

Marco jurídico-práctico de la investigación de delitos contra la prestación de los servicios públicos domiciliarios*



Wilson Alejandro Martínez Sánchez**

Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia

Recibido: 16 de junio de 2008

Aceptado: 24 de septiembre de 2008

RESUMEN

Las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios son actualmente víctimas de delitos que limitan su capacidad de desarrollar el objeto para el que han sido creadas. Estas empresas gastan grandes cantidades de dinero y hacen enormes esfuerzos para prevenir este tipo de conductas. Debido a esta circunstancia, reclaman de las autoridades mayor eficacia en la lucha contra estas formas de criminalidad, pero sienten que éstas no le otorgan a estos delitos la importancia y el tratamiento que



* Este documento contiene, en sus líneas más generales, un desarrollo de la conferencia ofrecida por el autor el 13 de junio de 2008, en el marco de "Seminario anual sobre delitos que afectan la prestación de los servicios públicos domiciliarios", organizado por las empresas prestadoras de servicios públicos, el cual estuvo dirigido a los fiscales y a los funcionarios adscritos a los diferentes organismos con funciones de policía judicial, en Bogotá D.C.

Quisiera agradecer a los ingenieros Alex Prada (Gas Natural S.A.) y Orlando Ávila (Codensa S.A.), así como a la doctora Magda Teresa Suárez Tobar (Codensa S.A.), por su tiempo y por sus invaluable aportaciones a este trabajo. Así mismo, quisiera agradecer de forma muy especial a la doctora Johanna Muñoz Robayo (ETB S.A.), quien amablemente me ayudó a coordinar las reuniones con los diferentes ingenieros, y sin cuya labor este trabajo no habría sido posible.

** Abogado egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; especialista en Investigación Criminal (EGSAN). Curso de Especialización en Operaciones Bursátiles (CESA, Incolda, BVC); diploma de estudios avanzados en derecho penal y ciencias penales, Universidad Pompeu Fabra y Universidad de Barcelona; candidato a Doctor en derecho penal y ciencias penales, Universidad Pompeu Fabra; becario de Colfuturo; becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico, Deutscher Akademischer Austausch Dienst (DAAD); Investigador invitado Albert-Ludwig Universität Freiburg (Alemania); Becario, profesor de carrera académica y coordinador del área penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
Correo electrónico: wmartine@urosario.edu.co

merecen. El presente artículo no tiene el propósito de hacer un estudio dogmático de los tipos penales que describen las diferentes conductas con que se afecta la prestación de servicios públicos domiciliarios. No aborda el tema desde la perspectiva del derecho penal material. El objetivo de este trabajo es hacer un estudio de los mecanismos procesales existentes en la ley colombiana para investigar eficiente y eficazmente este tipo de conductas. Se aborda el tema desde la perspectiva procesal y, más concretamente, desde el punto de vista de las facultades y competencias que tienen los organismos encargados de la persecución de estos delitos, durante la fase de investigación. Al final, las conclusiones obtenidas consisten en una serie de recomendaciones sobre el tratamiento que deberían recibir estas conductas, durante la fase de investigación.

Palabras clave: servicios públicos, investigación de delitos, acceso ilegal, investigación criminal, acceso a servicios públicos.

A juridical-practical framework for the investigation of crimes against granting of public housing services

ABSTRACT

The public service enterprises are victims of crimes and felonies which may reduce their capacity to perform their functions. These enterprises expend much money and effort in order to prevent those criminal behaviors. For this reason they ask from the authorities more efficient measures against crime; however, such enterprises may feel that they are not being given sufficient importance and/or remedies in dealing with such crime. The aim paper of this is not to study the problem from de substantive criminal law point of view. Rather, this paper's goal is to study the Colombia's Rules of Criminal Procedure, which regulate the investigation of this kind of crime. The article will look particularly at the competency of the relevant authorities at the investigative stages. Finally, it will make some recommendations regarding a proper route towards the investigation of these criminal behaviors.

Key words: Public services, theft, robbery, fluid fraud, illegal access to communication services, criminal investigation, Colombian's criminal procedure law.

INTRODUCCIÓN

Son tantas las modalidades de conductas punibles que afectan la prestación de los servicios públicos domiciliarios, que resulta prácticamente imposible sintetizar en unas cuantas páginas el estudio de su tratamiento procesal. Por esta razón, la disertación que a continuación presento se centrará sólo en los delitos que más afectan a las empresas públicas prestadoras de estos servicios: la defraudación de fluidos, el acceso ilícito a los servicios de telecomunicaciones, y el hurto de la

infraestructura. Con propósitos puramente didácticos, intentaré sistematizar mi exposición utilizando como criterio de organización el orden cronológico de las etapas críticas que se presentan en el proceso de investigación penal previsto en la Ley 906 del 31 de agosto del año 2004. En este sentido, procuraré descifrar y poner de manifiesto las particularidades que, según la etapa procesal en que nos encontremos, podría ofrecer la investigación y el juzgamiento de este tipo de comportamientos. Puesto en estos términos, el presente trabajo consiste en la exposición de la forma en que se debería aplicar el régimen procesal penal vigente para el procesamiento de esta clase de delitos. Este trabajo no pretende abordar el asunto desde la perspectiva del derecho sustancial, y por ello no nos ocuparemos del estudio dogmático de los diferentes tipos penales que afectan la prestación de los servicios públicos domiciliarios. El ámbito de desarrollo de este estudio es el procesal y, más concretamente, el de la investigación penal de este tipo de delitos.

Este trabajo es el producto de una investigación realizada durante cuatro semanas con el auspicio de las empresas prestadoras de servicios públicos, como parte de la preparación del “Seminario anual sobre delitos que afectan la prestación de los servicios públicos domiciliarios”, dirigido a fiscales y funcionarios adscritos a los diferentes organismos con funciones de policía judicial, en Bogotá D.C. Debido a la falta de libros y artículos sobre esta temática en particular,¹ la investigación realizada consistió fundamentalmente en una agenda de extensas entrevistas llevadas a cabo con los funcionarios que, en las diferentes empresas de servicios públicos, estén encargados de la investigación técnica de estas conductas delictivas. La información obtenida sobre los problemas jurídico-prácticos relativos a la judicialización de este tipo de conductas fue el principal insumo del estudio jurídico contenido en este artículo. El documento que pongo a consideración de la comunidad académica contiene la síntesis de las conclusiones a las que he podido llegar, después de consultar las normas del régimen procesal penal colombiano aplicable. Su propósito no es otro que ofrecer algunas soluciones jurídicas a los problemas prácticos que se surgen nor-



¹ Como tarea previa a la redacción de este trabajo, intenté encontrar algunas referencias bibliográficas sobre la investigación de esta clase de delitos, sin éxito alguno. En la bibliografía nacional y extranjera existen sí, muchas obras que estudian los delitos contra la prestación de los servicios públicos domiciliarios, pero desde la perspectiva del derecho sustancial se trata de estudios dogmáticos de estos delitos. No obstante, sobre el tema central de este trabajo, que es el marco jurídico práctico de la investigación penal de ese tipo de delitos, no pude encontrar referencia bibliográfica alguna.

malmente en el curso de la investigación de las conductas que afectan la prestación de los servicios públicos.

1. FLAGRANCIA

1. El artículo 200 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 49 de la Ley 1142 de 2007,² dispone que es deber de la Fiscalía General de la Nación la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, y que lleguen a su conocimiento a través de una denuncia, querrela, petición especial, o cualquier otro medio idóneo. Sin embargo, dada la estructura del proceso penal colombiano, la Fiscalía General de la Nación no es el único organismo con competencias para la investigación de conductas punibles, al menos en su fase preliminar. En efecto, el artículo 205 de la Ley 906,³ confiere a los funcionarios adscritos a los organismos con funciones de policía judicial permanente la competencia para adelantar los actos urgentes que sea necesario llevar a cabo, en orden a asegurar el éxito de la investigación. Competencia que, además, fue desarrollada en el artículo 3.4 del *Manual único de policía judicial*, emitido por el Consejo Nacional de Policía Judicial,⁴ en uso de las atribuciones legales conferidas por el artículo 45 de la Ley 938 de diciembre de 2004.

Lo anterior significa que no siempre la Fiscalía General de la Nación es la primera autoridad que interviene en la investigación de los delitos que afectan la prestación de los servicios públicos domiciliarios, y que la denuncia, la querrela o la petición especial, tampoco es siempre la única fuente de información de la que dispone el Fiscal que asume la investigación. En realidad, son muchos los supuestos



² Artículo 49 de la Ley 1142 de 2007. "Corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial o por cualquier otro medio idóneo.

En desarrollo de la función prevista en el inciso anterior a la Fiscalía General de la Nación, por conducto del fiscal director de la investigación, le corresponde la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial, en los términos previstos en este código.

³ Artículo 205. *Actividad de policía judicial en la indagación e investigación*. Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querrelas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia".

⁴ En sesión del 13 de mayo de 2005, mediante el Acta 053.

en los cuales puede producirse la captura en flagrancia de personas que están cometiendo el delito de hurto de infraestructura, de defraudación de fluidos, o de acceso ilegal a servicios de telecomunicaciones.

En el caso de la Empresa de Teléfonos de Bogotá D.C., por ejemplo, ésta cuenta con un sistema denominado Zigar 4, el cual no sólo tiene censados todos los cables que prestan el servicio de telefonía en la ciudad, sino que además informa cuando alguno de esos cables está siendo cortado. Esta información permite a la empresa enviar un grupo de reacción inmediata al lugar en que se está llevando a cabo el corte, e informar a la red de apoyo de la Policía Nacional para que envíe a una patrulla al lugar de los hechos. Telecom, por su parte, ha implementado en algunos lugares de Cundinamarca un sistema de alarmas que avisa a una estación de policía el corte de un cable de prestación del servicio. En más de una ocasión, estos sistemas han permitido la captura de personas en proceso de apropiación de cable autosoportado de hasta 200 pares.

En el caso de la empresa Gas Natural, sus campañas de sensibilización de la ciudadanía sobre los riesgos inherentes al uso del gas natural domiciliario han servido para que la comunidad informe a la empresa, o directamente a las autoridades, cualquier movimiento extraño de particulares interviniendo la infraestructura de transporte de gas. En estos casos, las patrullas de emergencia creadas por la empresa, y las patrullas de policía, responden de inmediato al llamado de los particulares y, de igual forma, en más de una ocasión se ha logrado la captura de los delincuentes en flagrancia.

Codensa S.A., por su parte, cuenta con el apoyo de la Sijin, que responde al llamado de urgencia de la ciudadanía o de un contratista de la empresa cuando se detecta que se encuentra en proceso el hurto de la infraestructura que presta el servicio de energía. Ello parece ser más común en relación con el hurto de las lámparas del alumbrado público, pues en algunos puntos de la ciudad la comunidad ha aprendido que sólo el personal de la empresa, debidamente uniformado y con los implementos necesarios para efectuar el mantenimiento de las redes y las luminarias (por ejemplo, las canastas para acceder a los puntos más altos de los postes del alumbrado), puede acceder a los postes de energía para retirar las lámparas y demás elementos. La ciudadanía es la más perjudicada cuando se produce el hurto del alumbrado público, especialmente por la inse-

guridad que ello produce, y es por eso que informan a la empresa o a las autoridades los movimientos extraños de personas manipulando la infraestructura. Esta colaboración de la comunidad parece ser uno de los mecanismos más eficaces para contrarrestar el hurto de las luminarias o de las acometidas, y también ha permitido en más de una ocasión la captura en flagrancia de delincuentes que saquean la infraestructura de las empresas de prestación del servicio de energía eléctrica.

En lo que a la defraudación de fluidos, o el acceso ilegal a los servicios de telecomunicaciones se refiere, las empresas prestadoras de servicios públicos cuentan con algunas tecnologías que también les permiten detectar los hurtos del fluido de agua, gas o energía eléctrica, o el acceso ilegal a las redes de telecomunicaciones.

En el caso de las empresas de energía, éstas cuentan en la actualidad con macromedidores que permiten hacer mediciones masivas o individuales, en orden a determinar las variaciones en las cargas de potencia en las acometidas. Al comparar estas macromediciones con los registros del medidor instalado en el inmueble del cliente, los funcionarios de la empresa de energía pueden detectar la existencia de irregularidades que, con mucha seguridad, son consecuencia de la defraudación de fluidos mediante la manipulación de los contadores de energía. De igual manera, las inspecciones periódicas que realizan los contratistas encargados de verificar el estado de la infraestructura le permiten a la empresa detectar las derivaciones ilegales que algunos clientes sacan de la acometida de la red de distribución hasta sus predios para hurtar la energía eléctrica. Estas inspecciones de los contratistas también permiten encontrar inconsistencias en la lectura de los medidores individuales, bien sea porque se observa que el medidor no se mueve, se mueve más lento, o incluso porque tiene una lectura inferior a la que tuvo en la última visita de la empresa. En todos esos casos, las irregularidades que se encuentran indican una posible manipulación ilícita del medidor individual que sugiere la realización de una defraudación de fluidos. La determinación final de la ocurrencia del ilícito es consecuencia de un estudio técnico que realiza la empresa consistente en la comparación de las lecturas del medidor individual frente a la carga energética instalada en el predio.

Aunque para la empresa de gas natural domiciliario es un poco más compleja la detección de la defraudación de fluidos, las inspeccio-

nes de sus contratistas, y la colaboración de la ciudadanía, son un mecanismo relativamente eficiente contra este delito. La empresa prestadora del servicio de gas natural cuenta con algunos medidores en las estaciones reguladoras del servicio, pero ellas sólo son útiles para detectar defraudaciones de fluidos muy grandes. Frente a las defraudaciones en que incurren algunos sectores comerciales proclives a este tipo de conductas (por ejemplo, las tintorerías, lavanderías, moteles, etc.), la información de la ciudadanía y las inspecciones periódicas de los contratistas encargados del mantenimiento de las redes permiten detectar estas situaciones. La ciudadanía es consciente de los peligros inherentes a la manipulación del gas natural, y por ello genera resistencia a cualquier forma de intervención por parte de particulares sobre la infraestructura de la empresa. A causa de este temor, es normal que la ciudadanía informe a la empresa o a las autoridades cuando un particular está pretendiendo sacar una conexión ilegal desde la red de distribución hasta su predio eludiendo el medidor. Así mismo, las inspecciones que realizan los contratistas, en muchas oportunidades permiten encontrar estas conexiones ilegales, o las diferentes modalidades de alteración ilícita de los medidores para defraudar a la empresa.

La detección del acceso ilegal al servicio de telecomunicaciones es mucho más compleja desde el punto de vista técnico, pero la empresa prestadora del servicio tiene suficiente tecnología para ello. Para detectar algunas modalidades de fraude (por ejemplo, la conocida como *bypass*), la empresa ha celebrado convenios con personas en el extranjero, quienes se encargan de realizar pruebas sobre las tarjetas prepagadas de llamadas hacia Colombia. Estas pruebas, que consisten en la realización de llamadas hacia algunos abonados especialmente adecuados por la empresa con sistemas de identificador de números, permiten establecer si la llamada desde el extranjero cursó por alguno de los operadores autorizados para la prestación del servicio de telecomunicaciones en el país, o si se realizó bajando la llamada desde Internet hacia alguna línea inscrita en los programas de llamadas ilimitadas que ofrecen las empresas de telefonía, valiéndose para el efecto de la utilización ilícita de módems, *routers* y servidores IP. Adicionalmente, los ordenadores de las centrales telefónicas están equipados con *software* que hacen posible determinar el consumo de cada cliente individualmente, lo cual permite a los funcionarios de la empresa, mediante un estudio de patrones de consumo, determinar si la línea tiene una utilización

fuera de lo normal para el segmento de mercado para el que fue adquirida.

