tipo de "aviso" denominado *"reporte de operación sospechosa"* o ROS, que anteriormente solo las entidades financieras eran las encargadas de enviarlos sin embargo ahora son casi todos los entes de comercio los que deben ser partícipes en la lucha contra el lavado de activos, por lo que se le exige diligenciar el debido aviso ante la UIAF, para que sea esta la que a través de investigación y análisis financiero pueda dar el aval de que una persona natural o jurídica podría ser responsable del delito de lavado de activos y así allegar esta información al órgano principal del poder judicial de nuestro país, la Fiscalía General de la Nación, pero como lo habíamos mencionado ya, la operación sospechosa no se convierte

en si misma en una denuncia, mas es tarea del órgano fiscal, investigar el hecho indicador a profundidad.

De tal manera podemos observar, que la tipificación del delito de lavado de activos no consta de la exclusiva rigurosidad del ente fiscal para su investigación, sin llamarle persecución, sino que fue creado un organismo capaz de reportar análisis financieros con la finalidad de perseguir de manera directa, la criminalidad económica. Esto no quiere decir que todos los "ROS" concluyan en una verdadera operación sospechosa que aduzca a la comisión de un delito como lo puede ser el enriquecimiento ilícito por parte de un ciudadano, que conlleven en sí, al lavado de activos. Pero no está de más que un ente de inteligencia cumpla su labor.

Para darle claridad a lo anterior y en aras de darle relación a la carga dinámica de la prueba debemos decir que, si bien es cierto el "ROS" no se categoriza como una denuncia, pues esta es inclusive anónima y solo tiene fines de orientación mas no de certeza o probabilidad, las cuales no pueden ser utilizadas como prueba.

Desde ese momento se puede observar una ligera incidencia en la carga de la prueba pues si miramos la Circular Externa de la Superintendencia de Sociedades No. 100-000005 del 22 de noviembre de 2017, la cual sin ser una camisa de fuerza nos expresa cuales pueden ser señales de alerta de una operación sospechosa;

> "(...) a. Respecto de operaciones o actividades con Contrapartes, relacionadas con: 1. Personas naturales o jurídicas que no estén plenamente identificadas; 2. Asociados o empleados con antecedentes judiciales de LA/FT; y 3. Nuevos asociados que hayan sido aceptados o vinculados sin verificar previamente el origen de los recursos que aportan.
>
> b. Respecto de operaciones, negocios o contratos que representen, tengan por objeto o involucren: 1. Alto volumen en efectivo sin justificación aparente; 2. Bienes

muebles o inmuebles a precios considerablemente distintos a los normales del mercado; 3. Donaciones que no tengan un Beneficiario Final aparente, que no se conozca su origen o que éste se encuentre domiciliado en país o una jurisdicción de alto riesgo19; 4. Operaciones, negocios o contratos relevantes que no consten por escrito; 5. Pagos de operaciones con recursos derivados de giros internacionales provenientes de varios remitentes a favor de un mismo beneficiario, o de un mismo remitente a favor de varios destinatarios, sin una relación aparente. 6. Operaciones con subcontratistas que no han sido identificados. 7. Operaciones comerciales o negocios con las personas incluidas en las Listas Vinculantes. 8. Operaciones celebradas con Contrapartes domiciliadas o ubicadas en Áreas Geográficas designadas por GAFI como no cooperantes. 9. Operaciones con Productos provenientes de actividades ilegales (incluyendo, entre otros, el contrabando); 10. Operaciones con Productos que no han sido debidamente nacionalizados; y 11. Operaciones con Productos de venta restringida que no cuenten con las debidas autorizaciones o licencias.

c. Respecto de operaciones con efectivo proveniente de, o relacionado con: 1. Países con un alto nivel de corrupción y de inestabilidad política; 2. Depósitos de efectivo en cuentas bancarias personales o de empresas a partir de fuentes sin explicar; 3. Documentación injustificada sobre, o no correspondan con, el origen o el propietario; 4. Cantidad, valor o divisa no concordante con las circunstancias del portador; 5. Transporte oculto de efectivo; 6. Riesgo claro de seguridad en el método de transporte; 7. Transporte con costos elevados en comparación con métodos alternativos de transporte; 8. Facturación o ventas en efectivo no esperables en el sector económico; 9. Gran aumento de facturación o ventas en efectivo procedentes

de clientes no identificables; y 10. Préstamos del extranjero recibidos en efectivo y en moneda local.” (Sociedades, 2017, págs. 23-24)

