



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado Ponente

SEP 111-2022

Radicación N° 00129

Aprobado mediante Acta No. 94

Bogotá, D. C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

VISTOS

Adelantada la audiencia de juicio oral, procede la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia a proferir el fallo que en derecho corresponda, dentro de la actuación penal que cursa contra el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO**, actual Procurador Judicial Penal II, quien fuera convocado a juicio por la Fiscalía General de la Nación como autor de los delitos de prevaricato por acción y prolongación ilícita de privación de la libertad.

IDENTIDAD DEL ACUSADO

FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO se identifica con la cédula de ciudadanía número 85.456.915 expedida en Santa Marta. Nació el 24 de septiembre de 1969 en esa ciudad, de 53 años de edad, hijo de los señores Luis Armando Rojas Torres y Adira Luz Corro viuda de Rojas. Estado civil casado, con grado de instrucción universitario y profesión abogado.

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Los hechos que dieron origen a esta actuación se encuentran delimitados por la acusación formulada en contra del doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO**, consistentes en que en su condición de Juez Penal del Circuito Especializado de Santa Marta, conoció del proceso penal que cursaba contra Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona, Leonardo Fabio Naranjo Gallego y Andrés Felipe Rubiano Betancourt¹, a quienes se les imputó el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes agravado (arts. 376 y 384-3 del Código Penal), por cuanto el 12 de febrero de 2011 fueron capturados en situación de flagrancia por almacenar o conservar más de 103 kilos de cocaína en el lugar donde pernoctaban².

El 5 de abril de 2011 adelantó la audiencia de formulación de acusación y fijó el 26 de ese mismo mes y año

¹ Actuación radicada bajo el número 110016000098201180048.

² Cabe precisar que otro de los capturados en flagrancia fue **Juan Carlos Zapata**, quien en audiencia de formulación de imputación, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santa Marta, aceptó cargos.

para llevar a cabo la preparatoria. Estadio procesal este último en el que el doctor Juan Fernando Valderrama Berrío, Fiscal Segundo Especializado de la Unidad Nacional Antinarcóticos y de Interdicción Marítima -UNAIM- manifestó haber celebrado preacuerdo con Andrés Felipe Rubiano Betancourt, respecto del cual el doctor **ROJAS CORRO**, luego de verificar la legalidad del mismo, le imparte aprobación y ordena la ruptura de la unidad procesal. Acto seguido, reprogramó la diligencia de audiencia preparatoria para el 12 de mayo de 2011.

Entre tanto, ese mismo 26 de abril de 2011, el representante del ente investigador, radicó en el Centro de Servicios solicitud de preclusión a favor de Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego *“quien según formato de la fiscalía, relacionó los códigos 1° (sic) que conforme al numeral 1° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, hace referencia a la ‘imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal’ y 5°, cuya numeración según el Código de Procedimiento Penal corresponde a la ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado’ sin embargo, en el escrito del fiscal éste (sic) hizo referencia a la ‘imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia’, la cual corresponde al numeral 6° del precepto legal en mención³”*.

El 12 de mayo de 2011, el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO**, Juez Penal del Circuito Especializado de Santa Marta, decretó la preclusión solicitada por la Fiscalía en beneficio de Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego, decisión que el doctor Jairo Neira Trespalacios, delegado del Ministerio Público

³ Fl. 11 c. o. 1 SEP Corte. Texto extraído del escrito de acusación presentado por el Fiscal Quinto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia contra el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO**.

impugnó. A continuación, negó la solicitud de libertad elevada por el defensor de los acusados por considerar que en los términos establecidos en el artículo 334 de la Ley 906 de 2004, ésta solo procedía hasta tanto el superior funcional se pronunciara frente a la impugnación referenciada y porque no existía norma expresa que así lo ordenara.

El 18 de mayo de 2011 un Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta concedió la acción de hábeas corpus incoada por Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego y ordenó la libertad inmediata de los mismos. Asimismo, la compulsas de copias con destino a la Fiscalía General de la Nación y al Consejo Seccional de la Judicatura.

Finalmente, el 29 de junio de 2011 la Sala Penal de la referida Corporación Judicial, resolvió revocar la decisión de preclusión decretada el 11 de mayo de esa misma anualidad por el titular del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Marta.

ANTECEDENTES

1. Actuación procesal

La Fiscalía Quinta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en audiencia concentrada de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, la cual se llevó a cabo los días 30 de enero y 12 de febrero de 2019 ante un Magistrado de la Sala Penal de Tribunal Superior con Función de Control de Garantías de Bogotá, le imputó al doctor

FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO los delitos de prevaricato por acción agravado y prolongación ilícita de privación de la libertad, a que hacen referencia los artículos 413, 415 y 175 del Código Penal, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Acto seguido, la Judicatura se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 14 de septiembre de 2020 ante esta Sala y Corporación, se adelantó la audiencia de acusación y el 27 de enero de 2021 la preparatoria. En esta última, Fiscalía y defensa presentaron las estipulaciones probatorias acordadas y elevaron las respectivas solicitudes probatorias.

Ejecutoriado el auto por medio del cual se dispuso el decreto de pruebas a practicar, el 10 de noviembre de 2021 se instaló la audiencia de juicio oral, la cual continuó en sesiones del 2 de marzo y 5 de mayo de 2022.

Audiencia de juicio oral

1. Alegatos de apertura

1.1. Fiscalía

La representante de la Fiscalía General de la Nación puso de presente que probaría más allá de toda duda que en la actuación penal radicada bajo el número

110016000098201180048, la cual cursaba en fase de juzgamiento por el delito de narcotráfico agravado, el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO**, en su condición de Juez Penal del Circuito Especializado de Santa Marta, con plena conciencia de antijuridicidad cimentada en su conocimiento y experiencia, pero además, actualizada “*ex profeso*”, incurrió en los delitos de prevaricato por acción agravado y prolongación ilícita de privación de la libertad.

Agregó que probatoriamente demostraría que en el referido proceso penal, el doctor Juan Fernando Valderrama Berrío, Fiscal Segundo Especializado de la Unidad Nacional Antinarcóticos y de Interdicción Marítima -UNAIM-, ya había presentado escrito y formulado acusación en contra de Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona, Leonardo Fabio Naranjo Gallego y Andrés Felipe Rubiano Betancourt, en calidad de coautores del delito de narcotráfico, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado, en los términos establecidos en los artículos 376 y 384 numeral 3° del Código Penal.

Además, que en la audiencia preparatoria convocada por el doctor **ROJAS CORRO** para el 12 de mayo de 2011, el entonces Fiscal del caso, “*de manera sorprendente y del todo contraevidente*”, solicitó la preclusión a favor de Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego, pues en lo que respecta a Andrés Felipe Rubiano Betancourt había suscrito un preacuerdo, lo que dio lugar a una ruptura de la unidad procesal.

Señaló la representante del ente persecutor que a pesar de la palmaria contradicción con las evidencias y la ausencia de posibilidad jurídica, probará que el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** el 12 de mayo de 2011 de manera manifiestamente contraria a la regulatoria del asunto, dictó un auto interlocutorio mediante el cual decretó la preclusión solicitada, apoyándose en el numeral 6° del artículo 332 de la Ley 906 “imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia”, vulnerando de paso el parágrafo de la norma que establece que en fase de juzgamiento se restringe la posibilidad de precluir, para autorizarla exclusivamente en el caso de sobrevenir las causales 1ª [imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal] y 3ª [Inexistencia del hecho investigado].

En el mismo sentido, propone probar que el acusado actuó de manera consciente, voluntaria y caprichosa con el propósito de apartarse de lo previsto en los artículos 413 y 415 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004, si se tenía en cuenta no solo su trayectoria y experiencia específica como Juez de la República sino también de la actualización real que tuvo acerca del conocimiento de la antijuridicidad, porque en la misma audiencia fue claramente advertido sobre la improcedencia de la preclusión por el doctor Jairo Neira Trespalacios, en su condición de agente del Ministerio Público, quien explicó de viva voz con suficiencia de argumentos que la preclusión era inviable, entre otros motivos, porque el Fiscal solicitante no verbalizó cuál de las causales contempladas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004 era la que invocaba y tampoco era procedente en la etapa de juicio decretarla por causal distante a las meramente objetivas. Pese a todo ese conocimiento actual

y directo del juez implicado decretó la preclusión, incurriendo de esta manera en el delito de prevaricato por acción, agravado.

Precisó que, no obstante que el acusado precluyó la investigación a favor de Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego, quienes se encontraban privados de la libertad con medida de aseguramiento por narcotráfico, no les concedió la libertad inmediata, como era su deber, incurriendo de esta manera en la conducta punible de prolongación ilícita de privación de la libertad, según el artículo 175 del Código Penal. Tanto así que, frente a la acción pública de hábeas corpus instaurada por los tres implicados, un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, en providencia de 18 de mayo de 2011 encontró vulnerado el derecho fundamental a la libertad y la concedió.

Finalmente, indicó que, con las estipulaciones autorizadas, la prueba testimonial y documental que se practicará y aducirá en el juicio oral y público, probará los hechos jurídicamente relevantes y la responsabilidad del doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** en los delitos por los cuales formuló acusación.

1.2. Defensa

La defensa manifestó que no presentaría teoría del caso, pero que sí argumentaría que la Fiscalía Delegada no desvirtuará la presunción de inocencia que invocó el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO**.

