

El indicio, medio de convicción para establecer la actividad subyacente del lavado de activos.

Luis Fernando Merchán Gutiérrez.
Octubre 2018.

Universidad Gran Colombia.
Facultad de Postgrados y Formación Continuada.
Especialización en Casación Penal

Copyright © 2018 por Luis Fernando Merchán Gutiérrez. Todos los derechos reservados.

Dedico este trabajo a Dios, porque dentro de sus propósitos me ha permitido crecer en conocimiento, siendo mi proveedor diario de todo, a mi Esposa y mi Hija por su tiempo y apoyo incondicional, a mis hermanos por sus pensamientos y conocimientos, a mis padres por su gran muestra de amor incondicional y esfuerzo diario para con todos nosotros y en fin a cada persona que por algún motivo o razón ha llegado a mi vida aportado un grano de mostaza intelectual.

Agradecimientos

iv

A mi Familia quienes siempre me han apoyado física y espiritualmente.

The clue in its legal conception is a logical construction that allows reaching concrete truths. It is not really a test, and this is evident in our Colombian Criminal Accusatory System, being clear that in the oral trial what is really tested with the different means of evidence, are the indicator facts; the logical inference and the indicated fact are constructed orally by the parties when presenting their theory of the case and their final arguments and the judge when evaluating the evidence may or may not accept the logical inferences and therefore those facts indicated that are legally relevant that are reflected in the motivation of the sentence. Under this horizon in cassation the plaintiff may invoke an indirect violation of the substantive rule, by different means, depending on the error and where it is presented, because if it is in the indicator fact (which is duly proven) there may be an error of fact or law, but if it is in the logical inference or the indicated fact can only speak of an error of fact, where we show that the sign legally speaking is a logical triumvirate, used in a high percentage in the washing processes of assets to establish the underlying crime or the illicit origin of the assets subject to laundering.

Keywords

Indicia, Money Laundering, Underlying Crime, Typologies, Stages, Cassation, False Rationale

El indicio en su concepción jurídica es una construcción lógica que permite llegar a verdades concretas. Realmente no es una prueba, y esto se evidencia en nuestro Sistema Penal Acusatorio Colombiano, teniendo claro que en el juicio oral lo que realmente se prueba con los diferentes medios probatorios, son los hechos indicadores o los hechos conocidos; la inferencia lógica y el hecho desconocido o indicado, se construyen oralmente por las partes al presentar su teoría del caso y sus alegatos finales y el juez al apreciar las pruebas podrá aceptar o no las inferencias lógicas y por ende aquellos hechos desconocidos que son jurídicamente relevantes y que se plasman mediante la argumentación jurídica que hace parte de la motivación de la sentencia. Bajo este horizonte en sede de casación el demandante podrá invocar una violación indirecta de la norma sustantiva, por distintas vías, dependiendo del error y en donde se presente, pues si el error se presenta en el hecho indicador o hecho conocido (que está debidamente probado) podrá existir un error de hecho o de derecho, pero si el error está en la inferencia lógica o en la conclusión, solamente puede hablarse de un error de hecho por falso raciocinio, de donde evidenciamos que el indicio jurídicamente hablando es un triunvirato lógico, que en el caso particular del delito de lavado de activos es utilizado en un alto porcentaje para establecer el delito subyacente o el origen ilícito de los bienes objeto del lavado.

Palabras Claves

Indicio, Lavado de Activos, Delito Subyacente, Tipologías, Etapas, Casación, Falso Raciocinio

En la actualidad uno de los problemas existentes es establecer si el indicio es un medio de prueba y en este sentido poder determinar cómo se puede demostrar la actividad subyacente del delito de lavado de activos en Colombia, por eso se plantea la siguiente hipótesis: la actividad subyacente del delito de activos en Colombia se puede inferir a partir de las pruebas practicadas en el juicio oral, y esto se materializa a través de la intervención de las partes al momento de presentar sus alegatos de conclusión en donde se exponen las inferencias lógicas y se plantean los indicios que se deducen a partir de las pruebas practicadas.

A partir de los antecedentes jurídicos de la concepción del indicio, veremos su tratamiento en cuatro bloques fundamentales, esto es, en el derecho romano, en la edad media, en la ilustración y finalmente en lo que el grueso de los probatoristas ha denominado libre apreciación racional.

Se establece un marco conceptual del indicio, en donde se colocan los cimientos de su naturaleza jurídica, que en algún momento tuvo un desarrollo legislativo dentro del marco penal procesal y que acertadamente fue excluido en Sistema Penal Oral con tendencia Acusatoria para Colombia.

Veremos el desarrollo que jurisprudencialmente se ha venido dando en Colombia respecto del concepto de indicio, con la salvedad de que la mayoría de las sentencias referidas se produjeron en un contexto jurídico diferente al que estamos viviendo.

Hacemos énfasis en el punto de vista doctrinal, el cual no ha sido unánime, pues hay quienes señalan que el indicio no es un medio de prueba, sino una operación lógica, otros, por el

contrario ven en el indicio un típico medio de prueba y una tercera posición, bajo una visión^{viii} dialéctica, lo consideran como un medio de convicción.

Dentro de este contexto jurisprudencial, doctrinal y normativo, nos ubicamos en el marco procesal penal actual colombiano de tendencia acusatoria y establecemos que es en el juicio el lugar en donde se habla jurídicamente de pruebas, razón por la cual el indicio no se puede considerar como un medio probatorio sino como un medio de convicción fruto del raciocinio de las partes y del juez.

Por otro lado, nos acercamos a la noción de lavado de activos, su naturaleza, su historia, su concepción y sus etapas, las cuales nos permiten, ante su complejidad, comprender el vínculo necesario que históricamente se ha venido dando con la concepción jurídica del indicio, pues éste se convierte en un instrumento altamente necesario para establecer la conexión entre los bienes objeto de lavado y la actividad subyacente que dio origen a los mismos.

Dentro de este cuadro vemos las diferentes tipologías de lavado de Activos, algunos ejemplos, algunas señales de alerta que proponemos como insumo para construir los hechos indicadores que deben ser debidamente probados en un juicio por lavado de activos y que nos ayudan a descubrir la verdadera naturaleza del indicio a partir de este tipo penal en concreto como una construcción intelectual de parte (Fiscal o Juez) y no un medio probatorio, aspecto que ratificamos al analizar la técnica de casación respecto del indicio, así que cuando se establezca un error en la conclusión o en la inferencia lógica, el deber está en demostrar un error de hecho

por falso raciocinio, lo que implica aceptar que el indicio, como se anotó, es realmente unix
medio de convicción.

