

LA DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA*

*Miguel Córdoba Angulo***

I. ANTECEDENTES

El delito de defraudación de fluidos fue tipificado expresamente por el actual Código Penal (art. 256 Ley 599 de 2000), lo que significa que no existía como tal en las legislaciones penales anteriores, tales como la de 1936 o la de 1980. Esta conducta punible consiste, en líneas generales, en la apropiación de energía eléctrica, agua, gas natural o señal de telecomunicaciones, valiéndose de cualquier medio clandestino o alterando sistemas de control o aparatos contadores; causa con ello un perjuicio ajeno, y es uno de los delitos que atenta contra el patrimonio económico.

Lo anterior no implicaba que tales comportamientos no fueran punibles en vigencia de los códigos penales que precedieron al actual, ya que estos comportamientos se consideraban, por lo menos mayoritariamente, como hurto o como estafa.

Quisiera partir de un ejemplo sencillo: un individuo, de manera fraudulenta, se apodera (o apropia) de energía eléctrica para su establecimiento de comercio, utilizando clandestinamente un cable; evita así el control y con ello el correspondiente pago de dicho servicio, y perjudica el patrimonio económico de la empresa prestadora del mismo.

* Conferencia dictada en las III Jornadas de Derecho Energético “Derecho de los Usuarios”, Universidad Externado de Colombia, 21 de noviembre de 2003.

** Profesor de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia.

En el supuesto anterior es claro que hoy en día sería un caso de defraudación de fluidos. Sin embargo, vale la pena preguntarse o reflexionar cómo se resolvían estos eventos en vigencia de la legislación penal de 1980 (Decreto 100 de 1980).

Tanto doctrinal como jurisprudencialmente se consideraba, de manera mayoritaria, que se trataba de un delito de hurto¹, ya que en estos supuestos el sujeto agente se apoderaba de energía eléctrica, la cual, a su vez, se consideraba como cosa mueble ajena, existiendo además el propósito de obtener provecho para sí, causando un perjuicio económico a otro.

De todas maneras, en vigencia de las legislaciones anteriores se presentaba la discusión, si la energía eléctrica (incluso se podría extender al agua, el gas o las señales de telecomunicaciones²) podía considerarse como “cosa mueble” o no.

Recordemos, en primer lugar, que para efectos penales se considera cosa mueble todo aquello que se puede transportar de un sitio a otro. El concepto de cosa mueble en materia penal difiere del civil, por cuanto algunos bienes que civilmente son inmuebles (por adhesión o destinación), como por ejemplo una puerta, una ventana, un tractor de una finca, desde el ámbito penal son muebles y por ende pueden ser objeto material del delito de hurto.

Un sector absolutamente minoritario entendía que la energía eléctrica no podía ser considerada como cosa mueble, en razón a que los fluidos y sustancias análogas carecían de corporeidad³; o por falta de tangibilidad efectiva⁴; o no tienen cabida entre las cosas corporales⁵; o porque implicaba una interpretación extensiva, mientras otros no compartían el criterio, explicando que era contrario al principio de tipicidad y en consecuencia contrario al de legalidad, lo que llevaba a una interpretación analógica *in malam*

-
1. El artículo 349 del C. P. de 1980 consagraba el hurto de la siguiente manera: “El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años”. Por su parte el C. P. de 2002 en su artículo 239 define el hurto así: “El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años”.
 2. En materia de hurto relacionado con telecomunicaciones se puede citar como antecedente jurisprudencial una decisión del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, 1997, en la que entre otras razones se adujo: “La expresión casa mueble ajena, para la Sala es de las más genéricas que pudo haber escogido el legislador y, por tanto, no puede estimarse a objetos materiales, sino que cubre todo bien que, de acuerdo con la clasificación del código civil es mueble. De acuerdo con esta definición, es claro que el derecho mueble sobre suscripción al servicio telefónico, para la Sala, es objeto del cual puede apoderarse una persona, sustrayéndolo, como lo hizo el sindicato, sin el consentimiento del dueño, con el propósito de aprovecharse de él”. Citada por LEONARDO CRUZ BOLIVAR. *Defraudación de energía eléctrica en el Código Penal* (publicación pendiente).
 3. Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ. *Manual de derecho penal, Parte Especial*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 210.
 4. Cfr. ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS. *Curso de derecho penal*, t. II, Madrid, 1963, p. 247.
 5. Cfr. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA. *Derecho penal español, Parte Especial*, 9.ª ed., Madrid, Carasa, 1983, p. 517.

partem, prohibida por nuestro ordenamiento penal; y otros entendían que el legislador no había previsto estas situaciones para el delito de hurto⁶.