2. De las pruebas practicadas

2.1. Fiscalía

En cuanto a la prueba documental, la Fiscalía cumpliendo con los derroteros trazados por el artículo 431 del Código Procesal de 2004 exhibió, leyó y reprodujo los apartes que auspiciaban su teoría del caso y por tanto fueron objeto de decreto por la Sala: i) el escrito de acusación fechado el 4 de marzo de 2011 presentado ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Santa Marta por el doctor Juan Fernando Valderrama Berrio, Fiscal Segundo Especializado de la Unidad Nacional Antinarcóticos y de Interdicción Marítima -UNAIM-, en el proceso adelantado por la conducta punible de narcotráfico contra Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona, Leonardo Fabio Naranjo Gallego y Andrés Felipe Rubiano Betancourt; ii) Acta de audiencia de formulación de acusación de fecha 5 de abril de 2011 presidida por el doctor **ROJAS CORRO** en su condición de Juez Penal del Circuito Especializado de Santa Marta; iii) Acta de audiencia preparatoria adelantada el 26 de abril de 2011 en el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Marta y dirigida por el acusado; iv) audio de la audiencia de preclusión llevada a cabo el 12 de mayo siguiente, en la que el aquí acusado, de viva voz, decretó la preclusión de la investigación en favor de los procesados Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego; v) auto de 18 de mayo de 2011 proferido por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, a través del cual resolvió

favorablemente la acción pública de hábeas corpus incoada por Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego y ordenó la compulsión de copias con destino a la Fiscalía y al Consejo Seccional de la Judicatura de Santa Marta para las investigaciones del caso; y vi) la providencia fechada 29 de junio de 2011 por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal de Santa Marta, al pronunciarse frente al recurso de apelación interpuesto por el delegado del Ministerio Público decidió revocar el auto que decretó la preclusión.

Asimismo, se escuchó el testimonio del doctor Jairo Neira Trespalacios, agente del Ministerio Público quien intervino en el proceso penal que cursaba contra Óscar Alberto Flórez Valencia y otros por el delito de narcotráfico, quien se opuso a la solicitud de preclusión elevada por la fiscalía e impugnó la decisión que la decretó.

2.2. Defensa

Por parte de la defensa, se recibieron los testimonios del doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** y de Ana Joaquina Cormanés Goenaga, esta última quien para la época de los hechos objeto de investigación fungió como Asistente del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Marta y prestó apoyo al procesado en la audiencia de preclusión de fecha 12 de mayo de 2011.

3. Alegatos de conclusión

3.1. Fiscalía

1.- En cuanto al delito de prevaricato por acción, agravado, señala que el doctor FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO para el año 2011 fungía como titular del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Marta y tenía bajo su conocimiento el proceso identificado con el radicado 201180048 seguido contra Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego.

Agrega que en la referida actuación se tenía previsto adelantar audiencia preparatoria el 12 de mayo de 2011, la cual no se materializó por cuanto el doctor Juan Fernando Valderrama Berrio, Fiscal Segundo de la Unidad Nacional Antinarcóticos y de Interdicción Marítima -UNAIM-, presentó solicitud de preclusión, misma que fundamentó aduciendo que, como Andrés Felipe Rubiano Betancourt y Juan Carlos Zapata [a quienes en su momento también se les imputó el delito de narcotráfico] habían aceptado cargos y se declararon responsables de la propiedad de los 103 kilos de cocaína y del arma incautada, se excluía de plano la posibilidad de encontrar un nexo entre los objetos materiales del delito, la acción o algún grado de participación de los señores Flórez Valencia, Muñoz Cardona y Naranjo Gallego, quedando el ente investigador huérfano de pruebas para demostrar relación alguna al respecto, configurándose así la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

Estima que, con base en lo anterior, el procesado concluyó que las causales invocadas por la Fiscalía correspondían a la primera [la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal] y la quinta [la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia] del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, pese a que el Fiscal en su exposición no invocó causal alguna, inclusive errando en su determinación, pues, la última referenciada corresponde a la sexta de la citada disposición.

Agrega que el acusado para soportar su decisión centró su atención en el contenido de la causal de imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia y desarrolló su discurso en torno a los principios de presunción de inocencia y de imparcialidad, en el sentido que si se fuese a proferir un fallo condenatorio se debería cumplir con la exigencia de la prueba más allá de toda duda razonable. No bastándole, citó jurisprudencia que no tenía relación alguna con el caso acerca del cual se estaba pronunciando, para concluir que no tendría sentido adelantar un juicio con el desgaste de la Administración de Justicia pues el fiscal manifestó no contar con elementos materiales probatorios para desvirtuar la presunción de inocencia de los procesados y de contera solicitar la condena, en consecuencia, decretó la preclusión en favor de los señores Flórez Valencia, Muñoz Cardona y Naranjo Gallego.

Indica que ante la desacertada determinación adoptada por el doctor ROJAS CORRO, el delegado de la Procuraduría la impugnó, precisando que aunque la Fiscalía consignó en el formato de la solicitud la causal 6, nunca la verbalizó y él, como

juez, no debió admitirla, insistiendo en que la oportunidad procesal para demostrar el grado de participación o no de los acusados con relación a las conductas enrostradas era el juicio, y que llamaba la atención la inactividad del Fiscal, el cual se limitó a la captura en flagrancia, a adelantar las diligencias correspondientes ante el funcionario con función de control de garantías, en lo relativo a la aceptación de cargos de otro de los procesados y a la solicitud de la preclusión.

Dice que el recurrente señaló que, no por el hecho de haber reconocido dos de los implicados la responsabilidad penal, sería viable descartar la de los demás involucrados, pues tal aserto riñe contra la máxima de la experiencia ya que en este tipo de delitos se señala que la producción, el traslado y custodia de mercancía estupefaciente son actividades propias de una organización criminal en la que existe una división de trabajo. Recordó que la información que se obtuvo a través de la llamada anónima que dio origen al allanamiento alertó de la existencia de la sustancia psicoactiva dentro de un inmueble custodiado por cinco personas, aspecto relevante, ya que precisamente fue el mismo número de sujetos que fueron capturados y encontrados en custodia de la mercancía, por lo que el argumento presentado por el fiscal y aceptado por el juez, no era viable. Además, indicó que en la etapa de juicio únicamente procede la preclusión con fundamento en las causales 1 y 3 del artículo 332 de la Ley 906, por tanto, el señor juez no podía fundamentar su decisión con base en la causal 6.

Señala que el Fiscal Segundo de la UNAIM en aras de que se mantuviera la decisión recurrida, sostuvo que comoquiera

que la audiencia preparatoria no se celebró, no se había abierto la etapa de juicio, luego, era procedente que el juez se pronunciara sobre la causal 6, desconociendo los precedentes jurisprudenciales y lo establecido en el Código Penal, Libro III, instrumentos de los cuales se colige con claridad que la fase de juicio inicia con la audiencia de acusación, continúa con la preparatoria y culmina con el juicio hasta la sentencia.

Considera la representante de la Fiscalía que lo anterior no ofrece duda al contrastar la actuación del doctor ROJAS CORRO con la exigencia en la norma, esto es, que desde la etapa de juicio no podía declarar la existencia de la causal 6 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, acreditándose de esta manera su proceder ostensible y contrario a la ley, estructurándose así los elementos objetivos del prevaricato.

En relación con la tipicidad subjetiva del delito de prevaricato, anota que para el momento de los hechos el representante de la sociedad le recordó al doctor ROJAS CORRO el contenido de la disposición normativa que le era vinculante para resolver el asunto puesto a su consideración, empero, el acusado obvió la advertencia y desconociéndola adoptó una decisión ilegal y, en cuanto a la antijuridicidad del comportamiento ésta se comprueba con el quebrantamiento del mandato legal contemplado en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal como se desprende de lo ya referido.

En lo concerniente al juicio de reproche, destaca que este se encuentra dentro de la categoría dogmática de la culpabilidad, el cual se estructura en el deber de conocimiento

de la norma que en ese sentido es formal y material por su calidad de juez de altísima trayectoria y por la dignidad que ostentaba para la fecha de los hechos, resaltando que el procesado obtuvo su título de abogado el 20 de febrero de 1994, en 1996 realizó una especialización en derecho procesal penal, y no menos importante, se desempeñó como Juez “*Promiscuo*” Municipal en algunos municipios del departamento del Magdalena y como Juez Penal del Circuito Especializado de Santa Marta del 1 de diciembre de 2000 al 22 de agosto del año 2011, contando con una trayectoria profesional de casi 17 años como funcionario de la Rama Judicial en el área del derecho penal.

Anota que, por tratarse de un tipo penal eminentemente doloso, se debe demostrar que el servidor público tiene conocimiento y la voluntad de proferir una decisión contraria a derecho, es decir, en los términos del artículo 22 de la Ley 599 de 2000 que los hechos constitutivos de la infracción son conocidos por el sujeto activo y quiere su realización.

Indica que en el sub júdice se infiere con certeza absoluta que el doctor FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO para el 12 de mayo del 2011 emitió una providencia contraria al parágrafo del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, desplegando así una conducta eminentemente dolosa ya que desconoció de manera ostensible una norma que no admite discusión o interpretación y no revestía especial complejidad para su comprensión en cuanto a los momentos procesales en los que se debe y puede dar aplicación, con el agravante que es un canon de constante uso en el desempeño de las funciones de jueces y fiscales.

