

LAVADO DE ACTIVOS Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Heidy Juliana Arredondo

Milton Cesar Buritica Betancur



Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad de Derecho

Medellín

2023

LAVADO DE ACTIVOS Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Presentado por:

Heidy Juliana Arredondo

Milton Cesar Buritica Betancur

Trabajo de grado presentado para optar al título de

Abogado

Asesor:

Abogado Especialista

Jorge Alexander Ruiz



Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad de Derecho

Medellín

2023

Hoja de aceptación

Firma de asesor

Firma de jurado 1

Firma de jurado 2

Medellín, 24 de octubre de 2023.

Dedicatoria

*A nuestros padres,
por estar siempre presentes en nuestro proceso formativo
y guiarnos contantemente por el camino del bien.*

Agradecimientos

Damos nuestros más sinceros agradecimientos al personal directivo y docente de la Universidad Autónoma Latinoamericana, en especial, a nuestro asesor, el docente Jorge Alexander Ruiz, por sus aportes valiosos para el desarrollo de esta monografía.

Contenido

	Pág.
Resumen.....	7
Abstract.....	8
Introducción	9
Marco teórico	14
Antecedentes investigativos	14
Marco conceptual	15
Lavado de activos	17
Conceptualización del principio de presunción de inocencia.....	20
1. Elementos objetivos del tipo penal de lavado de activos	25
2. Excepciones de la carga de la prueba cuando esta no descansa en manos del órgano de persecución en el proceso penal.....	31
3. Posición de la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia frente al principio de presunción de inocencia en las investigaciones por lavado de activos	38
Conclusiones.....	44
Referencias.....	48

Resumen

La presente monografía tiene por objeto establecer las implicaciones jurídicas de la presunción de inocencia en el delito de lavado de activos en Colombia; para ello, se parte del reconocimiento de los diferentes planteamientos doctrinales que determinan los elementos objetivos del tipo penal de lavado de activos; a su vez, se describen las excepciones de la carga de la prueba cuando esta no descansa en manos del órgano de persecución en el proceso penal; y por último, se analiza la posición de la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia frente al principio de presunción de inocencia en las investigaciones por lavado de activos.

Palabras clave: carga de la prueba, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia, delito, lavado de activos, presunción de inocencia, tipo penal.

Abstract

The purpose of this monograph is to establish the legal implications of the presumption of innocence in the crime of money laundering in Colombia; for this, it is based on the recognition of the different doctrinal approaches that determine the objective elements of the criminal type of money laundering; At the same time, the exceptions of the burden of proof are described when it does not rest in the hands of the prosecution body in the criminal process; and finally, the position of the jurisprudence emanating from the Council of State and the Supreme Court of Justice against the principle of presumption of innocence in investigations for money laundering is analyzed.

Keywords: burden of proof, Council of State, Supreme Court of Justice, crime, money laundering, presumption of innocence, criminal type.

Introducción

La conducta punible de lavado de activos, es un delito tipificado en el artículo 323 del Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000), modificado a su vez por el artículo 11 de la Ley 1762 de 2015, este se refiere a todas aquellas acciones en las que se adquiere, transforma, transporta, conserva o administra un bien y que este provenga de una actividad ilícita. En este tipo penal se sanciona cuando se pretende dar legalidad a bienes que se originan de actividades ilícitas.

Es normal que este delito sea asociado con el narcotráfico, pues en muchos casos en torno al negocio del narcotráfico hay otro tipo de actividades delictivas como la extorsión, el terrorismo, el contrabando, el tráfico de armas, el homicidio, la trata de personas, entre otros.

El lavado de activos en Colombia se ha venido asociando a otro tipo de actuaciones ilegales, por lo que la persecución del Estado frente a estos recursos de dudosa procedencia ha ampliado su margen de acción; de hecho, el gran número de investigaciones por lavado de activos no inician de manera oficiosa por la actividad investigativa de la Policía o la Fiscalía General de la Nación; el origen de estas investigaciones vienen recayendo en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, organismo que en el país tiene la función de realizar el recaudo de las tributaciones de la nación, la cual, al identificar bienes y riquezas que no tienen un origen o sustento claro, trasmite esta información a los organismo investigativos para que estos inicien procesos por lavado de activos ante la falta de soporte para justificar dichos recursos.

Con relación a los datos suministrados por la Fiscalía General de la Nación (2022), desde que entró en vigor la Ley 906 de 2004, dentro del territorio colombiano se han registrado 1.753 procesos por las conductas delictivas de lavado de activos por cuantías inferiores a 100 salarios mínimos; 630 procesos por lavado de activos por cuantías superiores a 100 salarios mínimos; 30 procesos por lavado de activos por cifra indeterminada; y 7 procesos por el delito de lavado de activos bajo circunstancias de agravación punitiva.

En las investigaciones adelantadas por la fiscalía, por la conducta punible de lavado de activos, al igual que sucede con la persecución penal de cualquier otro tipo de delito, y en razón de lo consagrado en la Constitución Política de 1991 y en la norma procesal penal (Ley 906 de 2004), es la Fiscalía General de la Nación la que tiene la facultad para asumir la carga de la prueba para demostrar la existencia de la comisión de un delito.

Cabe resaltar entonces que esta inversión en donde se relaciona directamente la carga de la prueba lo cual genera una afectación al principio de presunción de inocencia, máxime cuando existe un prejujuicio desde antes del inicio del proceso penal, pues se considera que ante la falta de justificación del origen de los recursos esos bienes y riquezas, por simple lógica, tienen un origen ilícito, situación que se aleja en muchos casos de la realidad, por cuanto en la práctica los recursos pueden provenir de actividades informales que no necesariamente son ilícitas.

Diversos doctrinantes y expertos en la materia se han referido a esta problemática; así, por ejemplo, Gutiérrez (2019), reconoce que, por lo general, este tipo de procesos se desarrollan con fundamento en pruebas indiciarias que se aportan por parte de órganos de control fiscal como es

el caso de la DIAN; por su parte, Betancur (2010), plantea que la ilegalidad de los recursos blanqueados se da por una simple inferencia que realiza la Fiscalía, lo que desdice mucho de estos procesos por lavado de activos; mientras que Boek (2012), al analizar alrededor de cincuenta fallos sobre el lavado de activos de las altas cortes de Colombia, es decir la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia señalan que, en la mayoría de los casos, cuando existieron dudas, se resolvieron en contra del investigado, lo que dio lugar a una inversión de la presunción de inocencia, posiciones que se pueden evidenciar en las providencias de la Corte Constitucional como las C-851 de 2005, C-685 de 2009, C-191 de 2016, C-208 de 2016.

De tal manera que la presente monografía de investigación busca responder de forma clara y precisa a un interrogante que radica en ¿cuáles son las implicaciones jurídicas de la presunción de inocencia en el delito de lavado de activos en Colombia? Para dar una respuesta clara y a fondo de tal interrogante, se construyó una investigación dividida en tres capítulos: en primer lugar, se reconocen los diferentes planteamientos doctrinales que determinan los elementos objetivos del tipo penal de lavado de activos; posteriormente, se describen las excepciones de la carga de la prueba cuando esta no descansa en manos del órgano de persecución en el proceso penal; y por último, se analiza la posición de la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia frente al principio de presunción de inocencia en las investigaciones por lavado de activos.

La problemática que pretende abordarse busca poner en evidencia un fenómeno que se deriva de la aplicación de la conducta punible de lavado de activos y que se relaciona con la posibilidad de iniciar investigaciones a partir de simples indicios de ilegalidad.

Se busca, por tanto, visibilizar la manera como la simple prueba del origen ilícito por parte del ente investigador Fiscalía General de la Nación resulta suficiente para sostener una teoría del caso basada en la presunta comisión del delito de lavado de activos; llama la atención al respecto que esta es una problemática analizada anteriormente que no deja de ser latente y ello quizá por el ánimo con el que actúa la Fiscalía en Colombia, lo que conlleva a la sanción penal y a la pérdida de los bienes de personas que únicamente incurrieron en una falta administrativa y que no pudieron asumir las cargas probatorias respectivas para justificar la tenencia de un bien.

Este escrito es la oportunidad para hacer una crítica a la manera como se afrontan este tipo de procesos, en donde no hay investigaciones objetivas y se imponen cargas probatorias que, en muchos casos, son difíciles de asumir, por cuanto el origen de ciertos recursos puede tener una justificación no verisímil para las autoridades competentes.