Por el contrario, la doctrina mayoritaria consideraba, repetimos, que la energía eléctrica (incluso otros fluidos) debía considerarse como cosa mueble ajena y por tanto ser objeto del delito de hurto. Veamos algunos argumentos:

BARRERA DOMÍNGUEZ manifiesta: “Nuestro Código Penal no hace tal equivalencia y, por tanto, deja al juez darle a la energía eléctrica, como corresponde, el alcance de cosa para los efectos de la incriminación del hurto, en la apropiación que haga el delincuente mediante desvío de los cables de conducción”⁷.

LISANDRO MARTÍNEZ manifiesta: “Sin embargo, a pesar de la naturaleza *sui generis* de estos fluidos, la asimilación a bienes muebles se impone por lógica elemental. Simplemente repugnaría la asimilación de la energía a inmueble”⁸.

“En este sentido –afirma RODOLFO MANTILLA–, nos parece que no existe dificultad para predicar la posibilidad que tiene la energía eléctrica de ser objeto material de este tipo penal, en cuanto es cosa mueble susceptible de apropiación, siempre que se utilicen los elementos técnicos e idóneos requeridos para su traslado, depósito, manejo y uso”⁹.

“A nuestro modo de ver –sostiene MOLINA ARRUBLA–, entendiendo cabalmente qué es o en qué consiste la energía eléctrica, que no es más que el movimiento de neutrones y protones dentro de un conductor, a partir de un estímulo inicial, nosotros diremos que se trata allí de una “cosa” (con corporeidad y valor económico), “mueble” (por el desplazamiento interno a través del conductor): no se trata, entonces, ni del hurto de los cables, ni del hurto de las baterías o acumuladores, sino, exactamente, del hurto de la energía que se transmite a través del conductor. Por ello, para nosotros es perfectamente posible y factible el hurto de energía eléctrica, obviamente, a condición de que se reúnan y satisfagan los demás elementos estructurales del tipo penal que nos ocupa”¹⁰.

ALBERTO SUÁREZ señala: “Aun cuando ha sido materia de estudio en forma suficiente, debe recordarse que la energía eléctrica, térmica, nuclear, etc., para los efectos pena-

6. Cfr. CALIXTO MONTENEGRO. *Delitos contra el patrimonio económico*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1995, p. 26.

7. HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ. *Delitos contra los intereses económicos particulares*, Bogotá, 1984, 2.^a ed., p. 47.

8. LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA. *De los delitos contra el patrimonio económico*, Bogotá, Temis, 1980, p. 32.

9. RODOLFO MANTILLA JÁCOME. *Delitos contra el patrimonio económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988, p. 21.

10. CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA. *El delito de hurto*, Bogotá, Leyer, 2000, p. 61.

les ha de ser considerada como bien mueble, porque puede almacenarse y ser materia de apoderamiento; a pesar de que no es fácil su percepción por el órgano de la visión, sí lo puede ser por otro, como el del tacto, por ejemplo; además tiene valor económico no despreciable”¹¹.

Debe recordarse además que en el Anteproyecto de 1976 se manifestó que para efectos penales se considera como cosa la energía eléctrica y toda otra que tenga valor económico; definición que se repitió en el Proyecto de 1978, pero que, sin embargo, no se incluyó en el Código Penal de 1980¹².

Otro antecedente importante en materia de energía eléctrica es la Ley 142 de 1994 (Ley Básica de Servicios Públicos Domiciliarios), que en su artículo 141, inciso tercero consagró: “La entidad prestadora podrá proceder igualmente al corte en el caso de acometidas fraudulentas. Adicionalmente, y tratándose del servicio de energía eléctrica, se entenderá que para efectos penales, la energía eléctrica es un bien mueble; en consecuencia, la obtención del servicio mediante acometida fraudulenta constituirá para todos los efectos, un hurto”.

