

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

JUZGADO 28 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO

Bogotá D.C., 28 de febrero de 2022

I. ASUNTO

Celebrado el juicio oral y anunciado el sentido del fallo, corresponde dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso seguido contra **AUGUSTO PRIETO PEÑA**, acusado por el delito de DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS AGRAVADO CONTINUADO.

II. HECHOS

Del escrito de acusación se extrae que los hechos jurídicamente relevantes por los cuales fuera acusado **AUGUSTO PRIETO PEÑA**, se contraen al apoderamiento ilegal del servicio eléctrico en perjuicio de CODENSA en cuantía de \$789.779.012 desde marzo de 2010 hasta abril de 2011 (fecha de retiro de los medidores de energía eléctrica), mediante la manipulación de los medidores de consumo de energía para generar un subregistro del consumo de energía diferente al consumo real del predio ubicado en la Calle 5 No. 19A 12 de Bogotá, en la cual funcionaba la fábrica de productos plásticos DYSAP S.A.S. NIT 900387625-9, representada legalmente por **AUGUSTO PRIETO PEÑA**.

III. IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO

AUGUSTO PRIETO PEÑA, se identifica con cédula de ciudadanía número 17.584.521 de Arauca, nació el 7 de febrero de 1965 en Pacho-Cundinamarca, es hijo de Ana Peña y Silvio Prieto, es una persona de sexo masculino, mide 1.76

metros de estatura, con grupo sanguíneo y factor RH O+, sin señales particulares visibles.

IV. ANTECEDENTES PROCESALES

El 25 de agosto de 2017 se corrió traslado del escrito de acusación a **AUGUSTO PRIETO PEÑA**, como autor del delito de **DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS AGRAVADO CONTINUADO** de conformidad con los artículos 256, 267 numeral 1° y 31 parágrafo del Código Penal.

El 27 de octubre de 2017, no se llevó a cabo la audiencia concentrada como se tenía previsto por inasistencia de la defensa. Posteriormente, el 15 de diciembre de 2017, la defensa presentó solicitud de nulidad, misma que se resolvió el 27 de abril de 2018. La decisión fue apelada por parte de la solicitante. El 7 de mayo de 2018, por reparto se asignó el trámite de la alzada al Juzgado 29 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta ciudad, quien avocó el conocimiento del asunto el 15 de mayo de 2018. En diciembre de 2020, en acción de tutela, el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial, ordenó al Juzgado 29 Penal del Circuito con Función de Conocimiento resolver el recurso interpuesto.

El 16 de diciembre de 2020, se deja constancia secretarial por parte del Juzgado 29 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, en el sentido de que en el proceso de digitalización del Juzgado y en razón a la acción de tutela presentada dentro del presente asunto, se encontró el expediente “traspapelado”, por lo que se procede a su digitalización y transcripción. Posteriormente, el 12 de abril de 2021, se resolvió por parte del Juzgado 29 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, confirmar la decisión del 27 de abril de 2018.

El 10 de mayo de 2021, se recibió nuevamente en el Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Conocimiento, la carpeta para continuar trámite y se fijó como fecha para llevar a cabo audiencia concentrada, el 25 de junio de 2021, fecha en la cual no se llevó a cabo la diligencia por solicitud de aplazamiento de la defensa.

La audiencia concentrada se realizó el 2 de julio de 2021, fecha en la cual la defensa interpuso recurso de apelación contra el auto de decreto de pruebas. El 26 de octubre de 2021, se resolvió por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Conocimiento con Función de Conocimiento Transitorio de Bogotá *“INHIBIRSE de conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa, contra el auto de decisiones probatorias”*.

El 8 de noviembre de 2021, se recibe nuevamente la carpeta por parte del Centro de Servicios Judiciales y se da inició al juicio oral el 3 de diciembre de 2021, continuándose el 28 de enero de 2022 y 7 de febrero de 2022. El 10 de febrero de 2022 se anunció sentido del fallo condenatorio, y se adelantó el trámite previsto en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

4.1. Teoría del caso de la Fiscalía

Al inicio de la audiencia de juicio oral, la delegada de la Fiscalía indicó que demostraría más allá de toda duda la existencia del delito acusado y la responsabilidad de **AUGUSTO PRIETO PEÑA**, en atención que desde el mes de marzo del año 2010 y de manera continuada atentó contra el patrimonio económico de la sociedad CODENSA S.A., cuando, en calidad de representante legal de DYSAP S.A.S empresa ubicada en la calle 5 No. 19 A -12, se apropió de la energía eléctrica de manera sucesiva, lo cual sería demostrado a través de los testimonios que se traerían al debate probatorio.

4.2. Teoría del caso de la Defensa

La defensa indicó que se abstiene de presentar teoría de caso.

4.3. Alegatos de conclusión de la Fiscalía

Manifestó que con las pruebas traídas y debatidas en el juicio oral, quedó claro que **AUGUSTO PRIETO PEÑA**, fue la persona que desde el mes de marzo del año 2010, atentó contra el patrimonio económico de CODENSA S.A., apropiándose

de manera continua e ilegal de la energía eléctrica. Afirma que se demostró que el acusado es el representante legal de la empresa DYSAP S.A.S ubicada en la calle 5 No. 19 A -12, asimismo que CODENSA S.A., le prestaba el servicio de energía bajo el No. 308965-5, y que el medidor que había puesto la sociedad afectada, había sido modificado para no facturar la energía que estaba consumiente la empresa DYSAP S.A.S.. Alega que este comportamiento se ajusta al tipo penal previsto en los artículos 256, 267 numeral 1° y 31 del Código Penal.

Sostiene que estos hechos fueron demostrados con el testimonio de Nicolás González Ramírez representante legal en actuaciones penales de la Sociedad Comercial CODENSA S.A, quien indicó las razones por las cuales se efectuó una revisión al medidor del inmueble ubicado en la calle 5 No. 19 A -12, las anomalías encontradas y la cuantía de la afectación. Así mismo, con los expertos Edwin Mauricio Castellanos Forero, Inspector de Medidas de Grandes Clientes en la Empresa CODENSA, y Osvaldo José Guzmán Almanza como jefe de laboratorio de Cam Colombia, con los cuales se demostró la pérdida de energía en el inmueble calle 5 No. 19 A -12, y el hallazgo de un elemento extraño en las celdas de los transformadores y manipulación a los elementos de medición; y finalmente, con el testimonio de Wilmar Jeferson Caro Cifuentes, técnico investigador de la Fiscalía, con quien se pudo establecer que el beneficiario del servicio era el señor **AUGUSTO PRIETO PEÑA.**

Finalmente, argumenta que la prueba traída por la defensa solo se dirigió a probar afectación al debido proceso del acusado el cual no se da teniendo en cuenta el tiempo en el cual solicitó el acceso a los medidores. Por todo lo anterior, solicitó un sentido de fallo y sentencia de carácter condenatorio.

4.4. Alegatos de conclusión de la apoderada de la víctima

Solicitó que la decisión sea de carácter condenatoria al haberse alcanzado el grado de conocimiento establecido en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal. Alega que se demostraron cada uno de los elementos del tipo penal de defraudación de fluidos agravado continuado previsto en los artículos 256, 267 numeral 1° y 31 parágrafo del Código Penal, dado que se acreditó la alteración del

sistema de medición y control de la energía, el daño patrimonial causado a CODENSA derivado de que el consumo real no era registrado y por tanto no era facturado, en cuantía de más de 789 millones de pesos. Sostiene que no se afectó el derecho de defensa del acusado por cuanto fue informado del tiempo que tenía para solicitar los medidores de energía, además de haberse demostrado que **AUGUSTO PRIETO PEÑA** era el representante legal de la empresa DYSAP, debiéndose además tener en cuenta que se afectó el patrimonio del Estado debido a la naturaleza de CODENSA.