Reconocer los alcances que tiene la carga de la prueba en cuanto al principio de presunción de inocencia es el tema sustancial sobre el cual, desde la visión doctrinaria y jurisprudencial, se han realizado mayores reparos, máxime cuando se impone al ciudadano la obligación de demostrar el origen de sus recursos que, la gran mayoría de las veces, tienen un origen lícito, pero que el proceso en sí mismo lo prejuzga y lo culpabiliza de manera anticipada, asunto que aún no comporta un direccionamiento interpretativo claro en la práctica que materialice de manera efectiva el principio de presunción de inocencia en esta clase de procesos.

Por tanto, la monografía tiene una intención socio-jurídica, ya que se trata de una problemática del derecho que incide en la sociedad y que, por ende, afecta a muchos ciudadanos

que, actuando de buena fe o por desconocimiento de la ley, omiten información en sus declaraciones impositivas y de renta, lo que termina repercutiendo en procesos penales por lavado de activos que, a ciencia cierta, no son merecedores de un proceso que supere el meramente administrativo-sancionador, razón por la cual esta es una temática vigente en el derecho y la sociedad que requiere de especial análisis.

La metodología de investigación que se consideró ser la más idónea para dar respuesta a los objetivos ha sido la propuesta por Hernández et al. (2010). En este sentido, se elige el enfoque cualitativo, que significa que no se utilizaron datos o informaciones numéricas para darle respuesta al problema de investigación planteado. De igual manera, se optó por un estudio de tipo descriptivo, bajo el cual se sobre entiende que únicamente se realiza la descripción de una circunstancia en específico, la cual para este ejemplo corresponde a la trascendencia que se le da jurídicamente al concepto de la presunción de inocencia en el delito de lavado de activos en Colombia. Se implementó el diseño no experimental, pues no se hizo ninguna clase de experimento con ninguna población en particular. Dentro de las técnicas de recopilación de información que se han utilizado para el desarrollo de la investigación se pensó en que la revisión documental era el método más idóneo y a la vez el más eficaz para tal objetivo, la cual tuvo en cuenta fuentes de información como las diferentes leyes y jurisprudencia, además de revistas, páginas web, etc.

Marco teórico

Antecedentes investigativos

El tema del lavado de activos ha sido uno de los principales objetos de estudio en la doctrina nacional y comparada, de ahí la necesidad de reconocer cuáles han sido los alcances de dichas investigaciones para poder contar con un marco de referencia teórico y doctrinal que permita delimitar el abordaje que se le debe dar a este asunto, especialmente en cuanto a la presunción de inocencia en las investigaciones que adelanta el órgano competente por dicho delito.

Mancera (2014) plantea que es un delito transnacional esto quiere decir básicamente que traspasa fronteras entre países, el cual ha tenido un profundo impacto con la globalización económica a nivel mundial, el desarrollo de las comunicaciones y el fortalecimiento de las nuevas tecnologías, fenómenos que le han dado a las organizaciones criminales un mayor número de opciones para mover dineros de origen ilícito y darles un carácter de legalidad.

Hernández (2017) plantea que el delito de lavado de activos ha estado rodeado de diversas polémicas, principalmente frente al tema del delito fuente, que hace referencia a las actividades ilícitas de donde provienen los recursos a los cuales se les pretende dar apariencia de legalidad; el autor plantea que “es necesario considerar la necesidad de que exista una sentencia previa por el delito fuente, para con ello poder emitir un fallo condenatorio por lavado de activos”; sin

embargo, señala el investigador, en países como Colombia no se requiere de dicha condena previa, pues el lavado de activos es un delito autónomo. (Hernández, 2017, pp. 118-138).

Calisaya (2018) analiza la conducta de lavado de activos y evalúa la posibilidad de que se le pueda abordar, tanto sustancial como procesalmente, como delito autónomo, ya que con ello se podrían garantizar los principios y derechos de todo imputado, en particular la legalidad, la defensa y el debido proceso; este miramiento, según el investigador, se hace necesario, en la medida en que las investigaciones por este delito tienen lugar por el solo hecho de existir un desbalance o incremento patrimonial.

Finalmente, Gutiérrez (2019) plantea la importancia que tiene la prueba indiciaria en el marco de las investigaciones de lavado de activos y destaca la necesidad de equilibrar entre la política preventiva para el control antilavado y los distintos principios que parten del debido proceso que deben observarse en esta clase de investigaciones. El autor señala que es importante reestructurar esta institución, de tal forma que las limitaciones de los derechos a que da lugar no menoscaben las garantías y derechos de los procesados por estos delitos.

Como puede verse, los estudios sobre el lavado de activos sólo identifican la naturaleza y alcances de este delito, pero no se han detenido a reconocer las afectaciones que puede dar lugar sobre el principio de presunción de inocencia del investigado, situación que motiva al desarrollo del presente estudio.

en igual sentido una vez se analizan las diferentes manifestaciones de las altas cortes, puede verificarse que, si bien la normatividad tanto interna como del bloque de constitucionalidad siempre enarcaran que, la presunción de inocencia será una garantía fundamental indiscutible, al igual que el principio de *indubio pro-reo*, que estas deben ser siempre primordiales al momento de adelantar el proceso penal en contra del asociado por una presunta irregularidad en la economía de este y que no se pueda explicar, en Colombia estas garantías son inviolables, pero es la misma corte suprema de justicia quienes vía jurisprudencial han intentado dar las herramientas para lograr perseguir el delito de lavado de activos sin agraviar las garantías fundamentales de que habla la ley, en este orden de ideas podemos hablar de las excepciones a la norma.

Las cortes han manifestado que dentro del proceso penal no se estaría vulnerando la presunción de inocencia toda vez que, lo que se logra establecer es que el indiciado demuestre la no responsabilidad en la participación de una posible conducta punible, así pues también se estaría logrando no la inversión de la carga probatoria propiamente dicha sino que a través de la prueba indiciaria la cual da lugar a las indagaciones por parte del ente acusador fiscalía general de la nación, le pueda solicitar al indiciado que, sea el quien también aporte los soportes de los movimientos fiscales que ha realizado y que la DIAN ha detectado, esto no sería una aplicación e la carga dinámica de la prueba propiamente dicha sino más bien la invitación al indiciado a participar activamente del proceso dando la oportunidad de desvirtuar la acusación.

Marco conceptual

Lavado de activos

Autores como Mancera (2014), plantean que el tipo penal del lavado de activos tiene su origen en la Edad Media, diferentes documentos recuperados para la historia dan cuenta de la comisión de este, en aquel tiempo la usura era concebida como un delito y prestamistas mercaderes no cumplían la norma que lo prohibía, desde la iglesia católica se prohibían los préstamos a interés, conducta que era objeto de sanción y castigo. Durante la Edad Moderna el lavado de activos se aplicaba a las actividades que desarrollaban los piratas, quienes se dedicaban al “blanqueo” del oro que saqueaban de los galeones españoles, de ahí que los navegantes tuvieran que buscar el apoyo de banqueros para lograr encontrar refugio financiero al material que transportaban. A inicios del siglo XX, específicamente en Norteamérica, surge el término “lavado” para hacerlo referir a la manera como las mafias buscaban legalizar los dineros de procedencia ilícita, especialmente por fabricación de alcohol, prostitución y juego ilegal, que para ello recurrían a la implementación de negocios como lavanderías de ropa donde pretendían ocultar su dinero y que de esta práctica surge tan peculiar nombre.

Históricamente el panorama no ha cambiado significativamente, ya que en la actualidad se siguen presentado situaciones similares, grandes bancos han sido centro de investigación por prestar su capacidad para generar actividad ilícita, así mismo la evolución en las tecnologías de la informática se han utilizado para generar grandes movimientos económicos por todo el mundo por parte de organizaciones criminales que han logrado incluso permear importantes grupos

políticos llegando a tener influencia sobre las decisiones políticas y económicas de importantes países y Colombia no sería una excepción a esto.

En Colombia, el lavado de activos era una actividad que se relacionaba más que todo con piratas y contrabandistas, pero con el surgimiento del narcotráfico y la guerrilla se creó una conexión ligada al enriquecimiento ilícito, al tráfico de drogas, al secuestro extorsivo, a la trata de personas, el sicariato, la prostitución y la minería ilegal, históricamente estas actividades han sido medio de financiación del conflicto armado que vive el país desde hace más de 50 años, que si bien anteriormente se presentaban situaciones con grupos armados quienes se valían de la extorsión a ganaderos y comerciantes, a principios de los años 80s se da origen a una gran problemática que aun en la actualidad se vive con gran fuerza, el narcotráfico, actividad que recrudece no solo el conflicto armado sino las guerras de carteles de la droga, lo que provoca que el conflicto se traslade a la zonas urbanas, también se dispara la compra de diferentes elementos y bienes como viviendas de lujo, automóviles importados de todo el mundo, apertura de grandes centros comerciales, los que son utilizados como medio de ocultamiento de grandes sumas de dinero y mediante los cuales se pretende introducir a la vida lícita, al mejor estilo de las grandes mafias americanas.