De esta manera podríamos afirmar que entre nosotros estaba resuelto el problema del apoderamiento de energía eléctrica y otros fluidos, por vía del delito de hurto, al considerarse éstos como cosa mueble y, seguramente, no resultaba necesario crear un tipo especial como el de defraudación de fluidos, que como veremos más adelante, trae más problemas que soluciones.

Miremos otro ejemplo sencillo: el usuario altera fraudulentamente el medidor o contador de agua o gas, de tal manera que se registra un consumo menor, que a su vez implica un pago menor del que le correspondería realmente, y perjudica el patrimonio de quien suministró tal servicio.

Estos casos se resuelven en la actualidad por el delito de defraudación de fluidos (art. 256 del C. P. de 2000). Anteriormente se intentaban resolver por vía de la estafa¹³, argumentando que efectivamente se habían utilizado artificios al alterar los contadores, lo cual llevaba a error a la persona o empresa suministradora del servicio, y ello

11. ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ. *Delitos contra el patrimonio económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 103 y 104.

12. Sobre estos antecedentes, cfr. MARTÍNEZ. *De los delitos contra el patrimonio económico*, cit., pp. 33 y 34.

13. El delito de estafa estaba consagrado en el artículo 356 del C. P. de 1980 de la siguiente manera: “El que induciendo o manteniendo a otro en error, por medio de artificios o engaños, obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero con perjuicio ajeno, incurrirá en prisión de uno (1) a diez (10) años y multa de un mil a quinientos mil pesos”. El actual Código Penal (Ley 599 de 2000), en su artículo 246 expresa: “El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

a su vez implicaba la obtención de un provecho económico ilícito para el usuario y un correlativo perjuicio patrimonial para quien proveía el servicio. Se hablaba en estos casos de estafa, ya que se utilizaba el engaño, el cual caracteriza al delito precitado.

Esta solución del caso planteado por vía de la estafa fue objeto de serios cuestionamientos, entre los que se pueden resaltar: no se puede tipificar el delito de estafa toda vez que no existe un verdadero engaño¹⁴ a una persona, no existe un proceso de inducción a error o mantenimiento en el mismo a un sujeto determinado; pero tal vez el argumento más importante y reiterado es que no se produce un acto de disposición que, derivado del error en que incurre el perjudicado, transfiera el uso de los fluidos como consecuencia del engaño¹⁵; dicho en otras palabras: porque no hay un acto de disposición que transfiera mediante engaño el uso del agua, el gas u otro fluido¹⁶.

Como hemos visto hasta el momento, los ejemplos planteados de apoderamiento fraudulento de energía eléctrica y otros fluidos (gas, agua y señales de telecomunicaciones) se resolvían, sin mayor problema, por vía del delito de hurto y excepcionalmente estafa; sin embargo, el legislador del Código Penal de 2000 consideró que para evitar cualquier problema de interpretación, resultaba mejor la creación de un tipo penal especial denominado defraudación de fluidos.

II. DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS

El delito de defraudación de fluidos se elevó expresamente a la categoría de delito autónomo en el actual Código Penal (Ley 599 de 2000), más concretamente en el artículo 256 que textualmente dice:

Defraudación de fluidos. 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 uno (1) a cuatro (4) años y en multa de uno (1) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Antes de entrar a analizar los aspectos más relevantes de los elementos estructurales del tipo penal, es preciso señalar que la tipificación expresa de esta conducta punible no ha representado ningún avance significativo en la legislación penal colombiana; por el contrario, se trata de una disposición con carácter restringido, con problemas de interpretación por falta de técnica legislativa, con un marco punitivo, que en últimas, como vamos a demostrarlo más adelante, termina beneficiando a estos defraudadores, sin razón o fundamento alguno. Tal vez hubiera sido preferible seguir

14. Cfr. JUAN BUSTOS. *Manual...*, cit., p. 210.

15. En este sentido, cfr. MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ. *Manual de derecho penal*, Madrid, Ceura, 1987, p. 307.

16. Cfr. RODRÍGUEZ. *Derecho penal español*, cit., p. 517.

sancionando estos casos a través de los delitos tradicionales contra el patrimonio económico como es el caso del hurto, o crear un verdadero tipo penal de defraudación de fluidos con una mejor técnica legislativa y una clara orientación política criminal.

A. BIEN JURÍDICO

La defraudación de fluidos es un comportamiento que atenta contra el patrimonio económico y se encuentra dentro del Capítulo correspondiente a las defraudaciones.