4.5. Alegatos de conclusión de la defensa

La defensa técnica al presentar su alegato de conclusión solicitó:

(i) se decrete la nulidad de lo actuado por violación del derecho fundamental al debido proceso de conformidad a lo establecido en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, ya que la Juez 1ª Penal del Circuito de Conocimiento Transitorio, en decisión del 26 de octubre de 2021 se inhibió de conocer del recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión del decreto de pruebas, situación que viola el debido proceso de su defendido, y que conlleva a que sea necesario declarar la nulidad de la actuación y no continuar con el juicio hasta no resolver el recurso interpuesto.

*(ii) se decrete la nulidad de la actuación desde el traslado del escrito de acusación por la falta de definición de los hechos jurídicamente relevantes, de conformidad en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 337 numeral 2 de la misma normatividad, por cuanto el escrito de acusación no tiene una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes en un lenguaje comprensible que sean coincidentes con los elementos estructurales del tipo por el cual se esta acusando. Alega que este requisito no se cumple puesto que: **(a)** la acusación se realizó en hechos indicadores y la responsabilidad atribuida del señor **AUGUSTO PRIETO PEÑA**, se pretende hacer por ser representante legal de DYSAP S.A.S, desconociéndose que el derecho penal es de acto y no de autor, **(b)** se acusó al mismo tiempo de una conducta continuada y de un concurso homogéneo y sucesivo, situación que no*

puede darse. Asevera que, al tratarse en el caso en concreto de un concurso homogéneo y sucesivo, debió determinarse cada evento de defraudación de manera separada, **(c)** no se determinó con claridad la circunstancia de tiempo y, **(d)** no se determinó la cuantía de la apropiación.

(iii) *no tener por probados los hechos de la acusación* por cuanto Nicolás González Ramírez, es un testigo de referencia al que nada le consta; Edwin Mauricio Castellanos Forero llevó a cabo una visita el 29 de abril de 2011 y este evento no fue objeto de la acusación; Wilmar Jefferson Caro Cifuentes no verificó si la persona que dijo ser Augusto Prieto Peña era realmente él y el contrato de arrendamiento que recolectó se encontraba vencido; y lo afirmado por Osvaldo José Guzmán Almanza no puede corroborarse al no haberse podido tener acceso a los medidores, situaciones que generan duda sobre la responsabilidad del acusado y que debe ser resuelta a su favor.

(iv) *excluir las actas aportadas por la fiscalía al estar viciadas por afectación del derecho de defensa del acusado de acuerdo con la teoría del fruto del árbol envenenado.* Ello por cuanto con el testimonio de Miguel Hernando Pulido Mayorga, investigador de la defensa, y prueba documental aportada con este y como soporte de las estipulaciones, se demostró que a la defensa se le negó el acceso al medidor para poder realizar un contra informe. Afirma que se demostró que el medidor fue destruido en noviembre de 2013 y que la fiscalía comenzó la investigación en el año 2015, sin contar con los elementos para demostrar la conducta.

(v) *se declare la prescripción de la acción penal* por cuanto, al no haberse demostrado la existencia de un concurso de conductas punibles y no tratarse de una conducta continuada, se trató de único evento que prescribió desde el 24 de agosto de 2020.

V. CONSIDERACIONES

1.- Teniendo en cuenta que la defensa solicitó se declare la nulidad de actuación y se decrete la prescripción de la acción penal, se resolverán primero

dichas peticiones antes de proceder con el análisis de la prueba de la existencia de la conducta y de la responsabilidad penal del acusado.

2.- Frente a la declaratoria de nulidad de un proceso, para que dicha solicitud prospere, es necesario que se verifique la concurrencia de los principios que gobiernan las nulidades procesales. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en decisión del 12 de marzo de 2019 AEP00035-2019, indicó:

*“Ahora, en el marco de este sistema penal acusatorio, no existen nulidades por eventualidades solo por violaciones a las reglas de competencia del juez (art. 456), al debido proceso estructural y garantías fundamentales (arts. 29 C. Pol., 456 y 457 Ley 906 de 2004), **las cuales se rigen por los principios de taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad**, cuya finalidad no es otra que limitar la figura para evitar su decreto por la mera existencia de la irregularidad.”*

3.- Previamente, la Corte Suprema de Justicia había determinado el sentido y alcance de dichos principios indicando que:

“Tales axiomas se concretan en los siguientes postulados: sólo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de taxatividad); quien alega la configuración de un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (principio de acreditación); no puede deprecarla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del vicio invalidante, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (convalidación); no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (principio de instrumentalidad); quien alegue la rescisión tiene la obligación indeclinable de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de

trascendencia) y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualidad)¹.

4.- Por lo anterior, se verificará cada uno de dichos principios frente a las dos causales de nulidad invocadas por parte de la defensa para determinar la procedencia de su declaratoria.

Nulidad por violación del derecho fundamental al debido proceso por no estar resuelto el recurso en contra del auto de decreto de pruebas

5.- En la audiencia concentrada del 2 de julio de 2021, la defensa solicitó la exclusión de prueba documental solicitada por la fiscalía, por considerar que fueron pruebas obtenidas con violación de garantías fundamentales, en concreto el derecho de defensa del procesado, al no haber tenido acceso la defensa a los medidores y sellos a los que las mismas se refieren. Dicha petición de exclusión fue negada y apelada por la defensa. Al concederse el recurso, el 26 de octubre de 2021 el Juzgado de segunda instancia consideró que el argumento de fondo referido por la defensa no se refería a una exclusión probatoria, por lo que, al tratarse de una apelación contra el auto que decretó las pruebas, dicho recurso era improcedente y decide inhibirse de conocer del mismo.

6.- La defensa argumentó que vulnera el derecho al debido proceso del accionante el hecho de que la Juez 1ª Penal del Circuito de Conocimiento Transitorio, en decisión del 26 de octubre de 2021 se inhibiera de conocer del recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión del decreto de pruebas, lo que amerita la declaratoria de nulidad de conformidad con lo establecido en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, debido a que no podía iniciarse el juicio sin resolver el recurso pendiente.

7.- Así las cosas, en relación con cada uno de los principios antes citados se encuentra:

¹ CSJ Sala de Casación Penal, Rad. 34739, 17 de noviembre de 2020.

(i) *Taxatividad*: el mismo no se desconoce al invocarse la causal prevista en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal.

(ii) *Acreditación*: la defensa determinó en su solicitud el fundamento de hecho (decisión inhibitoria) y de derecho (artículo 457) de su pretensión de nulidad, no obstante, no precisó con claridad la forma en que la decisión del Juzgado de segunda instancia afecta el derecho de defensa y debido proceso o cómo y por qué se constituye en un yerro invalidante del procedimiento.

(iii) *Protección*: la petición de la defensa desconoce el mismo puesto que, conforme a lo concluido en la segunda instancia, la decisión inhibitoria se funda precisamente en la carencia argumentativa de la defensa frente a la solicitud de exclusión que realizó, lo cual permite concluir que la conducta del solicitante es la que da lugar a la configuración de la decisión que para la defensa constituyó el yerro que ahora invoca como sustento de su nulidad.