Son narcotraficantes de la talla de Pablo Escobar Gaviria o Gonzalo Rodríguez gacha, quienes a lo largo y ancho del territorio colombiano construyeron grandes edificaciones, compraron elegantes vehículos, los caballos más costosos del mundo, el ganado bobino más puro para la comercialización de carne y productos lácteos, financiación o compra de equipos del fútbol profesional colombiano con nóminas de jugadores verdaderamente exorbitantes, todo esto con el

animo de “blanquear” las grandes sumas de dinero que se obtiene del negocio del narcotráfico, de otro lado también nos encontramos en una época donde las tecnologías han avanzado tanto en el ámbito informático por ejemplo que se ha logrado que este delito se cometa por cualquier rincón del mundo aportando al desarrollo del crimen organizado, pasando de simples grupos armados en un territorio a grandes organizaciones mafiosas a nivel mundial que logran a través del lavado de activos incluso permea a los bancos más grandes del mundo o incluso países que son conocidos como paraísos fiscales, esto solo como muestra de la profundidad y flagelo de este delito

Comentarios quizá no muy confiables hablan de que en la Colombia del presidente Alfonso López Michelsen se utilizó el banco de la república como “lavadero” de todos los que quisieran llegar con cualquier cantidad de dólares para el cambio sin verificar su procedencia y con la mayor discreción, a esta dependencia se le conoció como la “ventanilla siniestra” lo que en la práctica se convirtió en el mayor lavadero de dinero del país de las mafias organizadas.

Así pues que, también se debe hacer un miramiento a las organizaciones criminales como un agente importante en la comisión de este tipo de delitos quienes logran sin mayor problema en la actualidad permear no solo grandes instituciones financieras a nivel mundial sino que con gran facilidad logran establecer poder y control sobre instituciones políticas, la norma jurídica los actos políticos interviniendo en el avance de territorios, por eso en algunos países del mundo se ha empezado a discutir si esta actividad ilegal es un delito económico o político.

por esta misma razón, la norma colombiana ha buscado la forma de poder judicializar no solo las actividades ilícitas que generan grandes capitales, sino también a quienes intenten “blanquearlo” con otras actividades, por eso dentro del presente trabajo investigativo también se pretende realizar un análisis a una situación específica que se puede o no dar entre los derechos y principios fundamentales como son la presunción de inocencia, el *indubio pro-reo* y la inversión de la carga de la prueba o carga dinámica de la prueba

Según señala el órgano colegiado de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 5 de octubre de 2006 (Exp. 25248), el lavado de activos, también conocido como blanqueo de capitales, hace alusión a aquellas operaciones que se realizan para el ocultamiento de recursos de origen ilegal, de tal manera que estos puedan colocarse o vincularse a una actividad o negocio económico o financiero lícito, haciéndose parecer como legítimos.

Conceptualización del principio de presunción de inocencia

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (2014), el concepto de “presunción” puede ser entendido de la siguiente manera: “Como el hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado. La presunción absoluta es la que no admite prueba en contrario” (RAE, 2014).

La presunción está relacionada con una deducción que se realiza de un hecho que genera una consecuencia, pero comienza con una indagación de un hecho que se desconoce y que no ha logrado comprobarse, pero se deduce de otro hecho que en realidad sí se conoce.

De acuerdo con Beltrán & Buitrago (2014), estas presunciones pueden ser legales, pues tienen su origen en la ley y encuentran certeza en el indicio que se presume y que ha quedado establecido a través de una prueba admitida en un proceso; estas presunciones legales también pueden ser de carácter absoluto, ya que no permiten una prueba en contrario, mientras que las simples sí las admiten.

Estas clasificaciones han sido, no obstante, controvertidas, en cuanto que las presunciones *iuris et de iure* son más que presunciones verdaderas declaraciones legales; y las *iuris tantum*, son o bien un desplazamiento de la carga de la prueba, o una dispensa de prueba a favor de una parte, No obstante, lo anterior, cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario o *iuris tantum*, esta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe. (Beltrán & Buitrago, 2014, p. 5).

Otro tipo de presunción son las de carácter judicial, las cuales implican que el juez, parte de un nexo causal sobre un hecho que se conoce o desconoce mediante una inferencia lógica o a través de un test de proporcionalidad y razonabilidad que se puede aplicar para tomar una decisión en el marco de un proceso.

Ahora bien, respecto al concepto de “inocencia” ha sido la Real Academia Española de Lengua (2014) quien ha señalado que el concepto proviene del idioma latín “*innocentia*”, que significa estado del alma limpia de culpa o exención de culpa en un delito o en una mala acción; por tanto, la presunción de inocencia conlleva una deducción que parte de un hecho que ha sido probado y que encuentra pleno amparo en la ley.

Las anteriores definiciones planteadas por diversos autores han determinado que uno de los principios más importantes e influyentes del derecho procesal es la presunción de inocencia; de acuerdo con Nieva (2016), se trata de un principio el cual se origina en los primeros siglos de nuestra era, cuando en el ámbito del derecho canónico se impuso la máxima según la cual es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar a un inocente; luego, en la Edad Media, según Gómez (2004), se recurrió a la locución latina *in dubio pro reo*, que implica que en caso de duda por insuficiencia probatoria se debe favorecer al imputado o acusado; posteriormente aparece en la Edad Moderna en el derecho inglés como una instrucción para los jurados para proferir decisiones bajo un estándar de certeza moral.

En Latinoamérica, señala Aguilar (2015), la evolución de la presunción de inocencia ha obedecido a la tutela de diferentes principios e instituciones jurídicas basadas en el control procesal, el control constitucional y el principio *pro persona*, teniendo como referente, disposiciones de carácter internacional cuyo desarrollo ha estado principalmente enmarcado en el contexto de la procesalística penal y de la figura del Estado de derecho, materializado a partir de la Revolución Francesa.

Benavente (2009), hace alusión a la presunción de inocencia en el derecho contemporáneo como un derecho individual a favor de las personas, consagrado en el marco constitucional, mismo que exige que la autoridad judicial, cualquiera que sea su ámbito jurisdiccional, no considere como cierta la atribución de aquellos cargos relacionados con la comisión de

determinada conducta punible, siempre que no exista una decisión en firme emanada por un tribunal competente tomada con plena observancia del debido proceso. (Benavente, 2009).

Es importante entender las diferencias que existen entre la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* o principio de duda; así, comprender dicha diferenciación constituye la clave para entender los alcances de este artículo, buscando la manera simple de desarrollar ambas ideas, podemos entonces manifestar de la presunción de inocencia que es la condición en que el indiciado no debe demostrar su inocencia, pues esta presunción ya lo recubre por derecho propio y que este se entiende con la categoría de fundamental, en igual sentido se contiene dentro del artículo 29 de la constitución política de Colombia como debido proceso. Dentro de este mismo desarrollo, el principio de *indubio pro-reo* se refiere puntualmente a la duda razonable, esto ya que el proceso penal se debe surtir hasta desvirtuar toda duda que se presente sobre el trámite penal, que en el momento en que el ente acusador no pueda desvirtuar la presunción de inocencia con la ayuda de las pruebas presentadas y las teorías del caso, este vacío o duda debe ser fallado en favor del indiciado, ya que no existe suficiente material probatorio o teoría del caso que lo pueda hacer cambiar en su calidad de indiciado ha condenado y se rompa esa presunción, como se explica a continuación.

Suñez (2012) señala que el problema en torno a la incertidumbre radica en la imposibilidad que tiene un juzgador de orientar una decisión basada en una valoración objetiva de las pruebas que no genere incertidumbre; cuando la decisión no cumple con esta regla fundamental, se debe recurrir a la absolución, en virtud del principio “*in dubio pro reo*” que significa que “en caso de

duda, a favor del reo” como consecuencia de la presunción de inocencia, más no como materialización plena de este principio.

Lo anterior, según Reyes (2012), pone en evidencia la influencia que tiene el derecho a la presunción de inocencia en la actividad probatoria, pues este “no solo sirve para determinar el *onus probandi* (carga de la prueba), sino que también sirve como criterio decisonal para exigir una absolución del acusado cuando la prueba no sea suficiente para determinar su responsabilidad” (Reyes, 2012. p. 231).

El principio de la presunción de inocencia se ha venido constituyendo a lo largo de los años en una garantía que hace parte integral del derecho fundamental al debido proceso consagrado en la Constitución, al plantearse de tal manera que es posible entenderlo como “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable” (Constitución Política, 1991, art. 29); este principio además encuentra soporte en diferentes tratados y convenios de carácter internacional en materia de derechos humanos, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad, ya que han sido ratificados por Colombia.