Estima que aunque en este tipo de delitos se presenta alguna dificultad en obtener pruebas directas que permitan afirmar la materialización del tipo subjetivo, lo cierto es que existen varios factores que debe tener en cuenta la Sala al momento de juzgar el caso, como lo son la trayectoria y experiencia profesional del acusado, la manera minuciosa y disfrazada como llevó a cabo el comportamiento dirigido a infringir la ley penal y las explicaciones ofrecidas con base a hechos que procesalmente resultaron inexistentes, tergiversados u ocultos. Igualmente, otro factor a valorar es cuando se advierte la carencia de sustento fáctico y jurídico, o lo más importante, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo, como lo acontecido en el presente caso, pues el doctor ROJAS CORRO a pesar de haber sido advertido por el Ministerio Público del yerro en el que estaba incurriendo mantuvo la decisión que contrariaba el ordenamiento penal.

2.- En relación al delito de prolongación ilícita de la privación de la libertad precisa que el acusado en la audiencia de solicitud de preclusión a récord 1:21:05 se pronunció de la siguiente forma: *“...con relación a la libertad no es procedente hasta cuando el tribunal se pronuncie, ya que no estamos hablando de una sentencia, estamos hablando de un auto y por la misma norma establece en el artículo 334, es decir, no hay norma expresa que diga que, concedida la preclusión se deba conceder la libertad inmediata a diferencia de la sentencia que sí lo indica, incluso en el sentido del fallo; mientras, los procesados deben mantenerse privados de la libertad hasta cuando decida la honorable Sala, en esa medida se concede en el efecto...”* dejando inconclusa la idea y luego dice *“quedan todos notificados en estrado*

y se deja a disposición a los señores Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo y Oscar Alberto Flores Valencia a disposición del tribunal, eso es todo, gracias” y finaliza la sesión de audiencia.

Dice que de lo citado en precedencia se debe tener en cuenta que el artículo 177 de la Ley 906 de 2004 establece que la apelación del auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión se concede en el efecto suspensivo y el artículo 334 *ibidem* prescribe que en firme la sentencia que decreta la preclusión se revocarán las medidas cautelares que se hayan impuesto y, el doctor ROJAS CORRO, el 12 de mayo de 2011 decretó la preclusión de las diligencias absteniéndose de ordenar la libertad de los acusados.

Indica que con la norma seleccionada por el aquí procesado se demuestra que privilegió la aplicación del derecho adjetivo sobre el sustancial de rango constitucional, porque se abstuvo de examinar los preceptos a la luz del artículo 10 de la Ley 906 de 2004. Además, el artículo 317 *ídem* señala que la libertad del imputado o acusado se cumplirá de manera inmediata y solo procederá cuando se haya decretado la preclusión. Por tanto, el doctor ROJAS CORRO en contravía de los cánones referidos, prolongó ilícitamente la libertad de los ciudadanos beneficiados con la decisión de preclusión.

Señala que con lo anterior se materializaron los elementos objetivos de la descripción típica y, en relación con el factor subjetivo del comportamiento, es evidente que el procesado tenía pleno conocimiento de las citadas disposiciones y su alcance constitucional frente a las normas adjetivas,

configurándose una transgresión voluntaria y dolosa del precepto penal. Y, en cuanto a la antijuridicidad material del comportamiento esta se avizora de la carencia de fundamento legal para mantener privados de la libertad a los acusados y la contradicción evidente en que se construyó la decisión. El juicio de reproche o de culpabilidad recae entonces sobre la exigibilidad que tenía el juez para actuar conforme a la ley sustancial.

Finalmente, precisa que de lo expuesto en precedencia y de las pruebas debatidas en juicio la Fiscalía probó más allá de toda duda razonable las circunstancias de tiempo, modo y lugar y el ánimo del doctor FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO de ir en contra vía del ordenamiento penal de manera libre y voluntaria y por tanto, dolosa, sin que quede duda alguna sobre su actuar indebido, ni tampoco sobre los elementos de su decisión y el encuadramiento de su actuar en la descripción típica de los delitos por los cuales fue acusado.

En consecuencia, solicitó se dictara sentencia de carácter condenatoria en calidad de autor por los presuntos punibles de prevaricato por acción agravado y prolongación ilícita de privación de la libertad.

3.2. Representación de la presunta víctima

El apoderado de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial considera que la Fiscalía General de la Nación, logró probar más allá de toda duda la responsabilidad penal del doctor FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO en los delitos de

prevaricato por acción agravado y prolongación ilícita de privación de la libertad, así como que era plenamente consciente que, con sus conductas, lesionó los bienes jurídicos de la Administración Pública y la Libertad Individual.

Anota que con base en las pruebas practicadas en juicio, los hechos se adecuan, en primer lugar, al tipo penal de prevaricato por acción, agravado, conducta que protege el bien jurídico de la Administración Pública y de la cual se desprende que para la configuración del reato, el sujeto activo calificado debe ser un servidor público, que dentro de su órbita de competencias tenga funciones decisorias o resolutorias y para el caso concreto, el doctor FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO se desempeñó como Juez Penal del Circuito Especializado de Santa Marta en el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2000 al 22 de agosto del año 2011.

Indica que la conducta consiste en proferir resolución, dictamen o concepto, contrario a la ley, se encuentra acreditada con el audio de la diligencia fechada 12 mayo del año 2011, data en la que se desarrolló la audiencia de preclusión solicitada por el Fiscal Segundo de la UNAIM, en el proceso bajo el radicado 110016000098201180048 en favor de Óscar Flórez, Álvaro Muñoz y Leonardo Naranjo, quienes fueron capturados en flagrancia y procesados por el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, grabación que evidenció la materialidad del comportamiento, cuando el hoy acusado en ejercicio de sus funciones emitió el auto que decretó la preclusión de la actuación en favor de los

procesados, bajo argumentos manifiestamente contrarios a la ley.

Pone de presente que la anterior decisión es contraria al ordenamiento jurídico, porque el párrafo del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal es diáfano en consagrar que una vez iniciado el juzgamiento, el fiscal, la defensa o el Ministerio Público pueden solicitar la preclusión únicamente por las causales 1 y 3, las que se conocen como objetivas, circunstancia que no solo es deducible con la simple lectura de la norma, sino que, además, se encuentra desarrollada en la sentencia C-920 del año 2007.

Considera que lo indicado demuestra el elemento objetivo del tipo penal, el cual implica que las decisiones adoptadas por el sujeto activo sean manifiestamente contrarias a la ley, esto es, no basta que la providencia sea ilegal por razones sustanciales o por el procedimiento, sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados, contentivos del derecho positivo llamado a imperar, no admite justificación alguna razonable, tal como lo ha decantado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el radicado 53651 del 3 de julio del año 2019.

En cuanto al aspecto subjetivo de la conducta, indica que la ley tipifica el prevaricato como una conducta estrictamente dolosa.

Señala que no se podía dejar pasar por alto que el doctor ROJAS CORRO se desempeñó como Juez desde el año 2000 y

que, por principio de razón suficiente, se puede establecer que es un abogado conocedor de la ley penal, pues impartía justicia en esa jurisdicción. Asimismo, quedó demostrado que no solamente conocía la normatividad aplicable, sino que era diáfana para entender, por lo que no le era posible conforme a la ley decretar la preclusión por una causal diferente a las de naturaleza objetiva, debido a la etapa en la que se encontraba el proceso penal.

Agrega que las conductas adelantadas por el enjuiciado lesionaron el bien jurídico de la Administración Pública, puesto que se afectó el ideal esencial de un Estado democrático de derecho, cuyo pilar principal y fundamental es la recta impartición de justicia, descritos en el artículo 2 del texto constitucional, así como en los principios propios de la función pública. Aunado a esto, no se encuentra estructurada causal de justificación alguna que excluya la antijuridicidad de las conductas, pues atendiendo a las condiciones personales del doctor ROJAS CORRO estaba en la capacidad de conocer la antijuridicidad de los hechos, pudiendo evitarlo, por lo que en este caso no es procedente hablar de causal de exculpación alguna.

2.- Frente a la concurrencia del delito prolongación ilícita de privación de la libertad, señala que siendo consecuente con la decisión de precluir, lo procedente era ordenar la libertad de Óscar Flórez, Álvaro Muñoz y Leonardo Naranjo, quienes se encontraban privados de la libertad, esto, en concordancia con el numeral 1 del artículo 317 de la Ley 906 de 2004, lesionando de esta forma el bien jurídico de la libertad individual de los

tres acusados, la cual solo obtuvieron cuando el Tribunal Superior de Santa Marta, actuando como juez constitucional ordeno el restablecimiento de esta al decidir el habeas corpus interpuesto.

Concluyó su intervención, solicitando se emita un fallo de carácter condenatorio.

3.3. Ministerio Público

Destaca que de lo ocurrido en la audiencia adelantada el 12 de mayo de 2011, la acusación contra el doctor FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO se concreta en dos circunstancias: la primera, por haber proferido una decisión manifiestamente contraria a la ley, dado que la preclusión la fundamentó en la causal descrita en el numeral 6 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 la cual no procedía en la etapa de juicio y, la segunda, por decretar la preclusión contraviniendo los elementos materiales de prueba que hasta ese momento acreditaban la existencia del ilícito y comprometían seriamente en grado de probabilidad la responsabilidad de los acusados como coautores del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado. A ello se suma el hecho de no conceder la libertad inmediata de los acusados, luego de decretar a su favor la preclusión, convirtiéndose en una decisión prevaricadora en cuanto era su deber de actuar dentro del marco legal y conceder la libertad, como lo señala el artículo 317 *idem*.