Otras modalidades de acceso ilegal al servicio de comunicaciones en las que la víctima ya no es la empresa sino el cliente, como por ejemplo el fraude consistente en el robo o “hackeo” de los códigos especiales que permiten acceder al PBX de una empresa y hacer llamadas desde él, también pueden detectarse cuando el PBX tiene instalado un *software* tarifador que identifique los números desde los cuales recibe llamadas y el valor de cada llamada realizada desde el PBX. Ya con el número desde el cual se accede al PBX para hacer llamadas, la empresa prestadora del servicio puede determinar la localización del predio en el que está instalada la línea, y ubicar a los posibles autores y partícipes del delito.

Ya sea que se trate de defraudación de gas, agua o energía, o de acceso ilegal a los servicios de telecomunicaciones, como se observa, las empresas prestadoras cuentan con tecnologías y herramientas que permiten detectarlos. Estas tecnologías y mecanismos, al igual que ocurre frente al hurto de infraestructura, hacen posible a la empresa y a las autoridades sorprender y aprehender a los presuntos infractores en el mismo momento en el que están defraudando los fluidos o accediendo ilegalmente a los servicios de telecomunicaciones.

2. Frente a la captura en flagrancia,⁵ los funcionarios encargados de la prevención del fraude y el hurto en las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se quejan permanentemente de la renuencia de nuestras autoridades a judicializar a los delincuentes aprehendidos en estas condiciones, y reclaman mayor severidad en las decisiones de las autoridades. Específicamente, sienten que el hecho de que los delincuentes capturados en estas condiciones sean dejados inmediatamente en libertad por la Fiscalía, o por los jueces de control de garantías, no se compadece con los esfuerzos que realizan las empresas para combatir esta forma de delincuencia, y con la gravedad del perjuicio que sus conductas causan a toda



⁵ Artículo 301. “*Flagrancia*. Se entiende que hay flagrancia cuando:

1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito.
2. La persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.
3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él”.

la comunidad. La demanda de judicialización y de imposición de medidas más severas frente a los delincuentes capturados en flagrancia sugiere entonces abrir el debate acerca de la procedencia o no de mantener privadas de la libertad a las personas sorprendidas y aprehendidas en flagrancia.

3. Como punto de partida, recuérdese que la captura en flagrancia constituye una excepción al principio de libertad, conforme al cual una persona no puede ser capturada sino por medio de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente.⁶ Se trata, sin embargo, de una excepción de rango constitucional, cuando quiera que el propio artículo 32 de la Carta señala que cualquiera puede aprehender, y llevar ante un juez, a la persona sorprendida al momento de la ejecución de una conducta delictiva.⁷ Esta facultad con que cuentan las autoridades y los particulares para llevar a cabo capturas en flagrancia se encuentra desarrollada en el artículo 302 de la Ley 906,⁸ el cual dispone, a grandes rasgos, que cuando la captura la realiza un particular, debe llevarse de inmediato al capturado ante las autoridades de policía; y que cuando la captura la realiza una autoridad de policía, debe llevarlo de inmediato ante la Fiscalía General de la Nación. Cualquiera sea la persona que efectúe la captura –un particular o una autoridad de policía–, lo cierto es que el procedimiento nos conduce siempre ante la presencia de un fiscal



⁶ Constitución Política. Artículo 28. “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”.

⁷ Constitución Política. Artículo 32. “El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persigieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador”.

⁸ Artículo 302. “*Procedimiento en caso de flagrancia.* Cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia.

Quando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.

Quando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía. Esta identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las circunstancias en que se produjo la captura, y pondrá al capturado dentro del mismo plazo a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.

La Fiscalía General de la Nación, con fundamento en el informe recibido de la autoridad policiva o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido, inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para que éste se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público”.

quien, según dispone el artículo 302 *Ibídem*, tiene la obligación de solicitar, dentro de las 36 horas siguientes, una audiencia preliminar ante un juez de control de garantías para que éste se pronuncie sobre la legalidad de la captura.

Aun cuando el artículo 302 de la Ley 906 es claro al señalar que es el juez de control de garantías quien debe definir sobre la legalidad de la captura, la Corte Constitucional ha entendido que la Fiscalía es competente para conceder la libertad al capturado, si al momento de recibirlo determina que no se cumplen las condiciones objetivas para la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, o que la captura fuere ilegal.⁹ Así las cosas, la Fiscalía funge como un primer filtro sobre la procedencia de mantener al capturado privado de la libertad.

Para valorar la decisión que en cada caso adopte la Fiscalía, y para juzgar con arreglo a derecho si es o no correcta la decisión de conceder la libertad a una persona capturada en flagrancia hurtando la infraestructura destinada a la prestación de servicios públicos, defraudando fluidos o accediendo de manera ilegal a los servicios de comunicaciones, es necesario revisar si resulta objetivamente procedente la detención preventiva respecto de este tipo de delitos, y si las condiciones específicas de la captura satisfacen los requerimientos constitucionales y legales.

4. Frente a lo primero, téngase en cuenta que los requisitos objetivos para la imposición de la detención preventiva como medida de aseguramiento se encuentran contenidos en el artículo 313 de la Ley 906, el cual fue parcialmente modificado por el artículo 26 de la



⁹ Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. “El procedimiento en caso de flagrancia, regulado en el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, articula lo dispuesto en el artículo 28 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales del sistema acusatorio en la medida en que la decisión sobre la legalidad de la aprehensión realizada en flagrancia queda exclusivamente a cargo del juez de control de garantías, en tanto que la Fiscalía adopta tan sólo una determinación sobre la concesión de libertad en casos en que no se cumplan los requisitos objetivos para decretar la detención preventiva o la captura en flagrancia sea ilegal. No se trata, en consecuencia, del decreto de una medida restrictiva del ejercicio de la libertad individual, y por ende, de competencia exclusiva del juez de control de garantías, sino de un procedimiento, adelantado por una autoridad que conserva ciertas facultades judiciales, encaminado a salvaguardar el goce del mencionado derecho fundamental, frente a capturas que no cumplen con las condiciones constitucionales y legales de la flagrancia. De igual manera, la medida es *razonable* ya que el fiscal se limita a constatar, con base en criterios objetivos, si el supuesto delito cometido por el aprehendido en flagrancia daría o no lugar a la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva por parte de un juez de control de garantías. Aunado a lo anterior, la decisión del fiscal de dejar en libertad al aprehendido se justifica en cuanto, de todas formas, se le impone al ciudadano el compromiso de comparecer cuando sea necesario”.

Ley 1142.¹⁰ En esta disposición se señala, como dato importante para el caso que nos ocupa, que la detención preventiva como medida de aseguramiento sólo es procedente si el delito materia de investigación tiene prevista una pena cuyo mínimo sea o exceda de cuatro años, o cuando se trata de una persona reincidente. Debido al contenido específico de los requisitos previstos por esta disposición, se hace necesario adentrarse, siquiera tangencialmente, en el estudio de la adecuación típica de las conductas objeto de estudio, en orden a determinar la pena mínima imponible para cada una de ellas.

En lo que al delito de hurto de infraestructura se refiere, la discusión ha quedado en gran parte resuelta gracias al inciso final del artículo 240 de la Ley 599, modificado por el artículo 37 de la Ley 1142,¹¹ el cual dispone que las conductas constitutivas de hurto de bienes destinados a las comunicaciones, o a la transmisión y distribución de energía eléctrica o gas, o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, tendrán una pena mínima imponible de cinco años. En ese sentido, ya es perfectamente claro que el hurto de la infraestructura destinada a la prestación de servicios públicos, siempre que los bienes objeto del delito tengan la destinación específica a que se refiere el inciso final del artículo 240 *ibídem*, satisfacen el requisito objetivo de pena mínima para la imposición de la detención preventiva como medida de aseguramiento. La única pregunta que cabe hacer es si las personas responsables del hurto de otro tipo de bienes que también hacen parte de la infraestructura para la prestación de servicios públicos, pero que no tienen la destinación específica a que se refiere el inciso final del artículo 240, pueden ser afectados con la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.



¹⁰ Artículo 313. “*Procedencia de la detención preventiva*. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. [Numeral adicionado por el artículo 26 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente]: Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente”.

¹¹ “La pena será de cinco (5) a doce (12) años de prisión cuando el hurto se cometiere sobre elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, o a la generación, transmisión o distribución de energía eléctrica y gas domiciliario, o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado”.

En mi opinión, la situación debe analizarse caso por caso, conforme a las reglas genéricas previstas en el Código Penal. Así, cuando en la conducta constitutiva de hurto no concurra alguna de las circunstancias de cualificación o de agravación previstas en los artículos 240 y 241 de la Ley 599, es decir, cuando se trata de un hurto simple, entonces el sujeto activo no puede ser afectado con una detención preventiva, por cuanto el artículo 239 *ibídem*,¹² con todo y el incremento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, prevé para ese comportamiento una pena mínima de tan sólo 32 meses. En cambio, siempre que en la conducta concurra alguna circunstancia de cualificación o de agravación, el agente podría sufrir la imposición de una medida de aseguramiento, dado que las penas imponibles serían las siguientes: i) Para el hurto calificado, una pena mínima de 4 años; ii) para el hurto simple agravado por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 241 de la Ley 599, modificada por el artículo 51 de la Ley 1142, una pena mínima de 4 años; y iii) para el hurto calificado y agravado, una mínima de 56 meses.

El problema práctico en este caso tiene que ver, sin duda, con el hecho de que en algunos casos de captura en flagrancia por hurto de infraestructura el delito no puede entenderse consumado, principalmente porque al momento de la aprehensión el objeto no ha salido de la órbita de dominio y control de la víctima. Si se lee con detenimiento el artículo 301 de la Ley 906, se notará que allí se encuentran descritas tres diferentes situaciones de flagrancia. Si aplicamos la teoría adoptada por nuestra jurisprudencia sobre el momento consumativo del hurto, y la aplicamos para estudiar las diferentes hipótesis de captura en flagrancia por hurto de infraestructura, puede fácilmente llegarse a la siguiente conclusión: cuando la persona es capturada en alguna de las situaciones de flagrancia descritas en los numerales 2 y 3 del artículo 301, es posible que el delito de hurto se hubiera consumado para el momento de la aprehensión; en cambio, si la captura se produce en la situación de flagrancia descrita en el numeral 1 de ese mismo artículo, es bastante probable que el delito de hurto no se haya consumado para el momento de la



¹² Artículo 239. "Hurto. El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses".

aprehensión, dando lugar a responsabilidad penal sólo en el grado de tentativa.¹³

En efecto, téngase en cuenta que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ya ha sostenido en múltiples decisiones que “el delito de hurto se consuma en el momento en que la cosa se extrae de la esfera patrimonial o de custodia de quien antes la tenía”.¹⁴ Sobre esta materia, la Corte Suprema tiene ya una larga y decantada tradición jurisprudencial, al hilo de la cual es claro que:

el momento consumativo del hurto es el de la asunción del poder sobre el bien por el delincuente cuando la víctima pierde la factibilidad de protección o de dominio sobre el mismo a causa de ese inconsulto apoderamiento, y la pierde, cuando, imposibilitada por la acción de aquél, o impotente para perseguir el bien porque v. gr., correr detrás de un vehículo en marcha es tarea que sólo podrá hacerse en los primeros instantes del hecho, se limita a mirar el alejamiento de su bien.¹⁵

Cuando el sujeto es sorprendido y aprehendido en el mismo momento en que se está apoderando de un bien destinado a la prestación de servicios públicos, resulta razonable pensar que el delito no se ha consumado y, por consiguiente, el sujeto sólo podría ser sancionado a título de tentativa (num. 1 art. 301). Distinta es la situación cuando el sujeto no es aprehendido en el mismo momento en el que se apodera de la cosa, sino momentos después debido a las voces de auxilio (num. 2 art. 301), o con elementos de los cuales se deduce que momentos antes ha participado en el ilícito (num. 3 art. 301). En este último caso, existe una buena posibilidad de que antes del momento de la aprehensión, el bien hubiera salido efectivamente de la órbita de dominio y control de la víctima, por lo que el delito puede entenderse consumado antes del momento de la captura. En este sentido, es muy importante entender que no toda captura en



¹³ Artículo 27. “Tentativa. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla”.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, fallo del 29 de octubre de 1986.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión del 2 de agosto de 1993, M. P. Dídimo Páez Velandia. Esta posición también ha sido reiterada en otras providencias como, por ejemplo, el auto del 20 de abril de 1992, M. P. Jorge Enrique Valencia Martínez, o la sentencia del 6 de mayo de 1999, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

flagrancia interrumpa la consumación del delito de hurto, tal como puede constatarse a continuación.

Si el delito de hurto se consumó antes de la aprehensión, pero aun así puede decirse que hay captura en flagrancia en los términos de los numerales 2 y 3 del artículo 301, entonces el sujeto debe responder por el delito de hurto consumado. Como consecuencia de ello, para efectos de estimar si se cumplen los requisitos objetivos para la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, y para saber si el fiscal debe o no dejar en libertad al capturado que se le ha puesto a disposición, debe tomarse la pena mínima prevista en la norma correspondiente.

A diferencia de lo anterior, si el delito no alcanzó a consumarse porque el sujeto fue aprehendido en la situación de flagrancia que describe el numeral 1 del artículo 301, entonces el funcionario judicial se ve en la obligación de dar al capturado el tratamiento previsto en el artículo 27 de la Ley 906, reduciendo la pena mínima imponible en la mitad. Debido a ello, el sujeto debe ser dejado en libertad por parte del fiscal, pues ese comportamiento no reúne el requisito objetivo de pena mínima imponible para la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

En síntesis, la discusión acerca de si las conductas constitutivas del hurto de la infraestructura destinada a la prestación de servicios públicos cumplen el requisito objetivo de pena mínima necesario para la imposición de una detención preventiva, y si el fiscal debe o no dejar en libertad al capturado puesto a su disposición, debe resolverse de la siguiente manera:

- a. El fiscal debe dejar en libertad al capturado, cuando las circunstancias de la captura reúnan alguna de las siguientes características: i) cuando la conducta recaiga sobre un bien que haga parte de la infraestructura de la empresa prestadora de servicios públicos, pero que no esté destinado a las comunicaciones, o a la transmisión y distribución de energía eléctrica o gas, o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, y no se observe la concurrencia de cualificantes o agravantes; y ii) cuando el sujeto sea capturado en la situación de flagrancia descrita en el numeral 1° del artículo 301 de la Ley 906, en condiciones que la captura hubiera impedido la consumación del hurto,

independientemente de la naturaleza o la destinación del bien objeto de apropiación.