(iv) *Convalidación*, se observa que, de existir un yerro, fue convalidado por parte de la defensa puesto que, pese a manifestar que no debía darse trámite a la audiencia de juicio oral estando a su parecer pendiente la decisión del recurso de apelación, no argumentó dicha circunstancia antes de proceder con el juicio y, con su silencio, convalidó que se llevara a cabo la diligencia y se agotara la misma en su totalidad.

(v) *Instrumentalidad*: en el presente caso, el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, puesto que se refirió a los argumentos de exclusión de la defensa y resolvió el recurso propuesto concluyendo que el mismo no era procedente.

(vi) *Trascendencia*: la argumentación presentada por la abogada defensora, no permite demostrar que la decisión del Juzgado de segunda instancia afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales, máxime cuando solo se indica de manera genérica que debía resolverse el recurso antes de iniciar el juicio, sin traducir dicha omisión en la afectación concreta de ello en los derechos de su representado.

(vii) *Residualidad*: finalmente, tampoco se configura este principio puesto que, en el alegato conclusivo, nuevamente la defensa solicita, con los mismos argumentos, la exclusión de las pruebas que fueron objeto de la decisión inhibitoria de segunda instancia, petición que debe resolverse en la sentencia condenatoria y esta providencia es también susceptible de ser apelada.

8.- De todo lo anterior se concluye que no esta llamada a prosperar la primera petición de nulidad elevada por parte de la defensa del señor **AUGUSTO PRIETO PEÑA**.

Nulidad de la actuación por la falta de definición de los hechos jurídicamente relevantes

9.- La defensa, invocando nuevamente el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 337 numeral 2 de la misma normatividad, solicita se decrete la nulidad desde el traslado del escrito de acusación, por cuanto dicho escrito de acusación no tiene una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes en un lenguaje comprensible que sean coincidentes con los elementos estructurales del tipo penal.

10.- Sobre la posibilidad de decretar la nulidad por indeterminación de los hechos jurídicamente relevantes, en múltiples ocasiones se ha pronunciado ya la Corte Suprema de Justicia y ha indicado que:

“Como a lo largo de los años en diversos escenarios judiciales se arraigó la mala práctica de comunicar los cargos a través de la relación del contenido de las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía durante la fase de indagación, en cada caso debe evaluarse si, a pesar de ello, se cumplieron los objetivos de la diligencia, especialmente, si al imputado se le brindó información suficiente acerca del componente fáctico de los cargos y sobre la calificación jurídica del mismo”².

² CSJ, Rad. SP741-2021, 54.658 del 10 de marzo de 2021.

11.- Así las cosas, en relación con cada uno de los principios que gobiernan las nulidades procesales, frente a esta segunda petición, se encuentra:

(i) *Taxatividad*: el mismo no se desconoce al invocarse la causal prevista en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 337 numeral 2 de la misma normatividad.

(ii) *Acreditación*: la defensa determinó en su solicitud el fundamento de hecho y de derecho de su pretensión de nulidad. Afirmó que la acusación se realizó en hechos indicadores, que se acusó al mismo tiempo de una conducta continuada y de un concurso homogéneo y sucesivo sin determinar cada evento de defraudación de manera separada, y que no se determinó con claridad la circunstancia de tiempo ni la cuantía de la apropiación.

Sin embargo, contrario a lo afirmado, pese a que, si se incurrió por parte de la Fiscalía en la mala práctica consistente en comunicar los cargos mediante la referencia al contenido de las evidencias, de lo consignado en el escrito de acusación, si se pueden extraer los elementos que configuran el tipo penal de defraudación de fluidos agravado continuado descrito en los artículos 256, 267 y 31 del Código Penal. Así, se puede determinar a partir de dicho escrito, que se acusó a **AUGUSTO PRIETO PEÑA** de apropiarse de energía eléctrica en el predio ubicado en la calle 5 No. 19 A -12 donde operaba la Fábrica de Productos de Plásticos DYSAP S.A.S de la que él era representante legal, ello mediante manipulación de los medidores de consumo, desde marzo de 2010 hasta abril de 2011, en cuantía superior a 100 salarios mínimos, esto es, de \$789.779.012 y en perjuicio de CODENSA.

Ahora, se alega que se acusó al mismo tiempo de una conducta continuada y de un concurso homogéneo y sucesivo, sin determinar cada evento de defraudación de manera separada. Frente a este aspecto, si bien el escrito indica que la conducta se acusa *“en la modalidad de CONCURSO MATERIAL HOMOGÉNEO Y SUCESIVO por disposición de lo contenido en el parágrafo del artículo 31”*, parágrafo que se refiere únicamente al delito continuado, lo cierto es que, en la

audiencia concentrada, la Fiscalía aclaró que la conducta era continuada y no en concurso.

Esta aclaración realizada por parte de la fiscalía en el momento procesal oportuno para ello de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 4 y 5 del artículo 542 del Código de Procedimiento Penal, no afectó el núcleo fáctico de la acusación dado que en el mismo escrito se indicó que la apropiación se realizó **desde** marzo de 2010, descripción compatible con el delito continuado, y sin atribuir como bien lo resalto la defensa, hechos diferenciados que puedan corresponder a un concurso homogéneo y sucesivo.

(iii) *Protección*: la petición de la defensa no desconoce el mismo puesto que no es la conducta del solicitante la que daría lugar a la configuración del yerro que se invoca como sustento de su nulidad.

(iv) *Convalidación*: se observa que, de existir un yerro, este fue convalidado por parte de la defensa puesto que, en la audiencia concentrada, conforme al numeral 11 del artículo 542 del Código de Procedimiento Penal, se concedió el uso de la palabra a la defensa para que indicará si tenía alguna causal de nulidad para alegar, sin embargo, guardo silencio y solo espero para solicitarla hasta el momento de presentar sus alegatos de conclusión en el juicio oral.

Pese a que una nulidad, como lo afirmó la defensa, puede solicitarse en cualquier momento de la actuación e incluso ser decretada en segunda instancia o en sede de casación, esto se permite a la parte cuando el yerro se presenta con posterioridad a la etapa prevista en la ley para su invocación. No puede entonces permitirse que la parte que considera existe una nulidad, guarda silencio y espere hasta el último momento procesal para hacer este tipo de peticiones en desmedro del proceso y de la eficacia de la administración de justicia. De allí, que el silencio de la defensa en la audiencia concentrada sobre este aspecto que era anterior a dicha etapa procesal, convalidó tácitamente la actuación.

(v) *Instrumentalidad*: en el presente caso, el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, puesto que el acusado si fue

informado en el traslado del escrito de acusación de los hechos jurídicamente relevantes por los cuales estaba siendo vinculado al proceso.

(vi) *Trascendencia*: como ya se indicó, el yerro resaltado por la defensa, pese a constituirse en una práctica inadecuada, no se traduce en una afectación real y cierta del debido proceso o las garantías constitucionales del acusado, al ser posible extraer del escrito de acusación los hechos que se subsumen en el tipo penal objeto de acusación.

(vii) *Residualidad*: al no haberse configurado un yerro que afecte garantías fundamentales del acusado, no hay lugar a determinar si la actuación puede subsanarse a través de otro medio.

12.- De todo lo anterior se concluye que no está llamada a prosperar la segunda petición de nulidad elevada por parte de la defensa del señor **AUGUSTO PRIETO PEÑA**.