Teniendo en cuenta que existen diversas posiciones doctrinarias¹⁷ respecto del concepto de patrimonio económico, nos permitimos citar algunas, a manera simplemente informativa. Para algunos el patrimonio económico debe entenderse en materia penal “como aquel conjunto de cosas respaldadas jurídicamente que tienen valor económico”¹⁸. Otros lo entienden como una “universalidad de relaciones del tráfico con significado patrimonial económico, abarcadas por el Derecho, en orden a satisfacer expectativas patrimoniales particulares, en el ámbito de un desarrollo justo de las relaciones económicas enmarcadas dentro del interés general de la sociedad”¹⁹. Otros consideran: “En este sentido amplio se puede definir el patrimonio como un conjunto de derechos y obligaciones, referibles a cosas u otras entidades, que tienen un valor económico y que deben ser valorables en dinero”²⁰. También lo entienden como “el conjunto de relaciones posesorias legítimas”²¹.

B. SUJETO ACTIVO

El tipo penal objeto de estudio no exige cualificación alguna, ya que la disposición consagra la expresión “el que” para referirse al sujeto activo; significa entonces que cualquier persona natural puede cometer esta conducta punible, aunque lo usual sea que el hecho lo realicen los usuarios y suscriptores del servicio respectivo²².

17. Sobre las distintas posiciones doctrinales relacionadas con el concepto de patrimonio económico, cfr. SUÁREZ SÁNCHEZ. *Delitos contra el patrimonio económico*, cit., pp. 67 y ss.

18. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN. *Delitos contra el patrimonio económico privado*, Bogotá, Forum Pacis, 1992, p.28.

19. MANUEL CORREDOR PARDO. *El delito de estafa. Lecciones de derecho penal. Parte Especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 333.

20. FRANCISCO MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal. Parte Especial*, 12.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 347 y 348.

21. SUÁREZ SÁNCHEZ. *Delitos contra el patrimonio económico. Lecciones de derecho penal. Parte Especial*, Bogotá, 2003, p. 747.

22. Para conocer la calidad de suscriptor o usuario resulta pertinente remitirse a los numerales 33, 34 y 35 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 (Ley de Servicios Públicos Domiciliarios).

C. SUJETO PASIVO

Tampoco exige el tipo penal cualificación alguna para el sujeto pasivo, es decir, que cualquier persona, natural o jurídica, puede ser la titular del patrimonio económico afectado. Seguramente, en la mayoría de los casos, el sujeto pasivo será una persona jurídica encargada de suministrar el servicio respectivo.

Lo anterior no obsta para que en algunos supuestos sea un tercero quien resulte lesionado en su patrimonio económico, como por ejemplo en el caso de un individuo que de manera clandestina se conecta a la línea telefónica de otro que recibe el servicio y, en consecuencia, debe pagar un mayor valor, lo que implica afectación de su patrimonio económico.

D. LA CONDUCTA

La conducta que utiliza el tipo penal de defraudación de fluidos es apropiarse.

En Colombia, se ha distinguido como conducta de algunos delitos la expresión apropiación, como es el caso del abuso de confianza, la defraudación de fluidos, y el peculado por apropiación; en tanto para otras conductas punibles se hace alusión al apoderarse, por ejemplo, en el hurto. Dicho de otra manera: el legislador colombiano, al parecer, diferencia la apropiación del apoderamiento²³.

En efecto, “se apropia de una cosa –dice ÁLVARO PÉREZ hablando del abuso de confianza– quien teniéndola en su poder actúa respecto de ella con ánimo de señor y dueño, así como cuando establece sobre ella relaciones equivalentes o análogas a las del propietario sin la intención de retornarla”²⁴.

“La apropiación, entonces –sostiene JORGE ARENAS–, exige dos clases de ingredientes: uno objetivo que comprende todos los actos consustanciales de propietario tales como los actos de disposición, uso, abuso, goce y usufructo. Otro subjetivo que comprende el *animus rem sibi habendi* que tiene sus principales manifestaciones en el ánimo de señor y dueño, en el desconocimiento o negativa a reconocer que un tercero es el dueño, la negativa a devolver el bien a su legítimo propietario, el ánimo de obtener provecho económico o *animus lucrandi*”²⁵.