- b. En todos los demás casos, el fiscal debe entrar a valorar la legalidad de la captura y el cumplimiento de los requisitos materiales para la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, para determinar si solicita o no una audiencia preliminar de legalización de la captura ante el juez de control de garantías. Este es el procedimiento previsto, por ejemplo, para circunstancias como las siguientes: i) cuando se trate de captura en alguna de las situaciones de flagrancia descritas en los numerales 2 y 3 del artículo 301, y la conducta consista en el hurto *consumado* de un bien destinado a las comunicaciones, o a la transmisión y distribución de energía eléctrica o gas, o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado; ii) cuando se trate de captura en alguna de las situaciones de flagrancia descritas en los numerales 2 y 3 del artículo 301, y la conducta consista en el hurto *consumado* de un bien que no esté destinado a las comunicaciones, o a la transmisión y distribución de energía eléctrica o gas, o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, siempre y cuando concurra alguna situación cualificante o agravante para el hurto.

Cuando nos hallamos en presencia de la captura en flagrancia por un delito de defraudación del servicio de telefonía pública básica conmutada, ya sea local, nacional o internacional, el fiscal también debe entrar a valorar la legalidad de la captura y el cumplimiento de los requisitos materiales de la detención preventiva, en orden a decidir si solicita o no una audiencia preliminar de legalización de la captura ante el juez de control de garantías. En los términos del artículo 257 de la Ley 599, modificado por el artículo 1 de la Ley 1032 de 2006,¹⁶ ese comportamiento está sancionado con una pena mí-



¹⁶ Artículo 257. “De la prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones. El que, sin la correspondiente autorización de la autoridad competente, preste, acceda o use servicio de telefonía móvil, con ánimo de lucro, mediante copia o reproducción de señales de identificación de equipos terminales de estos servicios, o sus derivaciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años y en multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En las mismas penas incurrirá el que, sin la correspondiente autorización, preste, comercialice, acceda o use el servicio de telefonía pública básica local, local extendida, o de larga distancia, con ánimo de lucro. Iguales penas se impondrán a quien, sin la correspondiente autorización, acceda, preste, comercialice, acceda o use red, o cualquiera de los servicios de telecomunicaciones definidos en las normas vigentes.

Parágrafo 1. No incurrirán en las conductas tipificadas en el presente artículo quienes en virtud de un contrato con un operador autorizado comercialicen servicios de telecomunicaciones.

Parágrafo 2. Las conductas señaladas en el presente artículo, serán investigables de oficio”.

nima imponible de 4 años. A mi juicio, la modificación introducida por la Ley 1032, despejó cualquier duda sobre la procedencia de la detención preventiva frente al acceso ilegal al servicio de telefonía, al asignar 4 años como pena mínima imponible a quien incurra en ese tipo de comportamientos.¹⁷ De este modo, el fiscal no podrá dejar en libertad al capturado aduciendo que no se cumplen los requisitos objetivos para la imposición de medida de aseguramiento. En estos casos, sólo podrá dejar en libertad al procesado si encuentra que la captura fue ilegal, o que no se reúnen los requisitos materiales para la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

Ahora bien, la situación frente al delito de defraudación de fluidos es bastante diferente. Cuando hablamos de la defraudación de energía eléctrica, gas natural domiciliario o agua potable, el agente no puede mantenerse privado de la libertad, por cuanto el artículo 256 de la Ley 599 prevé para esas conductas, con todo y el aumento de pena introducido por el artículo 14 de la Ley 890, una pena mínima de tan sólo 16 meses.¹⁸ Por consiguiente, es claro que frente a la captura en flagrancia de sujetos cometiendo el delito de defraudación de energía eléctrica, gas natural domiciliario o agua potable, el fiscal no tiene otra alternativa de decisión diferente a la de dejar en libertad al capturado, habida cuenta que en esos supuestos no se dan los requisitos objetivos para la imposición de una medida de aseguramiento.

La única forma de obtener la privación de la libertad del delincuente en los supuestos de defraudación de fluidos es apelando a la circunstancia prevista en el numeral 4 del artículo 313 de la Ley 906, introducida por el artículo 26 de la Ley 1142 de 2007.¹⁹ En esta dis-



¹⁷ A mi juicio, aun es discutible si algunos tipos de defraudaciones conocidas como, por ejemplo, *bypass* o *refille*, se adecuan a este tipo penal, como quiera que el párrafo primero excluye a quienes cometen esas conductas valiéndose de un contrato con un operador autorizado, lo cual normalmente se da en estos tipos de defraudaciones.

¹⁸ Artículo 256. "*Defraudación de fluidos*. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente]: El que mediante cualquier mecanismo clandestino o alterando los sistemas de control o aparatos contadores, se apropie de energía eléctrica, agua, gas natural, o señal de telecomunicaciones, en perjuicio ajeno, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y en multa de uno punto treinta y tres (1.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

¹⁹ Artículo 313. "*Procedencia de la detención preventiva*. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos: (...) 4. [Numeral adicionado por el artículo 26 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente]: Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado

posición se contempla que procede la detención preventiva cuando el sujeto hubiere sido capturado por la comisión de cualquier delito o contravención, dentro del año inmediatamente anterior a esta última detención. Para estos supuestos, el legislador no exigió que el delito por el cual se produjo la nueva captura tuviera una pena mínima imponible de cuatro años. Aquí, el legislador se limitó a fijar la existencia de una captura previa dentro del año inmediatamente anterior, como requisito objetivo para la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

En orden a hacer efectiva la detención preventiva en estos casos, cobra particular importancia la función de identificación e individualización del capturado que el artículo 128 de la Ley 906 impone a la Fiscalía General de la Nación, y que el artículo 11 de la Ley 1142 extendió a la Policía Nacional en el caso de las personas capturadas que no presentan documento alguno de identificación. Para que lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 313 de la Ley 906 pueda ser efectivo, es necesario que tanto la Policía Nacional como la Fiscalía General de la Nación cuenten con registros adecuados que permitan establecer si nos encontramos en presencia de un reincidente. Si ni la Policía Nacional ni la Fiscalía cuentan con este tipo de bases de datos, o las que tienen no son útiles para este propósito, entonces el intento del legislador por ejercer prevención especial respecto de este tipo de delincuentes no pasará de ser letra muerta.

No obstante la falta de bases de datos, los fiscales pueden en todo caso intentar apoyarse en los registros que llevan algunas de las empresas de servicios públicos. La Empresa de Teléfonos de Bogotá, por ejemplo, viene alimentando una base de datos con los registros de las personas que han sido capturadas por los delitos de hurto de infraestructura o de acceso ilegal a los servicios de telecomunicaciones. De modo que aun cuando en las bases de datos de la Policía Nacional o de la Fiscalía no aparezcan registros de capturas anteriores, conviene cerciorarse consultando a las empresas de manera directa, quienes eventualmente podrían suministrar una información que sea útil para determinar la existencia de capturas previas, y para solicitar la medida de aseguramiento por este motivo. Todo lo cual debería servir, también, como argumento para invitar a las



a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente”.

empresas prestadoras de servicios a que mejoren la calidad de sus bases de datos, o a que las implementen en el caso de que no cuenten con ellas.

5. Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando la conducta materia de investigación tenga prevista una pena mínima suficiente para la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, ello no significa que el fiscal deba proceder de inmediato a solicitar la realización de una audiencia preliminar ante un juez de control de garantías, en orden a que se valore la legalidad de la captura. Antes de dar trámite a esa instancia, el funcionario debe valorar si la captura fue realizada legalmente, o si se incurrió en una violación al régimen constitucional y legal de la libertad.

Frente a este punto, recuérdese que el artículo 302 de la Ley 906, dispone que la captura en flagrancia puede hacerla un funcionario de policía o un particular. Cualquiera sea la persona que la realice, el requisito *sine qua non* para la validez de este tipo de captura, es que la persona sea sorprendida y aprehendida en flagrancia, o sea, en cualquiera de las tres situaciones previstas en el artículo 301 *ibídem*. Puesto en términos prácticos, ello significa que la legalidad de la captura en flagrancia depende, principalmente, de que el funcionario encargado de valorar el procedimiento cuente con elementos de prueba que le permitan afirmar, en términos razonables, que la privación de la libertad tuvo lugar: i) en el momento de cometer el delito; ii) inmediatamente después de cometer el delito por persecución o voces de auxilio de quienes presencien el hecho; o iii) momentos después de cometer el delito con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que ha participado en él.

Visto desde esta perspectiva, el juicio de valor sobre la legalidad de la captura que debe realizar el funcionario judicial es, en el fondo, un juicio valorativo sobre los elementos materiales de prueba, o evidencias físicas, existentes en relación con las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se produjo la captura. A mi juicio, no sólo es importante saber si la captura tuvo o no lugar realmente en una situación de flagrancia, sino también si existen o no elementos materiales de prueba o evidencia física que permitan demostrar esa situación. De manera pues que corresponde al fiscal ante quien se ha puesto a disposición el capturado, antes de solicitar la audiencia preliminar de legalización de la captura ante el juez de control de

garantías, valorar los elementos probatorios existentes, en orden a determinar si el sujeto fue capturado en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 301 de la Ley 906.

Respecto al método que debe seguir el fiscal para este examen, y los elementos que debe tener en cuenta, es importante anotar que por respeto a los principios de oralidad y contradicción, sólo pueden tenerse como elementos de prueba válidos para valorar la legalidad de la captura aquellos que sean susceptibles de exhibirse y controvertirse en una audiencia preliminar de legalización de la captura. A tales efectos, es importante tener en cuenta las reglas del régimen probatorio general previsto en el Capítulo III, Título IV, Libro III de la Ley 906, y muy especialmente, a mi juicio, las relativas al interrogatorio cruzado de testigos previsto en el artículo 391 *ibídem*.²⁰ En mi criterio, los elementos físicos que no sean susceptibles de presentarse en una audiencia, o respecto de los cuales sea imposible ejercer el derecho de contradicción, no pueden tomarse en cuenta por el fiscal al momento de valorar si es procedente o no solicitar una audiencia preliminar para la legalización de la captura.

Puesto en términos sencillos, puede concluirse que aun cuando se cumplan los requisitos objetivos para la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, el fiscal ante quien fue puesto a disposición el capturado debe dejarlo en libertad cuando se presente alguna de estas dos circunstancias: i) cuando estime que no tiene elementos de prueba que permitan demostrar que el sujeto fue privado de la libertad encontrándose en alguna de las circunstancias descritas en el artículo 301 de la Ley 906; o ii) cuando considere que, aun teniendo algunos elementos físicos, éstos no son susceptibles de presentarse y controvertirse en una audiencia preliminar de legalización de la captura. Conclusión que,



²⁰ Artículo 391. “*Interrogatorio cruzado del testigo*. Todo declarante, luego de las formalidades indicadas en el artículo anterior, en primer término será interrogado por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba. Este interrogatorio, denominado directo, se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante. No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas.

En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quien solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma de contrainterrogatorio directo, se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo. Quien hubiere intervenido en el interrogatorio directo podrá agotar un turno de preguntas dirigidas a la aclaración de los puntos debatidos en el contrainterrogatorio, el cual se denomina redirecto. En estos eventos deberán seguirse las mismas reglas del directo.

Finalmente, el declarante podrá ser nuevamente preguntado por la otra parte, si considera necesario hacer claridad sobre las respuestas dadas en el redirecto y sujeto a las pautas del contrainterrogatorio”.

por lo demás, coincide con lo previsto en el inciso 4 del artículo 302 *ibídem*.²¹

Por su puesto, la conclusión anterior ameritaría un estudio mucho más detallado, en el que se abordaran individualmente cada uno de los diferentes elementos probatorios que pueden aparecer como prueba de la circunstancia de flagrancia en que se realizó la captura. Sin embargo, un estudio de esa naturaleza excede por mucho los alcances de éste, y por ello remito al lector al estudio y aplicación del régimen probatorio general. Por lo que respecta a los delitos contra la prestación de servicios públicos hay sin embargo algunas evidencias cuya enunciación puede ser útil para demostrar la situación de flagrancia en que se capturó al individuo:

- a. En los delitos de hurto de infraestructura, muy a menudo es útil solicitar como prueba de la legalidad de la captura el testimonio de los funcionarios de la empresa correspondiente que presenciaron la aprehensión del delincuente. Y me refiero, por su puesto, a aquellos funcionarios que hacen parte de los grupos o patrullas de reacción inmediata que han dispuesto las empresas de servicios públicos para atender en el menor tiempo posible el llamado de la ciudadanía sobre este tipo de situaciones. Estos funcionarios, por su disposición a trasladarse ágilmente al lugar de los hechos, muchas veces logran presenciar el momento de la captura por parte de las autoridades y, en otras, incluso son quienes aprehenden a los sujetos y los retienen hasta que llegan las autoridades de policía. Su testimonio, por ser susceptible de presentarse en la audiencia de legalización de la captura, y de contradicción por parte de la defensa, es una prueba idónea sobre la legalidad de la captura.
- b. En los delitos de acceso ilegal a los servicios de telecomunicaciones, las fotos obtenidas por los funcionarios de la empresa prestadora del servicio, siempre que sean entregadas debidamente a las autoridades y sometidas a la correspondiente cadena de custodia, pueden ser útiles como prueba de la situación de flagrancia. Por ejemplo, las fotos en que se observa la derivación



²¹ Artículo 302. "*Procedimiento en caso de flagrancia* (...). Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal".

que sale ilegalmente desde la acometida de la red de distribución hasta el predio, son útiles como prueba. Lo ideal, por supuesto, sería que esas fotos fueran tomadas por un fotógrafo forense adscrito a algún organismo con funciones de policía judicial, quien en el marco del sistema de cadena de custodia pudiera autenticar su contenido en un eventual juicio criminal. No obstante, en aplicación del principio de libertad probatoria previsto en el artículo 373 de la Ley 906, a mi juicio, las fotos tomadas por los funcionarios de la empresa de energía también pueden tener valor probatorio, siempre que esas fotos sean tomadas técnicamente –o sea, siguiendo los protocolos forenses establecidos para la recolección, embalaje y custodia de ese tipo de evidencia–, y que su autenticidad pueda ser acreditada en un eventual juicio con el testimonio del funcionario que las tomó.

Respecto al delito de defraudación de fluidos como agua, energía eléctrica o gas, dado que estas conductas no cumplen los requisitos objetivos para la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, el fiscal ante quien se presenta el capturado debe dejarlo inmediatamente en libertad, de manera que estos casos no ameritan un estudio sobre las pruebas requeridas para la legalización de la captura.

- c. Muy a menudo, resultaría útil verificar si junto al lugar en que se produjo la captura existe alguna cámara de seguridad instalada por los organismos de vigilancia privada de los edificios aledaños, o por la propia Policía Nacional. La celeridad con que el fiscal ordene la obtención de esa grabación, y el rigor con que esta sea recolectada y sometida al sistema de cadena de custodia, garantiza que pueda ser utilizada como prueba de la situación de flagrancia en que se capturó al sujeto.
- d. En los eventos en los que el hecho es detectado por la empresa o por las autoridades gracias a informaciones de la ciudadanía, cobra particular importancia la identificación del ciudadano que realizó la llamada, y su colaboración para la identificación del delincuente y la legalización de su captura. Normalmente, los ciudadanos son renuentes a prestar su testimonio para este tipo de judicializaciones, pues existe el temor a las represalias de las que puedan ser víctimas si el sujeto recobra la libertad. No obstante, a veces pueden encontrarse ciudadanos valientes que

están dispuestos a declarar, y por ello vale la pena indagar sobre la disponibilidad del ciudadano que notificó el hecho.