Contenido

Antecedentes del indicio	1
¿Qué es indicio?	6
Definición legal de indicio.....	6
Definición de la jurisprudencia colombiana	8
Jurisprudencia actual sobre el indicio	9
Perspectiva Doctrinal	14
Síntesis doctrinal.....	16
Lavado de Activos	18
¿Qué es lavado de activos?	18
Análisis dogmático del artículo 323 Lavado de Activos	22
Autonomía del Lavado de Activos	23
Etapas del lavado de Activos	24
Colocación	24
Estratificación	24
Integración	24
Tipologías de lavado de Activos.....	25
Exportaciones ficticias de servicios.	25
Peso Broker.....	26
El indicio en el delito de lavado de activos.....	28
La inferencia lógica de la actividad subyacente en el lavado de activos.	28
El indicio en la casación	32
El indicio y su técnica en casación evidencia su verdadera naturaleza	32
Conclusión	36
Lista de referencias	38

Antecedentes del indicio

Partiendo de la base que nuestro derecho tiene un antecedente irrefutable en el derecho romano, en sentido general encontramos que para esta época se consideraba que:

El indicio no hizo parte de los medios de prueba legalmente reconocidos por el proceso penal de los romanos, pero tratándose de un sistema de libre apreciación de la prueba, no sometido a medios limitados ni a tasas preestablecidas, si fue un factor de formación de convicción de uso muy frecuente en la administración de justicia penal en Roma. (Arenas, 1996, p. 299.)

Contrario a lo anterior, Muñoz (2016) señala que: “Los romanos conocieron la presunción como prueba (*rectius*, como argumento) pero no el indicio, que tenía para ellos el significado de delación, manifestación, denuncia” (p.22), y aquí el autor toma la presunción como argumento, porque afirma que aquello es lo que le permite, bajo un racionalismo empírico en la mente del juez, llegar a un hecho histórico.

Bajo ese panorama es que se puede citar a Quintillano quien bajo el arte de la oratoria hacía énfasis primigenio a lo que hoy podemos conocer como indicio, como cuando señala Arenas (1996): “Porque el vestido ensangrentado, los gritos que se oyeron, y otras señales de este jaez, son instrumentos como las escrituras, la voz pública y los testigos” (p.14).

Es así que podemos concluir que el indicio no era reconocido como medio de prueba, pues se utilizaba para convencer o no al juez dentro del discurso lógico que

hacían los intervinientes, de tal suerte que esta visión se convierte en la raíz de lo que hoy en día existe en un sistema oral de tendencia acusatoria.

Con posterioridad en la edad media bajo un sistema monárquico nuevo, recordemos que se caracteriza por utilizar la fuerza para censurar a los enemigos, en donde el proceso legal era muy simple, pues se predicaba contra alguien un indicio, verbigracia ser hereje y esto se consideraba como prueba y se torturaba a fin de obtener la confesión que se considera la reina de las pruebas. De esta manera se condenaba legalmente al reo confeso de ser hereje. (Arenas, 1996).

Estamos también en la época de la inquisición en donde el indicio es cualquier cosa que el inquisidor defina, confundiéndose el indicio con la sospecha, con el rumor, con la suposición, y no está de más señalar que en este periodo encontramos las famosas ordalías o juicios de Dios, a partir de los cuales se podría inferir culpabilidad o inocencia.

Una referencia histórica está con la *Constitutio criminalis Carolina* (también conocida como *Lex Carolina*) que se considera un cuerpo de leyes del Sacro Imperio Romano Germánico aprobado en 1532 durante el reinado de Carlos V, del que toma su nombre. Es considerado el primer cuerpo de derecho penal alemán:

En el art. 18 se ocupa de la suficiencia de los indicios; en el art. 22 establece que los indicios, por numerosos y fuertes que sean no autorizan directamente la condena sino que sirven solamente para permitir la tortura; en el art. 25 se enumeran todos los indicios clasificados en siete grupos junto con varios indicios generales o comunes; y en los arts. 33 a 44 se van indicando los indicios propios de cada delito (asesinato, hurto, incendio etc.). (Muñoz, 2016, p. 22)

Dentro de los indicios que aparecen en dicha legislación, según Marquardt (2017) se encuentra: “la mala reputación del sospechoso, su presencia en el camino que se dirigía hacia el lugar del crimen, la presencia de vestidos sangrientos, la venta de bienes robados, el embarazo anterior al infanticidio, etc”(p. 33)

Con posterioridad en el Siglo de las Luces, movimiento intelectual (también conocido como Ilustración) a través del cual se pretende construir una mejor sociedad por medio de la razón (Pérez, 2009, p. 1), (Arenas, 1996) “se caracteriza por una fe infinita en el hombre” (p.303).

Dentro de este periodo encontramos a Cesare Becaría, quien como lo señala Agudelo (1992) : “recibió la influencia de los iluministas”(p.XII) y quien refiere que a través de los indicios se puede llegar a calcular la certeza de un hecho siempre y cuando estos se encuentren debidamente probados de otra manera que por sí mismo (Becaría, 2000, p.19), lo que se traduce en una clara evidencia de lo que hoy en día se requiere, esto es, que esté debidamente probado el hecho indicador, por cualquier medio probatorio, permitiéndole al juez popular su libre convencimiento, puesto que el juez no podía interpretar la ley sino solo aplicarla.

A continuación, dentro de la evolución histórica propuesta por el profesor FERRI, aceptada por el grueso de los probatoristas, encontramos el sistema de la libre apreciación racional o libre apreciación científica, que para los españoles corresponde a la libre apreciación de las pruebas siguiendo las reglas de la sana crítica. (MEDINA, 2004, p. 2)

Eduardo J. Couture (1990) sobre el particular hace una aproximación histórica y nos ubica al igual que Arenas (1996) en el año de 1855 en la ley de enjuiciamiento civil española que estableció “los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica , la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos” (p. 305), en este sentido agrega que el indicio bajo la sana crítica “deberá valorarse de acuerdo con las reglas de la experiencia con las leyes naturales, sociales, y psicológicas y en general, con todos los medios que la cultura brinda al juez para el conocimiento de la realidad”.

Las reglas de la sana crítica son según Couture (1990) “el sentido común, la experiencia de la vida, la perspicacia normal de un hombre juicioso y reposado” (p.4) pero esto bajo el derivado de la jurisprudencia emitida, pues finalmente en su obra realiza la siguiente síntesis:

Las reglas de la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia...la apreciación se rige no sólo por la experiencia, sino también por un juego de inducciones y deducciones lógicas...”

Las reglas de la sana crítica realmente vienen a conformar un sistema de apreciación de las pruebas dentro de las cuales estaría los hechos conocidos que deben estar debidamente probados y que se conocen como hechos indicadores, de los cuales en términos de Couture se realiza el proceso lógico de deducción o inferencia, pues para este autor lo que conocemos como indicio lo denomina prueba por deducción, pues: “de los hechos conocidos se infieren y deducen los

desconocidos” (p. 14). Por otro lado llama la atención la clasificación que hace el autor partiendo de este concepto, pues dependiendo de la persona que realiza la “deducción” tendría un concepto diferente: si lo hace el juez lo denomina “prueba de presunciones judiciales” si lo hace un tercero “prueba pericial”.