Es preciso resaltar que la doctrina es reiterativa en sostener que para hablar de apropiación resulta indispensable que el sujeto agente tenga el bien en su poder, y que posteriormente ejerza actos de señor y dueño.

23. Sobre las diferencias entre apropiación y apoderamiento, o mejor entre hurto y abuso de confianza, cfr. SUÁREZ. *Delitos contra el patrimonio económico*, cit., pp. 249 y ss.

24. PÉREZ. *Delitos contra el patrimonio económico*, cit. p. 99.

25. JORGE ARENAS SALAZAR. *Delito de abuso de confianza*, Bogotá, Doctrina y Ley, 1998, p. 69.

Cuestión diferente sucede con el apoderamiento, conducta utilizada para describir el delito de hurto. Apoderarse es una “operación material que indica que se trata de un comportamiento de acción por parte del sujeto activo, quien debe tomar la cosa mueble ajena por sí (*propria manus*) o por interpuesta persona (*longa manus*), sustrayéndola de la órbita de control del titular en oposición a la voluntad de éste, para colocarla bajo su poder o el de un tercero”²⁶. Otros sostienen que apoderarse es “sustraer, sacar de la esfera de dominio, tomar sin derecho”²⁷.

Si se parte, entonces, de que en la apropiación el sujeto agente debe tener la cosa en su poder, como sostiene la doctrina, el delito de defraudación de fluidos sería prácticamente inaplicable en la mayoría de los casos, pues en las hipótesis previstas para esta conducta, cuyos ejemplos han sido citados en precedencia, el sujeto agente no tiene el fluido (agua, gas natural, energía eléctrica o señal de comunicaciones) en su poder, por tanto, no podría apropiarse sino únicamente apoderarse, presentándose así el delito de hurto y no la defraudación prevista en el artículo 256 del Código Penal.

Para evitar que la defraudación de fluidos sea inaplicable, el único camino que quedaría, entonces, sería hacer una interpretación amplia (no muy ortodoxa), en el sentido de entender la apropiación como hacer suya una cosa, comportarse frente a ella con ánimo de señor y dueño, aunque no la tenga en su poder. Esta falla de técnica legislativa confirma el hecho de que el tipo penal de defraudación de fluidos no resultaba necesario, pues se puede suplir, por lo menos en la inmensa mayoría de los casos, con el delito de hurto.

Ahora bien, la apropiación de que habla la defraudación de fluidos únicamente admite la modalidad dolosa, excluyendo, obviamente, el delito imprudente.

Así mismo, se trata de un delito de resultado, pues el tipo penal exige que efectivamente el sujeto agente se apropie del fluido y con ello cause el perjuicio ajeno; por tanto, es perfectamente aplicable la tentativa (art. 27 C. P.). También es de ejecución permanente.

Ahora bien, la apropiación que exige el tipo penal está condicionada, ya que únicamente se puede presentar en dos casos:

1. Mediante cualquier mecanismo clandestino

Clandestino, según el *Diccionario de la Lengua Española*, significa secreto u oculto. En consecuencia, sería defraudación de fluidos si, por ejemplo, a una tubería de agua se conecta una manguera, de manera no visible, y de esta forma se apropia ilícitamente del fluido, sin pagar el costo respectivo.

26. MANTILLA. *Delitos contra el patrimonio económico*, cit., p. 24.

27. PÉREZ. *Delitos contra el patrimonio económico*, cit., p. 44.

Creemos que al utilizar la expresión “clandestino” se incurrió en un error de técnica legislativa, toda vez que si clandestino es lo secreto u oculto, la conducta sería relativamente atípica, cuando, por ejemplo, la apropiación del fluido se hace de manera abierta, visible, como cuando la persona dueña de una caseta, en una vía pública, mediante un cable la conecta a la red de energía. Es decir, si quien se apropia ilícitamente del fluido lo hace clandestinamente (de manera secreta u oculta) sería defraudación de fluidos, en tanto, si quien lo realiza lo hace de manera abierta, visible, no oculta, estaría en presencia de hurto, lo cual no parece justo, ni razonable. Lo anterior confirma, nuevamente, que tal vez hubiese sido mejor la no tipificación expresa de la defraudación de fluidos, por lo menos en la forma en que quedó consignada en el artículo 256 del Código Penal.