A parte de los medios probatorios antes mencionados, y quizás por su importancia, me interesa especialmente ocuparme por ahora de establecer si el informe de la captura que, por virtud del inciso final del artículo 302 *ibídem*, deben elaborar los funcionarios de policía judicial, tiene algún alcance probatorio para efectos de la legalización de la captura.

En la actualidad, observo que la discusión sobre el valor probatorio de los informes de policía judicial continúa siendo ardua. Para algunos sectores, estos informes tienen pleno valor probatorio, cuando quiera que los suscribe un servidor público bajo la gravedad del juramento. Para otros, en cambio, el carácter adversarial y la tendencia claramente acusatoria del procedimiento penal colombiano imponen que sólo puedan tener valor probatorio aquellos elementos de juicio que han sido exhibidos y sometidos a contradicción en el marco de una audiencia pública, oral y contradictoria. Los defensores de la primera teoría sostienen que el informe en el que los funcionarios de policía describen las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se produjo la captura debe tener valor probatorio. Los defensores de la segunda postura, en cambio, consideran que esos informes sólo tienen valor como criterios orientadores de la investigación, y que lo único que podría constituir prueba válida de las circunstancias de la captura, es el testimonio de los funcionarios que llevaron a cabo la detención.

Esta discusión viene dándose en Colombia desde hace mucho tiempo. En el año 2000, con ocasión de la expedición de la Ley 504 de 1999, la Corte Constitucional tuvo ocasión de sentar su posición. Recuérdese que la mencionada Ley, en su artículo 50,²² disponía que en ningún caso los informes de policía judicial tendrían valor probatorio. Esta disposición fue declarada inconstitucional mediante sentencia C-392 del año 2000, en la cual la Corte sostuvo lo siguiente:

En el presente caso la finalidad buscada por el legislador es legítima, pues tiene su fundamento en el artículo 29 de la Constitución que consagra la presunción de inocencia,



²² Artículo 50. "El artículo 313 del Código de Procedimiento Penal tendrá un inciso final del siguiente tenor: En ningún caso los informes de la Policía Judicial y las versiones suministradas por informantes tendrán valor probatorio en el proceso".

la cual solamente puede ser destruida cuando se incorporan legal y regularmente al proceso pruebas que el sindicato esta en la posibilidad de controvertir.

Los informes de la Policía si bien muchas veces revelan situaciones objetivas que han verificado sus agentes, en otras, son producto de indagaciones con terceros, muchas veces indeterminados, que estructuran conjeturas o apreciaciones que materialmente no son idóneos para fundar una prueba; pero en todo caso en su producción no intervinen las personas sindicadas que pueden verse afectados por ellos.

El legislador ha descartado el valor probatorio de dichos informes sobre la base de conveniencias políticas, que él libremente ha apreciado, como podrían ser la unilateralidad de éstos, y la de evitar que los funcionarios que deban juzgar se atengan exclusivamente a éstos y no produzcan otras pruebas en el proceso, en aras de la búsqueda de la verdad real, con desconocimiento de los derechos de los sindicados. Por ello la Corte, en ejercicio del control constitucional, no se encuentra en condiciones de cuestionar dichas consideraciones políticas, pues ello corresponde a la competencia y libertad del legislador para diseñar la norma jurídica procesal.

Sin embargo, lo anterior no obsta para que el funcionario judicial competente pueda, a partir de dichos informes, producir dentro del proceso la prueba que se requiera para establecer la realidad y veracidad de los hechos que son relevantes en éste, la cual naturalmente puede ser controvertida por el sindicato. Pero se anota que lo que dicho funcionario puede valorar es la prueba producida regularmente en el proceso, mas no los mencionados informes.

La pregunta es si este criterio se debe seguir aplicando en la actualidad y, de ser así, cuál sería el fundamento jurídico de dicha aplicación. Pues bien, sobre este punto hay que señalar que nos encontramos en presencia de una auténtica laguna jurídica, como quiera que la Ley 600 del año 2000, primero, y luego la Ley 906 de 2004, no sólo dejaron sin efectos el artículo 50 de la Ley 504, sino que además no regularon expresamente la materia. Aun cuando el artículo 319 de la Ley 600 incorpora una regulación para los informes de policía judicial, en estricto rigor jurídico esa normatividad se limita a los requisitos que estos informes deben satisfacer para su validez, sin señalar expresamente si éstos tienen o no valor probatorio. A su turno, la Ley 906 contempla y regula diferentes tipos de informes de policía judicial (por ejemplo, informe de captura, informe ejecutivo, informe de investigación de campo, informe de investigación de laboratorio, etc.), pero no contiene una disposición que de manera expresa señale si dichos informes tendrán o no valor probatorio.

A mi juicio, cualquiera que sea la posición que se asuma, ella sólo puede ser producto de un ejercicio de hermenéutica jurídica que resultará, en todo caso, discutible. No obstante, mi posición al respecto es que los informes de policía judicial no deben tener valor

probatorio dentro de la actuación y, por consiguiente, no pueden servir como prueba sobre la legalidad de la captura. Los argumentos que ofrezco para defender este punto de vista son los siguientes:

Desde el punto de vista material, considero que conceder valor probatorio a los informes de policía judicial lesiona el principio de imparcialidad previsto en el artículo 5 de la Ley 906,²³ conforme al cual es deber de los funcionarios judiciales establecer con *objetividad* la verdad y la justicia. Lo que ocurre con los informes de policía judicial es que no son rigurosamente objetivos, sino que se encuentran siempre permeados por las apreciaciones subjetivas del funcionario que lo elaboró. Para cada acontecimiento hay siempre más de una versión, y el informe de policía judicial contempla sólo una de ellas, razón por la cual el juez no puede concederles el alcance de una versión definitiva.

Los informes no demuestran cómo ocurrieron los hechos. A lo sumo, y en el mejor de los casos, sólo sirven para demostrar la percepción que el funcionario de policía judicial tuvo de los mismos. Lo que allí se condensa no es una imagen objetiva de los hechos, como puede serlo la que se desprende de una fotografía, un video o un instrumento público, sino la interpretación, en todo caso subjetiva, que hizo el funcionario de policía judicial.

La manera de conceder validez a las impresiones consignadas en el informe es sometiéndolas a la contradicción. Sólo en la medida en que dichas afirmaciones sean cuestionadas, examinadas y confirmadas, puede el funcionario judicial tomarlas como versiones creíbles, para efectos de utilizarlas como fundamento de su decisión. Pero en este caso, lo que constituiría la prueba no es entonces el informe de policía judicial, sino el interrogatorio al que se debe someter el funcionario, y concretamente las declaraciones vertidas por él en presencia del juez. Procedimiento que, además, es indispensable a la luz de los principios de contradicción e inmediación, previstos en los artículos 15²⁴ y 16²⁵ *ibídem*.



²³ Artículo 5. "*Imparcialidad*. En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia".

²⁴ Artículo 15. "*Contradicción*. Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada".

²⁵ Artículo 16. "*Inmediación*. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de

6. Para terminar este aparte quisiera plantear una última cuestión: ¿qué ocurre en aquellos eventos en que los requisitos objetivo-formales para la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, y los elementos materiales de prueba que demuestran la legalidad de la captura se encuentran dados, pero el fiscal estima que los requisitos materiales exigidos por el artículo 308 de la Ley 906²⁶ no se hallan reunidos?

En este caso, considero que por virtud de lo dispuesto en el artículo 287 de la Ley 906,²⁷ el fiscal tiene completa discrecionalidad para solicitar o no la medida de aseguramiento. En este sentido, aun dándose los requisitos formales para la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, y aun cuando la captura se hubiere producido en legal forma, el fiscal debe determinar si se cumplen adicionalmente los requisitos materiales para solicitar la imposición de una medida de aseguramiento. Si el fiscal estima que no se cumplen los requisitos materiales previstos en el artículo 308 *ibídem*, entonces tiene la facultad de decidir que no solicitará la imposición de medida de aseguramiento y, en ese orden de ideas, no es necesario acudir ante un juez de garantías para la legalización de la captura, pues en este caso lo procedente será dejar en libertad al capturado.

No obstante lo anterior, y en defensa de los derechos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, hay que decir que la víctima del delito se encuentra legitimada para solicitar ante un juez de control de garantías que no se conceda la libertad al procesado, y que se le imponga la medida de aseguramiento. Sobre esta



conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías”.

²⁶ Artículo 308. “*Requisitos*. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia”.

²⁷ Artículo 287. *Situaciones que determinan la formulación de la imputación*. El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal *podrá* solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.

facultad, la Corte Constitucional ha sido extensa y prolijamente clara:

no se vislumbra una razón objetiva y suficiente que justifique esta exclusión. Permitir la solicitud de medidas de aseguramiento o de protección directamente ante el juez competente por la víctima, sin mediación del fiscal, no genera una desigualdad de armas, no altera los rasgos fundamentales del sistema penal con tendencia acusatoria, ni implica una transformación del papel de interviniente especial que tiene la víctima dentro de este sistema procesal penal. Antes bien, asegura en mayor grado la adecuada protección de la vida, integridad, intimidad y seguridad de la víctima, de sus familiares y de los testigos a favor, así como de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

8.5. Esta omisión genera además una desigualdad en la valoración de los derechos de la víctima, al dejarla desprotegida en circunstancias en las que deba acudir urgentemente ante el juez competente para solicitar la adopción de una medida de protección o aseguramiento, o la modificación de la medida inicialmente otorgada.

8.6. Finalmente, esta omisión entraña el incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal, en la medida que la deja desprotegida en circunstancias apremiantes o ante la omisión del fiscal en el cumplimiento de su deber de proteger a las víctimas y testigos de posibles hostigamientos o amenazas, y de solicitar las medidas necesarias para promover los fines previstos en el artículo 308 de la ley, los cuales guardan estrecha relación con los derechos de la víctima a la verdad y a la justicia.

Por lo anterior, y por el cargo analizado, se declarará la exequibilidad del artículo 306, del artículo 316 y del artículo 342 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente, ya sea el de control de garantías o el de conocimiento, según corresponda, a solicitar la medida respectiva.²⁸

De este modo, hoy ya no puede caber duda respecto a la facultad que tiene la víctima para solicitar directamente, sin la mediación del fiscal, la imposición de una medida de aseguramiento sobre el capturado, cuando se encuentran reunidos los requisitos formales y materiales para ese efecto. Con todo, esta facultad debe ejercerse de forma expedita, de modo que el juez de control de garantías pueda pronunciarse sobre la procedencia de la medida antes de que la Fiscalía le conceda la libertad. Ello requiere un buen nivel de interlocución entre la Fiscalía y las empresas prestadoras de servicios públicos, de manera que desde el comienzo esté claro si la Fiscalía tiene la intención de solicitar la medida de aseguramiento en la audiencia preliminar de legalización de la captura y formulación de la imputación, o si la víctima debe apresurarse a solicitar independientemente la audiencia preliminar para ese efecto.



²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-209 de 2007.

2. PROCEDIMIENTO FRENTE A LA DENUNCIA

1. Frente a algunas tipologías de conductas, las empresas prestadoras del servicio son quienes se encargan directamente de transmitir la noticia *criminis*, mediante la elaboración de una denuncia penal. Es el caso de ciertos delitos de hurto de infraestructura, o de algunos eventos en los que la empresa, por cierta información técnica de la que dispone, tiene elementos de juicio para suponer que un cliente está defraudando los fluidos suministrados por la empresa.
2. En efecto, muchas de las conductas de hurto de infraestructura se realizan bajo condiciones en las que la empresa no puede enterarse sino pasado un tiempo desde la comisión del ilícito. Me refiero, por ejemplo, a los hurtos de tapas y rejillas del acueducto municipal, a los hurtos de las lámparas que componen el alumbrado público, al hurto de los transformadores generales que son propiedad de la empresa y que prestan el servicio a varios clientes, al cambio o sustitución de la acometida original de la empresa por otra de menor valor, al hurto de las redes eléctricas de suplencia, o al hurto de la tubería metálica que transporta el gas natural domiciliario desde la red de polietileno hasta el medidor de consumo, etc. En estos casos, la empresa sólo se entera de la pérdida de la infraestructura después de que ha sido hurtada, y normalmente debido al reclamo que por fallas en el servicio eleva alguno sus clientes, o al informe de alguno de los contratistas encargados de inspeccionar la calidad de prestación del servicio. Cuando esto ocurre, la empresa no tiene alternativa diferente a la redacción y presentación de una denuncia penal, en la cual se relaciona la infraestructura objeto del ilícito. De hecho, debido a que algunos elementos hurtados tienen un valor individual relativamente bajo, muchas empresas han optado por acumular los hurtos de infraestructura de los que son víctimas para informarlos en una denuncia general que presentan a las autoridades mensualmente, o con otra periodicidad.

Como quiera que sea, lo importante es que en estas denuncias puede encontrarse información sumamente útil sobre los bienes objeto del hurto, tales como los datos que permiten identificar e individualizar los elementos. En el caso del hurto de las lámparas del alumbrado público, por ejemplo, es importante subrayar que el casco, la foto celda y el vidrio de la luminaria se encuentran contramarcados, de modo que ante un pronto hallazgo de estos elementos es posible su identificación. En otros casos, si bien la información suministrada

no permite individualizar los elementos hurtados, ésta si permite identificar el género al que pertenecen, y asociarlo vía indiciaria a la que ha sido objeto del ilícito. Me refiero, por ejemplo, al caso del hurto de acometidas o redes de suplencia, en los cuales la empresa no está en condiciones de ofrecer un dato que permita identificar e individualizar exactamente el objeto del hurto, pero en los que sí está en capacidad de señalar las características genéricas que tienen los cables de propiedad de la empresa de energía denunciante, y que además sólo son utilizados por ella. Este también es el caso del hurto de las tapas y rejillas que sufren las empresas de acueducto, pues si bien la empresa no puede ofrecer un número de registro que permita individualizar exactamente cada uno de estos elementos, todos ellos tienen una serie de características que facilitan establecer, ante un eventual hallazgo, si esos elementos pertenecen o no a la empresa de acueducto denunciante.

Lamentablemente, hay también supuestos en los que, por su naturaleza, los elementos hurtados no tienen características que permitan su identificación –ni siquiera genérica–, por tratarse de elementos que circulan libremente en el mercado sin ningún tipo de característica de especificidad. Es lo que suele suceder con el hurto de la tubería metálica que transporta el gas natural desde la red de polietileno hasta el medidor, y que consiste fundamentalmente en un tubo de cobre común similar al que puede adquirirse en cualquier comercio. O también lo que ocurre con el robo de las bobinas contenidas en los transformadores eléctricos, las cuales son altamente apetecidas por el cobre con que se fabrican, y que no cuentan con características que permitan diferenciarlas de las que se comercializan libremente.