En conclusión tenemos que el sistema de libre apreciación racional implica seguir las reglas de la sana crítica, las cuales son las reglas del sentido común y de la experiencia, las reglas de la lógica y las reglas de las ciencias, reglas técnicas y metódicas que han de ser aplicadas por los hombres, jueces y peritos. (MEDINA, 2004, p. 2), las que indudablemente se aplican a los hechos indicadores, o al fenómeno que permite encontrar la esencia objeto del derecho penal.

¿Qué es indicio?

El diccionario de la Real Academia de la Lengua (2001), define el indicio como “un fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido” (p.850). Por otro lado el diccionario Enciclopédico Básico (1977) expresa que el indicio es “una acción o señal que da a conocer lo oculto” (p.1555).

Muñoz (2016) refiere que la “La palabra indicio tiene su origen en la voz latina *indicium* proveniente del verbo *induco* que significa conducir, llevar” (p.22), Parra (1996) señala que *indicium* es “una derivación de *indicare* que significa indicar, hacer conocer algo, mostrar, hacer saber” (p.491).

El concepto jurídico de indicio no es muy lejano del concepto natural, no obstante como lo señaló Arenas (1996) “de las definiciones más aceptadas por la doctrina se pueden hacer tres grandes grupos” (p. 305), siendo en realidad solo dos grandes grupos, pues el tercero es tan solo una división del segundo. El primer grupo que se ha concebido, se enmarca dentro de aquellos que consideran que el indicio no es un medio de prueba y el segundo corresponde a los que lo ven como un medio de prueba. Ahora bien, como lo expresamos, este último grupo a su vez lo dividen en dos grupos, en cuanto se considere como un hecho y los que lo ven como una inferencia o una operación lógica.

Definición legal de indicio

Dentro del desarrollo legislativo, nuestro ordenamiento jurídico no es ajeno a las diferentes posiciones existentes en cuanto a la concepción del indicio, pues clara

evidencia de aquella situación se encuentra hoy en día en nuestro mismo ordenamiento en donde aún subsisten dos legislaciones procesales, esto es la ley 600 de 2000 y la ley 906 de 2004.

Es tan cierto lo anterior que en la ley 600 de 2000 por el cual se expide el código de procedimiento penal colombiano, anterior al establecimiento del sistema penal acusatorio, encontramos en el título VI denominado pruebas, en el capítulo VII aparece como un medio probatorio el Indicio, a partir del artículo 284 al 287, en donde no aparece en estricto sentido una definición, sino solamente su tratamiento normativo y en donde se describen cuáles serían los elementos del indicio, lo que alguna parte de la doctrina a utilizado para definirlo, pues allí se expresa: “todo indicio...supone un hecho indicador, del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia de otro” (artículo 284).

Por otro lado, en la ley 906 de 2004 en donde se desarrolla un nuevo sistema procesal penal, denominado oral acusatorio, producto del acto legislativo 03 de 2002 que adopta este nuevo sistema penal de procedimental reformando nuestra Constitución Política, no se hace mención al indicio. En el título IV, capítulo III denominado práctica de la prueba, dentro de las disposiciones generales y en especial en el artículo 382 no se hace referencia al indicio: “Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico”.

Definición de la jurisprudencia colombiana

Como lo trae a colación Parra, han existido tres momentos importantes sobre el concepto de indicio por parte de la Corte Suprema de Justicia:

A) El 17 de febrero de 1958, cuando se dijo: "...Es una prueba excelente por su origen y también porque su apreciación es subjetiva, individual, encargada a la sagacidad y a la inteligencia, facultades humanas tan variables como distintas sean las capacidades de razonamiento de cada uno y como diversas las rutas que se siguen para sacar las conclusiones."

B) Auto de fecha mayo 26 de 1971, en donde la Corte Suprema de Justicia abandona la anterior tesis. Con ponencia de Luis Carlos Pérez, la Corte dice: "Los indicios son hechos de los cuales se infiere la producción de otros hechos. Y los hechos son pura objetividad, existencias, independientes de las ideaciones, los quereres y las ilusiones"

C) Sentencia de fecha julio 26 de 1982. Magistrado Ponente: Alfonso Reyes Echandía, donde dice: "El indicio como mecanismo probatorio se plasma en un juicio de inferencia lógica que emite el juez teniendo en cuenta la existencia probada de un hecho indicador que lo lleva a concluir la presencia de otro indicado..."

(Parra, 2000, p.496)

Ahora bien en vigencia de la Ley 906 de 2004, nuestra honorable Corte Suprema de Justicia ha señalado que aunque el indicio no aparece referido dentro de nuestro estatuto adjetivo, reconoce que el indicio no es un medio de prueba:

En el Código de Procedimiento Penal, adoptado con la Ley 600 de 2000, quizá por confusión conceptual y precaria técnica legislativa, su artículo 233 incluye al indicio como un medio de prueba autónomo, sin serlo en realidad. Esta inclusión mereció pluralidad de críticas desde la doctrina y la jurisprudencia, que no tardaron en recordar la naturaleza lógico jurídica del indicio como una operación mental, a través de la cual de un hecho probado se infiere la existencia de otro hecho, con la guía de los parámetros de la sana crítica, vale decir, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los aportes científicos.

(Lombana, 2006, p. 54)

Jurisprudencia actual sobre el indicio

Aquí es importante hacer una salvedad, y es que las decisiones, casi la mayoría, sobre el indicio se han producido dentro de un contexto jurídico propio del sistema de derecho continental, y en donde las pruebas tenían el privilegio de nacer y permanecer durante todo el proceso penal (investigación preliminar, investigación y juicio), y en donde expresamente el indicio bajo esa tradición altamente continental se consideraba un medio de prueba, de tal forma que así era tratado por parte del juzgador.

SANA CRITICA-Noción/ INDICIO-Concepto/ SISTEMA PENAL

ACUSATORIO-Indicio: Inferencias lógico jurídicas/ SISTEMA PENAL

ACUSATORIO-Indicio: Técnica en casación/ PRUEBA-Apreciación/

La sana crítica o persuasión racional es el sistema de valoración probatoria adoptado por el legislador colombiano de 2004(1), método que no ha sido extraño a las codificaciones precedentes porque, por ejemplo, los Códigos de Procedimiento Penal de 1991 y 2000 lo recogieron en sus artículos 254 y 238, respectivamente, y el estatuto procesal civil que desde 1971 lo consagró en su artículo 187.

La Sala ha dicho que

La sana crítica impone al funcionario judicial valorar la prueba contrastándola con los restantes medios, y teniendo en cuenta la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad de los sentidos con los que se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió y las singularidades que puedan incidir en el alcance de la prueba examinada.