De la prescripción de la acción penal

13.- El artículo 83 del Código Penal señala que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a 5 años ni excederá de 20. Por su parte, el artículo 292 del Código de Procedimiento Penal, dispone que la prescripción se interrumpe con la formulación de la imputación y que a partir de este momento comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal, sin que en ningún evento pueda ser inferior a 3 años.

14.- En el presente caso, el traslado del escrito de acusación, diligencia equivalente a la formulación de imputación, se realizó el 24 de agosto de 2017 por el delito de defraudación de fluidos agravado continuado previsto en los artículos 256, 267 numeral 1º y 31 parágrafo del Código Penal, mismo delito por el cual se anunció sentencia condenatoria. Así las cosas, según el artículo 256 del Código Penal, la pena máxima para el delito de defraudación de fluidos es de 72 meses, pena que aumentada conforme a la circunstancia de agravación punitiva descrita

en el artículo 267 del Código Penal queda en 108 meses, y, al aumentársele una tercera parte conforme al párrafo del artículo 31 del Código Penal queda en 144 meses. De allí que sería esta la pena máxima para el delito acusado, y, dividida en la mitad, el termino de prescripción es de 72 meses. En este orden de ideas, en el presente caso la acción prescribe para el 24 de agosto de 2023, por que se negará la petición de preclusión por prescripción de la acción penal elevada por parte de la defensa.

15.- Resueltas así las cuestiones preliminares planteadas por la defensa, se analizará la demostración de los presupuestos para proferir sentencia condenatoria en contra del acusado.

16.- El artículo 7º del Código de Procedimiento Penal indica que *“Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”*. Este principio rector se desarrolla a su vez en el artículo 372 *ibídem* que señala que *“las pruebas tienen como propósito llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”*, y, en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, el cual establece que *“para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.”*

17.- Conforme a ello, se realizará la valoración de las pruebas que fueron producidas e incorporados en el juicio oral, y que determinaron el sentido del fallo condenatorio ya emitido.

18.- En cuanto a la materialidad de la conducta de defraudación de fluidos agravado continuado, el artículo 256 del Código Penal, describe la conducta de defraudación de fluidos como: *“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”.

Por su parte, el artículo 267 *ídem* en su numeral 1° establece que *“Las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa: 1. Sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o que siendo inferior, haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica”.*

Así mismo, el artículo 31 en su párrafo señala: *“PARAGRÁFO. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte”.*

19.- En el presente caso, se acordó tener como ciertos y probados los siguientes hechos:

(i) que el acusado se encuentra identificado en los términos ya indicados.

(ii) la existencia del inmueble ubicado en la Calle 5 No. 19 A -12 conforme al folio de matrícula inmobiliaria 50C-129797.

(iii) que el 17 de noviembre de 2017 mediante oficio 06541652, Gustavo Adolfo Gómez Ramírez funcionario de CODENSA S.A. le informó al señor Carlos Ballesteros Lizarazo que el medidor número 140866 se inspeccionó el 31 de octubre del 2012 y fue destruido el 18 de noviembre de 2013.

(iv) que el 11 de diciembre de 2017 mediante oficio 06575227, Gustavo Adolfo Gómez Ramírez funcionario de CODENSA S.A. le indica a Miguel Hernando Pulido Mayorga, que en relación con la solicitud de que *“se ponga a disposición de la defensa los “SELLOS DE SEGURIDAD” que fueron objeto de estudio y análisis”*, se contestó que la petición no es procedente de acuerdo con lo establecido en el numeral 7.18 del Contrato de Servicio Público de Energía Eléctrica según el cual son obligaciones de la empresa:

“7.18. Poner a disposición del CLIENTE los medidores, materiales y demás elementos de su propiedad, que hayan sido retirados por LA EMPRESA, salvo cuando por razones de tipo probatorio sea necesario conservarlos.

EL CLIENTE cuenta con sesenta (60) días hábiles, contados a partir de la fecha de retiro para solicitar por escrito a LA EMPRESA la entrega de los elementos retirados. Vencido este plazo LA EMPRESA no se hace responsable de estos elementos.”

20.- Posteriormente, se practicó el testimonio de Nicolás González Ramírez, representante legal y judicial para asuntos penales de la Sociedad Comercial CODENSA S.A. Explicó que CODENSA tiene un área de control de pérdidas de energía que se pueden dar por diferentes anomalías. Afirma que al detectarse una pérdida de energía lo primero que se realiza es una inspección para verificar si la anomalía es provocada, y de ser el caso iniciar los procesos de recuperación ante la jurisdicción administrativa o penal.

Recordó que en el inmueble ubicado en la calle 5 No. 19 A -12, se presentó un caso de pérdida de energía de especial relevancia debido a la naturaleza de las anomalías técnicas y la cuantía de la pérdida, por lo que se presentó la denuncia penal el 6 de julio de 2011 por la persona que en ese momento era representante legal de CODENSA. Afirmó que se estableció que el número de cliente fue 308965-5, el cual tenía una tarifa industrial por tratarse de una empresa de plásticos y que la cuantía del perjuicio a CODENSA fue de \$789.779.212 teniendo en cuenta las anomalías descritas en la denuncia que fueron constatadas en inspección y la gráfica de consumos.

Reveló que las anomalías fueron evidenciadas en dos inspecciones del 15 de octubre de 2010 y 29 de abril de 2011. Declaró que el 15 de octubre de 2010, se efectuó una inspección en el inmueble y arrojó una *“anomalía de sellos al laboratorio”*, por lo cual se retiran los sellos de seguridad y se remiten al laboratorio para ser analizados. Explicó que la función de los sellos es evitar que se manipule el equipo de medición y permite determinar una intromisión indebida, puesto que la manipulación puede tener incidencia en el registro del

consumo de energía. Explica que, en el presente caso, se produjo un resultado “no conforme” por cuanto se encontró *“sello roto en la celda de medida, sello roto en la celda de transformador e inserto no anclado correctamente en el cuerpo del sello”*.

Agrega que por lo anterior, el 29 de abril de 2011 se realiza otra inspección, en la cual se retira el medidor 140866 y se establece *“que no hay una lectura coherente, el transformador de corriente esta puenteado, coalición significativa de consumos, bajo porcentaje registrado por el medidor, celda de medida no brinda seguridad y hay un elemento extraño en el equipo medición”*, lo que da entender un sub registro de energía que era generado por el elemento extraño que se encontró en el medidor.

Indica respecto del consumo del inmueble, que se estableció el comportamiento de consumo de la empresa de plásticos y se hizo el aforo o determinación de los equipos eléctricos en el inmueble, con lo cual se determinó que la empresa tenía un aforo de 467.21 kilovatios de energía, es decir, lo que en realidad puede consumir con los equipos instalados y en funcionamiento, lo cual se comparó con el histórico de consumo registrado y facturado, encontrándose que mes a mes se generó un subregistro de entre 60 mil y 70 mil kilovatios mensuales y que se registraba y facturaba solo el 15% de lo que se consumía realmente.

Sostuvo que de cada hecho indicado se contó con el soporte técnico que fue anexado a la denuncia pero que no estuvo presente ni en las inspecciones ni estudios técnicos realizados.