3. A mi juicio, la información que suministra la denuncia sobre las características de los elementos objeto de hurto tiene una vital importancia para determinar el tratamiento procesal que debe recibir el hecho. En primer lugar, esta información es fundamental para saber si el bien objeto de hurto puede ser identificado e individualizado ante un eventual hallazgo, o si se trata de un elemento genérico que no permite su individualización, pero sí establecer su pertenencia a la empresa denunciante. En concreto, la posibilidad o no de individualizar el objeto de la apropiación debe servir para determinar si la denuncia penal formulada por la empresa debe dar lugar a un nuevo proceso de investigación independiente, o si ésta

debe acumularse con otras investigaciones que estén en marcha por hechos similares.

Cuando el bien hurtado se puede individualizar, se justifica iniciar una investigación penal independiente, porque en esos casos la actuación puede dirigirse al hallazgo de ese elemento en particular, y su ubicación es suficiente para saber a ciencia cierta de cuál de los hechos denunciados por la empresa son producto esos bienes. En este sentido, la evidencia encontrada al momento del hallazgo de los elementos puede cruzarse y analizarse con la información que se tiene sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que fue hurtado, lo que incrementa significativamente las posibilidades de identificar y ubicar a los responsables.

En cambio, cuando el bien hurtado no se puede individualizar, no conviene iniciar una investigación penal independiente por dos razones: i) en primer lugar, porque la sola ubicación de elementos con características similares o idénticas a las de los bienes hurtados no es suficiente para saber a ciencia cierta de cuál de los hechos denunciados por la empresa son producto esos bienes; ii) y en segundo lugar, porque el análisis cruzado, conjunto y sistemático de las evidencias encontradas en los diferentes lugares en que han sido hallados este tipo de elementos, puede arrojar importantes conclusiones sobre la identidad y ubicación de los autores o partícipes, mucho más de lo que se obtendría si esas evidencias se procesan de forma independiente y desconectada. De hecho, considero que este tipo de tratamiento es necesario, si se quiere luchar de forma efectiva contra las organizaciones dedicadas al saqueo de la infraestructura de las empresas de servicios públicos.

Tratándose de elementos genéricos, que no pueden individualizarse, considero que la mejor alternativa procesal es la acumulación de denuncias.²⁹ Ello es perfectamente posible, no sólo porque el régimen procesal penal colombiano le concede al Fiscal General de la Nación, como titular de la acción penal, un margen de discrecionalidad bastante amplio en lo que se refiere a la coordinación de las



²⁹ No quiero decir con ello que en el caso del hurto de bienes cuya individualización es posible, la acumulación no sea jurídicamente posible o conveniente. A mi juicio, hay razones plausibles para sostener que también en estos casos la acumulación de denuncias es conveniente, pues esta modalidad de investigación permite un cruce eficiente de información que es muy útil para luchar contra el crimen organizado. Lo que quiero indicar es que en los casos en los cuales los bienes no son susceptibles de una identificación e individualización exacta, la acumulación de denuncias resulta mucho más necesaria y aconsejable.

labores de investigación, sino también porque el artículo 50 de la Ley 906 expresamente dispone que los delitos conexos se *investigarán* y juzgarán conjuntamente.

Frente a lo primero, nótese que el artículo 200 de la Ley 906, modificado por el artículo 49 de la Ley 1142, establece que es competencia de la Fiscalía General de la Nación la investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento, dejando a discrecionalidad de ese organismo la forma en que se asignan las diferentes investigaciones en la entidad. En este sentido, y dado que la ley procesal colombiana no regula la facultad que tiene la Fiscalía General para la asignación de las actuaciones en la entidad, puede concluirse que no existen limitaciones que impidan la acumulación de denuncias e investigaciones en los términos propuestos

Pero además, considero válido afirmar que la ley procesal penal no sólo no prohíbe la acumulación de estas denuncias, sino que la promueve e, incluso, la exige en los casos en que se trata de delitos conexos. Al tenor de lo dispuesto por el artículo 50 de la Ley 906,³⁰ los delitos conexos deberán ser investigados conjuntamente cuando se encuentren frente a alguna de las circunstancias previstas en el artículo 51 *ibidem*,³¹ para la declaratoria de conexidad por parte del juez de conocimiento. En este sentido, estimo oportuno recordar, para el tema que nos ocupa, que el numeral 4 de ese artículo dispone claramente que es posible investigar bajo una misma cuerda procesal diferentes conductas punibles, siempre que “se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en los que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra”. En este caso estimo que existen elementos de juicio, no sólo jurídicos sino incluso técnicos, con fundamento en los cuales resulta plausible sostener que ese tipo de hurtos de infraestructura pueden presentar cierta



³⁰ Artículo 50. “*Unidad procesal*. Por cada delito se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales. Los delitos conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente. La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales”.

³¹ Artículo 51. “*Conexidad*. Al formular la acusación el fiscal podrá solicitar al juez de conocimiento que se decrete la conexidad cuando: (...) 4. Se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en los que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra”.

homogeneidad en el *modus operandi*, y que la evidencia obtenida en una investigación puede ser útil para esclarecer las otras.

Particularmente cuando se requieren conocimientos técnicos especializados para llevar a cabo el ilícito, la conexidad entre las conductas denunciadas se hace latente. En el hurto de las acometidas de alta y media tensión, o en el de las redes de suplencia de energía, por ejemplo, el agente debe tener unos conocimientos especiales para la manipulación segura de este tipo de elementos, o incluso para su ubicación, pues no cualquier persona puede identificar fácilmente cuáles son las redes de suplencia, por donde van, y cómo se pueden extraer sin afectar el servicio de modo que la empresa detecte la falta de la acometida de inmediato. En este sentido, las denuncias relativas al hurto de este tipo de infraestructura, a mi juicio, deben ser acumuladas para que se investiguen bajo una misma cuerda procesal, tratando de sistematizar y cruzar al máximo la información hallada en cada una de ellas sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió el hecho materia de investigación.

Por supuesto, entiendo que la labor de adelantar una investigación en esas condiciones implica la recolección, organización, análisis y judicialización de una cantidad de información y evidencia, prácticamente inabarcable para un sólo funcionario. Es por esta razón que creo que frente a delitos como los que nos ocupan, la Fiscalía General de la Nación debería hacer uso de la prerrogativa que el artículo 211 de la Ley 906³² le confiere a los fiscales jefes de unidad, para crear grupos permanentes de tareas especiales, integrados por fiscales exclusivamente dedicados a este tipo de casos. Facultad que se encuentra ya reglamentada en el *Manual de procedimiento de fiscalías en el sistema penal acusatorio colombiano*.

Así mismo, estimo que los organismos con funciones de policía judicial, en el marco de la autonomía administrativa de la que gozan,



³² Artículo 211. “*Grupos de tareas especiales*. Cuando por la particular complejidad de la investigación sea necesario conformar un grupo de tareas especiales, el fiscal jefe de la unidad respectiva solicitará la autorización al Fiscal General de la Nación, Director Nacional o Seccional de Fiscalía o su delegado.

El grupo de tareas especiales se integrará con los fiscales y miembros de policía judicial que se requieran, según el caso, y quienes trabajarán con dedicación exclusiva en el desarrollo del programa metodológico correspondiente.

En estos eventos, el fiscal, a partir de los hallazgos reportados por la policía judicial, deberá rendir informes semanales de avance al Fiscal General de la Nación, Director Nacional o Seccional de Fiscalía o su delegado, a fin de evaluar los progresos del grupo de tareas especiales.

Según los resultados, el Fiscal General de la Nación, Director Nacional o Seccional de Fiscalía o su delegado podrá reorganizar o disolver el grupo de tareas especiales”.

deben crear grupos de investigación exclusivamente dedicados a prestar apoyo investigativo, operativo y técnico-científico al grupo o grupos de tareas especiales que se creen para investigar este tipo de conductas. Algunas empresas de servicios públicos ya se apoyan directamente en algunos grupos existentes, tal como ocurre con el apoyo que el Grupo de Ingenieros y Arquitectos del CTI presta a Codensa S.A. para la investigación del delito de defraudación de fluidos. Sin embargo, debe señalarse que, en primer lugar, el Grupo de Ingenieros y Arquitectos del CTI no se concentra única y exclusivamente en el delito de defraudación de fluidos, sino que tiene que prestar apoyo técnico-científico a la Fiscalía en otros temas propios de su especialidad, y relacionados con otros tipos de conductas punibles (por ejemplo, peculados, celebración indebida de contratos, estafas, etc.); y en segundo lugar, no tengo noticia de que un grupo especialmente creado para el efecto preste apoyo a las empresas en materia de hurto de infraestructura, cuando quiera que el grupo antes mencionado sólo presta sus servicios en materia de defraudación de fluidos.

4. Ahora bien, la información sobre las características de los elementos objeto de hurto tiene una vital importancia para determinar el tratamiento procesal que debe recibir el hecho, no sólo en lo que se refiere a la necesidad de abrir o no una investigación independiente, sino también en lo que se refiere a la procedibilidad misma de la investigación penal.

Para comenzar, recuérdese que el artículo 74 de la Ley 906, modificado por el artículo 4 de la Ley 1142, estableció que el hurto simple menor a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv), debe recibir el tratamiento de delitos querellables. Por esta razón, la competencia para investigar este tipo de comportamientos por parte de la Fiscalía General de la Nación depende de que se satisfaga la presentación de una querrela por parte del querellante legítimo, como requisito objetivo de procedibilidad. No obstante, es importante recordar que el inciso final del artículo 24 de la Ley 906, modificado por el artículo 31 de la Ley 1142, determinó que el hurto será calificado cuando recaiga sobre “elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, o a la generación, transmisión o distribución de energía eléctrica y gas domiciliario, o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado”. Debido a lo anterior, estimo que las conductas constitutivas de hurto de la infraestructura

necesaria para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, acueducto y alcantarillado, telefonía básica conmutada y gas domiciliario, no pueden ser sometidas al requisito objetivo de procedibilidad previsto para los delitos querrelables y, por consiguiente, la Fiscalía tiene el deber de asumir de oficio la investigación de esos hechos.

Sobre este punto es importante llamar la atención acerca del énfasis que pone la norma en la destinación que deben tener los bienes para que su hurto sea calificado. Obsérvese que en relación con el hurto de alguna infraestructura que, en estricto sentido, no es indispensable para garantizar el servicio de comunicaciones, o la adecuada producción o conducción de la energía eléctrica o el gas natural domiciliario, o la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, resulta francamente forzado intentar su reconducción a hurto calificado. En orden a establecer qué bienes quedan o no incluidos en la calificación prevista en el artículo 240 *ibídem*, no considero correcto discriminar de forma general y definitiva qué tipo de infraestructura es esencial para la comunicación, o para la producción y conducción de energía o gas, o para el acueducto y alcantarillado. No me parece correcto sostener que, por ejemplo, las tapas de ciertas subestaciones subterráneas de energía o de las cámaras de paso de la telefonía, no son elementos destinados a las comunicaciones o a la producción o conducción de energía, y que, por tal razón, su hurto siempre estará sometido al régimen de los delitos querrelables. A mi juicio es necesario analizar, caso por caso, la función que cumplía el elemento hurtado para la prestación de los servicios domiciliarios, en orden a establecer si se trata o no de un elemento incluido en la calificación prevista en el artículo 240 de la Ley 599. En este sentido, considero que corresponde al fiscal de conocimiento valorar caso por caso, y frente a graves dudas, antes de dar a las diligencias el trámite de un delito querrelable, ordenar la obtención de un concepto técnico que lo ilustre sobre la función que cumplía el elemento hurtado, y la intensidad en que pudieron verse afectadas las comunicaciones, o la producción y conducción de energía o gas, o el acueducto y alcantarillado tras su desaparición.

Situación bien diferente es la de las conductas constitutivas del hurto de la infraestructura que no es indispensable para garantizar el servicio de comunicaciones, o la adecuada producción o conducción de la energía eléctrica o el gas natural domiciliario, o la prestación

de los servicios de acueducto y alcantarillado. La conclusión inmediata sería entonces que, cuando el valor de esos bienes es inferior a los ciento cincuenta (150) smlmv, la Fiscalía General de la Nación sólo adquiere competencia para investigar su hurto si se presenta una querrela por parte de la empresa que ostente la calidad de querellante legítimo.

A mi juicio, no es político-criminalmente conveniente que el procesamiento de los delitos de hurto de infraestructura cuyo valor sea menor a ciento cincuenta (150) smlmv, simplemente se someta al régimen de los delitos querellables. El impacto negativo que estas conductas pueden ocasionar en la calidad o en el costo de servicios considerados esenciales, hace que su realización sea merecedora de un reproche social severo, y, por consiguiente, que sean tratados como auténticos delitos investigables de oficio. Y se trata no sólo de que la intensidad de la sanción penal sea equivalente a la reprochabilidad de la conducta, sino también de que el Estado asuma la obligación de perseguir este tipo de comportamientos a través del procedimiento que mejor fortalezca la capacidad de los organismos de investigación para conseguir la condena de los presuntos responsables. Así pues, si bien puede ser cierto que la cuantía individual de cada delito es relativamente baja –pues el coste de una tapa o de una rejilla no impacta de modo significativo el patrimonio de la empresa–, en mi criterio nos encontramos frente a lo que la doctrina suele denominar como *delitos de acumulación*, caracterizados porque la agregación de la totalidad de las conductas individualmente realizadas permite evidenciar un grave perjuicio para el patrimonio de la empresa y para sus usuarios. De hecho, téngase en cuenta que las autoridades encargadas de vigilar la prestación de los servicios públicos están permanentemente atentas a que los costos o gastos en que deben incurrir las empresas prestadoras de servicios públicos a causa del hurto de su infraestructura no se traslade a los consumidores finales vía aumento de costo en la facturación.

Visto desde esta perspectiva global, esto es, como un *delito en masa*, la necesidad político-criminal de reconducir la investigación de estos hechos hacia el procedimiento de los delitos investigables de oficio es incontestable. A tales efectos, encuentro que la acumulación de los delitos puede ser un mecanismo muy útil para reconducir la investigación del hurto de la infraestructura cuyo valor sea menor a ciento cincuenta (150) smlmv, hacia la competencia de la Fiscalía General de la Nación. Si el hurto de las tapas o de las rejillas se cuan-

tifica en su conjunto, y no de manera individual, es posible afirmar que ese tipo de conductas implica una afectación al patrimonio de la empresa que excede, por mucho, los ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes que exige la norma para ser judicializados como delitos investigables de oficio. A mi juicio, la acumulación de delitos permite la agregación de las cuantías de los diferentes hurtos investigados, y con ello la reconducción hacia el procedimiento penal de los delitos propiamente dichos. Puesto en pocas palabras, la acumulación de delitos hace posible que unos hechos que individualmente considerados serían sometidos al procedimiento de los delitos querellables, sean judicializados por el procedimiento de los delitos investigables de oficio para mejorar su profilaxis criminal.