Mediante la CADH de 1969, quien ha hecho énfasis en el artículo 8 del principio de presunción de inocencia, el cual no se puede desvirtuar hasta que realmente se demuestre la culpabilidad del ciudadano a través de un fallo emitido por un juez o tribunal superior; del mismo modo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establece que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se le presuma su inocencia mientras no se compruebe su culpabilidad conforme a la ley” (Naciones Unidas, 1966, art. 14.2).

De las anteriores disposiciones se logra establecer que el principio de la presunción de inocencia acompaña a todas las personas investigadas por un delito a lo largo de todo el proceso y es aplicable a todas las ramas del derecho; teniendo como referente este postulado cardinal, se logra establecer una serie de consecuencias y es que toda persona es en principio inocente a lo largo de todo proceso; constituye a su vez una regla básica sobre la carga de la prueba, ya que le corresponde al Estado probar la responsabilidad que recae sobre una persona de un delito; además, debe haber una certeza judicial suficiente para determinar dicha responsabilidad; y, por último, no es posible presumir la culpabilidad de nadie, de ahí que el legislador no ostenta la potestad de modificar las normas para desvirtuar dicha presunción de inocencia.

1. Elementos objetivos del tipo penal de lavado de activos

El objeto material de un delito hace alusión al aspecto concreto que constituye la vulneración del bien jurídicamente tutelado que el legislador protege frente a cada tipo penal, ahora bien, en el delito de lavado de activos, autores como Hernández (2017), plantean que el objeto material de este punible está constituido por aquellos bienes a los cuales se les pretende dar la apariencia de legalidad y que claramente proceden de una conducta que es contraria a la ley (Hernández, 2017. Pp. 118-138).

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito -UNODC- (2018), el lavado de activos también se conoce en el contexto doctrinal como blanqueo de capitales y claramente conlleva un enriquecimiento ilícito, por cuanto la adquisición de bienes o activos tiene un origen ilegal; ahora, para que exista dicho delito, señala Calisaya (2018), es necesario que previamente

se incurra en un acto delictivo de tipo grave y, por ende, se obtengan unos beneficios ilegales, que se deben introducir en el mercado financiero o cualquier otro sector económico.

De conformidad con el anterior objeto material, resultan una serie de cuestionamientos en torno al tipo penal de lavado de activos, ya que se hace necesario determinar si dicha conducta se extiende a todas las actividades delictuales o bien a todas las conductas de los ciudadanos, en donde se busca dar la apariencia de legalidad a cualquier tipo de bien, indistintamente de su origen.

En diversas legislaciones se acogieron estas normativas internacionales. Así, por ejemplo, agrega Hernández (2017), en algunos países se exige que los bienes tengan un origen en un delito grave o menos grave, como es el caso de Francia, España, Austria y Venezuela; en otros, que los bienes provengan de cualquier clase de delito, como es el caso de Bélgica, Guatemala, Argentina y Ecuador; y, por último, están aquellos países que eligieron un sistema de listas cerradas o de enumeración taxativa de las conductas punibles, tal y como ocurre en Brasil, El Salvador, Uruguay, Panamá, Estados Unidos, Alemania, Dinamarca, Italia, Grecia, Perú y Colombia. (pp. 118-138).

Uno de los problemas de implementar esas listas cerradas radica en que existe la necesidad de hacer una revisión constante de aquellos tipos penales que generan los recursos que son objeto de lavado de activos; en el caso específico de Colombia, esta figura ha dado lugar a constantes desarrollos normativos: Leyes 190 de 1995, 365 de 1997, 599 de 2000, 747 de 2002, 1121 de 2006, 1453 de 2011 y 1762 de 2015.

Durante la vigencia del anterior Código Penal, o Decreto 100 de 1980, no se determinó concretamente un delito previo como hecho generador de los bienes a los cuales se les pretendía dar apariencia de legalidad, y se estipuló como agravante que dichos bienes provinieran de actividades delictuales como el secuestro, la extorsión, el narcotráfico y el contrabando.

Tras la promulgación de la Ley 365 de 1997 se crea el delito de lavado de activos y este se ha tipificado como tipo penal autónomo, se determina que los bienes objeto de esta conducta deben tener una relación mediata o inmediata con otros delitos como la extorsión, el enriquecimiento ilícito, el secuestro extorsivo, la rebelión y el narcotráfico, aunque también se incluyó la emisión de reporte de operaciones financieras sospechosas.

Es pertinente considerar el lavado de activos como delito autónomo, de acuerdo con Yanqui (2017), dicha caracterización radica en que se evita su dependencia de un delito previo, lo que generaría que la administración de justicia fuera ineficaz en las actividades de prevención, investigación y represión de este delito. (pp. 279-294).

Una vez entró en vigencia el actual Código Penal (Ley 599 de 2000), el lavado de activos quedó incluido dentro del listado de delitos contra el orden económico social, encontrándose el mismo en el artículo 323; sus agravantes se establecieron en el artículo 324; y la omisión de control en los artículos 325, 325A (adicionado por el artículo 4 de la Ley 1357 de 2009) y 325B (adicionado por el artículo 22 de la Ley 1474 de 2011).

En la actual normativa, los delitos fuente del punible del lavado de activos son todos los siguientes, los cuales menciono a continuación: 188, 188^a, 188 c, 244, 327, 169, 467, 165, 314, 315, 316, 317, 319, 319.1, 320, 320.1, 321, 340, 345, 366, 366, 367, 376, 397, Ley 742 de 2002.

Como puede verse, en el derecho colombiano no existe un delito fuente como elemento típico generador del lavado de activos, sino un listado taxativo de múltiples delitos fuente, lo que permite un mayor ejercicio de la acción penal por parte del sistema judicial para la persecución del delito; sin embargo, tal y como señala Mendoza (2013), esta multiplicidad de delitos fuente pone en evidencia el “carácter fragmentario del derecho penal”, por lo que cada delito fuente no constituye el elemento objetivo, máxime cuando el lavado de activos es un delito autónomo.

Por otra parte, la estructura de este delito está formada por los verbos rectores de: adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar, y dar. Lo que nos permite concluir con facilidad que son múltiples las acciones o conductas en que se pueden incurrir para llegar a establecer que se infringió este tipo penal; y que no es necesario la realización de alguna en especial, o varias de estas en simultáneo, para que haya lugar a una sanción en este caso.

De acuerdo con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, las conductas debidamente descritas anteriormente pueden ser el resultado de otros delitos fuente, como lo son los descritos en los artículos 314, 315, 316, 317 del Código Penal, además de los delitos contra la administración pública, artículos 397 al artículo 434 *Ibidem*.

No siendo necesaria u obligatoria la existencia de alguno de estos delitos que en últimas son subyacentes, pues con el mero ocultamiento o intento de hacer pasar por legal un dinero, ya se incurre en este delito. Lo que lo hace además un delito del tipo autónomo, ya que como hemos mencionado, no se requiere de otra acción distinta a las ya descritas, ni de la dependencia entre unas y otras para la existencia de este tipo penal. Sin embargo, es posible hablar del concurso de conductas punibles en este caso, ya que el legislador al señalar: "por esa sola conducta", en la norma, dio cabida a la posibilidad de la concurrencia de otras conductas, como lo es la captación masiva y habitual de dinero, la falsedad, o extorsión; entre otras. Es subordinado, y monosubjetivo, ya que con que una sola persona incida en alguno de estos hechos para que se configure el delito en mención.

El sujeto pasivo de las conductas descritas es el Estado como titular y garante del bien o bienes jurídico tutelado; como el responsable de velar por la seguridad y orden social y económico.

De otro lado, los bienes jurídicos que se buscan proteger con la sanción descrita en el código penal en su art. 323 y demás leyes que lo modifican, son la administración pública, el orden económico, social, y el sistema financiero.

El sujeto activo es indeterminado, esto es, cualquier persona sin calificación especial o característica determinada puede cometer dicho delito.

Otro elemento de vital importancia en este delito es el elemento subjetivo, que en este caso es la intención, por cuanto la persona sabe, conoce de primera mano y quiere la realización de alguna de las conductas previstas en la norma.

De acuerdo con el doctrinante Pariona (2021), dependerá mucho de lo dispuesto por cada ordenamiento jurídico y el tratamiento que se le dé a este delito. Pero partiendo de la idea de que el individuo despliega una serie de comportamientos dirigidos a conseguir el fin de este delito, el cual es obtener dinero de forma ilícita, darle la apariencia de legal a un dinero cuya procedencia se pueda poner en duda, es evidente la intención del o los sujetos, y el conocimiento que tienen de la ilegalidad o ilicitud de sus conductas; puesto que de no ser así, no podrían sacar provecho de los dineros recibidos y, en cambio, tendrían que rendir las cuentas correspondientes en la ley, y es una forma fácil de evadir la justicia y los controles internos en cada país.