21.- Asimismo, se escuchó en el juicio oral el testimonio de Edwin Mauricio Castellanos Forero, Ingeniero Electrónico especialista en redes de energía eléctrica, quien manifiesta que trabajó en CODENSA desde 2009 a 2017 en el área de perdidas masivas de energía como técnico de inspecciones de medidores de energía. Narró que en el inmueble tipo industrial ubicado en la Calle 5 No. 19A 12, el 29 de abril de 2011 realizó una inspección y que consignó en las actas AI-TP 0756474, AI-TP 0756473 y AI-TP 0756472, los datos técnicos del grupo de medida, pruebas realizadas al grupo de medida, estado de anomalías encontradas,

información de los sellos del grupo de medida y las observaciones del proceso efectuado.

Aseveró que se efectuó estudio en el medidor y los transformadores de corriente y halló sobre el servicio eléctrico 308965, *“se observa cuerpo extraño dentro de CX (celda de los transformadores), conectados en SU1 de EST, donde se realizan grupo de medida con equipo de patrones P3TG-17D1.70, con bajo porcentaje registrado, relación de EST bajo, realizando seguimiento a elemento extraño y se encuentra conectado con caja con candados, el cual se retira y se envía en tula 0040, con precinto tarjeta y stiker 103910, se realiza pruebas finales dentro del rango, con corriente inicial 168 amperios, 167 amperios, 161 amperios, con medidor con lecturas 06445.7 kilovatio hora, con reactiva 02259.9 cabe horas, demanda máxima 32.24 kilovatios CTS DE 400 A 5 – FX80 amperios, acometida 6X4, se realiza aforo 467 kilovatios en compañía de persona que atiende, el grupo de medida registra consumo industria de plásticos, se suspende servicios con orden 90089694, se retiran cañuelas con estación local contra formador de 300 kilovatios de 11400/400-46 volteos, de atención de servicios, se debe verificar factibilidad de servicio 1032075, se retira medidor CTS retirados en tula 1866, con tarjeta y stiker precinto 102585, elemento retirado al laboratorio, se requiere medida técnica, se deja sellado celda de transformadores”*

Indicó que el objetivo de la visita era verificar el grupo de medida y que se encontró en este un elemento extraño. Al realizar pruebas, evidenció que se estaba dejando de registrar energía con respecto a lo que estaba consumiendo el cliente. Precisa que, al retirar el elemento extraño, nuevamente se realizaron pruebas y se generaba un registro de energía correcto, por lo cual se retiró el medidor, se envió en tula sellada al laboratorio y se suspendió el servicio de energía del cliente.

Manifiesta que con la persona que atendió la diligencia, Isaias Triana, Jefe de Planta, realizó una revisión del aforo, es decir, de todas las cargas que tenía el cliente conectadas, y se registró una carga instalada de 467 kilovatios. Explica que de acuerdo con las pruebas realizadas, el consumo real de energía era de 149.9 kilovatios y el medidor arrojaba 33 kilovatios, por lo que el subregistro era del 77 al 78% de la energía. Agrega que al retirar el elemento extraño la prueba arroja

que el grupo de medida registra el consumo con error del 0.3%, lo que significa que es una medida correcta. Concluye que con ello se pudo evidenciar que había una defraudación al consumo de energía. Con el testigo se incorporan las actas AI-TP 0756474, AI-TP 0756473 y AI-TP 0756472.

Aunado a lo anterior, señala que realizó un registro fotográfico del grupo de medida, y se incorporan con el testigo las fotografías en las que el señor Castellanos Forero precisa que se pueden observar los cables que salen del grupo de medida y que son ajenos a este, para llegar a una caja ubicada en la parte externa que fue la que se retiró y se envió al laboratorio. Igualmente, explica que en las fotografías se pueden observar las mediciones realizadas, los sellos retirados, los datos de la subestación y transformador, el retiro del medidor y la tula embalada para el laboratorio con su precinto, *stiker* y tarjeta, que garantizan que se trate del mismo desde el retiro en el predio hasta la revisión en el laboratorio.

22.- Se continuó con el testimonio de Wilmar Jefferson Caro Cifuentes, técnico investigador de la Fiscalía General de la Nación, quien informó que el 30 de octubre de 2012 realizó un informe de policía judicial, en el que da cuenta de las actividades realizadas por el dentro del presente asunto. Afirma que se obtuvo certificado de tradición del inmueble ubicado en la calle 5 No, 19 A-12 y que se estableció que el inmueble se encontraba arrendado, para la época de los hechos, al señor **AUGUSTO PRIETO PEÑA**, representante legal de la empresa DYSAP S.A.S., según contrato de arrendamiento del 13 de marzo de 2008.

Explica que se desplazó hasta calle 5 No, 19 A-12 en donde verificó que se trata de un inmueble de uso industrial y fue atendido por el señor **AUGUSTO PRIETO PEÑA**. Con el testigo se incorpora el informe del 30 de octubre de 2012 y sus anexos, entre ellos:

(i) contrato de arrendamiento del 13 de marzo de 2008 a **AUGUSTO PRIETO PEÑA** del inmueble con matrícula inmobiliaria 50C-129797 desde 13 de marzo de 2008 a 13 de marzo de 2010 con destino exclusivo a “FÁBRICA DE PLÁSTICOS” y prórroga automática conforme a la cláusula SEXTA.

(ii) Certificado de Cámara de Comercio de Bogotá del 6 de septiembre de 2012 correspondiente a la empresa DYSAP SAS, en el que se establece que el último año renovado es 2012, que el activo total reportado es de \$1.797.789.000, que dentro de su objeto social esta *“la adquisición, procesamiento, transformación y venta de productos plásticos...”* y que es representada legalmente por **AUGUSTO PRIETO PEÑA** identificado con la cédula de ciudadanía 17.584.521

23.- Finalmente, se escuchó como testigo de la Fiscalía a Oswaldo José Guzmán Almanza, Ingeniero Electrónico, quien laboraba para el año 2011 como jefe de laboratorio de CAM Colombia, y tenía como función aprobar los informes finales de técnicos a medidores de CODENSA. Explicó al respecto de los medidores llegan en tulas con sellos, se ingresan al laboratorio, se hace una revisión externa, se aplican pruebas con diferentes equipos, se realiza una inspección interna y se registran las observaciones, todo con base en la norma técnica NTC4856.

Recordó que el 17 de mayo de 2011 verificó un informe de inspección técnica No. COD033228-11-U que correspondía a un medidor entregado el 9 de mayo de 2011 con serial 140866. Aseguró que luego de que cada técnico realiza su labor o las pruebas que le corresponden, registra sus observaciones en un sistema y él como jefe recibía toda la información para realizar valoración y firmar el informe. Afirmó que CAM es un laboratorio independiente y que al recibir el medidor no conocen la procedencia del mismo.

Asevera que, en el caso del medidor ya mencionado, se verificó que el estado de la tula garantizara la cadena de custodia y aprobó el informe con resultado “no conforme” por cuanto, los sellos de seguridad internos estaban rotos o fuera de posición, por presencia de elemento extraño dado que *“el medidor se encontró una caja la cual contienen un generador de corriente conectado al medidor a través de las entradas de los TS, puenteando las tres fases de corriente”* y debido a que se mostró un error en las pruebas de al menos 63%, lo que significa que el medidor estaba dejando de registrar por lo menos el 63% del consumo real.

24.- Culminada la prueba de cargo, como prueba de la defensa se escuchó a Miguel Hernando Pulido Mayorga, investigador privado, quien informó que en el año 2017 fue contratado para investigar el caso del señor **AUGUSTO PRIETO PEÑA** acusado del delito de defraudación de fluidos. Recordó que en su labor hizo una petición a CODENSA requiriendo el acceso al equipo medidor para que un perito en el tema examinara el mismo y emitiera un dictamen, pero la pretensión fue negada, puesto que se le indicó que el medidor era confidencial.