Considera que, estando la actuación en la etapa de juicio el doctor ROJAS CORRO no podía anticipar un fallo de carácter

absolutorio al determinar que era imposible desvirtuar la presunción de inocencia, por lo que debió esperar a que se diera por concluido el juicio oral. Además, la Fiscalía no corrió traslado de algún elemento probatorio que soportara su pedimento, lo que quiere decir que el juez tomó su decisión únicamente con el listado de pruebas relacionados en el escrito de acusación, pero sin conocer el contenido de cada una de ellas, por lo que, en cuanto a la configuración de la tipicidad objetiva esta se fortalece con la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta que revocó la providencia mediante la cual se decretó la preclusión objeto de reproche.

En lo relativo a la tipicidad subjetiva, puso de presente que el delito de prevaricato es un delito estrictamente doloso, el cual sobresale en la presente actuación con el propio testimonio del procesado, quien en varios de sus dichos resaltó que siempre se atuvo al tenor literal del código, lo que se puede confrontar incluso con la audiencia de preclusión, en la que se denota cómo al hacer lectura de los artículos correspondientes se ceñía estrictamente a su contenido, lo que hacía improcedente la terminación abrupta de la actuación por medio de una preclusión.

Señala que la Corte Constitucional en sentencia C-920 de 2007 dejó sentada una postura sobre el alcance y la oportunidad en la que se pueden aplicar las causales previstas en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal y, la Sala de Casación Penal en providencia de julio 1 de 2009, radicado 31763, señaló que en la etapa de juzgamiento sólo proceden las causales 1 y 3 y, que si se presentara alguna otra causal, la

decisión debía diferirse para el momento de proferir el fallo, interpretación que existía desde años antes de la ocurrencia de los hechos que llaman hoy la atención de la Sala, es decir, no había controversia alguna sobre este tema.

Alega que tampoco se podía dejar pasar por alto que, al momento de estructurar el dolo, el Ministerio Público que intervino en la audiencia de preclusión le advirtió al doctor ROJAS CORRO que no contaba con los elementos necesarios para tomar la decisión, expresándole así su perplejidad frente a la solicitud de la fiscalía y haciéndole notar el error en el que incurriría al acceder a dicha pretensión. No obstante, de manera terca, obstinada y caprichosa, procedió deliberadamente a contravenir el ordenamiento jurídico decretando la preclusión, a lo que se suma la dirección que le dio a la diligencia, pues habiéndose fijado fecha para continuar con la audiencia preparatoria, varió de un momento a otro el sentido del acto procesal en el cual se iban a efectuar las solicitudes probatorias, para convertirla sorpresivamente y afanosamente en una de preclusión, desconociendo lo previsto en el artículo 333 de la Ley 906 de 2004, en cuanto a que contaba con cinco días después de presentada la solicitud para estudiar la petición de preclusión, tiempo que hubiera podido utilizar el acusado para resolver las dudas que dijo que le quedaban pero procedió de manera inmediata a evacuar la audiencia solicitada por el fiscal quien, había presentado su solicitud desde el 26 de abril de 2011.

Estima que no encuentra en este caso la existencia de un error que permita desvirtuar el dolo apelando a un criterio de

indebida interpretación o a un actuar de buena fe, porque se trataba de un juez experimentado, ya que para la fecha de los hechos contaba con varios años de experiencia en la Rama Judicial, por lo que no podía caer en el tipo de situación que termina beneficiando a unos individuos acusados del delito de narcotráfico, que fueron encontrados en posesión de 103 kilos de cocaína, cantidad considerable como para que hubiera actuado con la suficiente precaución y determinación como corresponde a un juez de categoría especializado y con varios años de experiencia en el sector público y más específicamente en el área penal.

Indica que tampoco es de recibo considerar como una causal de exculpación, alegar desconocimiento de la Ley 906 de 2004, puesto que el sistema había empezado en ese distrito judicial a partir del 2008, por lo que para la época de los hechos dicho sistema ya llevaba implementado por espacio de tres años y como juez especializado un tiempo de once años, es así que, contaba con una vasta experiencia en manejo procesal tanto de la Ley 600 como de Ley 906. Y menos se podía considerar la excusa referente a la excesiva carga laboral porque esa circunstancia no fue objeto de prueba.

Estima que, con la experiencia del procesado en el área penal, extraña que no hubiera hecho siquiera una reflexión sumaria sobre el contenido y oportunidad para aplicar la causal 6 del artículo 332 de la norma procesal penal, lo que denota una actitud eminentemente dolosa, en la medida en que revela el conocimiento de la ilicitud de lo que se hacía y la voluntad de realizarla a pesar de ello.

Destaca que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que en el delito de prevaricato por acción, además del dolo, debe haber una motivación corrupta de favorecer un tercero, sin embargo, en sentencia SP2154 de 2020 proferida en el radicado 53717, aclaró que el delito de prevaricato por acción también puede obedecer a un simple capricho o arbitrariedad del juez, que es lo que acontece en el presente caso. En consecuencia, la conducta es típica tanto desde su aspecto objetivo como subjetivo, pues la misma resulta antijurídica por la ofensa grosera a la Administración de Justicia, la cual afectó gravemente la confianza y la credibilidad en la Rama Judicial sin que sea posible afirmar la existencia de una causal de justificación.

Afirma que no se encuentra en el procesado una circunstancia que permita inferir algún estado de inimputabilidad, por el contrario, se trata de un individuo con plena capacidad de discernimiento que podía diferenciar entre el bien y el mal y a pesar de ello, procedió a proferir de manera caprichosa una decisión ilegal, de ahí el reproche que apareja la imposición de una pena, la cual debe ser agravada teniendo en cuenta que la decisión proferida fue en un asunto relacionado con estupefacientes.

En cuanto al delito de prolongación ilícita de privación de la libertad señala que al decretar el doctor FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO la preclusión a favor de los procesados y al negarse a decretar la libertad tal y como lo dispone el artículo

317 del ordenamiento procesal penal, se configura la tipicidad objetiva, pues tal providencia prevaricadora condujo a prolongar ilícitamente la privación de la libertad de los beneficiados con el decreto de la culminación de la acción penal, quienes siguieron reclusos en centro carcelario hasta el 18 de mayo del 2011 momento en que un Magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta les concedió el habeas corpus solicitado, cuando lo que correspondía era que se hubiera ordenado la excarcelación inmediata.

Anota que, desde el punto de vista objetivo, el acusado incurrió en el delito previsto en el artículo 175 del Código Penal, por lo que, para ese efecto, no interesa determinar si la preclusión estuvo bien o mal decretada, en tanto que por tratarse de un acto jurisdiccional tenía plenos efectos a partir de su expedición y hasta tanto no fuera revocada o nulitada gozaba de presunción de legalidad y de contera se debía ordenar la libertad inmediata de los beneficiados con ella.

En cuanto a la tipicidad subjetiva de la conducta, precisa que se logró determinar en juicio que, al doctor FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO por la amplia experiencia con la que cuenta como administrador de justicia, se le considera garante de los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la acción penal, protección que no se configuró, ya que no demostró que se tratara de un error por indebida interpretación de la norma, pues la norma era y es clara en determinar en su artículo 317 Ley 906 de 2004, que la libertad debe disponerse de manera inmediata una vez se decreta la preclusión,

disposición que fue desatendida de manera flagrante por el encartado.

Finalmente, el representante de la sociedad indicó que la Fiscalía acreditó que el doctor FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO incurrió en las conductas punibles atribuidas, por lo que solicitó se profiera un fallo de carácter condenatorio como responsable, en calidad de autor.

3.4. El procesado

Puso de presente que si bien es cierto que para el momento de los hechos contaba con una amplia trayectoria laboral como Juez Penal Municipal y luego como Juez Especializado, también lo es que, cuando se pronunció acerca de la preclusión solicitada el 12 de mayo de 2011, el Sistema Acusatorio en el Distrito Judicial de Santa Marta llevaba solamente dos años y medio de implementación, siendo la mencionada preclusión la primera que fue puesta en su conocimiento, lo que quedó acreditado con la declaración de la doctora Ana Joaquina, Asistente Judicial del despacho para la época de los hechos investigados y la del Procurador traído como testigo de la Fiscalía quien fue claro al señalar que nunca había asistido a una audiencia de preclusión.

Agrega que no tenía el conocimiento absoluto de las causales de preclusión, tan es así que en su entender y tras escuchar los alegatos de la Fiscalía y del Ministerio Público, consideró que la prueba era suficiente porque se la estaba

pidiendo el representante del ente acusador, de pronto “*fue un error*”.

Indica que la jurisprudencia sobre la causal invocada no era abundante, al punto que ninguno de los intervinientes en la audiencia refirió alguna. Asimismo, cuando tomó la decisión objeto de controversia “*yo creía que estaba como en un juicio y que, si la Fiscalía no me daba más elementos*”, pues solo mencionó que contaba con unos informes, pero que de esos y de los equipos celulares que habían recopilado, no había obtenido información que pudiera llevar a ese ente a pedir condena para esas tres personas.