“El lavado de dinero proveniente del narcotráfico fue modelado preeminentemente como un delito doloso. Desde allí, el lavado de activos supuso la actuación consciente y voluntaria del sujeto activo, con la finalidad de evitar que la justicia identifique esos bienes” (Pariona, 2021, p. 89).

En Colombia, de acuerdo con Ospina (2020), este delito admite las 3 formas en que se presenta el dolo, es decir, directo, esta modalidad implica que el autor conozca y quiera la realización de la conducta, indirecto cuando las acciones del individuo no tienen como consecuencia el fin propio descrito en la norma, pero sí contribuyen a alcanzar dicho resultado; y eventual en tanto que “se produce cuando no se descarta el daño por la acción, pero aun así la realiza” (Ospina, 2020. p.1).

2. Excepciones de la carga de la prueba cuando esta no descansa en manos del órgano de persecución en el proceso penal

Antes de hacer un reconocimiento de las implicaciones jurídicas que se derivan de la carga de la prueba en el delito de lavado de activos y las afectaciones que ello genera frente al principio de presunción de inocencia, es necesario realizar un reconocimiento de la manera como se legitima dicho principio en materia probatoria.

En el derecho privado, la figura de la carga de la prueba recae en las partes del proceso y es normal en este ámbito que podamos hablar de invertir la carga de la prueba, en los estadios del derecho privado se debe utilizar incluso la carga dinámica de la prueba en aras de establecer un buen proceso, si no se dieran estos elementos siendo necesarios, podríamos incluso estar frente a un proceso que presente defectos facticos, por la no valoración de la prueba, siendo este uno de los elementos más importantes dentro del artículo 29 de la constitución política de Colombia, el debido proceso, mientras que en el ámbito del derecho penal le corresponde al órgano acusador fiscalía general de la nación demostrar mediante los elementos fácticos y probatorios que fundamentan la acusación más allá de toda duda razonable, para así lograr desvirtuar la presunción de inocencia o incluso el *indubio pro-reo*

En este sentido, también la corte interamericana de derechos humanos en diferentes pronunciamientos ha manifestado respecto de la presunción de inocencia y el *indubio pro-reo* que son derechos fundamentales de cada persona y más aún, tratándose de procesos penales en donde no se ha logrado por parte del ente acusador romper la barrera de la duda razonable, así

pues, teniendo en cuenta los pronunciamientos de la corte y tratados internacionales que van en el mismo sentido de establecer garantías en los procesos, podemos establecer que no es posible una condena desfavorable al procesado si miramos en aras de respetar dichos pronunciamientos como emana la misma constitución política de Colombia que lo hace parte del ordenamiento.

Una vez hemos podido entender que no solo la ley sino que también la norma superior y los tratados internacionales salvaguardan las garantías de la presunción de inocencia y la el *idubio pro-reo* sabemos que un proceso en el que se busque invertir la carga de la prueba de tal forma que con ello se busque que el indiciado tenga que demostrar su inocencia, dicho acto se encuentra en contraposición de lo ya manifestado por la corte, sin embargo, la misma corte constitucional vía jurisprudencial desde 2007 ha desarrollado en aras de proteger el bien jurídicamente tutelado orden social económico

Parra (2007) ha sido claro en indicar que la carga de la prueba es una acepción de carácter procesal que hace alusión a “una regla de juicio que lleva a que las partes asuman las responsabilidades para demostrar un hecho jurídico”. (p.24).

Al respecto de lo anterior, la Corte Constitucional, ha indicado en la Sentencia C-203 de 2011, que las cargas procesales son “aquellas situaciones que determinan una conducta de realización facultativa que se establece en razón del interés del sujeto y cuya omisión genera consecuencias desfavorables”. (Sentencia C-203, 2011).

En el derecho procesal penal colombiano la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la Fiscalía General de la Nación; de hecho, en el artículo 7 de la Ley 906 de 2004 así queda establecido y se determina, además, que en ningún caso puede invertirse esta carga probatoria; sin embargo, al revisar el contenido de este artículo, en donde se expresa asimismo el principio de presunción de inocencia, se logra evidenciar que en la práctica judicial no se aplica de manera expresa esta disposición; es más, diversos doctrinantes, como es el caso de Caro (2013), plantean que en el sistema procesal penal la presunción de inocencia se encuentra en crisis y que la máxima que se aplica hoy en día es que toda persona se presume responsable, por ende deberá ser tratada como tal durante el proceso hasta que haya una decisión judicial firme sobre la responsabilidad penal; además, que la carga de la prueba le corresponde al enjuiciado, pues a lo largo del proceso debe probar la ausencia de responsabilidad penal.

El primer momento de la indagación, se puede contar con un indiciado conocido. En el primer evento, todas las hipótesis que se construyan para determinar su responsabilidad irán orientadas, para confirmarlas o no y ponderarlas de mayor a menor, en la escala del conocimiento; por ende, se presumirá su responsabilidad mientras no exista prueba que demuestre lo contrario (Caro, 2013, p. 38).

A ello se suma que cuando no se cuenta con un indiciado, la situación tiende a empeorar, ya que todas las personas se presumen responsables; de esta manera, si un indiciado es enterado del hecho, a este le corresponde probar y demostrar la no comisión de la conducta ilícita.

Como puede verse, en el proceso penal colombiano la carga de la prueba no siempre recae en cabeza de la autoridad competente para ejercer la persecución penal, además de que la máxima

según la cual la duda que se presente se resolverá a favor del procesado no siempre es regla; de igual modo, la prohibición de inversión de la carga de la prueba comporta excepciones.

Todos estos aspectos ponen en tela de juicio la presunción de inocencia, ya que, en últimas, dicha presunción no descansa propiamente sobre la inocencia del acusado, sino sobre su responsabilidad, siendo la decisión judicial definitiva la que determina la real responsabilidad o la inocencia del implicado en un proceso penal, aspecto que genera importantes condicionamientos, especialmente en el ámbito de las investigaciones penales por el delito de lavado de activos.

Las investigaciones por lavado de activos generan distintas limitaciones a los derechos del investigado y ello se debe a que, en la gran mayoría de legislaciones, como es el caso de Colombia, se cuenta con un esquema preventivo anti-lavado, de ahí que se recurra constantemente a pruebas indiciarias aportadas principalmente por órganos de control fiscal y tributario y que, en últimas, se constituyen en el elemento base para que los órganos de persecución penal inicien la acción penal respectiva, a nombre del Estado y en contra del involucrado.

De acuerdo con Gutiérrez (2019), para que este tipo de pruebas resulten eficaces en procesos investigativos de lavado de activos, deben cumplir con ciertas características, como por ejemplo que sean recopiladas a través de pericias técnicas, que tengan conexidad no solo con el hecho investigado sino también con otras conductas ilícitas, que tengan un sustento legal y que estén debidamente estandarizadas; de no cumplir con dichos criterios, no dejan de ser simple conjeturas o presunciones.

Estos criterios deben tenerse presente para que la investigación, y sobre todo las pruebas que aporte la Fiscalía al proceso, tenga la certeza suficiente y necesaria para que se tome una decisión más allá de toda duda razonable; sin embargo, en la práctica investigativa por lavado de activos las pruebas que se allegan a estos procesos tienen como única finalidad determinar la responsabilidad del investigado, lo que claramente establece una omisión al principio de presunción de inocencia.

Al analizar el anterior asunto es posible plantear que es un principio de suma importancia que debe constatarse a lo largo de todo el proceso judicial, pero que en materia de lavado de activos ha estado supeditado a dudas; al respecto, Betancourt (2010) reconoce que en estos procesos “se vulnera la presunción de inocencia, ya que la ilegalidad del dinero blanqueado se determina por una mera inferencia que realiza la Fiscalía y que no atiende a un desarrollo probatorio precisa que se derive de una prueba directa” (p.34).

A ello se suma que, si se condena a una persona por lavado de activos y posteriormente se determina una absolución en un proceso por el delito precedente, claramente se afecta la inocencia del sentenciado por lavado de activos, pues se trata de una conducta que tiene su origen en otro delito de mayor gravedad.

Precisamente, por el carácter autónomo del delito de lavado de activos, no es necesaria la determinación de un delito previo, lo que se sanciona es la violación del principio de legalidad, lo que lleva a que cualquier duda en estas investigaciones no se resuelva a favor del investigado.