El examen probatorio, individual y de conjunto, además de los criterios señalados, acude a los supuestos lógicos, no contrarios con la ciencia, la técnica ni con las reglas de la experiencia, para inferir la solución jurídica que la situación examinada amerita.

En consecuencia, el razonamiento para determinar en un proceso penal si un hecho dado ocurrió o no (facticidad), y, en la primer eventualidad, las

posibilidades en que se ejecutó, solo puede apoyarse en premisas argumentativas que apliquen las reglas de la sana crítica, en los términos que vienen de explicarse, no a través de la personal o subjetiva forma de ver cada sujeto la realidad procesal examinada (2) .

Y en otra oportunidad, con motivo de la crítica que merece el aforismo *testis unus testis nullus*, se dijo que el juez tiene cierto grado de libertad frente a las pruebas para arribar a un estado de conocimiento acerca de los sucesos y de la responsabilidad penal; y nada obsta para que la convicción destinada a resolver un caso la derive de un testimonio único, siempre que el raciocinio del funcionario judicial no desborde el margen racional sugerido por los postulados de las ciencias, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia(3) .

2. Las inferencias lógico-jurídicas a través de operaciones indiciarias son pertinentes dentro de la sistemática procesal vigente para permitirle al juez un "convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda" (Ley 906 de 2004, artículo 7°), que cuando ello se alcanza le permitan proferir sentencias de condena en contra de los acusados.

La prueba indiciaria surge de un hecho indicador, probado en el proceso, del cual el operador judicial infiere lógicamente la existencia de otro, es decir, el indicio es un hecho conocido del cual se deduce otro desconocido. **Así pues, la operación**

del juez al encontrarse con un indicio, consiste en tomar el hecho demostrado y analizarlo bajo las reglas de la experiencia y de la lógica, para que como resultado aparezca la conclusión lógica que se está buscando. Dicho de otro modo:

Todo indicio se configura a través de un hecho indicador singularmente conocido y probado, un hecho indicado a demostrar, el que a través de un proceso de inferencia lógica permite deducir la autoría, responsabilidad o las circunstancias en que se ejecutó la conducta punible (4).

La atribución de eficacia probatoria a los indicios, como ocurre con los medios de convicción en general, depende de su confrontación o cotejo con el conjunto del acervo probatorio y de su gravedad, concordancia, convergencia y relación con las pruebas que hayan sido recolectadas en el juicio oral (5).

(CSJ SCP 2008 MP JULIO E. SOCHA SALAMANCA PROCESO 24755)

INDICIO - Concepto

«En relación con el indicio como prueba indirecta, se tiene que es un proceso valorativo a través del cual, a partir de una regla de experiencia y la comprobación de un hecho indicador se infiere la existencia de otro hecho desconocido».

(CSJ SCP 2013 MP LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO 33623)

INDICIO - Concepto

«La codificación procesal que rigió el trámite del presente asunto (Ley 600 de 2000), incluye los indicios entre los medios de prueba (artículo 233) y en rigor ésta por su carácter de prueba indirecta, es un juicio de valor que implica el uso de medios probatorios y permite realizar conclusiones que tienen valor dentro del respectivo proceso.

El indicio es un proceso lógico-deductivo a través del cual se emite un juicio de valor y a partir de una regla de experiencia y la comprobación de un hecho indicador, se infiere la existencia de otro».

(CSJ SCP 2013 MP LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO 39841)

INDICIO - Concepto / INDICIO - Se estructura

«Como se sabe, y lo ha repetido la Sala en diversos pronunciamientos, el indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, **estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho (indicador o indicante) del cual razonadamente, según los postulados de la sana crítica, se infiere la existencia de otro hecho (indicado) hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando**

debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido.

(CSJ SCP 2013 MP JULIO E. SOCHA SALAMANCA 28465)

Perspectiva Doctrinal

Como lo indicamos, existe un primer grupo que entiende que el indicio no es un medio de prueba, dentro de este grupo se encuentran autores como LEONE, CARNELUTTI, FLORIAN, SENTIS MELENDO, quienes en términos generales coinciden en afirmar que el indicio no es un medio de prueba, sino una “...operación lógica de reducir el conocimiento de un hecho, de una cosa o de una situación que se ignora en todo o en parte, de la existencia de un hecho distinto, de un cosa o una situación diversa ya establecida en el proceso” (Arenas, 1996, p.308.).

Otro grupo considera que el indicio es un medio de prueba, estos son autores como BENTHAN, GIANURCO, ELLERO, VISHINSKI, ARENAS, PARRA, quienes afirman categóricamente que el indicio es un medio de prueba) como lo es un testimonio o un documento y lo definen como una “...estructura compleja compuesta de un hecho indicante, una mediación demostrativa y un hecho indicado...” (Arenas, 1996, p. 308) en este sentido Parra (2009) afirma que indicio es “un hecho del cual se infiere otro desconocido...es un hecho especialmente cualificado porque tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro...” (p.495).

Dellepiane (1994) señala que indicio es “todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente

comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de la inferencia, al conocimiento de un hecho desconocido”. (p.57).

Ellero (1968) aduce que “indicio es aquella circunstancia probada perfecta o imperfectamente, de la cual se induce una perfecta o imperfecta prueba de otra circunstancia que se investiga” (p.65), agregando que lo básico que se debe tener en cuenta es la inferencia o la inducción de un hecho desconocido en virtud de otro conocido.

Por otro lado, ya señalábamos que al interior de este grupo se encuentran dos subdivisiones que se pueden clasificar entre los que consideran el indicio como medio de prueba pero lo ven como un hecho en su parte esencial y los que lo ven como una inferencia lógica, pero realmente esta clasificación solo se da por la estructura misma de la definición que se tenga, al ser una estructura compleja, compuesta por un hecho indicador (hecho en su parte esencial) una inferencia lógica y una conclusión la cual se traduce en un hecho indicado.

Un tercer grupo considera el indicio, bajo una visión dialéctica, como un medio de convicción, y aunque de acuerdo a esta definición, ubicaríamos la misma dentro del primer grupo, es decir que no es medio de prueba, quiero hacer un énfasis particular por el novedoso punto de vista que trae, así de acuerdo a lo señalado por el profesor PABON (2007) bajo su visión dialéctica, el indicio en materia penal es “un fenómeno que, como eslabón intermedio, expresa acabada o inacabadamente una esencia conducta concreta y determinada, a la cual se halla ligado en vínculo indisoluble” (p. 213), es decir que se trata de un fenómeno (la huella) que expresa una esencia, en este caso una conducta

humana, que tiene un vínculo indisoluble, así toda esencia se expresa a través de un fenómeno (el fenómeno hace parte de la esencia). Una conducta humana concreta se expresa a través de sus propios fenómenos, así por ejemplo pueden existir 4 homicidios, que es la conducta humana, que tienen cada uno sus propios fenómenos y que hacen parte del mismo (relación parte con el todo), es decir el fenómeno hace parte de la esencia. El instrumento (prueba real) utilizado (es el fenómeno) en uno de esos homicidios (la esencia), de ahí que se concluya que el indicio es un medio de convicción, bajo una visión filosófica dialectico-material (PABON, 2007, p. 450).