En mi opinión, ésta es una conclusión que se articula adecuadamente con la postura asumida por la jurisprudencia penal en lo relativo a la determinación de la cuantía en los supuestos de hurto. En varias providencias, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la fijación de la cuantía para efectos de la determinación de la competencia de las autoridades para el juzgamiento del delito de hurto debe hacerse tomando en cuenta el valor total de los bienes objeto de apropiación, pero sin incluir los perjuicios de orden moral o la estimación del lucro cesante derivada del ilícito. A guisa de ejemplo, en una sentencia del 20 junio de 2001, la Corte sostuvo que: “La cuantía en el hurto se establece por el valor total de los bienes objeto de apoderamiento, indistintamente de que los mismos hayan sido o no recuperados”.³³ Y más recientemente, en una providencia del 29 octubre de 2003, la Corporación ratificó su posición en el sentido de que: “Es elemental que en los atentados contra el patrimonio económico la cuantía coincide con el valor en el cual se defrauda o se intenta defraudar y en ningún momento con la suma estimada para la reparación de los daños materiales y morales sufridos por la víctima”.³⁴ De este modo, tal como lo veo, la acumulación del valor de los bienes objeto de apropiación para efectos de la determinación de la cuantía es un procedimiento no sólo jurídicamente correcto –prescrito incluso por la Corte Suprema–,



³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 20 junio de 2001, M. P. Fernando Arboleda Ripoll, expediente 13612.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 29 octubre de 2003, M. P. Yesid Ramírez, expediente 15768.

sino también político-criminalmente conveniente, amén que de esa forma es posible trasladar la competencia para su investigación a la Fiscalía General de la Nación.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, es importante aclarar que para respetar el principio constitucional de responsabilidad penal individual por las propias acciones,³⁵ y la estructura de imputación objetiva y subjetiva del delito prevista en el artículo 9 de la Ley 599,³⁶ la acumulación de la investigación sólo debe durar hasta el momento en que los autores y partícipes responsables hayan sido identificados, y la determinación de la cuantía del delito específicamente cometida por ellos sea posible. Cuando la Fiscalía cuente con evidencias que permitan identificar a las personas responsables del delito y la cuantía del mismo, debe proceder a romper la unidad procesal de la investigación para asegurar que a cada uno de los investigados se le formule la imputación por el delito que personalmente cometió, y para facilitarles así mismo el derecho de defensa. Este es el trámite procedente, no sólo porque es el único que garantiza plenamente la vigencia de los derechos constitucionales de los procesados, sino además porque lo exige el numeral 5 del artículo 53 de la Ley 906.³⁷

Tal como lo prevé el numeral 5 *ibídem*, en este caso la decisión de romper la unidad procesal se justifica porque la valoración de las pruebas determina la posibilidad de especificar el delito respecto de una persona en particular, a quien debe formularse una imputación personal e independiente, y respecto de quien puede resultar necesario reponer la actuación para que pueda ejercer la totalidad de los derechos que la Constitución y el régimen procesal le confieren.



³⁵ Artículo 29. "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes *al acto que se le imputa*, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

³⁶ Artículo 9. "*Conducta punible*. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad".

³⁷ Artículo 53. "*Ruptura de la unidad procesal*. Además de lo previsto en otras disposiciones, no se conservará la unidad procesal en los siguientes casos: (...) 5. Cuando en el juzgamiento las pruebas determinen la posible existencia de otro delito, o la vinculación de una persona en calidad de autor o partícipe".

5. A parte de lo anterior, caso muy especial es el del hurto de los medidores de energía, de gas o de agua, pues debe recordarse que aunque su apropiación afecta la normal prestación del servicio público correspondiente, el verdadero propietario de ese elemento es el cliente y no la empresa de servicios públicos. Frente al hurto del medidor, el particular afectado se ve en la obligación de solicitar a la empresa su reposición, lo cual se realiza a costas del propio cliente. Normalmente, para proceder a la reposición del medidor, la empresa exige al cliente la presentación de una denuncia penal, en la que habrá de indicarse el número del medidor que fue objeto de la apropiación. No obstante, estas denuncias se formulan principalmente como una formalidad para poder tramitar ante la empresa la adquisición de un nuevo medidor, como quiera que el seguimiento que de ellas hace la parte denunciante es casi inexistente. Aún más, nótese que luego de presentada la denuncia penal, el propio denunciante no se encuentra interesado en apartarse de sus labores diarias para prestar su colaboración con la investigación, pues asume que después de todo ya adquirió un nuevo medidor, y que el hallazgo del anterior, o la detención de los responsables, en nada le beneficia y, antes bien, podría ponerle en riesgo.

La principal cuestión en relación con el hurto de medidores parece ser la relativa al procedimiento que debe seguirse para su judicialización; esto es, si ha de tramitarse como un delito querellable. A este respecto considero que son dos las razones que permiten sostener que el hurto del medidor debe tramitarse como un delito querellable en aquellos casos en que se ha identificado al presunto responsable del delito: i) en primer lugar, que el medidor no es un bien destinado a la producción o conducción del fluido, sino a su contabilización para efectos de la facturación; y ii) en segundo lugar, que la cuantía del delito normalmente estará por debajo de los ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Frente a lo primero, téngase en cuenta que el inciso final del artículo 240 de la Ley 599, es perfectamente claro al señalar que sólo se incluyen entre los delitos de hurto calificado cometidos sobre bienes “destinados a las comunicaciones”, o a la “generación, transmisión o distribución” de energía o gas domiciliario, o a la “prestación” de acueducto o alcantarillado. De cara a esta disposición, es claro que el hurto de medidores no se encuentra incluido en el supuesto de hurto calificado, habida cuenta que el medidor no es un aparato o instrumento destinado a las comunicaciones, o a la producción y

conducción de energía o gas, o a la prestación del acueducto o alcantarillado. A mi juicio, es incuestionable que el hurto de los medidores debe ser, salvo circunstancias excepcionales, sometido al trámite del procedimiento de los delitos querellables, y que una interpretación diferente, aunque podría resultar político-criminalmente más conveniente, es contraria al tenor literal de la ley.

En cuanto a lo segundo, hay que anotar que el valor comercial de un medidor es normalmente inferior a los ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, razón por la cual se encuentra en el supuesto jurídico contenido en el numeral 2 del artículo 74 de la Ley 906. En atención a esta situación surge la cuestión de si el hurto de este tipo de elementos podría acumularse como sugerimos respecto de otro tipo de elementos, de modo que para la determinación del trámite procedente no se tome la cuantía individual de cada medidor, sino el costo global que tiene este tipo de conductas para todos los clientes víctimas de este delito.

A mi juicio, el alcance del numeral 5 del artículo 51 de la Ley 906, permite que la investigación del hurto de medidores pueda acumularse, pero en los términos ya expuestos anteriormente. Dado que es posible que una misma persona, o un mismo grupo de personas, sea el responsable del hurto de varios medidores, resulta factible afirmar que nos encontramos en el supuesto de hecho señalado por la norma para la declaración de la conexidad: que se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en los que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y que la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra. Por esta razón, creo que cuando no se tiene conocimiento de la identidad de los autores o partícipes de los diferentes hurtos de medidores, es posible que para efectos de determinar la competencia, la cuantía del ilícito se determine mediante la suma del valor individual de todos los medidores hurtados que se encuentran en esas condiciones.

Como aclaración de lo anterior recuérdese que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido con nitidez la diferencia entre la cuantía del hurto y el perjuicio sufrido por la víctima del mismo. En este caso, el valor individual del medidor es indicativo del perjuicio material sufrido por el denunciante, pero la cuantía del hurto debe estimarse mediante la determinación del valor total de todos los bienes hurtados. De esta forma, independientemente de que exista

multiplicidad de víctimas, y de que en este caso el valor del perjuicio sufrido por cada una de ellas sea menor a los ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo cierto es que hasta que no se tenga conocimiento de la identidad de los autores y partícipes, y de la cuantía del delito cometido por cada uno de ellos, la Fiscalía debería investigar los hechos como delitos conexos, pues existe la posibilidad de que una parte de los hurtos denunciados haya sido realizado por una misma persona (o grupo de personas) mediante una conducta homogénea, y que la evidencia aportada por una investigación pueda influir en la otra.

Ahora bien, una vez producida la identificación de las personas responsables, la unidad debe romperse para que a ésta pueda imputársele únicamente las conductas realizadas por él. La ruptura de la unidad procesal, en este caso, es necesaria para preservar el principio de responsabilidad penal individual por las propias acciones, el cual es fundamental dentro de las estructuras de legitimidad política y moral de nuestro ordenamiento penal.

3. ACTOS URGENTES

Como se sabe, la denuncia penal de la que hemos venido hablando puede ser presentada directamente ante la Fiscalía General de la Nación, o ante las autoridades de policía. Cuando se presenta directamente ante la Fiscalía General de la Nación, el funcionario a quien le sea asignada la investigación debe proceder a estudiar la viabilidad de iniciar la investigación penal, y en este caso proceder a la elaboración del programa metodológico (de lo cual me ocuparé en el siguiente apartado). Cuando se presenta ante las autoridades de policía, entonces resulta procedente aplicar el procedimiento previsto para la indagación preliminar, según las reglas que intentaré exponer a continuación.

El artículo 205 de la Ley 906,³⁸ confiere a los funcionarios adscritos a los organismos que cumplen funciones de policía judicial permanentemente la facultad de adelantar los actos urgentes que sea necesario



³⁸ Artículo 205. “Actividad de policía judicial en la indagación e investigación. Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia”.

llevar a cabo, en orden a asegurar el éxito de la investigación. Esta disposición fue expresamente desarrollada por el artículo 3.4 del *Manual único de policía judicial*, en el cual se define no sólo qué tipo de actividades pueden considerarse como actos urgentes, sino también el procedimiento que debe seguirse para su realización. Entre las actividades que ordinariamente podrían realizarse en el curso de una investigación por delitos contra la prestación de servicios públicos, caben dentro del concepto de actos urgentes únicamente la inspección al lugar de los hechos, las entrevistas, los interrogatorios, y las situaciones de flagrancia de las que ya nos hemos ocupado.

1. Para comenzar téngase en cuenta que la inspección al lugar de los hechos es una actividad judicial reglada por el artículo 3.4.1 del *Manual único de policía judicial*, y por el *Manual de procedimientos para cadena de custodia*.³⁹ Según estas disposiciones, la inspección al lugar de los hechos tiene como propósito la ubicación, fijación, recolección y embalaje de todos los elementos materiales de prueba y evidencias físicas que se encuentren en el lugar de los hechos, y que puedan ser útiles para establecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió el delito, así como la identidad y ubicación de los autores y partícipes. Para realizar esa inspección, los funcionarios de policía judicial deben seguir los procedimientos descritos, no sólo en el Código de Procedimiento Penal, *Manual único de policía judicial* y *Manual de procedimientos para cadena de custodia*, sino también los reglamentos contenidos en los protocolos para el abordaje, exploración y fijación de la escena de los hechos, y para el manejo de los diferentes elementos materiales de prueba o evidencias físicas según su naturaleza.

En el caso de los delitos contra la prestación de servicios públicos, la inspección al lugar de los hechos puede tener diferentes connotaciones y alcances, según nos encontremos ante un delito de hurto de infraestructura, defraudación de fluidos o acceso ilegal a los servicios de comunicaciones.

Siendo estrictamente rigurosos en la aplicación de las normas, cuando los funcionarios de policía judicial reciben la noticia sobre la ocurrencia de un delito contra la prestación de los servicios públi-



³⁹ Este manual fue elaborado por el Comité de Cadena de Custodia, liderado por la misma Fiscalía, en concurso con el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Policía Nacional y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

cos, deberían trasladarse al lugar de los hechos, asegurar la zona, proceder a su exploración para ubicar posibles elementos materiales de prueba o evidencias físicas, realizar la fijación fotográfica o planimétrica tanto del lugar como de las evidencias halladas, recolectar y embalar los elementos hallados, y realizar algunas labores de vecindario para identificar potenciales testigos dispuestos a ser entrevistados. Sin embargo, esta es una labor que las autoridades muchas veces consideran excesivas cuando se trata del hurto de una tapa, una luminaria o unos cuantos metros de cable, o cuando se trata de una defraudación de fluidos por parte de un comerciante. Y en cierto sentido tienen razón, pues el uso de los pocos recursos humanos, tecnológicos y físicos con los que cuentan las entidades encargadas de la investigación criminal, debe optimizarse dirigiéndolo a la judicialización de conductas mucho más violentas y graves que afectan a nuestra sociedad. No obstante, las directivas de estos organismos deben sensibilizarse sobre el impacto global que la agregación de los pequeños perjuicios causados individualmente por cada una de esas conductas tienen en nuestra calidad de vida. El llamado debería ser entonces, no a que se asignen más recursos para la investigación de los delitos contra la prestación de los servicios públicos en perjuicio del éxito de la investigación de otros delitos, sino a que se destinen más recursos de presupuesto para la investigación de todos los delitos en general.

A parte de las consideraciones político-criminales que pudieran hacerse, debe reconocerse que, en la práctica, es realmente poca la evidencia que la inspección al lugar de los hechos logra arrojar cuando se trata de un delito de hurto de infraestructura. En estos casos, a parte de la fijación fotográfica del lugar en el que debería estar el bien faltante, y de algunas entrevistas a vecinos del sector, realmente es muy poca la evidencia que se encuentra allí. No obstante, en mi opinión, la diligencia de inspección al lugar de los hechos debe llevarse a cabo, sin excepción, no sólo porque así lo dispone la ley, sino también, y como mínimo, para documentar de manera oficial el estado en que se encontró el lugar de los hechos. El Informe de Primer Respondiente (FPJ4), el Formato de Reporte Inicial (FPJ1), el Formato Especial para Fuentes no Formales (FPJ26) y el Informe Ejecutivo (FPJ3), sirven para documentar la actuación de las autoridades, en orden a revestirla de legalidad. Pero además, es que esos informes y formatos orientan al investigador sobre la información que debe buscar, lo cual en no pocas ocasiones le sirve

para encontrar datos que de otra forma no habría hallado. Es el caso del Formato Especial para Fuentes no Formales, el cual sirve para orientar al investigador sobre los datos del ciudadano que realizó la llamada en que se informó del delito, la que a su vez es útil para identificar potenciales testigos.

En mi opinión, la inspección al lugar de los hechos tiene una importancia inusitada, pero en relación con los delitos de defraudación de fluidos o de acceso ilegal a los servicios de telecomunicaciones. Frente a esta clase de delitos sí pueden hallarse en el terreno importantes evidencias de la comisión de las conductas punibles. Piénsese, por ejemplo, que en los delitos de acceso ilegal a los servicios de telecomunicaciones, una inspección al lugar de los hechos permitiría encontrar elementos como módems, routers y servidores IP, los cuales constituirían la evidencia física del delito. En los delitos de defraudación de fluidos pueden encontrarse en el lugar las derivaciones que salen de la red de distribución hasta el predio, las cuales pueden fijarse fotográficamente para efectos de la investigación. Además, también puede encontrarse otro tipo de evidencias como, por ejemplo, herramientas para la manipulación de medidores, las conexiones ilegales, uniformes e indumentaria de las empresas, etc. Todos estos elementos son fundamentales como evidencia para el éxito de la investigación.

El problema, por su puesto, es que no siempre esta evidencia está en la vía pública, sino en el inmueble. Debido a esta circunstancia, el éxito de la inspección al lugar de los hechos puede depender de la obtención de una orden de allanamiento y registro emitida por un Fiscal. Es cierto que hay casos excepcionales en los que la ley permite el allanamiento por parte de la Policía Judicial sin orden del Fiscal, tal como expresamente lo contemplan el artículo 230 de la Ley 906,⁴⁰ y el artículo 3.7.1.3 del *Manual único de policía judicial*.