Boek (2012), al realizar un análisis de cerca de 50 sentencias relacionadas con el delito de lavado de activos de cuerpos colegiados como la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de

Justicia, logró establecer que estos tribunales han venido aplicando la teoría según la cual, no todas las dudas se resuelven a favor del investigado; de ahí que si el investigado no desvirtuaba el origen del incremento patrimonial, se invertía la presunción de inocencia, asumiéndose que este era responsable de dicha conducta, lo que claramente implicaba que la duda se resolvía en su contra.

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 27 de marzo de 2009, ha reconocido que en algunos casos se debe acudir a la carga dinámica de la prueba, pues también a la defensa o procesado le corresponde entregar los elementos de juicio pertinentes que soporten su pretensión.

La autonomía del lavado de activos, según Tuñoque (2017), le otorga una serie de facultades excesivas a la Fiscalía, situación que claramente vulnera principios constitucionales como el de la presunción de inocencia, ya que hace posible que una persona pueda ser investigada solo a partir de indicios, sin necesidad de demostrar el delito conexo.

En Colombia, por ejemplo, un gran número de investigaciones por lavado de activos tienen su origen en actuaciones administrativas adelantadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- y no propiamente por la actividad investigativa de la Fiscalía, actuación que luego de ser trasladada a este último órgano se constituye en un indicio para determinar que efectivamente el investigado está incurriendo en una actividad de blanqueo de capitales. La lógica en estas investigaciones debería estar dada por la determinación de la conexidad del delito con otra actividad ilícita establecida en la norma, de tal manera que con ello no se vulnere el principio de presunción de inocencia, además de que no se presente un desgaste del aparato

judicial por investigar actividades sobre dineros, recursos o bienes que no tienen un origen ilícito y sobre los cuales simplemente no se cuenta con los soportes necesarios para demostrar su procedencia.

Una vez se han analizado varios elementos descritos por la doctrina así como por la alta corte, se debe manifestar también en el mismo sentido que, tanto han cambiado los tiempos y la manera en que se comenten los delitos que la misma norma se ve en la obligación de evolucionar y buscar los mecanismos para hacerle frente a una situación que perjudica la economía de un país, en este orden de ideas, y con la manera en que la corte plantea que no se busca desvirtuar la presunción de inocencia sino que busca que el indicado demuestre que no es responsable de un posible lavado de activos, logramos entender que existe equivalencia dentro del proceso, pues como bien ya se ha manifestado anteriormente, la Dirección de impuestos y aduanas nacionales - DIAN- es quien está al tanto de los movimientos económicos de los asociados lo que permite observar posibles irregularidades que si se analiza en perspectiva no se está vulnerando una presunción sino que en el derecho legítimo de la entidad se está solicitando el soporte de los movimientos fiscales del individuo.

Es así como nos veremos entre dos posturas frente al tema puntual del lavado de activos, pues veremos a quienes piensen que el sistema penal debe implementar técnicas más duras para perseguir el flagelo del lavado de activos, entendiéndola como una problemática de características mayores y quienes defenderán los derechos y garantías procesales conservando las posturas que indican que si no se logra demostrar más allá de toda duda razonable entonces el veredicto debe ser favorable al indiciado, confirmando que la obligación de demostrar una

actuación ilícita o en contra de la normatividad es del ente acusador y que el indiciado solo es un sujeto pasivo de la investigación.

3. Posición de la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia frente al principio de presunción de inocencia en las investigaciones por lavado de activos

En virtud a lo establecido en la jurisprudencia del Consejo de Estado como en la de la Corte Suprema de Justicia, se ha abordado el principio de presunción de inocencia en las investigaciones por lavado de activos.

Ha sido la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la encargada de abordar el tema frente a demandas de responsabilidad en contra del Estado por investigaciones de lavado de activos en donde a los investigados no se les ha podido probar el delito que se les imputa, lo cual constituye una clara afrenta al principio de presunción de inocencia.

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha proferido 77 fallos relacionados con el delito de lavado de activos desde el año 2000 hasta la actualidad (octubre de 2022), pero sólo para mencionar algunos de esos casos en la presente investigación, solamente se relacionan 7 de ellos, todos proferidos durante la última década.

Por ejemplo, en fallo del 14 de mayo de 2014 (Rad. 32128), el Consejo de Estado señaló que la Fiscalía General de la Nación, al ser el órgano encarado de adelantar investigaciones penales

por el delito de lavado de activos, se le puede imputar fáctica y jurídicamente la comisión de un daño antijurídico cuando priva de la libertad a un procesado por dicho delito, en donde el proceso penal termina con sentencia absolutoria, ello en razón de que resulta desproporcionado, poco equitativo y absolutamente injusto que una persona inocente. Colombia desde la promulgación de la constitución de 1991 tomó la característica de ser un Estado Social de Derecho, de allí que se compromete con el ejercicio del derecho fundamental a la libertad. Dicha detención es generadora de perjuicios morales y materiales y, por ende, al procesado también se le deben reconocer los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo que haya estado privado de la libertad.

En Sentencia del 29 de enero de 2016 (Rad. 39059), el tribunal advirtió que cuando autoridades judiciales y de fiscalía realicen procesos de incautación de grandes sumas de dinero, estas no deben basarse en hipótesis sin sustento probatorio para determinar que esos capitales tienen un origen o una destinación ilícita, ya que los ciudadanos en el ejercicio pleno de sus actividades comerciales, muchas veces, pueden portar grandes cantidades de dinero que, en su debido momento, se puede demostrar su origen y su destinación; es más, señaló el alto tribunal que cuando se realizan este tipo de confiscaciones, generalmente el ente acusador tiende a solicitar medida de aseguramiento que, en algunos casos, puede dar lugar a privaciones de la libertad hasta por varios años que resultan en demandas de responsabilidad en contra del Estado, quien debe asumir, en últimas, el pago de la reparación patrimonial por los daños ocasionados.

Mediante providencia del 15 de febrero de 2018 (Rad. 56022), destaca el Consejo de Estado que, en muchas investigaciones de delitos de lavado de activos, la Fiscalía solicita la detención

preventiva de los investigados no por dolo o culpa grave de su parte, sino por suposiciones sin fundamento probatorio que violentan el principio de presunción de inocencia; esa falta de elementos materiales probatorios da lugar a que la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio de la Fiscalía tenga que declarar la preclusión del caso a favor del procesado, quien posteriormente se constituye en demandante en un proceso de responsabilidad estatal, por la privación injusta de la libertad.

Así mismo, en Sentencia del 19 de noviembre de 2020 (Rad. 53874), el Consejo de Estado planteó que los procesos investigativos por el delito de lavado de activos que terminen con sentencia absolutoria se convierten en un presupuesto claro para declarar la responsabilidad objetiva del Estado, responsabilidad que, como ya se ha dicho, es endilgable a la Fiscalía General de la Nación, pues es el organismo responsable del daño antijurídico ocasionado. Pero llama la atención de este caso que el material probatorio presentado daba lugar a que se presumiera que el acusado de dicho delito sí obraba como testaferro de un narcotraficante a través del blanqueo de capitales; sin embargo, el órgano investigador no logró demostrar más allá de toda duda razonable que efectivamente se trataba del delito de lavado de activos.

Finalmente, se destacan tres fallos con casos similares proferidos el 13 de agosto de 2021 (Rad. 66316), el 8 de noviembre de 2021 (Rad. 52512) y 22 de noviembre de 2021 (Rad. 65212), en los que se señala que cuando una investigación que se adelanta por lavado de activos prescribe, en esta se mantiene la presunción de inocencia en favor del sindicado; lo mismo sucede cuando se dicta sentencia absolutoria, pues claramente no se puede acreditar el dolo y será el Estado el llamado a responder por la privación injustificada de la libertad; de esta manera,

cuando sobrevenga una absolución en donde no se haya desvirtuado la presunción de inocencia, el Estado debe ser condenado de forma automática, es decir, a partir de un título de imputación objetivo, ello sin importar que la privación de la libertad se haya dado de forma inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, pues ello es una trasgresión a un precedente constitucional, el cual tiene un efecto *erga omnes*. Por tanto, le corresponderá al juez administrativo establecer si se encuentra frente a un caso de duda con relación al carácter demostrativo de la prueba recaudada o de absoluta inexistencia del ilícito.

Ahora bien, en los diferentes casos en donde se ha analizado el tema del delito de lavado de activos por parte de la Corte Suprema de Justicia, en estos se ha velado para que aquellas personas involucradas en este delito se les presuma su inocencia desde el inicio del proceso, ya que dicho tribunal es consciente que, frente a este tipo de casos, pueden presentarse situaciones de pre-juzgamiento, sobre todo por parte de los entes investigadores, pues debido a las características propias de esta conducta típica se tiende a hacer inferencias sobre los orígenes de los activos cuando, en muchos casos, el origen de dichos recursos puede ser lícito.