Síntesis doctrinal

No existe uniformidad sobre la concepción y el tratamiento del indicio, desde el punto de vista doctrinario como lo veíamos a partir de los diferentes conceptos y tratamientos jurídicos, sin embargo en este momento se analiza el común denominador a todos los autores para encontrar la realidad del instituto.

Hecho lo anterior es evidente que el indicio siempre conlleva un dato, un fenómeno o un hecho indicador que indudablemente debe estar plenamente demostrado o probado. Esto es lo que se denomina por la mayoría como la parte objetiva del indicio, el cual debe indudablemente probarse, en el juicio, hablando de nuestro sistema procesal penal vigente, y debe probarse por cualquiera de los medios permitidos en el estatuto adjetivo, como la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, las evidencias físicas o cualquier otro medio técnico o científico.

Aquí es importante hacer énfasis al sistema procesal penal adoptado por Colombia, el cual indudablemente tiene una alta referencia en el sistema procesal norteamericano que se encuentra bajo un sistema de derecho anglosajón, el cual difiere de nuestra tradición jurídica que se construyó con base en institutos propios del derecho continental, sistemas que en ultimas, indudablemente difieren en su concepción básica.

Lo anterior es tan claro, que precisamente desde el punto de vista probatorio, nuestro actual sistema procesal penal de tendencia acusatoria, es en el juicio en donde se presentan las pruebas y se controvierten las mismas con otras pruebas. Así es que en el caso del indicio lo que se lleva al juicio son aquellos medios que permitan demostrar plenamente el fenómeno o el hecho indicador, la parte objetiva del mismo, y esto desde el punto de vista probatorio, allí no se prueba lo que los autores señalan compone la parte subjetiva del indicio, esto es la inferencia y la conclusión, las cuales se traducen en componentes argumentativos que se presentan en los alegatos conclusivos de las partes etapa posterior a la probatoria y que retomará el juzgador en su sentencia a través de su motivación y argumentación.

Lavado de Activos

¿Qué es lavado de activos?

Es dar apariencia de legalidad a unos activos o bienes que tienen un origen ilícito., conocido en otras latitudes como blanqueo de capitales, lavado de dinero etc.

El lavado de activos es el proceso mediante el cual organizaciones criminales buscan dar apariencia de legalidad a los recursos generados de sus actividades ilícitas. En términos prácticos, es el proceso de hacer que dinero sucio parezca limpio, haciendo que las organizaciones criminales o delincuentes puedan hacer uso de dichos recursos y en algunos casos obtener ganancias sobre los mismos. (UIAF, 2013, p. 1)

De acuerdo a las 40 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) los países deben incluir dentro de los delitos que se persiguen el lavado de activos en miras a proteger el sistema financiero internacional, razón por la cual Colombia cumple este mandato a través del artículo 323 de la ley 599 de 2000, mediante el cual se expide el Código Penal Colombiano y entre otros se tipifica como delito el lavado de activos.

Desde el punto de vista criminológico el lavado de activos surge desde la década de los años 70's época que se caracteriza por el crecimiento a nivel internacional del tráfico de marihuana, actividad ilícita que genera grandes recursos que son objeto de lavado por parte de las primigenias organizaciones criminales. Una de las estrategias que se comienzan a utilizar desde el punto de vista investigativo para encontrar con los

dueños de los cargamentos ilícitos fue seguir el rastro o la huella del dinero que debería terminar en las manos de los narcotraficantes, razón por la cual en Estados Unidos de Norteamérica se aprueba la Ley de Secreto Bancario, a través de la cual se obliga al Sistema Financiero a llevar registros de las operaciones que se realicen con dinero en efectivo, en el entendido que el efectivo no dejaba huella o rastro (este es el antecedente de la Declaración de Operación en Efectivo DOE), este registro se realiza a las operaciones que superen un monto establecido, bien sea de cinco mil dólares o tres mil dólares americanos. Este control rápidamente es superado por las organizaciones criminales, bajo el adagio “hecha la ley hecha la trampa” surgiendo la estructuración de las operaciones, es decir, realizando consignaciones de operaciones en efectivo por debajo del monto de control. Aquí empiezan a surgir lo que conocemos como tipologías de lavado de activos, que no son más que la forma que utilizan las organizaciones criminales para materializar esta actividad ilícita. Surge entonces la tipología conocida como pitufo, que consistía en hacer varias consignaciones en efectivo por debajo de los montos de control.

La ley de secreto bancario no fue suficiente para los propósitos iniciales, pues su incumplimiento no contaba con sanciones específicas, lo que permitió que en la década de los 80’s la mafia italiana utilizar el Banco de Boston entre otros para realizar consignaciones en efectivo producto de la venta de estupefacientes obviando los controles y realizando transferencias internacionales, caso conocido como “PIZZA CONNECTION” de gran escándalo que condujo a la creación de la Comisión Presidencial contra el Crimen del presidente Reagan en el año de 1986, de cuyo análisis permitió por

primera vez en el mundo la génesis del delito de Lavado de Activos a través de la ley de Control del Lavado de Activos de 1986 que intensifica la efectividad de la Ley de Secreto Bancario 1970 de los Estados Unidos de Norte América.

Cómo lo indicamos, se busca perseguir este delito por primera vez a nivel mundial y nace la necesidad de extenderlo a los demás países por tratarse de un fenómeno que no tiene fronteras.

Aparece en el Código de los Estados Unidos de Norteamérica en el Título 18, Secciones 1956 y 1957, esta regulación influye en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas en el año de 1988, a través de la cual se legisla para todos los signatarios de la convención en busca de perseguir penalmente el lavado de activos producto del narcotráfico.

Así a través del artículo 3 denominado de los Delitos y Sanciones se indica que cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar este comportamiento, el lavado de activos dentro de la legislación interna. En este sentido, es que Colombia se sanciona en el Código Penal en el artículo 323:

ARTICULO 323. Lavado De Activos. El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema

financiero, delitos contra la administración pública, contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de diez (10) a treinta (30) años y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero.

Las penas privativas de la libertad previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeran mercancías al territorio nacional.