Precisa que el doctor Neira quien fungió como Procurador Judicial en la nombrada audiencia, realizó un debate probatorio y en ese momento se dio cuenta que se estaba discutiendo una causal de preclusión por duda probatoria y en ese sentido fue que dirigió la argumentación el Fiscal, por lo que, para el día en que se abordó el tema, tenía en su intelecto el convencimiento que el planteamiento de la duda probatoria era razonable. Además, de buena fe entendía que el juzgamiento empezaba con el juicio oral no del escrito de acusación.

En cuanto a la sentencia de la Corte Constitucional del año 2007, manifiesta que no la conocía para el momento en que se pronunció acerca de la preclusión, pues de lo contrario no hubiera decretado la preclusión.

En cuanto a los argumentos del Tribunal Superior de Santa Marta por medio de los cuales revocó la decisión de preclusión proferida el 11 de mayo de 2012, estima que lo que hizo fue un debate probatorio, pero no *“entró a decir que era improcedente, es decir, que, si fue así, también al Tribunal se le pudo haber pasado.”*

Reconoce que el error que cometió se debió al escaso conocimiento que tenía acerca del Sistema Penal Acusatorio en Santa Marta, del cual no se podía deducir el dolo, ni un ánimo de corrupción y, si bien, el fiscal del caso solicitó la variación de la audiencia preparatoria por una de preclusión, ello no tiene nada de delictivo, sino que son situaciones que se presentan en la práctica del sistema penal acusatorio.

Agrega que para el momento en que accedió a la solicitud de preclusión lo hizo conforme a su entendimiento convencido que estaba actuando en debida forma y tomó la decisión con base en la información que le fue suministrada por el delegado del ente persecutor, por lo que no se le debe ver como una persona con la intención de favorecer a los procesados con la preclusión.

Precisa el doctor ROJAS CORRO que el otro error en que incurrió consistió en que ante la apelación presentada por el Ministerio Público, consideró que no se podían revocar las medidas cautelares impuestas a los procesados hasta tanto no se pronunciara la segunda instancia, equivocación que tampoco fue advertida por el Ministerio Público, pues de haber tenido el conocimiento que estaba incurriendo en una

equivocación y que debía dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 317 de la Ley 906 de 2004, habría tenido la oportunidad de corregir el desacierto.

Finalmente, señala que las decisiones que tomó pudieron ser equivocadas, pero en ningún momento, con el ánimo protervo de favorecer a los procesados.

3.5. Defensa

1.- Inicia su intervención señalando que, respecto al cargo de prolongación ilícita de privación de la libertad, se tiene que con la decisión de preclusión que se tacha de prevaricadora se configuraría un acto ilícito, que no puede concluir en otro de esa misma naturaleza como lo es la materialización de la libertad de personas que estaban incursas en el delito de narcotráfico, en la medida que ya habían sido convocados en virtud de la acusación, por lo que, si los procesados no tenían derecho ni a la preclusión ni a la libertad inmediata, el doctor ROJAS CORRO no hizo mal en negarla.

Agrega que las razones que expuso el ahora acusado para no decretar la libertad inmediata de los procesados, esto es, que de acuerdo con el artículo 334 de la Ley 906 de 2004 solamente cuando la decisión esté en firme se revocan las medidas cautelares, no fueron objeto de debate en el curso de la audiencia adelantada el 12 de mayo de 2011, solo es ahora que la Fiscalía y Procuraduría hacen referencia a que se debió

tener en cuenta lo previsto en el numeral 1° del artículo 317 del citado estatuto procesal penal.

Señala que, según su criterio, fue mal concedida por el magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta la acción de habeas corpus a favor de los procesados que la solicitaron porque existía un proceso penal en curso y según criterio de la Sala de Casación Penal de esta Corporación, solo se puede acudir a ese medio por vía excepcional. Aunado a ello, el juez constitucional realizó una inspección al proceso para constatar lo que había ocurrido momento en el cual pudo verificar que la preclusión emitida por el aquí acusado no estaba ajustada a derecho y, por consiguiente, abstenerse de conceder la libertad.

Concluye en este acápite que, al no existir el desvalor de acción, esto es, al no conceder la libertad a quienes no tenían derecho, tampoco hubo desvalor del resultado, por lo que jurídicamente no se puede hablar de una conducta que sea contraria a la ley y, de contera se debe absolver al doctor ROJAS CORRO del delito de prolongación ilícita de privación de la libertad. No sin antes, insistir que fue el Tribunal de Santa Marta quien concedió la libertad, misma Colegiatura que en el mes de mayo asumió la apelación que interpuso el Ministerio Público y revocó la preclusión y, al proceder de esta forma, los procesados continuarían en detención, situaciones totalmente ajenas a su poderdante.

2.- En lo referente a la conducta de prevaricato por acción estima que en el trascurso de la implementación de la Ley 906 de 2004 y hasta la fecha, no se ha tenido una interpretación

pacífica en cuanto a la forma correcta y unánime de su aplicación y práctica, tanto así que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos ha modificado sus decisiones sobre un mismo tema, siendo posible, incluso, encontrar en un año algunas que se contradicen entre sí.

Indica que en el presente caso se está dejando de lado la responsabilidad que le correspondía al Fiscal que realizó la solicitud de preclusión, pues no podía desconocerse que fue él quien manifestó al doctor ROJAS CORRO que no podía sostener una acusación contra las tres personas procesadas porque los culpables habían aceptado la responsabilidad y se acogieron a sentencia anticipada. Además, era procedente solicitar la preclusión por cualquier causal porque aún no se encontraba el proceso en la etapa de juicio pues no se había adelantado la audiencia preparatoria.

Señala que, ante tales manifestaciones, el aquí procesado, en su ámbito interno e intelectual estimó que el representante de la fiscalía como titular de la acción penal conocía de los elementos de juicio con los que contaba y, que lo llevaron a solicitar la preclusión, por lo que, confió en la veracidad de la información suministrada y procedió a pronunciarse de acuerdo con los elementos de juicio que fueron presentados.

Precisa que: *i)* siendo concordantes con los hechos y las afirmaciones realizadas por los intervinientes en la audiencia de preclusión adelantada el 12 de mayo de 2011, se advierte que los mismos entendían que la etapa de juzgamiento iniciaba

al momento en que se instalaba la audiencia de juicio oral, fase en la cual se surte el verdadero debate probatorio; *ii*) para ese momento el doctor ROJAS CORRO no contaba con una amplia experiencia en la aplicación del estatuto procesal penal pues el mismo había entrado a regir en Santa Marta en el año 2008, por lo que era posible que se presentara confusión en la aplicación de los dos sistemas procesales que regían [Leyes 600 y 904]; y *iii*) lo que motivó las discusiones en torno a la solicitud de la terminación anticipada del proceso, fueron de carácter probatorio acerca de si los tres sujetos involucrados tenían responsabilidad o no, pero, no se controvertió acerca de la debida o indebida interpretación del uso del parágrafo del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Puso de presente que el doctor FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO es un funcionario acucioso, estudioso y dedicado a su trabajo; en su aspecto personal es conocido como un buen ser humano y de buenas costumbres, pero esas cualidades no lo hacen infalible a cometer equivocaciones en el ejercicio de su carrera como juez, manejando más que todo el procedimiento establecido en la Ley 600 de 2000, pues para la época de los hechos investigados llevaba apenas dos años de estar conociendo el nuevo sistema acusatorio.

Anota que la decisión considerada como prevaricadora, no implica una grosera discrepancia con la norma penal, puesto que no hay, en su discernimiento, una argumentación que riña con algo que sea realmente protuberante y evidente, por lo que, se debía descartar el delito de prevaricato. Además, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en proveído

del 2013, radicado 38458, precisó que todas aquellas providencias respecto de las cuales quepa discusión sobre su contrariedad con la ley, quedan excluidas del reproche penal, independientemente de que un juicio posterior demuestre la equivocación de sus efectos, pues como también ha sido jurisprudencialmente reiterado, el juicio de prevaricato no es un juicio de acierto, es un juicio de legalidad.

Señala que el examen subjetivo de la conducta se debe hacer a partir de la mayor o menor dificultad interpretativa de la ley inaplicada y tergiversada, así como la divergencia de criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre su sentido o su alcance, por lo que era pertinente acotar que para el año 2011, los jueces de Santa Marta no habían tenido una sola capacitación, por lo que, la forma que tenían para aprender del sistema era prácticamente sobre la marcha.

Precisa que, en reciente pronunciamiento, la Sala de Casación Penal refirió que frente al punible de prevaricato la misma decisión censurada debe ser ostensible y manifiestamente ilegal, es decir, violentar de manera inequívoca al texto y sentido de la norma; no pueden ser tenidas como prevaricadoras todas aquellas decisiones que se tilden como desacertadas cuando quiera que estén soportadas en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso, porque como bien se ha señalado, en la presente actuación no se está en presencia de un juicio por acierto sino por la legalidad.