Uno de los pronunciamientos más llamativos corresponde a la Sentencia del 5 de octubre de 2006 (Exp. 25248), en donde se estudia una sentencia en la que se condenó a:

“Las penas principales de 48 meses de prisión y multa de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por la coautoría del delito de lavado de activos”. (p.1).

En este caso, los procesados alegaban una presunta violación a la garantía del debido proceso por parte del tribunal de instancia por un presunto desconocimiento de las garantías debidas de los implicados quienes, en un principio, aceptaron los delitos de lavado de activos y concierto para delinquir, pero no como producto de un preacuerdo o negociación con la Fiscalía, sino por voluntad propia de los entonces investigados; sin embargo, posteriormente los implicados se retractaron, situación que dio lugar a que el caso pasara al tribunal superior, quien devolvió el caso al juez de primera instancia en donde se estableció como argumento que se estaba ante una aceptación unilateral y que no correspondía a una aceptación producto de un acuerdo previo.

Claramente, en este caso existe un quebrantamiento del principio de presunción de inocencia, pues son los propios investigados quienes, por voluntad propia, en un principio, aceptan cargos y se presumen a sí mismos como no inocentes, posición que cambia con posterioridad, al no aceptar los cargos que se les imputa y retractarse de su aceptación previa. Para la Corte el punto realmente importante tuvo que ver con el cambio de posición de los investigados, esto es, la retractación, que si bien es admisible cuando se da en el marco de un preacuerdo, en este caso no puede casarse, ya que es el resultado de la autonomía de la voluntad de los procesados.

Se destaca igualmente aquí el fallo del 6 de mayo de 2020 (Rad. 49906), en donde se aborda el caso de un ciudadano extranjero quien, al arribar a la ciudad de Bogotá vía aérea, fue interceptado por miembros de la Policía Nacional y luego de la inspección canina del equipaje se logró identificar que en su interior se encontraba oculta una suma en efectivo equivalente a más de 150 millones de pesos, representados en euros y liras turcas, los cuales el mismo pasajero no declaró momentos antes del abordaje ante la autoridad aduanera. Por el porte de esta suma, la

Fiscalía, haciendo uso de sus atribuciones, le imputó al ciudadano extranjero el delito de lavado de activos, en concurso heterogéneo, con enriquecimiento ilícito de particulares.

El juzgado de primera instancia profirió fallo condenatorio, con pena de prisión de 132 meses y multa por valor de 721 millones de pesos; posteriormente, la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior de Bogotá impartió confirmación integral del fallo de primera instancia, el cual fue recurrido en casación bajo el argumento de que se habían desconocido tres certificaciones aportadas por la defensa en las que se demostraba el origen lícito del dinero incautado.

En las consideraciones de la Corte se reitera la naturaleza autónoma del delito de lavado de activos, es decir, esta toma distancia de cualquier tipo de actividad delictiva del que pudieran provenir los bienes. En estos procesos, según la Corte, la inocencia no se prueba por la participación o no de una actividad ilícita que dio origen a un capital; la inocencia se presume cuando se prueba el origen lícito de los recursos, esto es, mediante prueba directa o indirecta que permita determinar que dichos activos tienen una causa lícita.

Es así como la Corte logró determinar que, efectivamente, la documentación aportada por el ciudadano extranjero fue desconocida por el tribunal de segunda instancia, además de que, incluso, sin dicha documentación no era posible demostrar la existencia de un origen ilícito, aspecto que no pudo probar la Fiscalía, de ahí que la Corte decidió casar la sentencia incoada y, en consecuencia, absolver al procesado por los delitos de la acusación.

Para puntualizar la posición de las altas cortes, en sala de Casación Penal se ha precisado que: “Para fundamentar adecuadamente la imputación por lavado de activos basta con que el sujeto activo de la conducta no demuestre la tenencia legítima de los recursos” dicho de otra manera “para incurrir en el delito de lavado de activos basta con que el sujeto activo oculte o encubra la verdadera naturaleza de tales bienes para ocultar o encubrir su origen ilícito para incurrir en las penas previstas en la norma”, “Por ello, dado la autonomía de la conducta de lavado de activos, el objetivo del proceso penal (determinar la responsabilidad por lavado de activos) se cumple aunque no se pueda establecer”

Conclusiones

Para desarrollar estas conclusiones primero que todo se debe dejar establecido que en Colombia, la normatividad vigente sostiene que, es impensable que se pueda invertir la carga probatoria para que sea el indiciado quien demuestre su inocencia, esto desde la ley y la constitución que a su vez permite la inclusión de los tratados internacionales ratificados por Colombia al bloque de constitucionalidad y en igual sentido se ha desarrollado la postura de la corte interamericana de derechos humanos -CIDH- quienes han sostenido que es obligación del ente acusador el demostrar más allá de toda duda razonable la comisión de una conducta reprochable si es que se trata de lavado de activos, también se ha manifestado entonces que la conducta que se analiza es una conducta autónoma que no depende de la comisión de otros delitos para que este pueda ser perseguido, ya que en su integridad es la -DIAN- la que en un inicio da parte de información a la fiscalía general de la nación sobre la imposibilidad de un

ciudadano de explicar la fuente de ingresos de este, que será originalmente la primera parte de la indagación que realice la fiscalía.

De otro lado podemos también concluir que del análisis realizado se logra establecer que, es la misma corte suprema de justicia quien a través de su jurisprudencia, entrega las herramientas para adelantar el proceso penal en el que el indiciado tome una parte más activa al momento de demostrar la no responsabilidad en la comisión de conductas de lavado de activos, es por ello que desde el 2007 la corte ha venido analizando la conducta y los principios que recubre a los ciudadanos en materia de cargas procesales, según estos pronunciamientos al investigado le corresponde llevar a cabo una serie de actos que tienen el objetivo de evitar que se produzcan perjuicios en su contra; es así como, se hace necesario que el indiciado participe del proceso de una manera más activa y en este sentido no estaríamos hablando propiamente de invertir la carga de la prueba, sobre todo si se trata de investigaciones por lavado de activos, pues debido al ánimo resultadista con el que se trabaja desde el órgano de persecución penal, este no tiene como intención principal demostrar la inocencia del investigado, sino comprobar su responsabilidad en la conducta punible, de ahí la necesidad de que el investigado recurra a la inversión de la carga de la prueba para que, de esta manera, logre comprobar su inocencia.

Pero con la investigación realizada para el tema concreto, y teniendo en cuenta que nos encontramos dando una conclusión se debe realizar de una manera objetiva y empezara establecer que teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, en Colombia, para poder configurar el delito de lavado de activos se debe probar cuál ha sido el origen del ilícito de los bienes, ello con el objeto de no vulnerar garantías procesales, como es el caso del principio de

presunción de inocencia; en caso de que no se logre descartar la ilicitud de los mismos, no debe haber lugar a sanción alguna por este tipo penal.

En la práctica jurisdiccional colombiana llama la atención que los procesos por el delito de lavado de activos se rijan más por la presunción de responsabilidad que por la presunción de inocencia, de ahí la necesidad de que el investigado deba recurrir a la inversión de la carga de la prueba para no ver perjudicada su situación, cuestión que claramente constituye una grave afectación de derechos y principios constitucionales.

De ahí que también podamos concluir que, a pesar de que la corte suprema de justicia ha intentado generar los medio para llevar este tipo de procesos penales, se debe de todas maneras recordar que es inimaginable que se pueda en este tipo de procesos que se invierta la carga probatoria, ya que como se ha manifestado por parte tanto de la normatividad vigente como los mismos pronunciamientos de la corte interamericana de derechos humanos y los tratados internacionales ratificados por Colombia, la presunción de inocencia es un derecho fundamental, el cual para romper esa presunción tal como la ha explicado la RAE, que para el caso concreto significa que un hecho que se acepta tal cual es y no permite prueba en contrario, que esta debe prevalecer por sí misma y que si por parte del ente investigador se pretende cambiar esta condición debe ser probado más allá de toda duda razonable y para ello debe aportar las pruebas necesarias.

Que de existir la duda sobre el proceso, entonces debe primar el *indubio pro-reo* en favor del indiciado, ya que, como se ha ejercido desde tiempos antiguos, es preferible un culpable en libertad que un inocente preso, premisa que no se da del todo en el territorio colombiano, ya que

en el caso concreto del lavado de activos, las dudas han sido resueltas en contra del indiciado, de ahí que podamos responder la pregunta planteada ¿cuáles son las implicaciones jurídicas de la presunción de inocencia en el delito de lavado de activos en Colombia?