Análisis dogmático del artículo 323 Lavado de Activos

a. Sujeto Activo

La conducta puede ser desarrollada por cualquier persona, esto es, que no se requiere de cualidad o calidad especial para ser responsable de la misma, es decir, se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado. El comportamiento puede ser ejecutado por una sola persona, indicándose entonces que es un tipo penal monosubjetivo.

b. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo de esta conducta es el Estado, toda vez que es este el titular del bien jurídico Orden Económico Social.

c. La Conducta

La conducta es mixta alternativa, encontramos varios verbos rectores: adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre, dar apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra.

d. Objeto Material

El objeto material son los bienes que tienen su origen mediato o inmediato en actividades ilícitas allí señaladas que se conocen como delitos fuente o subyacentes.

e. Ingrediente normativo

Son las actividades subyacentes o delitos fuentes según la doctrina, es la actividad ilícita que el legislador reconoce de la cual se origina el bien ilícito o dinero ilícito o activo ilícito objeto de lavado, los cuales son: tráfico de migrantes, trata de personas,

extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir.

Autonomía del Lavado de Activos

Sobre el particular es preciso señalar que el lavado de activos no depende de la existencia de una sentencia condenatoria respecto de la actividad fuente o subyacente, pues es totalmente independiente, y así lo señala la Honorable Corte Suprema de Justicia de Colombia indicando:

(i) el delito de lavado de activos es autónomo respecto de las actividades delictivas que dieron origen, mediato o inmediato, a los bienes sobre los que recae la conducta; y (ii) por tanto, no se requiere que exista una sentencia condenatoria por un delito en particular, del que se hayan derivado dichos “bienes o ganancias” (CSJ SP, 28 nov. 2007, rad. 23.174, CSJ, SP, 9 abr. 08, rad. 23.754, CSJ SP, 5 ago. 2009, rad. 28.300, CSJ SP, 2 feb. 2011, rad. 27.144, CSJ SP6613-2014, entre otras.

(CSJ SP, 2017, p. 10)

Etapas del lavado de Activos

En el campo académico y doctrinario se han establecido por lo menos tres etapas del proceso de lavado de activos, teniendo como punto de partida una etapa primigenia o preliminar que se concibe como la ejecución de la actividad subyacente o fuente que genera los recursos o bienes que constituyen el objeto material del lavado de activos.

Colocación

La colocación es el acto de poner dinero dentro del sistema financiero o en el sector real. Esta es con frecuencia la fase inicial de una transacción de lavado de activos, casi siempre es necesaria, cuando los fondos que se van a lavar están en efectivo. La colocación reduce los grandes volúmenes en efectivo a una forma que pueda ser trasladada más fácilmente mediante una transferencia electrónica o mediante un cheque, la colocación es la etapa más riesgosa para el lavador en dicho proceso, ya que aquí es cuando los ingresos ilícitos se encuentran más cercanos a su fuente delictuosa.

Estratificación

Es la segunda fase, en mucha de las transacciones de lavado de activos. Implica mover los fondos o los activos dentro del sector real o el financiero hasta que estén distanciados de sus orígenes delictuosos. Implica con frecuencia trasladar las ganancias ilícitas desde su cuenta fuente (colocación) a través de una serie de cuentas comerciales aparentemente legítimas.

Integración

La integración es el proceso de proporcionar una explicación aparentemente legítima para el origen de los ingresos ilícitos. Es la fase final del proceso de lavado de activos. La integración se presenta cuando el producto de los actos delictuosos se han limpiado y alejado de su origen ilegal y puede ser invertido o gastado con seguridad

dentro del sistema económico. En esta fase, la distinción entre fondos lícitos e ilícitos es extremadamente difícil. Los lavadores de activos pueden así reinvertir sus ganancias en la empresa delictuosa, invertir en otros bienes o utilizar los fondos para sostener su muy personal estilo de vida lujoso.

Tipologías de lavado de Activos

El GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional contra el Lavado de Activos) es el organismo principal que se dedica al combate del lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Se fundó en el año 1989 por los países del G7 para hacer frente a los flujos ilícitos derivados del narcotráfico. El GAFI emite recomendaciones que se traducen en un estándar internacional para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

De acuerdo a la Unidad de Información y Análisis Financiero UIAF (2013) las tipologías son la “descripción de las técnicas o prácticas utilizadas por las organizaciones criminales para dar apariencia de legalidad a los fondos de procedencia ilícita y transferirlos de un lugar a otro o entre personas para dar apariencia de legalidad” (p.1), todos los años el GAFI promueve un ejercicio con el propósito de analizar los métodos y tendencias de lavado de activos.

A continuación hacemos relación de algunas tipologías de lavado de activos a título de ejemplo recopiladas por la Unidad de Información y Análisis Financiero – UIAF (2013):

Exportaciones ficticias de servicios.

Descripción:

Esta tipología se refiere a la exportación ficticia de servicios cuya prestación o valor comercial en el mercado internacional son de difícil verificación o cuantificación (dado el carácter intangible).

Señales de Alerta:

El servicio es exportado a un país que por las características del mercado no tendría necesidad de contratarlo con “la empresa local”.

Reintegros recibidos desde países con bajos controles contra el lavado de activos.

La empresa justifica sus transacciones con contratos de prestación de servicios que presentan incoherencias o no guardan relación con el servicio exportado.

El dinero es retirado de las cuentas bancarias locales mediante el giro de cheques a favor de varios

Peso Broker.

Descripción:

Esta tipología se refiere a la utilización de un “Broker” que se define como un intermediario financiero informal del mercado de capitales y divisas de origen ilícito que se encarga de reubicar parte de las utilidades obtenidas en el mercado internacional.

Señales de Alerta:

Operaciones locales o internacionales donde actúan intermediarios desconocidos o con pocas referencias en el medio.

Operaciones de comercio internacional informal en las que intervienen empresas desconocidas o cuya actividad económica tiene poca relación con dichas actividades.

Obligaciones que desaparecen repentinamente o son canceladas por cuenta de terceros, tanto en el país local como en el extranjero.

Personas que desarrollan una actividad de comercio informal de la que no se evidencian pagos a un proveedor local o al exterior, cuando las mercancías son extranjeras.

Adquisición de bienes o servicios en el exterior sin que se identifique plenamente la manera de pago de los mismos desde el país local.

El indicio en el delito de lavado de activos

La inferencia lógica de la actividad subyacente en el lavado de activos.

De acuerdo a la jurisprudencia más reciente a través de la cual se condensan los postulados que se han venido adoptando por parte de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, tenemos que uno de los elementos del delito de lavado de activos es el origen directo o indirecto de los bienes objeto de lavado en las actividades subyacentes o fuente allí relacionadas, el cual necesariamente hace parte del tema de prueba y que su acreditación puede hacerse a través de “prueba directa” o “prueba indirecta”, sin ser obligatorio establecer que dichas actividades subyacentes ocurrieron en determinadas condiciones de tiempo, modo o lugar, pues es suficiente con establecer el origen directo o indirecto de esos bienes en la misma. (CSJ SCP 2017 MP PATRICIA SALAZAR CUELLAR 40120).