Recordó que en el desarrollo del juicio oral el Magistrado Ariel Torres, cuestionó a su defendido acerca de los motivos del por qué no consultó o aplazó la diligencia para absolver los interrogantes que tuviera, a lo que el procesado contestó que no tenía cómo hacerlo, no tenía con quién analizar el tema y estaba acosado por el corto tiempo de una hora que tenía para adoptar la decisión, en cumplimiento del término que estipula la norma penal; lo que demuestra que el doctor ROJAS CORRO trató de ser diligente en su actuar, pero si, de ello se desprende que cometió una falta contraria a la ley estaría incurso en una figura culposa de la conducta, que en este caso versaría sobre los elementos normativos del tipo, por consiguiente, colocarían al procesado en una situación de error de tipo, a título de culpa que no permite una condena por no estar previsto en la parte especial del código penal el prevaricato culposo.

Finalmente, concluye que no hay dolo en la conducta, pues con la decisión de preclusión se puede observar con claridad que no había interés alguno en favorecer a los sujetos inculminados con la pronta terminación del proceso, al punto que no les concedió la libertad porque tampoco sabía que debía hacerlo, desvirtuándose así cualquier tipo de ánimo corrupto o de un capricho y eso descarta el dolo y, al no estar tipificado el prevaricato culposo, se debía absolver al procesado.

Por todo lo anterior, eleva la defensa solicitud para que se profiera un fallo absolutorio respecto de todos los delitos por los que la Fiscalía acusó al doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO**.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 235-5 de la Carta Política modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 001 de 2018, en armonía con el artículo 32 numeral 9° de la Ley 906 de 2004, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para juzgar a los Procuradores Judiciales delegados ante los Tribunales Superiores de Distrito.

La condición de aforado constitucional del doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** quedó debidamente acreditada con las estipulaciones probatorias, en las que aparecen como soportes: (i) Decreto 3827 de agosto 8 de 2016, por medio del cual el Procurador General de la Nación lo nombró como agente del Ministerio Público ante los Tribunales -Procurador Judicial II- código 3PJ, grado EC, en la Procuraduría 364 Judicial II Penal; ii) Acta de octubre 5 de 2016 a través de la cual tomó posesión del cargo; iii) Certificación de tiempo de servicios expedida el 29 de noviembre de 2017 por el Jefe de la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación; y iv) Constancia de permanencia en el cargo como agente del Ministerio Público ante los Tribunales -Procurador Judicial II-, en la Procuraduría 160 Judicial II Penal de Riohacha, en carrera administrativa⁴.

⁴ Fls. 4 y 5 c. estipulaciones probatorias

2. Cuestión previa.

Norma sustantiva penal a aplicar

En la medida en que los hechos jurídicamente relevantes imputados al doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** datan del 12 de mayo de 2011, cuando este se desempeñaba como Juez Penal del Circuito Especializado de Santa Marta, las presentes diligencias se vienen adelantando conforme al procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004, en la medida en que esa era la norma procesal vigente en ese distrito judicial⁵, lo que a su vez conlleva que en el presente asunto resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 por estar ligada a la implementación del sistema penal acusatorio en cada distrito judicial.⁶

3. Requisitos para proferir sentencia

Conforme a lo previsto en los artículos 7° y 381 de la Ley 906 de 2004, para dictar fallo condenatorio deberá existir conocimiento más allá de toda duda acerca de la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado, a partir de las pruebas debatidas en la audiencia de juicio oral, las que deben ser apreciadas en conjunto siguiendo los criterios establecidos para cada medio de convicción.

⁵ CSJ SP. 14 jul. 2021. Rad. 57127

⁶ *Ibidem*

Considerando las referidas premisas, la Sala asumirá el examen de las pruebas vertidas en el juicio oral, con el objeto de establecer si el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** es responsable de los delitos por los cuales fue convocado a juicio.

Teniendo como base el escrito de acusación presentado por la representante de la Fiscalía General de la Nación, para una adecuada comprensión de la sentencia se estudiará por separado cada uno de los delitos imputados determinando el contenido y alcance de sus elementos, para pasar al establecimiento de los hechos probados y, por último, se analizará en conjunto el acervo probatorio de cara a las reglas de la sana crítica, con el fin de determinar si se logró arribar al grado de conocimiento requerido para condenar.

4. Del delito de prevaricato por acción

El artículo 413 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, establece que:

“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses”.

Del texto del tipo penal se desprende que contiene los siguientes elementos objetivos: (i) un sujeto activo calificado, servidor público; (ii) una resolución, dictamen o concepto, proferido por ese servidor público; y (iii) que la decisión tomada sea manifiestamente contraria a la ley.

No cualquier persona puede cometer la conducta. Para que la acción se adecúe dentro de lo descrito en la norma, tiene que ser realizada por un servidor público en ejercicio de sus funciones.

En concreto, el acto delictivo consiste en emitir una resolución, dictamen o concepto que sea manifiestamente contrario a la ley.

En cuanto al enunciado *manifiestamente contrario a la ley* la jurisprudencia de la Sala de Casación ha señalado que, para que la decisión pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser *ostensiblemente ilegal*. En otras palabras, es necesario que la actuación violente de manera clara e inequívoca la norma y el sentido al que ella apunta.⁷ Su expresión contraria a las regulaciones debe ser patente y notoria; evidente para cualquier funcionario que la analice.

No pueden ser considerados como delictivos aquellos pronunciamientos que se funden en interpretaciones distintas a las mayormente aceptadas o aquellas que sean desacertadas, pues decisiones así no alcanzan el grado de ilicitud necesario

⁷ CSJ SP, 24 jun. 1986, radicado 406598, GJ CLXXXV n° 2424. Reiterado en CSJ SP3578, 23 sep. 2020, radicado 55140.

para lograr el juicio de tipicidad objetiva.⁸ No basta con que un funcionario cometa un error al analizar un texto legal, sino que su distanciamiento de lo allí ordenado debe ser indiscutiblemente opuesto. No deben ser consideradas como punibles las resoluciones de un funcionario público que, simplemente, se equivoca al decidir un asunto luego de haber realizado el examen de los elementos de juicio aportados y de analizar la ley aplicable.⁹

Para la materialización de la conducta se precisa que la actuación del agente calificado sea consecuencia de la imposición de su voluntad de manera arbitraria y sin justificación, de tal forma que su juicio contraríe abiertamente los mandatos normativos, mas no que sea una forma distinta de analizar el caso presentado. El concepto emitido por el actor debe carecer de todo sustento fáctico y jurídico y basarse en una actitud mal intencionada o dirigida claramente a incumplir la ley.¹⁰ En ese sentido, no se configura el delito cuando la complejidad del tema permita varias interpretaciones o aproximaciones diferentes y sea posible asumir distintos enfoques en su solución.¹¹

En cuanto al aspecto subjetivo del tipo, se tiene que solo admite la modalidad dolosa. Esto significa que la providencia manifiestamente contraria a la ley debe ser emitida con plena voluntad consciente de quebrantar el ordenamiento. Así,

⁸ Cfr. CSJ SP, 18 mar. 2009, radicado 31052, CSJ SP45595, 3 oct. 2018, radicado 45595, entre otras.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ CSJ SP4620, 13 abr. 2016, radicado 44697.

¹¹ CSJ SP3578, 23 sep. 2020, radicado 55140.

quedan excluidas las decisiones cuya contrariedad se causa por la inexperiencia o ignorancia del funcionario.¹²

En reiterados pronunciamientos, la Sala de Casación ha resaltado que, cuando sea un funcionario judicial el que comete el delito en ejercicio de sus funciones, es menester que, además de acreditar el dolo, se advierta una “*finalidad corrupta en el comportamiento del agente*”.¹³ Este objetivo deshonesto se constata cuando la resolución ilegal ha sido emitida con el fin de favorecer ilícitamente a un tercero o como resultado de una contraprestación prohibida, también en conexión con la comisión de otro delito¹⁴, o poniendo por encima de la ley su mero capricho.

La intención del sujeto activo debe estar dirigida a beneficiar a otro con la realización de la acción proscrita, ya sea porque hubo un pago o media una promesa de remuneración, o porque existen motivos ulteriores encadenados a la ejecución, materialización u ocultamiento de otro tipo penal.

Ahora bien, cuando el servidor judicial, ejerciendo sus funciones, decide arbitrariamente desconocer el ordenamiento jurídico, contradecirlo abiertamente, pues esa es su voluntad, actúa también con una finalidad corrupta, dado que, de esa manera, está trastornando la función jurisdiccional que está compelido a proteger.

¹² Ver: CSJ SP20073, 5 dic. 2017, radicado 41198 y CSJ SP1657, 16 may. 2018, radicado 52545.

¹³ CSJ SP1657, 16 may. 2018, radicado 52545. Ver también: CSJ SP, 18 abr. 2018, radicado 50132.

¹⁴ Ibid.

4.1 De la tipicidad

4.1.1. De la tipicidad objetiva

Para el caso concreto, en cuanto al sujeto activo, es claro que la condición de servidor público para la época en que se reputa la comisión del delito de prevaricato por acción al doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** quedó suficientemente demostrada con las estipulaciones probatorias, en las que aparecen como soportes: (i) Acuerdo No. 050 de noviembre 24 de 2000 por medio del cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, lo nombró como Juez Penal del Circuito Especializado de esa ciudad, en provisionalidad; y ii) Constancia de agosto 24 de 2011 suscrita por el Secretario General de la referida Corporación Judicial, en la cual además de hacer relación de los cargos ocupados como Juez Promiscuo Municipal de ese Distrito Judicial, certifica que el doctor **ROJAS CORRO** se posesionó como Juez Penal del Circuito Especializado de Santa Marta el 1° de diciembre de 2000 y ejerció hasta el 22 de agosto de 2011, cuando se aceptó la renuncia.¹⁵

Asimismo, aparece probado que el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** en ejercicio del cargo último referenciado, con fundamento en el numeral 6° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, el 12 de mayo de 2011, decretó la preclusión de la investigación en favor de Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego, dentro del proceso¹⁶ que se les adelantaba por

¹⁵ Fl. 6 vto c. estipulaciones probatorias

¹⁶ Rad. 110016000098201180048

la presunta comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado.