Es el consejo de estado, como se ha podido explicar, quien ha manifestado en diferentes fallos que, en los procesos en que se ha pretendido invertir la carga probatoria, y se ha logrado demostrar que el indiciado era inocente, se ha condenado al estado colombiano en reparación directa por la privación injusta de la libertad, se ha manifestado también que en los casos en que esto se perciba la responsabilidad será objetiva, ya que, la norma es clara frente al tema de derechos fundamentales cuando se trata de la presunción de inocencia o de *indubio pro-reo*. En este orden de ideas, la investigación ha llegado al punto de reafirmar que, el derecho penal colombiano debe ser el mismo en todos sus procesos, sin importar si estamos frente a un lavado de activos o a un delito por narcotráfico, que si bien estos están ligados de alguna manera cada delito es autónomo, pero la carga de la prueba sigue recayendo sobre el ente acusador fiscalía general de la nación y que esta presunción debe ser respetada si es que el material probatorio no es suficiente para desvirtuarla más allá de toda duda razonable, que siempre que exista una duda razonable la misma será favorable al indiciado, ya que este no se encuentra en la obligación de demostrar su inocencia, sino que el estado debe demostrar su responsabilidad.

Referencias

- Aguilar L., M. (2015). *Presunción de inocencia derecho humano en el sistema penal acusatorio Apéndice de jurisprudencia relacionada*. Instituto de la Judicatura Federal.
- Beltrán P., E., & Buitrago V., Y. (2014). *La importancia del principio de inocencia en el proceso penal colombiano*. Universidad Militar Nueva Granada.
- Benavente C., H. (2009). El derecho constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales. *Estudios Constitucionales*, 7(1), 59-89.
- Benfeld E., J. (2020). A favor de la carga de la prueba: sobre el carácter jurídico-imperativo de las reglas de *onus probandi*. *Estudios de Derecho*, 77(170), 47-70.
- Betancourt R., S. (2010). La carga dinámica probatoria y su repercusión en el proceso penal desde las Reglas de Mallorca y la teoría del garantismo penal. *Revista Ratio Juris*, 5(11), 25-44.
- Boek, P. (2012). *Teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal*. Pontificia Universidad Javeriana.

Calisaya R., C. (2018). La autonomía del delito de lavado de activos y el principio de imputación necesaria. *Revista Derecho*, 2(3), 121-139.

Caro E., N. (2013). La carga de la prueba frente al principio de presunción de inocencia en el Estado colombiano. *Verba Iuris*, (29), 31-42.

Congreso de la República. (1993, 24 de agosto). *Por medio de la cual se aprueba la "Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas", suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988 [Ley 67 de 1993].* DO: 41.003.

Congreso de la República. (1995, 6 de junio). *Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa [Ley 190 de 1995].* DO: 41.878.

Congreso de la República. (1997, 21 de febrero). *Por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones [Ley 365 de 1997].* DO: 42.987.

Congreso de la República. (2000, 24 de julio). *Por la cual se expide el Código Penal [Ley 599 de 2000].* DO: 44.097.

Congreso de la República. (2002, 19 de julio). *Por medio de la cual se hacen unas reformas y adiciones al Código Penal (Ley 599 de 2000), se crea el tipo penal de trata de personas y se dictan otras disposiciones [Ley 747 de 2002].* DO: 44.872.

Congreso de la República. (2004, 1 de septiembre). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal [Ley 906 de 2004].* DO: 45.658.

Congreso de la República. (2006, 30 de diciembre). *Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones [Ley 1121 de 2006].* DO: 46.497.

Congreso de la República. (2009). *Por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones [Ley 1357 de 2009].* DO: 42.987.

Congreso de la República. (2011, 24 de junio). *Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad [Ley 1453 de 2011].* DO: 48.110.

Congreso de la República. (2015, 6 de julio). *Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal [Ley 1762 de 2015].* DO: 49.565.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A.
(2021, 22 de noviembre). *Radicado 13001-23-33-000-2015-0007-01(65212)* [CP. María
Adriana Marín].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A.
(2021, 8 de noviembre). *Radicado 76001-23-31-000-2011-01395-01(52512)* [CP. José
Roberto Sáchica Méndez].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A.
(2021, 13 de agosto). *Radicado 05001-23-33-000-2012-00666-02(66316)* [CP. Marta
Nubia Velasco Rico].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C.
(2020, 19 de noviembre). *Radicado 08001-23-31-000-2005-01094-01(53874)* [CP. Nicolás
Yepes Corrales].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C.
(2014, 14 de mayo). *Radicado 25000-23-26-000-2002-01894-01(32128)* [CP. Olga Mélida
Valle de la Hoz].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B.
(2016, 29 de enero). *Radicado 50001-23-31-000-2007-01142-01(39059)* [CP. Danilo Rojas
Betancourth].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. (2018, 15 de febrero). *Radicado 68001-23-31-000-2011-00182-01(56022)* [CP. Marta Nubia Velásquez Rico].

Corte Constitucional. (2005, 17 de agosto). *Sentencia C-851* [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional. (2009, 30 de septiembre). *Sentencia C-685* [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional. (2016, 20 de abril). *Sentencia C-191* [MP. Alejandro Linares Cantillo].

Corte Constitucional. (2016, 27 de abril). *Sentencia C-208* [MP. María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional. (2020, 19 de agosto). *Sentencia C-327* [MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2006, 5 de octubre). *Expediente 25248* [MP. Mauro Solarte Portilla].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2009, 27 de marzo). *Radicado 31103* [MP. Sigifredo Espinosa Pérez].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2020, 6 de mayo). *Radicado 49906* [MP.

Luis Antonio Hernández Barbosa].

Devis E., H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial*. Temis.

Devis E., H. (2009). *Nociones generales de derecho procesal civil*. Temis.

Fiscalía General de la Nación. (2022). *Conteo de procesos*.

Gómez P., C. (2004). *Derecho penal y edad media*. Giro.

Gutiérrez C., 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*. Universidad Andina Simón Bolívar.

Hernández Q., H. (2017). Aspectos polémicos sobre el objeto material del delito de lavado de activos (delitos fuente). *Justicia*, (32), 118-138.

Hernández S., R., Fernández C., C., & Baptista L., P. (2010). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill.

Kielmanovich, J. (2012). *Algunas reflexiones en torno a la teoría de la carga dinámica en el anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*. Compendio Jurídico.

Luna Y., Á. (2003). *Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria*. InDret.

Mancera A., J. (2014). *Lavado de activos en Colombia*. Universidad Militar Nueva Granada.

Mendoza L., F. (2013). El delito fuente en el lavado de activos. *Anuario de Derecho Penal*, (11), 293-357.

Micheli, G. (1961). *La Carga de la Prueba*. Jurídicas Europa-América.

Naciones Unidas. (1966, 6 de diciembre). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.
<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Nieva F., J. (2016). *La razón de ser de la presunción de inocencia*. Universitat de Barcelona.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito -UNODC-. (2018). *Extractos de doctrina y jurisprudencia en materia de blanqueo de capitales para la República de Panamá*. UNODC, Interpol y Transparency International.

Organización de los Estados Americanos. (1969, 7 al 22 de noviembre). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Ospina J.M, (2020), Delitos de Lavado de Activos bajo Ley 599 de 2000
<https://www.riskglobalconsulting.com> › blog › delitos-d...

Pariona. R, Doctrina práctica: Área Derecho penal / Parte especial
Número 87 • Septiembre 2021 • pp. 89-105
ISSN 2415-2285
<https://www.rpa.pe> › publicaciones › articulos › el-tipo-...

Parra Q., J. (2007). *Manual de derecho probatorio*. Librería Ediciones del Profesional.

Presencia de la República. (1980, 20 de febrero). *Por el cual se expide el nuevo Código Penal [Decreto 100 de 1980]*. DO: 35.461.

Real Academia Española de la Lengua. (2014). *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*. Espasa.

Reyes M., S. (20012). Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: *Reflexiones sobre el caso chileno*. *Revista de derecho*, 25(2), 229-247.

Suñez T., G. (2012). *La presunción de inocencia y la carga de la prueba*. Universidad de Cienfuegos.

Tuñoque R., V. (2017). *El lavado de activos como delito autónomo y la vulneración del principio de presunción de inocencia [Tesis de grado]*. Universidad Privada Antenor Orrego.

Ulloa L.F, (2018), Marco jurídico del lavado de activos y de la captación masiva habitual de dineros desde un enfoque de derecho administrativo

Via inveniendi et iudicandi, vol. 13, núm. 2, pp. 81-106, 2018

Universidad Santo Tomás

2018

Yanqui L., M. (2017). El delito previo en el lavado de activos: ¿autonomía sustantiva o autonomía procesal? *Lex*, 15(20), 279-294.