Lo anterior necesariamente implica por la complejidad del tipo penal de lavado de activos, que en un alto porcentaje las investigaciones al desarrollar el programa metodológico, tenga, dentro de su hipótesis investigativa, la necesidad de identificar el vínculo directo o indirecto de los bienes objeto de lavado con la actividad subyacente, es decir con la actividad ilícita que dio origen al bien sometido al proceso de lavado (en sus diferentes etapas, colocación, estratificación e integración).

Y es aquí donde existe como lo reconoce la Corte Suprema, la posibilidad de acudir al indicio para determinar el vínculo del bien con la actividad ilícita.

Es decir, que a través del indicio, como proceso lógico-deductivo, es posible determinar el vínculo entre el bien y la actividad ilícita subyacente, pero la realidad

señala que lo que se debe probar debidamente son los hechos indicadores o fenómenos (el dato objetivo) a partir del cual, en el sistema penal acusatorio colombiano y en este caso el acusador a través de la fiscalía, hace la inferencia lógica acudiendo a las reglas de la sana crítica para concluir que el bien objeto de lavado tiene un origen ilícito en la actividad subyacente respectiva (los datos subjetivos), raciocinio que es presentado en los alegatos finales.

Bajo este panorama proponemos, de paso, que las señales de alerta ya vistas a título de ejemplo, que se construyen por los expertos y analistas de casos de lavado de activos, pueden ser una herramienta útil, una guía, para establecer los hechos indicadores, para identificar el fenómeno vinculado a la esencia (conducta de lavado) que se debe probar en el eventual juicio y luego acudiendo a las reglas de la experiencia, a las reglas de la lógica y a las leyes de la ciencia construir la inferencia que nos permita vincular el objeto material del lavado (bien) con la actividad subyacente.

De esta forma le entregaremos al operador jurídico los elementos a partir de los cuales pueda valorar en conjunto y por separado las pruebas practicadas en el juicio y adquirir un convencimiento más allá de toda duda razonable, identificándose con el raciocinio o la inferencia lógica propuesta por el acusador, quien a partir de los hechos indicadores debidamente probados concluye que los bienes objeto de lavado tienen un origen ilícito, tiene un origen en la actividad subyacente respectiva.

Ahora bien, es importante aclarar que acudir al indicio para determinar el vínculo del bien con la actividad ilícita, implica necesariamente, en primer lugar identificar claramente aquellos hechos indicadores de los que podamos inferir que el bien objeto de

lavado tiene un origen ilícito, pues el esfuerzo está, ya lo veíamos, es en probar estos hechos indicadores en el juicio, a partir de los cuales, en segundo lugar, se construye el indicio en los alegatos finales (como un proceso intelectual), después de practicadas las pruebas, el cual se expone a través de un proceso de argumentación jurídica de parte, permitiéndole al Juez, como lo veíamos en la jurisprudencia de la Corte, tomar el hecho demostrado y analizarlo bajo las reglas de la experiencia y de la lógica, para que como resultado aparezca la conclusión lógica que se está buscando, esto es que el bien objeto de lavado se origina en una de las actividades subyacentes o delito fuente.

Así, es que a partir del análisis de un tipo penal en concreto, como lo es el lavado de activos, podemos deducir que el indicio es una construcción intelectual de parte (Fiscal o Juez) y no un medio probatorio, diferente es que dentro de la concepción jurídica de indicio, uno de sus elementos, esto es el hecho indicador, deba estar debidamente probado por cualquiera de los medios probatorios. Pero el indicio como un todo es una operación mental que se materializa a través de la argumentación que conlleva un proceso de construcción lógica de premisas que permite conocer indirectamente la realidad

Y fijémonos que este raciocinio parte de un contexto jurídico específico, como ya lo referimos al citar la jurisprudencia en particular, dentro de un sistema de valoración probatoria de la sana crítica o persuasión racional, adoptado por el legislador colombiano de 2004, lo cual impone al funcionario judicial la necesidad de valorar la prueba de forma individual y en conjunto, acudiendo a los supuestos lógicos, no contrarios con la ciencia, la técnica ni con las reglas de la experiencia, para inferir la solución jurídica que la

situación examinada amerite, que es exactamente lo que se hace en el indicio, lo cual se predica de todo el acervo probatorio, que se traduce en un raciocinio que no debe desbordar los postulados de la sana crítica, permitiéndole una convencimiento al juzgador.

El indicio en la casación

El indicio y su técnica en casación evidencia su verdadera naturaleza

La jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en su sala de casación penal ha sido unánime de tiempo atrás en señalar la técnica de casación respecto del instituto del indicio.

Lo primero que no admite discusión es que en sede de casación se puede buscar romper el doble amparo presuntivo de acierto y legalidad de un fallo relacionado con el indicio, a través de la causal tercera del artículo 181 de la ley 906 de 2004, por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia, en el entendido que el indicio como proceso lógico se compone de un fenómeno o un hecho indicador, que debe estar debidamente probado (aspecto objetivo) y de la inferencia que permite llegar a una conclusión (hecho desconocido) producto de la valoración probatoria realizada por el juez.

La técnica implica que cuando estemos frente a una sentencia que debe ser demandada en Casación en relación con el INDICIO, lo identificamos como un ERROR IN IUDICANDO, por VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL.

Ahora bien, se reconoce que el indicio tiene como mínimo una estructura tripartita, que ya señalábamos se divide en una parte objetiva y otra dos que forman la parte subjetiva.

Para la técnica de la demanda, se debe identificar en cuál de los tres lugares se presenta el error y dependiendo de aquello se podrá establecer el cargo en debida forma.

Entonces, respecto del fenómeno o hecho indicador (parte objetiva), teniendo en cuenta que debe estar debidamente probado por cualquiera de los medios de conocimiento, se pueden presentar los siguientes errores, que se predicen de cualquier medio de conocimiento:

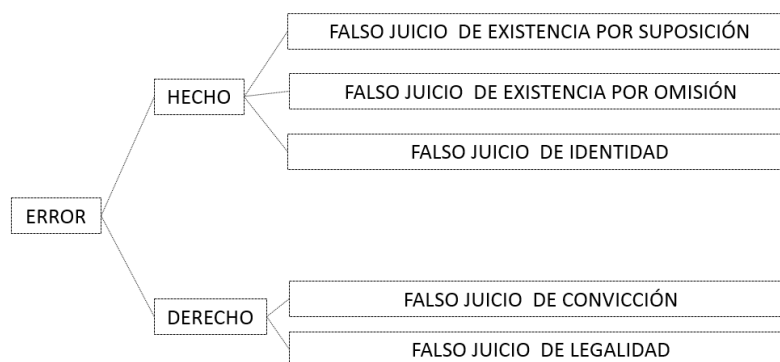


Figura 1. Errores que se pueden presentar en el hecho indicador.