Señala que, por lo anterior, el 20 de octubre de 2017 se solicitó una “prueba anticipada” el Juez 61 Penal con Función de Control de Garantías de Bogotá y se resolvió autorizar la realización de registro y peritaje técnico al medidor de energía No. 140866, que se encuentra en la Compañía Americana de Multiservicios CAM, soporte de lo cual se incorpora el acta de la audiencia preliminar.

Expuso que, atendiendo la autorización emanada del Juez de Control de Garantías, realizó una petición ante CODENSA el 20 de noviembre de 2017, en la cual se solicitó (i) copias de las facturas de ventas de los meses de octubre a diciembre de 2010 y de enero a abril de 2011, historial de consumo de energía del inmueble ubicado en la calle 5 No. 19 A -12, con servicio eléctrico No. 308965-5 y (ii) se pusiera a disposición los sellos de seguridad, que fueron objeto de estudio y análisis, con el fin de realizar una inspección ocular para efectuar fijación fotográfica.

Asimismo, informó que también el 29 de noviembre de 2017 solicitó ante el Juzgado 61 Penal Municipal de Control de Garantías de Bogotá, se requiriera a la Empresa CODENSA S.A., para que diera respuesta a la petición radicada el 26 de octubre de 2016 y se fijara fecha y hora para la entrega del medidor de energía No. 140866, con el propósito de dar cumplimiento a lo dispuesto por dicho despacho el 20 de octubre de 2017.

Afirmó que pese a ello, el 11 de diciembre de 2017, recibió respuesta de la Empresa CODENSA, donde se le aporta copias de la facturación No. 0308965-5 presentada entre octubre de 2010 y abril de 2011, describiendo los consumos

liquidados en la empresa DYSAP S.A. y se le informa que, en cuanto a la segunda pretensión, no es procedente entregar los sellos solicitados ya que se requieren mantener por razones de tipo probatorio, de conformidad con lo establecido en el contrato de servicio público de energía eléctrica. Adicionalmente manifestó que, recibió respuesta de la Empresa CODENSA el 17 de noviembre de 2017, indicándole que respecto a la petición de entrega del medidor No. 140866, el mismo tuvo una inspección el 31 de octubre del 2012 y fue destruido el 18 de noviembre de 2013 con tula 468; por lo que nunca pudo tener acceso al medidor y sellos.

Asegura que por lo anterior, no pudo adelantar su labor y considera se afectó el derecho a la contradicción del acusado

25.- Pues bien, al ser estas las pruebas que fueron practicadas e incorporadas en la audiencia de juicio oral, las mismas resultan suficientes para demostrar la materialidad del delito de defraudación de fluidos agravada continuada.

26.- Ello, dado que se demostraron cada uno de los elementos de tipo penal, esto es, una alteración en los sistemas de control o aparatos contadores, la apropiación de la energía eléctrica en cuantía superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, el perjuicio ajeno, en este caso, a la empresa CODENSA y la continuidad de la conducta por varios meses.

27.- En cuanto a la *alteración a los sistemas de control o aparatos contadores*, no quedó duda alguna de que dicha manipulación y alteración si se presentó dado que (i) Edwin Mauricio Castellanos Forero informó con claridad que él pudo constatar que en el inmueble ubicado en la Calle 5 No. 19A 12 los sellos de seguridad que se fijan en los contadores de energía y que pretenden evitar su manipulación, estaban alterados y mal posicionados, y, el mismo testigo verificó que además el medidor tenía un cuerpo extraño, por lo que, debido al subregistro de energía que el mismo generaba, lo retiró y remitió a laboratorio para su análisis, dejando fijación fotográfica de todo lo hallado y realizado; y (ii) Oswaldo José Guzmán Almanza, dio cuenta de las pruebas realizadas al medidor

verificando lo hallado en campo en cuanto a la presencia del elemento extraño y el subregistro en la medición de energía que este generaba.

28.- Frente a la *apropiación de la energía eléctrica*, también se demostró puesto que estos mismos testigos Edwin Mauricio Castellanos Forero y Oswaldo José Guzmán Almanza permiten llegar a un conocimiento libre de duda de que en el inmueble no se estaba registrando y facturando la energía que se estaba realmente consumiendo, lo que sin duda se traduce en una apropiación de la energía eléctrica que tuvo origen en la manipulación de los aparatos de medición.

29.- Respecto a que la apropiación genera un *perjuicio ajeno*, con el testimonio de Nicolás González Ramírez se acreditó esta circunstancia pues informó que la conducta generó un daño patrimonial a CODENSA al no haberse pagado el valor correspondiente al consumo real y tarifa establecida para el tipo de cliente. Subregistro y no facturación que se reitera, se probó con los ingenieros electrónicos que explicaron en detalle la medición fuera de rango, esto es, diferente a la real y muy por debajo de esta última.

30.- Ahora bien, respecto a la circunstancia de agravación punitiva contemplada en el numeral 1° del artículo 267 del Código Penal, el salario mínimo legal establecido para el año 2010 el salario era de \$515.000, por lo que 100 salarios mínimos corresponderían a \$51.500.000. No obstante, en el presente caso se demostró que la cuantía de la apropiación fue superior a esta suma con el testimonio de Nicolás González Ramírez, quien informó que la pérdida de energía generó un perjuicio económico para CODENSA de \$789.779.012. Testigo que explicó en detalle que esta suma se determinó a partir de aforo eléctrico de la empresa, su tarifa como cliente, el histórico de consumo mes a mes y el porcentaje de subregistro que se evidenció luego de la prueba técnica practicada.

30.- En relación con la demostración de que el delito de defraudación de fluidos fue continuado de conformidad a lo previsto en el párrafo del artículo 31 del Código Penal, esto se probó también con el testimonio de Nicolás González Ramírez, quien dio a conocer que la conducta se presentó por varios meses en el inmueble desde el año 2010, conclusión a la que arribó CODENSA producto de los

análisis que realizaron del histórico de consumo, pudiéndose demostrar además que la apropiación indebida del fluido eléctrico solo cesó cuando, en abril del año 2011, el Ingeniero Edwin Mauricio Castellanos Forero retira el medidor con el objeto extraño que generaba el subregistro y suspende el servicio de energía en el inmueble.

31.- De allí que el delito no se produjo ni se agotó en un solo instante al instalar el elemento extraño en el medidor ni al generarse la factura del primer mes de consumo, sino que se prolongó o continuó en el tiempo hasta que la conducta fue cesada en virtud de la inspección realizada por la empresa defraudada.

32.- Frente a la responsabilidad, del señor **AUGUSTO PRIETO PEÑA**, se demostró también más allá de toda duda al haberse probado que la defraudación de fluidos se produjo en el inmueble ubicado en la Calle 5 No. 19A 12, que el mismo fue arrendado por uno de sus propietarios al acusado para que funcionara allí una fábrica de plásticos, que allí funcionaba la empresa DYSAP SAS, de la que es representante legal **AUGUSTO PRIETO PEÑA** y que este y no otra persona, era el encargado de pagar el servicio público de energía en dicho inmueble de acuerdo con el contrato de arrendamiento.