⁴⁰ Artículo 230. "Excepciones al requisito de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento. Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando:

1. Medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro.
2. No exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el requisito de la orden. En esta eventualidad, se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado.
3. Se trate de situaciones de emergencia tales como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad".

Sin embargo, creo que estos casos difícilmente pueden adecuarse a alguna de las circunstancias a las que, normalmente, se enfrentan los funcionarios de policía judicial en la investigación de este tipo de delitos.

En efecto, no creo que el allanamiento a un inmueble en el que se presume que se están prestando ilegalmente servicios de comunicaciones a larga distancia, o en el que se presume que se defraudan fluidos, corresponda a una situación en la que no exista una expectativa razonable a la intimidad, o de una emergencia en la que sea imposible esperar hasta obtener la orden del Fiscal. Más aun, recuérdese que ni siquiera el allanamiento para capturar al procesado es permitido sin orden del Fiscal, pues así lo expresó la Corte Constitucional en el fallo C-519 de 2007⁴¹ al declarar inexecutable el numeral 4 del artículo 230 de la Ley 906, que permitía el allanamiento sin orden del Fiscal para capturar al indiciado, imputado, acusado o condenado.

La única oportunidad que tiene la policía judicial para acceder al inmueble sin orden del Fiscal, a mi juicio, se reduce a que exista una expresa manifestación de voluntad de parte de propietario, residente o morador. Cuando ello ocurre, como explicaré más adelante, corresponde a la policía judicial realizar el registro del inmueble y obtener la prueba que permita demostrar que la autorización otorgada por el particular fue no sólo libre y voluntaria, sino además expresa. Recuérdese que el numeral 1 del artículo 230 *ibídem*, dispone de forma expresa que la pura ausencia de objeciones por parte del propietario, residente o morador, no es suficiente para legitimar el registro del inmueble sin orden del Fiscal. En estos casos, será necesario que la policía judicial documente, por cualquier medio (escrito o audiovisual, por ejemplo), la manifestación de voluntad del particular al momento de conceder la autorización para el ingreso al inmueble.

2. En lo que hace a los interrogatorios y las entrevistas,⁴² esta sí que es una labor importante en la investigación, no sólo de delitos contra



⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-519 del 11 de julio de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁴² Artículo 206. "Entrevista. Cuando la policía judicial, en desarrollo de su actividad, considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito o que tiene alguna información útil para la investigación o investigación que adelanta, realizará entrevista con ella y, si fuere del caso, le dará la protección necesaria.

la prestación de servicios públicos domiciliarios, sino de cualquier clase de conductas punibles. Una de las principales tareas que debe cumplir la policía judicial es la de identificar y ubicar a los potenciales testigos del hecho, y a los posibles autores y partícipes, cuando eso sea posible. Sin embargo, la identificación y ubicación no son suficientes. Es necesario que la policía judicial interrogue a los potenciales testigos de forma técnica, y en el menor tiempo posible para evitar la pérdida de la memoria. Tanto en los delitos de hurto de infraestructura, como en los delitos de acceso ilegal a los servicios de comunicaciones y defraudación de fluidos, la versión que pueden ofrecer los vecinos del sector puede ser relevante para identificar a los responsables, o para demostrar la materialidad del delito.

Finalmente, frente a las entrevistas y los interrogatorios, es necesario entender que su importancia no tiene que ver con su alcance probatorio, pues estas no tienen valor alguno como medio de prueba dentro de la investigación, salvo cuando se utilizan como prueba para cuestionar la credibilidad de un testigo. Estas entrevistas son principalmente útiles como criterios orientadores de la investigación, y como fuente de información. Por esta razón, las técnicas de entrevista e interrogatorio sugieren que éstas se practiquen en el menor tiempo posible para evitar que algunos detalles fluyan con el proceso natural de olvido, y de la forma más técnica posible, de manera que no se pongan en la mente o en la boca del entrevistado datos o informaciones que no salgan espontáneamente de su recuerdo.

4. ELABORACIÓN Y EJECUCIÓN DEL PROGRAMA METODOLÓGICO

Una vez recibida la denuncia o el informe ejecutivo de los funcionarios de policía judicial, corresponde a la Fiscalía la elaboración y ejecución de un programa metodológico orientado al esclarecimiento de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos materia de investigación. Dando por descontada la necesidad de ordenar la realización de las averiguaciones generales que el Fiscal



La entrevista se efectuará observando las reglas técnicas pertinentes y se emplearán los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo. Sin perjuicio de lo anterior, el investigador deberá al menos dejar constancia de sus observaciones en el cuaderno de notas, en relación con el resultado de la entrevista”.

estime oportunas, en lo que sigue me referiré a algunos elementos que pueden ser útiles para el éxito de la investigación.

1. En primer lugar, es importante percatarse de que la denuncia presentada por las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios normalmente está precedida de un buen número de estudios y pruebas técnicas, muchas de las cuales se encuentran documentadas en la entidad. En el caso de Codensa S.A., por ejemplo, su *Departamento de Gestión de Consumo no Registrado* (CNR) elabora un informe técnico en el cual se condensan los hechos, los antecedentes de las visitas de inspección, un estudio del comportamiento del consumo del cliente, y el informe de la inspección realizada por el contratista en el terreno. Este informe técnico es entregado al *Departamento de Investigaciones Especiales*, el cual se ocupa de traducir esta información a un lenguaje jurídico que pueda ser entendido por los fiscales, y de la elaboración de la denuncia que llega a las autoridades.

En mi criterio, el éxito de la investigación está muy relacionado con el conocimiento que tenga el fiscal sobre los procedimientos estandarizados que utilizan las empresas para la investigación de este tipo de conductas, ya que allí se maneja una gran cantidad de información que puede ser de utilidad. Por ejemplo, las actas de inspección en el terreno que realizan los contratistas que inspeccionan el lugar en el que se halla un hurto de infraestructura, o una defraudación de fluidos, es realmente importante dentro de la investigación. Aun cuando esta acta no sirva propiamente como evidencia del delito, puede tener información útil como criterio orientador de la investigación. Además, ofrece elementos de juicio que le permiten a la Fiscalía entrevistar al contratista para obtener nuevos conocimientos y, llegado el caso, proponerlo como testigo de cargo en un eventual juicio criminal.

A mi juicio, solicitar la remisión de este tipo de documentos puede ser útil, particularmente porque contienen información técnica que, aun cuando resulta difícil de entender para el fiscal, viene a ser de utilidad para los peritos que eventualmente hayan de consultarse en el curso de la investigación.

2. En relación con la manipulación de los medidores, las empresas prestadoras de servicios cuentan con procedimientos estandarizados para su inspección. Estos procedimientos, en la mayoría de las

oportunidades, contemplan algunas formas de documentación que pueden ser de utilidad para la investigación. Gas Natural S.A., por ejemplo, tiene previsto que ante la presencia de irregularidades el contratista debe retirar el medidor, colocar uno provisional, e introducir el medidor retirado en una bolsa que se asegura con sellos que garantizan que no pueda ser abierta sin la presencia del cliente. En muchos casos, el propio cliente pone un candado de su propiedad en la bolsa y conserva la llave, para asegurarse que el medidor no sea manipulado por la empresa. El medidor así embalado es remitido a un banco de pruebas donde se cita al cliente, y en su presencia se abre la bolsa y se destapa el medidor para inspeccionarlo. Este procedimiento, según entiendo, queda registrado por las cámaras de video ubicadas en el banco de pruebas, de modo que los procedimientos y los hallazgos deben quedar perfectamente documentados.

Frente a casos de defraudación de fluidos por alteraciones ilícitas del medidor, solicitar a la empresa los documentos que soportan los procedimientos seguidos por ésta es de gran utilidad. Por ejemplo, en los casos de adulteración de los medidores de gas natural domiciliario, solicitar una copia del registro audiovisual del procedimiento seguido en el banco de pruebas puede servir para demostrar la validez técnica de los procedimientos utilizados por la empresa para detectar la defraudación.

3. También en los casos de defraudación de fluidos, o de acceso ilegal a los servicios de telecomunicaciones, los recursos tecnológicos de que disponen las empresas de servicios públicos para la facturación pueden ser útiles. Me refiero, por ejemplo, a los registros que tienen las empresas sobre el comportamiento histórico del consumo del cliente, y a los registros electrónicos que quedan al hacer uso del servicio. Todas las empresas de servicios públicos están en capacidad de suministrar a la Fiscalía el registro histórico del consumo del cliente, y dicha información puede ser útil para la práctica de un dictamen pericial orientado a determinar situaciones de consumos inusuales que son indicativos del fraude. La determinación de una situación de consumo inusual, considerada junto con otros elementos materiales de prueba, puede ser suficiente para demostrar la tipicidad del delito de defraudación de fluidos. En este sentido, poder demostrar la existencia de una situación de consumo inusual es muy útil como indicio de la tipicidad del comportamiento.

La determinación de situaciones de consumo inusuales puede realizarse a través de una serie de cálculos para los que existen fórmulas y procedimientos técnicos estandarizados. Las empresas de servicios públicos, debido a sus necesidades de facturación, cuentan con *software* que permiten identificar fácilmente estas situaciones de consumos inusuales, a partir de los registros del comportamiento histórico del cliente. Sin embargo, estos datos ofrecen algunos problemas de validez en el proceso penal.

En mi opinión, el problema sobre la validez del procedimiento para la determinación de las situaciones de consumo inusuales es que se realiza a partir la información que tiene la empresa sobre los consumos anteriores del cliente. Es decir, los cálculos que permiten saber si estamos en presencia de una situación de consumo inusual se hacen a partir de las cifras de consumo que aporta la propia empresa. Ello se debe a que en la mayoría de los casos no hay forma de acudir a la inspección de algún aparato en el que quede automáticamente registrada esa información. Los medidores de consumo funcionan constantemente, y en ellos no quedan registros de lecturas puntuales de consumo en fechas específicas. Debido a esta circunstancia, los registros de los que disponen las empresas son normalmente producto de la información que, manualmente, es tomada por sus funcionarios mediante la lectura del numerador del medidor.

Tal vez la única excepción a lo anterior es el registro de los impulsos de las llamadas realizadas que queda en el disco duro del ordenador de las centrales telefónicas. En ese ordenador queda un registro que permite determinar los consumos anteriores y, llegado el caso, podría ordenarse una inspección judicial acompañada de peritos para que un experto en informática forense extraiga de manera técnica la información allí contenida, en orden a confirmar los datos sobre el consumo habitual del cliente.

Debido a esta circunstancia, una defensa rigurosa podría intentar discutir la validez de la información suministrada por la empresa, aduciendo que se trata de información aportada por un sujeto interesado en las resultas del proceso. Si se toma verdaderamente en serio el principio de objetividad, y sólo si se toma realmente en serio, puede uno entender que representa un problema para la investigación el que no siempre pueda acudirse a una fuente externa para confirmar la información que obra en los archivos de la empresa sobre el consumo del cliente. Sólo si nos sacudimos la idea de que

un registro es cierto por el prurito de que lo presenta una empresa prestadora de servicios públicos, y aceptamos que es posible que la empresa esté equivocada –ya sea porque se incurrió, por ejemplo, en un error humano al momento de hacer la lectura del medidor–, entonces es posible comprender que la falta de una fuente externa que permita contrastar y corroborar la información que tiene la empresa sobre el consumo del cliente es un problema. Si el procesado discute la veracidad de los registros de consumos anteriores la Fiscalía tendría la carga de demostrar que los datos utilizados para calcular sus patrones de consumo, y para determinar la existencia de una situación de consumo inusual, son ciertos.

Ahora bien, dando por descontado el problema del cuestionamiento de la información que suministra la empresa, puede uno advertir que en todo lo demás existe suficiente objetividad técnico-científica para sustentar la investigación. Aunque los datos que arroja el sistema de la empresa son confiables, y sus resultados son objetivamente constatables, si se llegara a requerir la validación de la información suministrada por la empresa, la Fiscalía podría recurrir a la designación de un ingeniero que intervenga como perito. En este caso, el perito podría tomar la relación histórica de las lecturas de consumo del cliente y, a partir de algunos cálculos muy especializados, determinar si existen situaciones de consumo que se salen del rango de normalidad para ese cliente.

El grupo de arquitectos, ingenieros y topógrafos del CTI, por ejemplo, debería estar en condiciones de suministrar algún experto en esta materia. Sin embargo, si no se contara con algún perito en este tema, la Fiscalía podría intentar apoyarse en una empresa prestadora de ese mismo servicio público. En este caso, la Fiscalía podría apelar a lo dispuesto en el artículo 408 de la Ley 906⁴³ en el sentido de que puede ser nombrado como perito cualquier persona que acredite un conocimiento idóneo en determinada especialidad. Para suplir la falta de peritos, la Fiscalía podría designar como tal a algún ingeniero experto en la materia, vinculado a una empresa prestadora



⁴³ Artículo 408. "Quiénes pueden ser peritos. Podrán ser peritos, los siguientes:

1. Las personas con título legalmente reconocido en la respectiva ciencia, técnica o arte.
 2. En circunstancias diferentes, podrán ser nombradas las personas de reconocido entendimiento en la respectiva ciencia, técnica, arte, oficio o afición aunque se carezca de título.
- A los efectos de la cualificación podrán utilizarse todos los medios de prueba admisibles, incluido el propio testimonio del declarante que se presenta como perito".

de ese mismo servicio público. No obstante, para garantizar la imparcialidad del dictamen, debe tratarse de un ingeniero vinculado a una empresa distinta de aquella que ha sido víctima del delito.

En cuanto a la obligación de aceptar el cargo de perito, ello dependerá de la naturaleza jurídica de la empresa a la que se encuentre vinculado, la que a su vez es determinante para establecer su condición de particular o de servidor público. Recuérdese que en los términos del artículo 410 de la Ley 906,⁴⁴ los servidores públicos están obligados a aceptar la designación como peritos y, en el caso de los particulares, ello sólo es así ante la absoluta falta de un servidor público que pueda cumplir esa función. De acuerdo con esto, sería conveniente que las empresas prestadoras de servicios públicos pusieran a disposición de la Fiscalía una lista de sus ingenieros por especialidades, de modo que las autoridades puedan hacer uso de ella cuando sea necesario nombrar un perito.

4. En muchos casos la realización de este dictamen puede requerir de una inspección judicial al lugar de los hechos. El propósito de esa visita puede ser la verificación de la carga instalada en el predio, a efectos de determinar si la lectura de consumo registrada por la empresa es consecuente con la demanda de fluidos de los aparatos instalados en el inmueble. La realización de esta inspección puede suponer una serie de dificultades, pues para la verificación de la carga instalada se requiere ingresar al inmueble, a lo cual no siempre acceden los moradores.

En estos casos se requiere la emisión de una orden de allanamiento y registro emitida por el fiscal, en los términos del artículo 219 de la Ley 906,⁴⁵ y cumpliéndose los requisitos exigidos por el artículo 220 *ibídem*.⁴⁶ A la sazón, se requiere que el fiscal cuente con ele-



⁴⁴ Artículo 410. *Obligatoriedad del cargo de perito*. El nombramiento de perito, tratándose de servidor público, es de forzosa aceptación y ejercicio. Para el particular solo lo será ante falta absoluta de aquellos.