2. *Mediante la alteración de los sistemas de control o aparatos contadores*

La segunda modalidad de apropiación que permite el tipo penal implica que el sujeto agente altere o bien los sistemas de control o bien los aparatos contadores. Alterar, según el *Diccionario de la Lengua Española*, es cambiar la esencia o forma de una cosa, como por ejemplo, cuando un individuo mediante un procedimiento fraudulento modifica el aparato contador de la energía o el sistema de control de la señal de telecomunicaciones, y logra que dichos aparatos registren únicamente un porcentaje mínimo del consumo real, pagando en consecuencia un valor menor al que efectivamente debía, perjudicando así el patrimonio de la persona que suministra el servicio.

Se considera una caso de defraudación de fluidos la reconexión fraudulenta, cuando el usuario a quien le han suspendido el servicio, alterando los sistemas de control, obtiene el suministro del fluido evitando el pago del mismo.

Así mismo se afirma que la acometida²⁸ fraudulenta es un ejemplo de defraudación de fluidos, entendiéndose por ésta, “cualquier derivación de la red local, o de otra acometida del correspondiente servicio, efectuada sin autorización del prestador del servicio”²⁹.

En síntesis, el tipo penal de defraudación de fluidos es restringido, pues únicamente consagra la apropiación de dos maneras: una, mediante la utilización de mecanismos clandestinos; y dos, a través de la alteración de los sistemas de control o aparatos contadores. Lo anterior implica que si la apropiación del fluido se realiza de manera diferente, tendrá que recurrirse a otra conducta punible.

28. Por “acometida” entiende la Ley de Servicio Públicos Domiciliarios en el artículo 14.1: “Acometida. Derivación de la red local del servicio respectivo que llega hasta el registro de corte del inmueble. En edificios de propiedad horizontal o condominios, la acometida llega hasta el registro de corte general. Para el caso de alcantarillado la acometida es la derivación que parte de la caja de inspección y llega hasta el colector de la red local”.

29. LEONARDO CRUZ BOLÍVAR. *Defraudación de energía eléctrica en el Código Penal* (publicación pendiente).

En efecto, piénsese el caso en que el aparato contador del agua, por alguna razón extraña, sufre un daño y no marca el consumo real. El usuario del servicio se da cuenta de ello y aprovechándose de dicha situación paga durante mucho tiempo un valor ínfimo, no real, en cuyo supuesto estaríamos en presencia de una defraudación diferente denominada aprovechamiento de error o caso fortuito³⁰.

Ahora bien, si el sujeto no altera, como exige la defraudación de fluidos, sino que destruye los contadores de fluidos y de esta manera se apropia de los mismos, al parecer la conducta no encajaría en la defraudación estudiada, por no realizarse efectivamente la apropiación mediante alteración, y parecería, entonces, que se trata más bien de un hurto calificado por ejercer violencia sobre las cosas, de conformidad con el artículo 240, n.º 1, del Código Penal.

Cuando se dañan obras u otros elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, radiales o similares, o a la producción y conducción de energía o combustible o a su almacenamiento, no estamos frente a defraudación de fluidos, sino ante una conducta punible contra la seguridad pública (uno de los delitos de peligro común), prevista en el artículo 357 del Código Penal. Esta figura admite la modalidad culposa, de conformidad con el artículo 360 del C. P.

Tampoco pueden sancionarse como defraudación de fluidos aquellos casos en que la persona que suministra el gas, el agua, la energía eléctrica o la señal de telecomunicaciones, altera los sistemas de control o los aparatos contadores, logrando así que el usuario pague un mayor valor del que realmente le corresponde, pues aquí no existe apropiación de ningún fluido, lo cual llevaría seguramente, de darse todos y cada uno de los requisitos, a sancionarse por un delito de estafa³¹.

No puede hablarse de defraudación de fluidos cuando existe apoderamiento de hidrocarburos o sus derivados cuando sean transportados a través de un oleoducto, gasoducto, naftaducto, poliducto o se encuentren almacenados en fuentes inmediatas de abastecimiento o plantas de bombeo, pues en estos casos el legislador colombiano les da un tratamiento especial (cfr. art. 14 Ley 782 de 2002).

Similar situación se presenta cuando existe apoderamiento sobre materiales nucleares o elementos radioactivos, ya que el numeral 15 del artículo 241 del Código Penal lo consagra como circunstancia de agravación punitiva del delito de hurto.