33.- El hecho de que la defraudación se produjera en la Calle 5 No. 19A 12, se demostró con lo afirmado por Nicolás González Ramírez y Edwin Mauricio Castellanos Forero, inmueble cuya existencia fue aceptada por ambas partes, así como su número de matrícula inmobiliaria 50C-129797.

34.- Del folio de matrícula así como del contrato de arrendamiento aportado, se puede concluir con claridad que precisamente ese inmueble fue arrendado por **AUGUSTO PRIETO PEÑA** para que funcionara allí una fábrica de plásticos, como lo pudo constatar Edwin Mauricio Castellanos Forero pues fue esta la naturaleza de la empresa que halló allí cuando visitó el inmueble en 2010 y 2011 y por Wilmar Jefferson Caro Cifuentes, quien igualmente al acudir a la calle 5 No, 19 A-12 encuentra que aun esta allí la empresa, es atendido por el propio acusado,

y de esa forma recaba para el proceso el contrato de arrendamiento incorporado en juicio.

35.- Sumado a lo anterior, no solo se probó con el Certificado de Cámara de Comercio que aquella empresa DYSAP era representada legalmente por **AUGUSTO PRIETO PEÑA**, sino además que el contrato de arrendamiento estableció en su cláusula OCTAVA: *“SERVICIOS PÚBLICOS: A partir del momento de la entrega del inmueble el ARRENDATARIO y hasta la fecha de su desocupación y entrega del mismo al ARRENDADOR, será obligación del ARRENDATARIO el pago de los servicios públicos de ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO, RECOLECCION DE BASURAS, **ENERGIA ELECTRICA**, y TELEFONOS en el momento que lo identifiquen las respectivas facturaciones”*, de lo que surge que el único beneficiario del subregistro de energía y de su consecuente no facturación, era **AUGUSTO PRIETO PEÑA**.

31.- Se considera entonces que, con la prueba aportada por la Fiscalía, se logró demostrar tanto la existencia de la conducta de defraudación de fluidos agravado continuado como la responsabilidad de **AUGUSTO PRIETO PEÑA** en la misma. No obstante, debe darse respuesta a los argumentos en los cuales la defensa solicitó tener como no probados los hechos de la acusación, así:

(i) *Nicolás González Ramírez, es un testigo de referencia al que nada le consta; lo que no es cierto dado que no solo se trata del representante legal y judicial para asuntos penales de CODENSA, sino que afirmó con contundencia que por dicho cargo conoce el caso, conoce su magnitud e importancia para la empresa debido a la cuantía de la defraudación, y además ha tenido que hacer seguimiento al mismo.*

(ii) *Edwin Mauricio Castellanos Forero llevó a cabo una visita el 29 de abril de 2011 y este evento no fue objeto de la acusación; manifestación con la que la defensa confunde la fecha de la visita de inspección y retiro del medidor, con un evento de apropiación de energía eléctrica y que no tiene ninguna incidencia en el razonamiento probatorio.*

(iii) *Wilmar Jefferson Caro Cifuentes no verificó si la persona que dijo ser Augusto Prieto Peña era realmente él*, afirmación que no hace menos probables los hechos demostrados máxime al haberse acreditado ya que él y no otra persona era el arrendatario del inmueble, el representante legal de la empresa que allí funcionaba y el obligado de acuerdo con el contrato a pagar los servicios públicos.

(iv) *el contrato de arrendamiento que recolectó se encontraba vencido*; afirmación contraria a la verdad si se tiene en cuenta que el mismo contrato prevé una cláusula de prórroga automática y Wilmar Jefferson Caro Cifuentes en octubre de 2012 acudió de manera directa al inmueble ubicado en la Calle 5 No. 19A 12, encuentra que funciona allí la fábrica de plásticos y allí mismo recibe el contrato de arrendamiento.

(v) *lo afirmado por Osvaldo José Guzmán Almanza no puede corroborarse al no haberse podido tener acceso a los medidores*, lo cual no es cierto dado que la fiabilidad de esta prueba estriba en que se precisaron por el testigo de manera clara los principios y protocolos en que se fundan las conclusiones, es absolutamente concordante con lo hallado previamente por Edwin Mauricio Castellanos Forero, es un testigo imparcial debido a que no hace parte de CODENSA ni conocía el origen del medidor y la defensa tuvo acceso a este informe, las fotografías y conclusiones las que bien podía someter a estudio de sus propios peritos quienes eran los llamados a determinar si habían motivos para cuestionar dicha prueba o si necesariamente se requería el acceso a los objetos analizados para determinar ello.

32.- Finalmente, es necesario pronunciarse frente a la solicitud de la defensa de *excluir las actas aportadas por la fiscalía al estar viciadas por afectación del derecho de defensa del acusado de acuerdo con la teoría del fruto del árbol envenenado*, petición que como se anunció será negada por los siguientes argumentos:

(i) el no haber tenido acceso a los medidores y sellos que se analizaron, no es presupuesto de exclusión de las actas de inspección ni del informe. Ello por cuanto únicamente procede la exclusión de un medio de prueba cuando el mismo

es ilegal o ilícito, y ninguno de estos eventos se presentan en este caso. La Corte Suprema de Justicia se ha referido en múltiples ocasiones a ello y ha indicado que:

*“la jurisprudencia de la Sala, ha definido que prueba ilícita es aquella que **se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas**, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; **y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes**, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.*

*Que difiere de la “prueba ilegal”, que se genera cuando **en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales**. En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba.”³*

En este caso, las actas y el informe cuya exclusión se solicita no son ilícitos por cuanto no se **obtuvieron** con vulneración de derechos fundamentales, sin que pueda confundirse un acto posterior de destruir un objeto analizado o de no haberlo podido obtener la defensa, con una **obtención** en contra de garantías, máxime al tratarse de una situación que se produce en el año 2017, varios años después de producido el elemento, año 2011.

Tampoco las actas e informes son ilegales debido a que no se incumplieron en su **producción** requisitos legales esenciales, por cuanto como ya se dijo, la omisión que alega la defensa no se genera al producirse la evidencia sino varios años después.

(ii) Una parte no puede beneficiarse de su propia culpa, y, en el presente caso, el no haber podido acceder la defensa a los medidores es sellos, es una circunstancia atribuible a su propia inactividad. Ello dado que se demostró que el contrato entre CODENSA y su cliente, que en este caso sería el responsable del

³ CSJ, Rad. 36562 del 13 de junio de 2012

pago, **AUGUSTO PRIETO PEÑA**, establece que una vez retirados los medidores, se cuenta con 60 días para solicitar el acceso a los mismos, sin que después de este tiempo la empresa este obligada a conservarlos.

Este lapso de tiempo fue ampliamente superado por **AUGUSTO PRIETO PEÑA** pues pese a que desde abril de 2011 fue retirado el medidor, no fue sino hasta el año 2017 que realizó las gestiones tendientes a acceder a los mismos, cuando habían sido destruidos desde el 2013.

(iv) frente a los medidores y sellos no existía ningún deber de descubrimiento que incumpliera la Fiscalía y menos la víctima debido a que los mismos nunca fueron parte de la evidencia, elementos ni información obtenida por la Fiscalía. Como la misma defensa lo reconoció, estos objetos nunca fueron siquiera puestos a disposición del ente acusador y por ello no fueron descubiertos ni solicitados como prueba.