Respecto al ingrediente normativo de la conducta, la Sala de Casación Penal ha precisado que la contrariedad manifiesta de la decisión con la ley debe desconocer de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma, evidenciándose de manera objetiva *“que la decisión es producto del capricho o arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo.”*¹⁷

En cuanto a la determinación del referido elemento, la jurisprudencia tiene sentado que en este proceso de confrontación deben no solo tenerse en cuenta los fundamentos jurídicos, probatorios o procesales en los que el funcionario judicial sustentó la decisión tildada de prevaricadora, o la ausencia de éstos, sino las circunstancias en las cuales fue proferida y los elementos de juicio con los que el servidor público contaba al momento de decidir, es decir, partir de un análisis ex ante y no a posteriori.¹⁸

Así las cosas, resulta necesario hacer referencia a las circunstancias que rodearon la audiencia adelantada el 12 de mayo de 2011 en el Juzgado Penal Único Penal del Circuito Especializado de Santa Marta, cuyo titular para ese entonces era el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO**.

¹⁷ CSJ SP, 13 ago. 2003, rad. 19303, SP, 3 jul. 2013, rad. 40226, SP4620-2016, rad. 44697 y SP5394-2017, rad. 47920, entre otras.

¹⁸ Cfr. SP, 3 jul. 2013, rad. 38005, SP4620-2016, rad. 44697, y SP467-2020, rad. 55368, entre otras.

Dentro del proceso que cursaba contra Óscar Alberto Flórez Valencia y otros, en la fecha atrás señalada se citó a partes e intervinientes con el fin de llevar a cabo audiencia preparatoria, la cual no se instaló porque, previamente, esto es, el 26 de abril de 2011, el doctor Juan Fernando Valderrama Berrío, Fiscal Segundo Especializado de la Unidad Nacional Antinarcóticos y de Interdicción Marítima -UNAIM-, radicó en el Centro de Servicios solicitud de preclusión invocando las causales 1^a *“imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal”* y si bien, en el escrito señaló la 5^a, también lo es que hizo referencia a la *“imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia”*, que corresponde a la 6^a, todas del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

En tales condiciones, el aquí procesado resolvió atender la solicitud y le concedió el uso de la palabra al representante de la Fiscalía para que la sustentara, quien luego de hacer referencia a las previsiones establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 906 de 2004 señaló que de los cinco capturados en flagrancia, dos de ellos aceptaron su responsabilidad y en cuanto a los restantes no contaba con suficientes elementos probatorios para llevarlos a juicio, al cual no se podía llegar a presumir o suponer que los que no se allanaron a cargos fueran responsables de la cocaína incautada [103 Kilos] y menos cuando tampoco encontró que hubiera algún tipo de participación. Lo que sí podía demostrar era que *“hay dos personas que se allanaron a cargos y que son responsables de lo allí encontrado”*, pero no frente a los demás.

En el traslado de la solicitud de preclusión, el doctor Jairo Neira Trespalacios, Delegado del Ministerio Público, se opuso a la misma porque: i) el Fiscal no verbalizó la causal que invocaba, independientemente que apareciera insertada en el escrito que presentó; ii) lo habían convocado a una audiencia preparatoria; iii) lo procedente era esperar el juicio que debía realizarse para establecer la responsabilidad de los tres acusados, máxime cuando la regla de la experiencia enseña que esas bandas criminales se organizan de la forma como ocurrieron los hechos y se desconocerían las otras maneras de coautoría; iv) el *“ordenamiento procesal es claro en determinar que el defensor como el Ministerio Público solamente pueden solicitar lo que tiene que ver con la preclusión en los numerales 1 y 3”*; y v) no se podía acceder a la petición de la Fiscalía porque *“eso sería ir contrario a las disposiciones del ordenamiento procesal penal...puesto que no hay ninguna de las causales insertadas en el artículo 332 para aplicar a estas personas.”*

En la decisión de mayo 12 de 2011 que considera la Fiscalía General de la Nación prevaricadora, el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** puso de presente que teniendo en cuenta la causal que aparece señalada en el escrito presentado por el fiscal de la UNAIM, *“imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia”* y los argumentos de quien se oponía, la audiencia de preclusión tendría como fin *“conceder a la fiscalía la oportunidad, de si lo considera necesario adelantar una etapa de juicio o, por el contrario, si no existe la prueba suficiente que la lleve a ella como titular de la acción penal a adelantar dicha etapa...estamos hablando precisamente que para el señor fiscal no existiría certeza al momento eventual de un fallo de condena”*, citando dentro del pronunciamiento los fundamentos

fácticos y jurídicos que le sirvieron de soporte para decretar la preclusión solicitada.

En concreto, invocó los artículos 5^o¹⁹, 7^o²⁰ y 334²¹ de la Ley 906 de 2004 y la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia proferida el 3 de febrero de 2010 dentro del radicado No. 32863, en la que se analizaron temas relativos al imperativo del juez de establecer la verdad, la presunción de inocencia y el conocimiento necesario para condenar, elementos que consideró aplicables al caso y que le sirvieron para señalar, como lo expuso el Fiscal Segundo Especializado de la Unidad Nacional Antinarcóticos y de Interdicción Marítima -UNAIM- y pudo corroborarlo con los elementos materiales probatorios que se le pusieron de presente que: *“el señor Fiscal no tiene elementos suficientes para pregonar o desvirtuar la presunción de inocencia... cuando la misma fiscalía es la que ha solicitado y sin otro elemento de juicio que le pueda permitir al despacho denegar esa petición de preclusión por la imposibilidad precisamente, como reza la norma de desvirtuar la presunción de inocencia, sería tanto como alargar el juicio, cuando es la misma fiscalía la que no está convencida con los elementos aducidos durante esta audiencia, de llevar a convencimiento pleno al juzgador para condenarlo en grado de certeza, tal como lo acaba de leer el despacho de la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”*.

¹⁹ Imparcialidad. En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la Justicia.

²⁰ Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme la decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba cerca de la responsabilidad penal...”

²¹ Efectos de la decisión de preclusión. En firme la sentencia que decreta la preclusión, cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos. Igualmente se revocarán todas las medidas cautelares que se le hayan impuesto.

Finalmente, concluyó en la decisión censurada que al no contar con elementos de juicio para desvirtuar la presunción de inocencia de los procesados avalaba *“la solicitud de la Fiscalía como titular de la acción penal, por supuesto respetando la posibilidad de los recursos de ley que le amerita a los intervinientes”*.

La anterior decisión fue recurrida por el delegado del Ministerio Público quien, a lo ya señalado en su oposición inicial, agregó que dado el estado del proceso no se podía hablar de *“certeza”* y menos de existencia de *“dudas”*, cuando se había presentado el escrito de acusación y señalado fecha para la solicitud de las pruebas que las partes harían valer en el juicio, por lo que solicitó su revocatoria y se continuara con la etapa de juicio.

Precisado lo anterior, es pertinente reiterar que respecto al ingrediente normativo de la conducta, esto es *“manifiestamente contrario a la ley”* la Sala de Casación Penal ha precisado que la contrariedad manifiesta de la decisión con la ley debe desconocer de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma, evidenciándose de manera objetiva *“que la decisión es producto del capricho o arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo.”*²²

En cuanto a la determinación del referido elemento, la jurisprudencia tiene sentado que en este proceso de confrontación deben no solo tenerse en cuenta los fundamentos jurídicos, probatorios o procesales en los que el

²² CSJ SP, 13 ago. 2003, rad. 19303, SP, 3 jul. 2013, rad. 40226, SP4620-2016, rad. 44697 y SP5394-2017, rad. 47920, entre otras.

funcionario judicial sustentó la decisión tildada de prevaricadora, o la ausencia de éstos, sino las circunstancias en las cuales fue proferida y los elementos de juicio con los que el servidor público contaba al momento de decidir, es decir, partir de un análisis ex ante y no a posteriori.²³

Ahora bien, frente al caso concreto, se tiene que el Título V del Código de Procedimiento Penal [artículos 331 a 334], regula lo concerniente al fenómeno jurídico de la preclusión, estableciendo que en cualquier momento el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar, así como las causales que se pueden invocar y las partes e intervinientes legitimadas para solicitarla, según el estadio procesal en que se encuentre la actuación penal. Específicamente el artículo 332 prevé que:

“...El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

- 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.*
- 2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.*
- 3. Inexistencia del hecho investigado.*
- 4. Atipicidad del hecho investigado.*
- 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.*
- 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia*
- 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este Código*

Parágrafo.- Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1° y 3°, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión”.

²³ Cfr. SP, 3 jul. 2013, rad. 38005, SP4620-2016, rad. 44697, y SP467-2020, rad. 55368, entre otras.