No sucede lo mismo respecto de la parte subjetiva del indicio, esto es, del hecho indicado (conclusión) y/o de la inferencia lógica, pues en esta parte subjetiva tan solo es dable EL ERROR DE HECHO POR FALSO RACIOCINIO, y aquí es donde evidenciamos que este tercer componente del indicio y que identificamos como subjetivo hace parte de la valoración que realiza el juez, bajo el sistema de libre apreciación racional o libre persuasión racional, con indudable apoyo en las reglas de la sana crítica, valoración que igualmente debe hacer de cualquier medio probatorio, y aquí lo hace es del hecho conocido que está debidamente probado en juicio y que le permite razonar (argumentar) e inferir un hecho desconocido.

Entonces vemos que el Juez se puede equivocar en la valoración probatoria al realizar la inferencia lógica, al errar en alguna máxima de la experiencia, o en alguna

regla de la lógica o en alguna ley de la ciencia y por ende llegar a una conclusión errada, o simplemente equivocarse en la conclusión o en el hecho desconocido.

Es importante recordar que la modalidad del error de hecho por falso raciocinio es un desarrollo de la Honorable Corte Suprema de Justicia y se ha venido aceptado por la doctrina. Se ha dicho que el error de hecho por falso raciocinio se presenta cuando en la valoración de las pruebas se transgreden las reglas de la sana crítica, partiendo del hecho que nuestro sistema de valoración probatoria es el de la sana crítica, en donde está de por medio el razonamiento que realiza el juzgador. Ahora bien, observemos como en la práctica ese razonamiento se plasma en una decisión a través de la construcción, entre otras, de la argumentación jurídica, razonamiento que el Juez realiza con la totalidad del acervo probatorio obtenido en el juicio, de tal suerte que si el juzgador, repetimos, se equivoca en la aplicación de las reglas de la sana crítica, en efecto, puede incurrir en un error de hecho por falso raciocinio.

Así vemos que el indicio es su composición jurídica tripartita y dado su tratamiento en la demanda de casación, y cuando el error subyace en su parte subjetiva, se está reconociendo implícitamente que tanto la inferencia lógica como su conclusión hacen parte del raciocinio del juzgador, quien aceptará o no el raciocinio del acusador, quien haciendo la valoración de lo probado en el juicio, esto es del hecho indicador, infiere lógicamente el hecho desconocido.

De ahí que estimemos que dentro de nuestro contexto jurídico, esto es dentro de nuestro Sistema Penal Acusatorio y dentro de un Sistema de Valoración Probatoria de la Sana Crítica, el indicio ya no se puede concebir como un medio probatorio, sino como un

medio de convicción al cual llega el juez al realizar la valoración del hecho indicador que sí debe estar debidamente probado.

Conclusión

Aunque tradicionalmente se venía estableciendo que el indicio es un medio de prueba, hoy podemos concluir que en realidad es un medio de convicción pues el contexto jurídico procesal penal y su práctica procesal, dentro de un sistema oral acusatorio, señala que desde el punto de vista probatorio, esto es en el juicio oral, no se pueda hablar de indicios como pruebas, sino de pruebas a partir de las cuales las partes o los intervinientes pueden realizar inferencias lógicas (construir indicios) hasta el momento en que presentan sus alegatos, de manera oral a través de los argumentos relativos al análisis de la prueba.

Teniendo en cuenta que el fin perseguido en toda actuación judicial es por lo menos buscar la verdad procesal, desde el punto de vista penal y dentro de un enfoque garantista, la verdadera comprensión de la institución del indicio, implica un aporte a la justicia, bajo su concepción ontológica, pues se pueden cometer arbitrariedades a partir del uso desnaturalizado de la misma.

Desde el punto de vista dogmático, el lavado de activos es un delito que atenta contra el orden económico y social de un país, en este caso Colombia, razón por la cual los Estados en su gran mayoría se han unido para perseguir punitivamente a las grandes organizaciones que se dedican a realizar este tipo de actividad ilícita. Dentro de esta persecución la Honorable Corte Suprema de Justicia reconoce que el instituto del indicio es un instrumento útil para determinar el origen ilícito de los bienes que son objeto de lavado de activos, razón por la cual es importante comprender la verdadera naturaleza de

esta figura, lo que contribuye directamente a ser más eficaces en la lucha contra este flagelo.

Así en el caso específico, de investigar conductas de lavado de activos (y asimismo juzgarlas), tener claro la naturaleza del indicio implica un verdadero enfoque procesal, pues la actividad se centraría en probar debidamente los hechos indicadores o conocidos a partir de los cuales se pueda realizar la construcción o la inferencia lógica, haciendo uso de las reglas de la sana crítica, esto es, de las máximas de la experiencia, de las leyes de la ciencia o de las reglas de la lógica, y poder concluir que el origen de los bienes objeto de lavado es ilícito o se enmarca dentro de una de las actividades subyacentes que ha identificado el legislador.

Lista de referencias

- Arenas, J., (1996), *Pruebas penales*, Bogotá. D.C., Colombia: Doctrina y ley
- Beccaria, C., (1992), *De los delitos y de las penas*, Bogotá. D.C., Colombia: Latinoamericana
- Couture, E., (1990), *Las reglas de la sana crítica*, Montevideo, Uruguay: IUS
- Dellepiane, A., (1994), *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá. D.C., Colombia: Temis
- Ellero, P., (1968), *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, Madrid, España: REUS
- Muñoz, L., (2016), *La prueba de indicios en el proceso judicial: análisis para juristas, detectives, periodistas, peritos y policías*, Madrid, España: Wolters Kluwer
- Pabón, G., (2007), *Lógica del indicio en materia criminal*, Bogotá D.C., Colombia: Nueva jurídica-Grupo Ibañez
- Pabón, G., (2011), *De la casación penal en el sistema acusatorio*, Bogotá., D.C., Colombia: Grupo Ibañez-Universidad de los Andes
- Parra, J., (2004), *Manual de derecho probatorio*, Bogotá. D.C., Colombia: Del Profesional Ltda.
- Raz, J., *El concepto de sistema jurídico*, Ciudad de México, Mexico:
<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/877-el-concepto-de-sistema-juridico>
- Solorzano, C., (2018), *Manual de casación en materia penal*, Bogotá D.C., Colombia: Nueva jurídica
- UIAF, (2013), *Tipologías de lavado de activos y financiación del terrorismo*, Bogotá, Colombia:
http://www.urosario.edu.co/observatorio-de-lavado-de-activos/Archivos_Lavados/TIPOLOGIAS-DE-LAVADO-DE-ACTIVOS-Y-FINANCIACION-DEL/

UIAF, (2013), *Tipologías*, Bogotá, Colombia:

https://www.uiaf.gov.co/transparencia/informacion_interes/glosario/tipologias

Velasquez, J., (2012), *¿La casación penal? ¡Pero si es muy fácil!*, Bogotá D.C., Colombia: Doctrina y Ley Ltda.