De allí que la falta de acceso a una prueba como sustento de la afectación al derecho de contradicción y defensa que se alega, no puede predicarse de un elemento que nunca fue siquiera recolectado por parte de la Fiscalía

(v) El no acceso a los sellos y medidores no impiden la contradicción de las actas ni del informe, puesto que, como ya se indicó, bien podía la defensa someter estos al estudio de sus propios peritos y expertos con los que dijo contar, quienes eran los llamados a determinar si había motivos para cuestionar dicha prueba, los protocolos seguidos o si necesariamente se requería el acceso a los objetos analizados para determinar ello, para así controvertir su valor o peso probatorio lo cual no hizo.

33.- En este sentido, la prueba que aportó la defensa, esto es, el testimonio del investigador Miguel Hernando Pulido Mayorga no hace menos probables los hechos acreditados con la prueba de cargo en cuanto a la existencia de la conducta y la responsabilidad del acusado. Con el mismo, solo se pretendió probar una conclusión de derecho, como lo es la afectación al derecho de contradicción, aspecto totalmente improcedente a probar con un testigo.

34.- Con todo, se probó que la conducta desplegada por **AUGUSTO PRIETO PEÑA**, además de típica, resulta antijurídica; toda vez que el acusado actuó de forma dolosa con la intención de agraviar el patrimonio económico y dirigiendo su actuar de manera inequívoca hacía dicho resultado, vulnerando el bien jurídico tutelado sin que mediara para ello justa causa, siendo exigible para él un comportamiento diferente ajustado a derecho, lo que lo hace merecedor del juicio de reproche y de la consecuente imposición de una pena prevista por el legislador por la conducta típica, antijurídica y culpable, cometida por él.

35.- Con todo, se cumplen a cabalidad las exigencias que consagra el artículo 381 del Código de Procedimiento penal, para proferir sentencia de carácter condenatorio en contra del señor **AUGUSTO PRIETO PEÑA**, en calidad de coautor de la conducta punible de defraudación de fluidos agravado continuado.

VI. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

De acuerdo con los parámetros indicados en los artículos 54 a 62 del Código Penal, la sanción para **AUGUSTO PRIETO PEÑA**, será la prevista para la conducta punible de **DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS AGRAVADO CONTINUADO** de conformidad con los artículos 256, 267 numeral 1º y 31 parágrafo del Código Penal, pena que oscila entre **28.4 A 144 MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE 2.3 A 300 SMLMV**, quedando los cuartos de la siguiente manera:

Pena de prisión: Primer cuarto: De 28.4 a 57.7 meses
Segundo cuarto: De 57.7 a 86.6 meses
Tercer cuarto: De 86.6 a 115.5 meses
Cuarto máximo: De 115.5 a 144 meses

Pena de multa: Primer cuarto: De 2.3 a 76.7 SMLMV
Segundo cuarto: De 76.7 a 151.1 SMLMV
Tercer cuarto: De 151.1 a 225.5 SMLMV
Cuarto máximo: De 225.5 a 300 SMLMV

Fijados los cuartos, conforme al inciso 2° del artículo 61 del Código Penal y en razón a que no se imputaron circunstancias de mayor punibilidad, corresponde ubicarse dentro del cuarto mínimo establecido que oscila entre 28.4 a 57.7 meses de prisión y multa de 2.3 a 76.7 SMLMV

Conforme el inciso 3° del artículo 61 del Código Penal, para determinar la pena se debe tener en cuenta entre otros aspectos la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la intensidad del dolo, la necesidad de pena y la función que esta deba cumplir. En el presente caso, se considera que, con la pena mínima establecida, se cumplen las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial y reinserción social. En consecuencia, se impone como pena la de **VEINTIOCHO PUNTO CUATRO (28.4) MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE DOS PUNTO TRES (2.3) SMLMV**

Finalmente, se impondrá como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad.

VII. MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA

El artículo 63 del Código Penal establece que *“La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:*

- 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.*
- 2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, **el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.***
- 3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los*

antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.” (Subrayado propio)

En el presente caso, la pena a imponer no excede los 4 años de prisión y, de conformidad con el documento remitido por parte de la Fiscalía, el sentenciado carece de antecedentes penales. Sumado a ello, el delito de defraudación de fluidos no se encuentra incluido dentro de las exclusiones de beneficios y subrogados penales establecidos en el artículo 68A del Código Penal, por lo que deberá concederse el beneficio indicado.

Por lo anterior se concederá el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por un periodo de prueba de 2 años, debiendo **AUGUSTO PRIETO PEÑA** suscribir diligencia de compromiso, asumiendo las obligaciones del artículo 65 del Código Penal, esto es, (i) informar todo cambio de residencia, (ii) observar buena conducta, (iii) reparar los daños ocasionados con el delito (iv) comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello y (v) no salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena.

Igualmente deberá cancelar una caución prendaria equivalente a 2 salario mínimo legal mensual vigente, que podrá cubrir mediante título o póliza judicial, para lo cual realizará ese trámite ante el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio, advirtiéndose que conforme al artículo 66 del Código Penal, *“si durante el período de prueba el condenado violare cualquiera de las obligaciones impuestas, se ejecutará inmediatamente la sentencia en lo que hubiere sido motivo de suspensión y se hará efectiva la caución prestada. Igualmente, si transcurridos noventa días contados a partir del momento de la ejecutoria de la sentencia en la cual se reconozca el beneficio de la suspensión condicional de la condena, el amparado no compareciere ante la autoridad judicial respectiva, se procederá a ejecutar inmediatamente la sentencia.”*

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONDENAR a **AUGUSTO PRIETO PEÑA**, identificado con cédula de ciudadanía número 17.584.521 de Arauca, a la pena principal de **VEINTIOCHO PUNTO CUATRO (28.4) MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE DOS PUNTO TRES (2.3) SMLMV**, en calidad de autor del delito de **DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS AGRAVADO CONTINUADO**.

SEGUNDO: CONDENAR a **AUGUSTO PRIETO PEÑA**, a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo lapso de la pena principal que le fue impuesta.

TERCERO: CONCEDER a **AUGUSTO PRIETO PEÑA**, identificado con cédula de ciudadanía número 17.584.521 de Arauca, la suspensión de la ejecución de la pena, por un periodo de prueba de 2 años, debiendo suscribir diligencia de compromiso, asumiendo las obligaciones del artículo 65 del Código Penal. Igualmente, deberá cancelar una caución prendaria equivalente a 2 salario mínimo legal mensual vigente, que podrá cubrir mediante título o póliza judicial, para lo cual realizará ese trámite ante el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio realizándole las advertencias previstas en el artículo 66 del Código Penal, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: COMUNICAR la sentencia a las autoridades prevenidas en el Artículo 166 Código de Procedimiento Penal y al Sistema de Información Operativo – SIOPER – de la Policía Nacional.

QUINTO: REMITIR la actuación a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad, para lo de su competencia.

SEXTO: DISPONER que el proceso permanezca por 30 días en el Centro de Servicios Judiciales para efectos de que las víctimas si así lo desean, inicien el proceso incidental conforme a lo previsto en el artículo 102 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

El presente fallo se notifica conforme a lo previsto en el artículo 545 del Código de Procedimiento Penal y contra el mismo procede el recurso de apelación.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



CATALINA RÍOS PEÑUELA

**JUEZA 28 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE
BOGOTÁ**

Firmado Por:

Catalina Rios Penuela

Juez

Juzgado Municipal

Penal 028 De Conocimiento

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

2da923d07e1a5d2af2cb16a9ddf390a640a930362043f8be6bb7822fee43e24

f

Documento generado en 28/02/2022 07:47:49 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>