Cabe resaltar que estas señales de alerta y en general toda la circular es dirigida para administradores de negocios y comerciantes, no es una camisa de fuerza pues el hecho de que parezca sospechosa la transacciones no la hace directamente delictiva, y es por eso mismo que el legislador no les prohíbe negociar con estos sujetos sospechosos, pues son comerciantes de buena fe y asumen lo mismo de la otra parte, a pesar de que encuentren dudosa la operación, el comerciante no se encuentra en la obligación de investigar de manera profunda, pues este esté rol acusador está en cabeza de la fiscalía. A pesar de lo anterior si es deber del comerciante realizar el “ROS” pues nota a través de las reglas de la experiencia y por las directrices anteriormente citadas, pueden generar en la psique del comerciante o administrador que la operación resulta extraña o sospechosa, debe realizar el respectivo informe a la UIAF, esto no con el fin de acusar sino de que se investigue si existe la posibilidad de que aquella operación tenga relación con la comisión del delito de lavado de activos.

Es entonces como una operación sospechosa puede dar inicio a una investigación oficiosa por parte la fiscalía, solo si dentro la etapa pre procesal, se encuentra Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física que le dé la inferencia razonable de responsabilidad del sujeto indiciado, y sin embargo la presunción de inocencia aún permanecerá a pesar de las conductas sospechosas, pues un mero indicio no es suficiente para dictar una condena en un proceso penal, es deber del ente acusatorio la evaluación de demás medios probatorios para desestimar la aclamada presunción de inocencia.

Inversión de la Carga Dinámica de la Prueba en el Delito de Lavado de Activos

El dinamismo probatorio es entonces, una doctrina misma dentro del delito de lavado de activos que invierte la carga probatoria, teniendo desarrollo jurisprudencial, como lo sucede la Corte Suprema de Justicia, citando lo siguiente;

> *Cuando la Fiscalía ha demostrado la hipótesis de la acusación, y la defensa pretende proponer hipótesis alternativas, fundamentadas en información a la que tiene más fácil o exclusivo acceso (por ejemplo, la prueba del origen lícito de una fortuna), tiene la carga de demostrarlas, bajo el entendido de que los estándares de conocimiento son diferentes: la Fiscalía debe demostrar su hipótesis en grado de certeza (racional) o más allá de duda razonable (Ley 906 de 2004), mientras que a la defensa le basta con demostrar que la hipótesis alternativa es verdaderamente plausible. (SP 282-2017, 2017)*

Tal carga demostrativa que argumenta la Corte, indica el dinamismo probatorio, aduciendo a que la facilidad o el alcance probatorio que tengan las partes dentro del proceso deberá probar las hipótesis que ambos preceden. El dinamismo probatorio no aduce al hecho de que el procesado deberá diluir por completo la inferencia razonable de la Fiscalía como si de un ente investigador más se tratase, meramente deberá presentar cierto grado de certeza sobre la no comisión del lavado de activos, sencillo como demostrar que no se buscaba dar apariencia de legalidad a un capital proveniente de su patrimonio, ya que esta correspondía a la legalidad desde el momento de su posesión.

La finalidad de la ley positiva resplandece en la tipificación de esta conducta, haciendo alusión a que aquel quien la comete tiene una finalidad con el conocimiento de esta, estando el legislador en posición de tipificarla, pero al ir más allá de la tipificación del lavado de activos, se esclarece la razón de ser para que el legislador decidiera que debería ser probada la inocencia por el sujeto activo que presuntamente ha cometido esta misma. Este

cuestionamiento no proviene de razón ajena al derecho, ya que nace del principio constitucional de la presunción de inocencia, porque en una esfera social sin conocimiento de la ley, se pretende que sea el ente investigador el responsable de probar la comisión de un delito, pero llegamos a la parcial conclusión de que en este delito, lavado de activos, se invierte la carga dándole una oportunidad de honra a quien se investiga por la presunta comisión de esta conducta punible; Y se preguntarán, ¿Por qué oportunidad de honra? Por la simple razón de verse en posición capaz de probar su propia inocencia y su buen nombre, sin desacreditar las facultades investigativas que tiene la Fiscalía, pero si recordando que su finalidad es la resolución de una conducta punible, sin importar el tiempo probatorio que la investigación conlleve, más el sujeto investigado demostrando de manera probatoria, que no es sujeto de investigación alguna por el manejo honrado de sus activos, sin evadir al fisco y en cambio haciendo rendición de cuentas de su patrimonio, se beneficiaría a sí mismo. No es una igualdad de armas, se trata de una oportunidad pre - procesal y procesal, porque de la misma manera la etapa previa al proceso puede culminar en la investigación preliminar ante la demostración de la no comisión de tal conducta punible.