30. El aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito está consagrado en el artículo 252 del C. P. y dice: “El que se apropie de bien que pertenezca a otro y en cuya posesión hubiere entrado por error ajeno o caso fortuito, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años”.

31. El Código Penal Español consagra entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores en su artículo 283 lo siguiente: “Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos”.

E. OBJETO MATERIAL

La defraudación de fluidos exige que la conducta de apropiación recaiga, única y exclusivamente, en cuatro objetos materiales, a saber: energía eléctrica, agua, gas natural y señal de telecomunicaciones.

Al limitar el objeto material, es obvio que el tipo penal es restringido³², pues no parece razonable que se contemple únicamente a la energía eléctrica y se deje por fuera otras especies de la misma; igual argumento se puede utilizar frente al gas natural, ya que, por lo menos teóricamente, podría pensarse en una apropiación, como dice el Código, de estas otras sustancias. Tendríamos, entonces, que si alguien se apropia ilícitamente de energía diferente a la eléctrica o un gas que no sea natural, se estaría en presencia del delito de hurto, que como veremos más adelante tiene pena mayor, y no ante la defraudación de fluidos, diferencia que no tiene explicación racional alguna. El legislador colombiano debió, entonces, utilizar simplemente como objeto material la energía y el gas, sin más limitaciones. Por ello es que en otras legislaciones como la española, el objeto material es más amplio, pues permite que la defraudación de fluidos se dé sobre “energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos”³³.

Veamos algunos aspectos relacionados con los diferentes objetos materiales:

Según la Oficina de Prensa de la Fiscalía General de la Nación, para Codensa en Colombia hay aproximadamente 10 millones de usuarios de electricidad, de los cuales el 5% utiliza conexiones fraudulentas y alteración de medidores³⁴.

El sector eléctrico registra pérdidas anuales por cerca de un billón de pesos, como consecuencia de la apropiación ilícita de la energía eléctrica³⁵.

32. El Código Penal alemán también utiliza un concepto restringido frente a la defraudación de fluidos, al contemplar como conducta punible únicamente la sustracción de energía eléctrica, en el artículo 248c, que textualmente dice: “Quien sustraiga energía ajena de una planta o instalación eléctrica por medio de un cable conductor que no esté destinado para la extracción regular de energía, a partir de la planta o de la instalación eléctrica, será castigado cuando cometa el hecho punible con la intención de apropiarse para sí o para un tercero irregularmente de la energía, con pena privativa de la libertad hasta por cinco años o con multa”.

33. El Código Penal Español consagra en el artículo 255 de las defraudación de fluido eléctrico y análogos de la siguiente manera: “Será castigado con la pena de multa de tres a doce meses el que cometiere defraudación por valor superior a cincuenta mil pesetas, utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes: 1. Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación. 2. Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores. 3. Empleando cualesquiera otros medios clandestinos”.

34. Según este informe, en la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá cursan aproximadamente 265 procesos, entre investigaciones previas y sumarios, en el periodo comprendido entre enero y octubre del año en curso.

35. Un informe detallado sobre las pérdidas que presenta el sector eléctrico como consecuencia de la apropiación o apoderamiento ilícito de energía eléctrica, se puede consultar en el artículo titulado “Corto Circuito”, *Revista Cambio*, n.º 540 (3 al 10 de noviembre de 2003), pp. 44 y ss.

Las modalidades más utilizadas por los defraudadores de energía son las siguientes, según Codensa:

Manipulación del medidor: consiste en retirar los sellos de la tapa principal del medidor con el fin de retroceder la lectura marcada en el numerador o introducir un elemento que impide el correcto funcionamiento.

Piñones invertidos: se controla el numerador con el propósito de interrumpir la velocidad.

Medidor perforado: consiste en hacer un orificio en la tapa principal del medidor, de tal forma que se introduce un elemento que frena el disco.

Puentes abiertos, rotos o aislados: consiste en separar la conexión entre la entrada de corriente al medidor y la bobina de tensión.

Otras modalidades son las manipulaciones en las conexiones del medidor, por ejemplo:

Puentes de conexión: consiste en conectar externamente un elemento conductor, desde la entrada de la fase al medidor, con la salida correspondiente del mismo.

Medidor desaparecido: consiste en tener un servicio directo para lograr una menor facturación.