⁴⁵ Artículo 219. *Procedencia de los registros y allanamientos*. El fiscal encargado de la dirección de la investigación, según lo establecido en los artículos siguientes y con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, podrá ordenar el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave, el cual será realizado por la policía judicial”.

⁴⁶ Artículo 220. *Fundamento para la orden de registro y allanamiento*. Sólo podrá expedirse una orden de registro y allanamiento cuando existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, al que transitoriamente se encontrare en él; o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito”.

mentos materiales de prueba, de los cuales se desprendan motivos fundados para creer que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, o a quien transitoriamente se encontrare en él. En relación con los elementos materiales de prueba que sirven para fundamentar los motivos del allanamiento, el artículo 221 *ibídem* menciona los informes de policía judicial, la declaración jurada de testigo o informante, y los elementos materiales probatorios y la evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado.

De acuerdo con lo anterior, puede decirse que la orden de allanamiento puede fundamentarse en el informe de la policía judicial que ha inspeccionado el terreno o efectuado la captura, en los testimonios de los empleados de la empresa de servicios públicos afectada que han investigado el asunto, o en las fotografías, registros y demás evidencias físicas con que se cuente sobre la comisión del delito. En cualquier caso, la prueba elegida para fundamentar los motivos de la decisión debe ser lo suficientemente sólida como para resistir el control de legalidad posterior que debe llevarse a cabo ante el juez de control de garantía. El artículo 16 de la Ley 1142,⁴⁷ determinó que dentro de las veinticuatro horas siguientes a la realización del allanamiento por parte de las autoridades de policía judicial, el fiscal debe comparecer ante el juez de control de garantías para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado, incluida la orden.

Como se sabe, los funcionarios adscritos a los organismos con funciones de policía judicial tienen también la facultad de realizar allanamientos y registros sin orden del fiscal, pero sólo en ciertas



⁴⁷ Artículo 16 de la Ley 1142 de 2007. "Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado, incluida la orden.

Durante el trámite de la audiencia sólo podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia.

El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento.

Parágrafo. Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán análogicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar".

situaciones excepcionales expresamente definidas en el artículo 230 de la Ley 906. En estos casos, la carga probatoria es mucho mayor, pues además de tenerse que demostrar que el delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, o a quien transitoriamente se encontrare en él, debe ofrecerse prueba suficiente del consentimiento del morador de que los elementos inspeccionados no se encontraban en un lugar privilegiado por una expectativa razonable a la intimidad, o de que se trataba de una situación de emergencia en la que era imposible acudir ante un fiscal para solicitar la orden. En todos estos casos, la prueba es mucho más exigente, y por eso los funcionarios deben obrar con mayor cautela.

Para el caso que nos ocupa, resulta particularmente importante la facultad que el artículo 230 *ibídem* confiere a la policía judicial para realizar el allanamiento y registro del inmueble, cuando cuenta con la autorización del morador. Frente a esta situación, la norma mencionada contiene una previsión especial consistente en que la simple ausencia de objeciones no es prueba de la autorización dada por el morador, de modo que se necesita una prueba material de su manifestación libre de voluntad. En orden a evitar que las evidencias encontradas en un allanamiento realizado con autorización del morador puedan ser excluidas⁴⁸ por ilegalidad de la actuación, conviene que las autoridades de policía judicial que realizan la diligencia tomen las medidas necesarias y suficientes tendientes a documentar la manifestación de voluntad del propietario, residente o morador del inmueble. Para ello pueden ser útiles diferentes instrumentos: desde la suscripción de un documento en que se conceda la autorización por escrito, hasta la grabación audiovisual de la diligencia. Cualquiera sea el medio elegido, los funcionarios de policía deben someter el soporte documental de la autorización al sistema de cadena de custodia, pues este elemento deberá ser incorporado como evidencia de la legalidad de la actuación en la audiencia preliminar de legalización del allanamiento. Además, recuérdese que en los términos del parágrafo del artículo 237 de la



⁴⁸ Artículo 232. “Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos. La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación”.

Ley 906,⁴⁹ la presencia del defensor no sólo es posible sino incluso obligatoria en aquellos eventos en que el allanamiento y registro se realizó después de formulada la imputación, por lo que la prueba de la autorización puede ser sometida a un intenso contradictorio que debe superar.

5. En algunas oportunidades se ponen a disposición de la Fiscalía los elementos hurtados. Me refiero, por ejemplo, a rollos de cable, tapas, luminarias, los bloques de inserción de los armarios telefónicos, etc. En esos casos, corresponde a la Fiscalía obtener la prueba de la identidad de esos elementos, es decir, la prueba de que esos elementos pertenecían a la empresa prestadora de servicios públicos correspondiente.

Cuando el bien puede identificarse o individualizarse, la obtención de la prueba se contrae a solicitar a la empresa prestadora del servicio una certificación en la que conste que el elemento encontrado le pertenece, la cual debe ser acompañada de los soportes que acrediten su propiedad. En algunos casos, las empresas pueden ofrecer algún tipo de documento en el que aparece el número de serie, la referencia de la contramarca o, en fin, cualquier dato que permite establecer que ese elemento hacía parte del inventario de la infraestructura de la empresa. Además, en muchos casos también, las empresas pueden demostrar la propiedad con algún tipo de factura o de documento que acredite su adquisición. Sin embargo, hay otros casos en que la infraestructura es muy antigua, y ese tipo de prueba no puede ofrecerse, al menos de una manera ortodoxa. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la infraestructura que pertenecía a la antigua Empresa de Energía de Bogotá, y que pasó a ser propiedad de Codensa S.A. En este caso, la única prueba que puede ofrecer Codensa S.A. acerca de la propiedad de los bienes es la copia de la escritura pública de adquisición de la Empresa de Energía de Bogotá por parte suya, la cual relaciona de manera genérica la infraestructura que pasó a ser de su propiedad. A pesar de que esta prueba es ciertamente precaria, puede ser útil para demostrar la propiedad sobre los bienes, cuando se valoran en conjunto con otras evidencias relacionadas, por ejemplo, con el lugar del cual fueron sustraídas. Lo



⁴⁹ Parágrafo. "Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar".

que quiero significar, en últimas, es que en aplicación del principio de libertad probatoria previsto en el artículo 373 de la Ley 906, la Fiscalía podría acreditar que la empresa tiene la propiedad sobre esos bienes, apelando a elementos de prueba distintos de los que, como las facturas por ejemplo, se exigen normalmente para certificar ese derecho. Es más, se podría incluso demostrar la propiedad a través de una prueba compleja, integrada por varios y distintos elementos, e incluso por medio de la prueba indiciaria.

Cuando los elementos no pueden identificarse o individualizarse, pero sí tienen rasgos que permiten clasificarlos dentro de determinado género de bienes que son de uso y propiedad exclusiva de las empresas de servicios públicos, la prueba es diferente. Cuando se ponen a disposición de la Fiscalía elementos como, por ejemplo, un cable de energía eléctrica, el funcionario puede solicitar un peritaje técnico para intentar determinar, por la vía pericial, si ese elemento tiene las características genéricas del cable que utiliza la empresa de energía. Así, algunos tipos de cable, el trenzado, su composición, o algunas otras características, permiten a un ingeniero con conocimientos especializados establecer con bastante certeza si ese cable pertenecía o no a la empresa de servicios públicos. Nuevamente, el fiscal puede apoyarse en peritos adscritos a un organismo con funciones de policía judicial, o acudir a los ingenieros expertos vinculados a las empresas de servicios públicos.

Lamentablemente, en muchos otros casos los elementos puestos a disposición no pueden ser diferenciados de los que se comercializan libremente, y en ese sentido el elemento como tal ofrece muy poca información para la determinación de la propiedad. Piénsese, por ejemplo, en aquellos casos en que se encuentran rollos de alambre de cobre desnudo, bobinas, tubería de cobre, etc.; allí a lo único a lo que puede apelar la Fiscalía es al intento de construcción de prueba indiciaria, a partir del análisis conjunto de todas las evidencias a su disposición. Lamentablemente, las probabilidades de éxito de una investigación en esas condiciones, debe aceptarse, son en realidad pocas.

6. Una labor que, en mi criterio, no puede faltar en cualquier tipo de investigación de delitos contra la prestación de servicios públicos es la realización de entrevistas. Los funcionarios de la empresa prestadora de servicios públicos se enfrentan a diario con este tipo de acontecimientos, y además tienen el conocimiento técnico acerca

de la forma en que debió proceder el delincuente para su comisión. Entrevistar a estos funcionarios resulta de gran importancia para ajustar las hipótesis de la investigación, y para perfeccionar el programa metodológico. Todas las empresas de servicios públicos tienen departamentos o áreas encargadas de investigar y gestionar los delitos que las afectan. Allí no sólo laboran abogados con profundos conocimientos técnicos, sino también ingenieros y tecnólogos que están en condiciones de ofrecer a la Fiscalía una opinión informada acerca de la manera más efectiva de resolver el caso. Por su puesto, el componente de conocimiento dogmático penal, y jurídico procesal, debe ponerlo el fiscal, quien no sólo debe traducir las explicaciones dadas por los funcionarios de las empresas en términos de teoría del delito, sino orientar la investigación de modo que se obtenga la prueba necesaria con total respeto por los derechos y las libertades fundamentales de los ciudadanos.

7. Por último, quisiera mencionar que los delitos que más afectan a las empresas, cualquiera sea su modalidad, tienen implícito un objetivo económico de lucro que contiene la clave para acabar de raíz con estas manifestaciones de criminalidad. En el caso del hurto de infraestructura, resulta plausible afirmar que los elevados costos de la chatarra (principalmente el cobre y el hierro), son el incentivo para la comisión de este tipo de conductas. Si se tiene en cuenta esta situación, una política adecuada de profilaxis criminal contra este tipo de delincuencia debería enfocarse más en el control de las personas que, en la cadena de comercialización y distribución, están promoviendo esta clase de ilícitos. Perseguir a los indigentes o pequeños delincuentes que hurtan la infraestructura, aunque necesario, es el camino más largo y difícil para acabar con este delito. Ni siquiera parece muy eficaz intentar perseguir a los pequeños chatarreros que compran los bienes hurtados, pues su número y clandestinidad excede en mucho las capacidades de nuestras autoridades. Es más eficaz, en mi opinión, atacar el delito por la parte alta de la pirámide. Las autoridades deben ocuparse más de investigar y controlar, por ejemplo, a las empresas que tienen la capacidad infraestructural para fundir esos metales, y luego reintroducirlas al círculo económico lícito. De igual forma, debería investigarse y controlarse a los comercializadores mayoristas de este tipo de metales, algunos de los cuales comercializan dolosamente material proveniente del hurto de infraestructura destinada a la prestación de servicios públicos.

5. CONCLUSIÓN

El estudio acabado de exponer lleva a la conclusión de que los delitos contra la prestación de servicios públicos sólo pueden ser efectivamente controlados por las autoridades, en la medida en que exista una acción conjunta y articulada de los tres principales actores interesados en su prevención: las empresas prestadoras de servicios públicos, los organismos con funciones permanentes de policía judicial, y la Fiscalía General de la Nación. Una adecuada política de profilaxis criminal respecto de este tipo de comportamientos requiere de varios elementos que son indispensables para la aplicación exitosa de la legislación penal:

1. Se requiere que las empresas prestadoras de servicios públicos sigan fortaleciendo sus procedimientos para la investigación de este tipo de delitos, y que hagan importantes inversiones en tecnologías que permitan suministrar a las autoridades la información que requieren para el éxito de la judicialización. Por ejemplo, debe invertirse en sistemas de identificación de la infraestructura, en bases de datos de los infractores reincidentes, en la tecnificación de los métodos de medición y registro de lecturas de consumo, en medidas de seguridad más eficaces que las actuales para impedir la manipulación de los medidores, etc.
2. Se requiere que las directivas de los organismos con funciones de policía judicial se sensibilicen de la importancia de reprimir este tipo de delitos, y hagan inversiones en recursos humanos, científicos, tecnológicos, etc., destinados específicamente a la lucha contra esta forma de criminalidad. Cualquier decisión verdaderamente efectiva en este sentido debe pasar por la creación de grupos especial y exclusivamente dedicados a la investigación de esta clase de conductas. Grupos que deberían estar integrados por personal investigativo especialmente capacitado en las particularidades técnicas de los delitos contra la prestación de servicios públicos.
3. Además, se requiere conciencia por parte de las directivas de la Fiscalía General de la Nación sobre la necesidad e importancia de atacar judicialmente esta forma de delincuencia. El diseño de una política criminal adecuada para tal propósito debe pasar por la creación de uno o varios grupos de tareas especiales permanentes, integrados por fiscales que no sólo tengan dedicación exclusiva en la investigación de este tipo de delitos, sino que además cuenten con la capacitación sobre los aspectos técnicos particulares propia

de esta forma de delincuencia. Mi sugerencia pasa por la creación de grupos de tareas especiales permanentes, y no por la creación de unidades o subunidades de fiscales especializados, porque creo que el éxito no depende sólo de que haya varios fiscales dedicados a investigar este tipo de delitos, sino que se requiere que todos ellos actúen articuladamente. La idea no es crear unidades de varios fiscales especializados que investiguen estos delitos de forma independiente, sino crear grupos de fiscales que tengan la posibilidad de compartir y conectar la información útil para atacar esta forma de criminalidad desde la raíz.

4. Finalmente, creo que la prevención de estas formas de criminalidad requiere un ejercicio serio de diseño de política criminal por parte del gobierno. Es importante adquirir conciencia de que es muy difícil extinguir esta clase de delitos si seguimos utilizando nuestros escasos recursos en la persecución de los pequeños delincuentes que cometen el delito materialmente y de propia mano. Sería mucho más útil proveer a los fiscales de herramientas jurídicas y procesales que les permitan ir por los eslabones fuertes de la cadena de comercialización y distribución de los productos del delito. Una política tal no se lleva a cabo solo con incrementos punitivos o con la creación de tipos penales, sino con la elaboración de un marco jurídico que regule eficazmente la fundición, comercialización y distribución de los materiales de los que están hechos los elementos comúnmente hurtados.

FUENTES CONSULTADAS

NORMAS CITADAS

Ley 504 de 1999

Ley 599 de 2000

Ley 600 de 2000

Ley 890 de 2004

Ley 906 de 2004

Ley 938 de 2004

Ley 1032 de 2006

Ley 1142 de 2007

Ley 1153 de 2007 (Declarada inexecutable)

Manual único de policía judicial

Manual de procedimientos para cadena de custodia

Manual de procedimiento de fiscalías en el sistema penal acusatorio colombiano

SENTENCIAS CITADAS

- Corte Constitucional, sentencia C-392 del 6 de abril de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional, sentencia C-591 del 9 de junio de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional, sentencia C-209 del 21 de marzo 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, sentencia C-519 del 11 de julio de 2007, M. P. Nilson Pinilla.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 29 de octubre de 1986.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 20 de abril de 1992, M. P. Jorge Enrique Valencia.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de mayo de 1999, M. P. Carlos Arturo Gálvez Argote.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de agosto de 1999, M. P. Dídimo Páez Velándia.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 20 de junio de 2001, M. P. Fernando Arboleda Ripioll.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 29 de octubre de 2003, M. P. Yesid Ramírez.