Conclusiones.

El dinamismo probatorio en la legislación colombiana, el interés particular en este proviene de la necesidad entender la regulación que la ley penal le otorga, desde el principio penal estipulado en el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal, y el artículo 25 que el mismo regula, existiendo plausiblemente un error jurisprudencial, en donde por un error de sintaxis en la redacción de esta, ha sucedido la tergiversación de la carga dinámica de la prueba. Hallar una interpretación idónea a la forma que se encuentra regulado el dinamismo probatorio, a la necesidad de corroborar que no se trata de una contraposición constitucional, que no desfigura el sistema probatorio que se halla en el procedimiento jurídico colombiano, es un fin en sí mismo, un todo para la interpretación de la presunción de inocencia en

Colombia. No obstante, imperamos que el nombre de “carga dinámica de la prueba” es muy bondadoso, estima un alto alcance y puede inducir al error por interpretación equivoca, para lo que realmente es, y la “carga” que sucede en razón de esta misma, pues no es dinámico y no se debe a una categorización equivoca, o entender que fue bautizado erróneamente con ese título, si no que fue otorgado abstractamente para una interpretación veraz. No es dinámico como si se tratase de un va y ven, es dinámico porque se le otorga a la parte que no tiene por deber, probar, pues lo que aquí se presenta no cambia en nada la naturaleza acusatoria del proceso penal, en donde la fiscalía por mandato constitucional es la encargada de la acción penal, por lo tanto, es ella la que debe probar la antijuricidad, tipicidad y culpabilidad del delito, y esto es así porque de lo contrario estaríamos en presencia de un sistema penal inquisitivo donde el indiciado es el que debe probar su inocencia.

La carga de la prueba no es un acto hipotético dentro de la legislación penal, pero se convierte en uno a raíz de la interpretación de la Ley 906 de 2004, entendiendo que no es plausible una reforma, pudiéndose llenar el desconocimiento legal sobre el tema materia de estudio, a través de doctrina y jurisprudencia emanada de las altas cortes a este tema probatorio. No obstante, la labor del legislador aunque por excelencia, vela por la claridad de las figuras a legislar, acciones, o parámetros legales dentro de las leyes mismas, teniendo una facultad exacta y no equivoca, expresando una doctrina no como fuente del derecho, si no como forma legislativa tangible que no esté sujeta a debate interpretativo, pero que se contrapone a la jurisprudencia misma, aun habiendo legislado con claridad para que el constituyente, el pueblo, entendiese los lineamientos de la carga probatoria en materia penal, entra la Corte, de manera jurisprudencial, a desvirtuar esta labor exegética que estableció el legislador dentro del ordenamiento jurídico.

La carga probatoria en el delito de lavado de activos contraría a simple vista, la razón de ser del principio penal “in dubio pro reo”, como desestimar un pilar fundamental del ente penal, de todo lo que esta conlleva, sin que toda la estructura se vea sometida a la intemperie.

Erróneo seria decir que a la Fiscalía solo le basta mencionar los indicios, para probar la responsabilidad en el delito de lavado de activos, escudándose en la carga dinámica de la prueba, argumentando que el investigado es quien debe desmentir estos indicios, pues le queda más fácil probarlos, no se trata de una excusa, se trata de una garantía si queremos plasmarlo de esa manera. El Estado tiene pilares garantistas dentro de cada proceso judicial, la garantía probatoria que se otorga a través de la modulación legal de la carga dinámica de la prueba en la jurisdicción penal, es exegética y determinante al señalar que solo existen tres delitos tipificados en el la inmensidad del ordenamiento penal que admiten una inversión probatoria, una carga dinámica, que ante el desconocimiento pudiese decirse que esto le destituye razón al ente investigador y dueño de la acción penal, la Fiscalía, si, pudiese decirse en el desconocimiento, convirtiéndose en un ruido para aquel interesado en la materia, pero que con el estudio llegará a la conclusión de que la carga dinámica de la prueba en el delito de lavado de activos, no es una excepción excluyente, es una excepción que incluye y modifica todas las aristas de la ley procesal tratándose del material probatorio en un proceso penal. Un ejemplo claro de esto son los reportes de operación sospechosa a cargo de la UIAF, que como se dijo anteriormente, la única función que tienen es la de orientar la investigación, pero nunca serán medios de prueba en un juicio, esto tiene una razón de ser, pues la fiscalía lo que debe y está obligado a hacer es recolectar todo los elementos materia de prueba y evidencia física posibles para poder demostrar ante cualquier duda que el investigado es responsable penalmente del delito de lavado de activos.