Simulación del numerador: consiste en colocar en el visor del medidor un papel adhesivo con la imitación del numerador y así simular la lectura.

También el sector del gas está gravemente afectado en su economía como consecuencia del aumento de las conexiones fraudulentas en tuberías y a la manipulación indebida en los medidores de este combustible, pero con un ítem adicional, en el sentido de que las conexiones clandestinas se vienen haciendo con mangueras y tuberías inadecuadas y en lugar de utilizar soldaduras para conectarlas, están empleándose –según el diario *El Tiempo*³⁶– pegantes que facilitan fugas, las cuales a su vez pueden producir explosiones que podrían ocasionar no únicamente daños de carácter material, sino atentados contra la vida e integridad de las personas.

F. MARCO PUNITIVO

Una especial reflexión merece el tema de la pena estimada para la defraudación de fluidos. El artículo 256 la estipula en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y en multa de uno (1) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

36. Sobre los problemas de apropiación o apoderamiento ilícito del gas, ver el artículo titulado “Peligro, por hurto de gas”, en el diario *El Tiempo*, del 7 de noviembre de 2003, p. 8.

No resulta entendible por qué el legislador del año 2000 impuso una pena menor en el caso de la defraudación de fluidos que la correspondiente al delito de hurto, pues de conformidad al artículo 239 del Código Penal, el hurto simple tiene como sanción prisión de dos (2) a seis (6) años.

Es más: el delito de hurto simple tiene un aumento punitivo cuando se presentan las circunstancias previstas para el hurto calificado, consagrado en el artículo 240 del C. P., ya que en tales supuestos la pena es prisión de tres (3) a ocho (8) años. Incluso, tanto el hurto simple como el calificado se agrava, según el artículo 241 del C. P. de una sexta parte a la mitad, cuando concurren las circunstancias descritas en dicha disposición. Es decir, las circunstancias que implican mayor punibilidad consagradas en los artículos 240 y 241, no son aplicables a la defraudación de fluidos.

Es decir, el legislador de 2000 terminó favoreciendo a todas aquellas personas que cometan el delito de defraudación de fluidos, pues anteriormente se sancionaban con pena mayor, la correspondiente al hurto y sus respectivas calificantes o agravantes.

Con lo anterior pretendemos poner de presente la incongruencia de nuestra legislación penal en materia punitiva, pues apropiarse de energía eléctrica o gas natural implica una pena menor –la de defraudación de fluidos– que la pena de hurto, cuando se trata del apoderamiento ilícito de otra clase de energía o gas, lo cual no tiene explicación razonable.

De todas maneras, al delito de defraudación de fluidos le son aplicables las circunstancias de agravación previstas para todos los delitos contra el patrimonio económico, de conformidad con el artículo 267 del C. P.; al igual que la circunstancia de atenuación punitiva del artículo 268 y la disminución por reparación del artículo 269 del C. P.

G. ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES

De conformidad con el artículo 35 del Código de Procedimiento Penal, el delito de defraudación de fluidos es querellable. Ello implica que la querrela únicamente puede ser presentada por el sujeto pasivo de la conducta punible, es decir, por el titular del bien jurídico afectado, en este caso el patrimonio económico (art. 32 C. P. P.).

Igualmente debe tenerse en cuenta que la querrela debe presentarse –según el artículo 34 del C. P. P.– dentro de los seis meses siguientes a la comisión de la conducta punible. No obstante, cuando el querellante legítimo, por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados, no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquéllos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a un año.

Otra figura aplicable a la defraudación de fluidos es la indemnización integral, prevista en el artículo 42 del C. P. P., la cual permite extinguir la acción penal cuando se repare integralmente el daño ocasionado.

Del mismo modo es predicable la conciliación entre las partes, de acuerdo con el artículo 41 del C. P. P., lo cual permite poner fin al respectivo proceso, una vez cumplido el trámite respectivo.

Finalmente, y a manera de conclusión, debo manifestar que el delito de defraudación de fluidos, tal como lo hemos visto a lo largo de este estudio, no ha significado ningún avance novedoso, ni siquiera positivo en esta materia; por el contrario, se trata de una disposición restringida, con problemas de técnica legislativa, con un marco punitivo defectuoso, que antes que ayudar a combatir esta clase de delincuencia que cada vez va en aumento, termina, en últimas, beneficiándola.