La Fiscalía en el escrito de acusación y en audiencia presentara su teoría del caso aportando los medios de prueba que crea útiles, pertinentes y conducentes, para desmeritar la

presunción de inocencia del imputado, dentro de estos podemos normalmente observar que el uso de peritos contables y financieros son de extrema importancia, pues el fiscal por lo usual no es experto en estos temas tampoco tratándose de su deber excepcionalísimo, y son los peritos los que le dan la claridad tanto al juez como al fiscal, probando aspectos objetivos como lo son la capacidad económica del imputado, así mismo como la naturaleza del negocio por el cual se está investigando. Es así que a pesar de que una operación sospechosa resulte suficiente para iniciar una investigación, esta no tiene la fuerza para condenar al procesado.

Dentro de la investigación que realizamos de este artículo, comprendimos que, en el sistema penal acusatorio colombiano, no es obligación de la defensa plantear una teoría del caso, sin embargo, por estrategia de litigio en los casos del delito de lavado de activos, se ve necesario crear una hipótesis diferente a la de la fiscalía, esto en razón a que las finanzas y contaduría del investigado pueden ser solo explicadas por el contador o por sus propios administradores, pudiéndole dar claridad al juez sobre el origen licito de los dineros. Un ejemplo de esto es para ilustrarlos en una pequeña medida, es el siguiente; Una persona de escasos recursos que va pasando por la calle y se encuentra milagrosamente una maleta llena de dinero, el cual es un dato propio de su conocimiento, por lo que para que no sea tratado como un criminal o vinculado a alguna organización al margen de la ley, debe de exponer las razones fácticas del por qué tenía ese dinero, pues de lo contrario la defensa técnica tendría grandes dificultades a la hora de desvirtuar la teoría de la fiscalía, ¿entendible?.

Es así como concluimos que la carga dinámica de la prueba en el delito de lavado de activos, fue una reacción por parte de la Corte Constitucional para modificar lo ya dicho, para dar una vía de acceso clara y no entorpecida a lo que la legislación nacional establece, para ser consecuentes con la tipificación del delito entendiendo que su fin no es declarar la inocencia del proceso o la inculpabilidad de este, si no en cambio, dar una oportunidad, que diciéndolo de esa manera suena como una migaja otorgada en favor de un sujeto que se hallé

inmerso dentro de un proceso penal, pero no resulta tal, es una intervención procesal que otorga la oportunidad de probar la inocencia misma, de encontrarse en tal posición donde el sujeto sea su propio garante buscando en sí, un único beneficio, no ser hallado culpable.

Bibliografía

Código de Procedimiento Penal. (2004). *Ley 906 de 2004.* Bógota: Artículo 7.

Código General del Proceso. (2012). *Ley 1562 de 2012.* (A. 167, Ed.)

Congreso de la República. (1991). *Constitución Política* (Vol. Artículo 250). Bogotá.

Congreso de la República. (2004). *Código de Procedimiento Penal* (Vol. Artículo 12). Bógota.

Constitucional, C. (2016). *Sentencia C - 086.* (J. I. PALACIO, Ed.) Bógota D.C.

Republica, C. d. (2000). *Artículo 323, Código Penal.* Bógota.

República, C. d. (2004). *Código de Procedimiento Penal Artículo 7.*

Restrepo, E. M. (2005). *El desmonte del secuestro extorsivo en Colombia: ¿existe una estrategía?* Bógota. Obtenido de https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/922/Co_Eco_Diciembre_2005_Restrepo.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Ricardo Canese Vs. Paraguay, No. 12.032 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2004).

Sentencia 23754 de 2008 (Sala de Casación Penal 09 de abril de 2008).

Sentencia C - 289 (Corte Constitucional 2012).

Sentencia C - 685 (Corte Constitucional 30 de Septiembre de 2009). Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-685-09.htm

Sentencia C- 931, Sentencia C - 931 de 2007 (Corte Constitucional 2007).

Sociedades, S. d. (2017). *Circular Externa No. 100-000005.* Modificación integral al capítulo X de la Circular Básica Jurídica de 2017, Superintendecia de Sociedades. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/documents/80312/342394/Capitulo-X-Circular-Basica-Juridica.pdf/261409fb-e5ac-21e1-eacc-229d2cc69e9e?t=1646797682624

SP 282-2017, Radicación No. 40120 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 18 de enero de 2017).

Unidas, A. G. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Artículo 14.2*.

[i]