Respecto de los alcances de lo previsto en el párrafo del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, tal como lo pusieron de presente el apoderado de víctimas y la representante de la sociedad, la Corte Constitucional [C-920 de 2007, se pronunció sobre la exequibilidad del citado precepto] y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Justicia [Auto del 1° de julio de 2009, Rad. 31763], tenían sentado que en la etapa de juzgamiento el fiscal, el Ministerio Público y el defensor podían solicitar al juez de conocimiento la preclusión sólo por las causales señaladas en los numerales 1 y 3 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, esto es, “*por imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal*” o “*inexistencia del hecho investigado*”.

En el mismo sentido se pronunció esta Corporación en las siguientes decisiones:

AP, 8 de febrero de 2008, Radicado 29908:

“De presentarse en la etapa de juzgamiento cualquiera de las causales relativas a la imposibilidad de continuación del ejercicio de la acción penal y la inexistencia del hecho investigado, la preclusión podrá ser solicitada, además, por el Ministerio Público o por la defensa.”.

AP, 19 de mayo de 2008, Radicado 28984:

“El artículo 332 de la aludida ley procesal establece: “El fiscal solicitará la preclusión de la investigación en los siguientes casos...”, es decir, que él, y sólo él, atendiendo su condición de titular de la acción penal, acorde con el esquema legal previsto para el sistema de procesamiento penal acusatorio, es quien, en principio, puede solicitar la terminación del proceso por el motivo citado, como que se trata de una prerrogativa procesal a él reservada en la fases de la indagación preliminar y la investigación, pues en la del juzgamiento el Ministerio Público y el defensor

también pueden solicitar al juez de conocimiento la preclusión sólo por las causales señaladas en los numerales 1 y 3 del referido artículo 332, es decir, 'por imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal' o 'inexistencia del hecho investigado', respectivamente." (Subrayado de texto) Y,

AP, 15 de julio de 2009, Radicado 31780:

"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004 en las fases de indagación previa e investigación solamente el fiscal, en su condición de titular de la acción penal, está facultado para solicitar la terminación del proceso por los motivos que en él se señalan, pues en el juzgamiento el Ministerio Público y el defensor también pueden hacerlo con fundamento en las causales 1ª y 3ª de dicha disposición²⁴, es decir, 'por imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal' o 'inexistencia del hecho investigado', en su orden."

De la normatividad y precedentes referenciados, sin mayores disquisiciones, se desprende que cuando el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** dictó la providencia acusada de prevaricadora, mayo 12 de 2011, ya existía una línea jurisprudencial relativa a que: iniciado el juzgamiento solo resulta procedente el estudio de las causales 1ª y 3ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

²⁴ "En este sentido la Corte Constitucional en la sentencia C-920 de 2007, precisó: 'Durante la fase de juzgamiento, el legislador limitó a dos, los motivos que, por hechos sobrevivientes, pueden ser invocados por el fiscal, el ministerio público y la defensa para solicitar la preclusión. Ellas se reducen a: (i) la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; y (ii) la inexistencia del hecho investigado. La imposibilidad de proseguir con el ejercicio de la acción penal, durante el juicio, puede surgir debido a un evento sobreviviente a la acusación, como la consolidación del término de prescripción de la acción, la muerte del acusado, la despenalización de la conducta imputada, la constatación de la existencia de cosa juzgada, el decreto de una amnistía, la rectificación del escrito injurioso o calumnioso, y en general aquellos eventos susceptibles de verificación objetiva, con potencialidad para extinguir la acción penal. Así mismo, puede surgir como consecuencia de la constatación de circunstancias que indican que la acción penal no podía iniciarse, como podría ser la verificación de la inexistencia de querrela respecto de un delito que exige este presupuesto de procedibilidad. En cuanto a la inexistencia del hecho investigado, hace referencia a una situación fáctica, no jurídica, como cuándo aparece intacto el documento cuya destrucción se atribuyó al procesado'."

En efecto, contrario a lo señalado por el procesado, en la actuación penal atrás referenciada y para la fecha en que se dispuso la preclusión, ya se había dado inicio a la etapa de juicio, pues distinto a la intelección que pretendió darle el acusado, aquella no inicia con la audiencia preparatoria sino con la formulación de acusación, la cual se desarrolló el 5 de abril de 2011. Sobre las características de esta última diligencia y su connotación como acto complejo que marca el inicio de la etapa de juzgamiento ha dicho esta Corporación²⁵:

“...el acto de formulación de acusación, en estricto sentido, es el paso subsiguiente, previo y necesario para dar inicio al juzgamiento del imputado en un debate oral, público, contradictorio, concentrado y con inmediación de las pruebas que sustentan, de una parte, los hechos jurídicamente relevantes cuya ejecución (por acción u omisión) la Fiscalía atribuye al sujeto pasivo de la acción penal, y por otra, cuando sea del caso, aquéllas en las que encuentra respaldo la oposición o réplica del procesado a los hechos atribuidos en los que se predica su responsabilidad”.

Así pues, es a partir de la presentación del escrito de acusación que comienza la etapa procesal del juicio en la que, si el fiscal, el Ministerio Público o la defensa pretenden que se decrete la preclusión de la investigación, deberán invocar solo las causales previstas en los numerales 1° y 3° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, tal como lo dispone el párrafo allí previsto.

Entonces, advierte la Sala que la decisión de preclusión decretada a favor de los procesados Óscar Alberto Flórez

²⁵ CSJ SP, 8 jun. 2011, rad. 34022

Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego, es manifiestamente contraria a la ley, por cuanto se adoptó con base en la causal señalada en el numeral 6° del artículo 332 *ejusdem*, que es improcedente para aquella etapa procesal, de donde se extrae que **ROJAS CORRO** se apartó ostensiblemente a lo previsto en el parágrafo del citado precepto, constituyendo el elemento normativo del punible de prevaricato consagrado en el artículo 413 del Código Penal.

5.1.2. De la tipicidad subjetiva

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, el delito de prevaricato por acción sólo es atribuible a título de dolo, conforme al artículo 21 del Código Penal, según el cual todos los delitos de la parte especial corresponden a conductas dolosas salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales.

Así, la Corte ha puntualizado que para condenar por esta modalidad delictiva *“resulta imprescindible comprobar que el autor sabía que actuaba en contra del derecho y que, tras ese conocimiento, voluntariamente decidió vulnerarlo²⁶.”*

Asimismo, señala el artículo 22 del Código Penal que la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización.

A partir de ese precepto, la jurisprudencia pacífica de la Sala ha dicho que el dolo se integra de dos elementos: uno

²⁶ CSJ SP, jul. 27 de 2011, Rad. 35656.

intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo. Y otro volitivo, que implica querer realizarlos.²⁷

De otro lado, indica el numeral 10° del artículo 32 del Código Penal que no habrá responsabilidad penal cuando se obre con error invencible *“de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad”*. Si el error fuere vencible, continúa la norma, la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Frente a la noción del error de tipo, la Sala de Casación Penal tiene dicho que hace referencia al desconocimiento o conocimiento defectuoso de las circunstancias objetivas del hecho que pertenecen al tipo legal, con independencia de que estas tengan carácter fáctico, de naturaleza descriptiva (cosa, cuerpo, causalidad), o normativa, de esencia comprensiva (ajenidad, documento, funcionario)²⁸.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia [SP2040-2021 del 28 de mayo de 2021, Rad. 56015] tiene sentado que el error eximente de responsabilidad se presenta cuando:

“el sujeto activo del injusto actúa bajo la convicción errada e invencible de que con su acción u omisión no concurre ninguna de las exigencias necesarias para que el hecho se adecue en la descripción típica.”

²⁷ CSJ SP, agost. 25 de 2010, Rad. 32964.

²⁸ CSJ SP, abr. 10 de 2013, Rad. 40116 y AP, marz. 15 de 2017, Rad. 49429.

La Sala ha considerado que esta especie jurídica se caracteriza por el desconocimiento de una circunstancia objetiva (descriptiva o normativa) perteneciente al tipo de injusto que acarrea la impunidad de la conducta cuando es inevitable; o en el evento que sea superable y la modalidad de la conducta esté legalmente prescrita exclusivamente como dolosa²⁹.

Es decir, el error de tipo se manifiesta en tanto el sujeto activo desconoce que su comportamiento se adecúa a un delito y excluye el dolo porque afecta su faz cognitiva.

La equivocación será invencible cuando no le sea exigible al autor ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, es decir, que la errada interpretación o comprensión no dependa de su culpa o negligencia, circunstancia que produce la atipicidad subjetiva; y, vencible, en caso de que el agente lo pueda superar con un esfuerzo factible y que le era exigible con arreglo a las circunstancias de posibilidad de conocimiento, oportunidad y demás que rodearon la ocurrencia de los hechos”.

En consecuencia, si el autor desconoce algún componente de la descripción típica penal de la conducta que realiza, incurre en error de tipo. En ese orden, el comportamiento será típico solo si la realización de los elementos objetivos (descriptivos y normativos) que definen de manera completa el delito, se producen con conocimiento y voluntad (elemento subjetivo) en su realización por parte del autor³⁰.

En este punto es pertinente atender la precisión que, con respecto a esta figura, realizó esta Sala:

“el error de tipo excluye el dolo (el tipo subjetivo), pues recae sobre los elementos que integran la acción típica; existe una equivocación

²⁹ CSJ SP, 23 may. 2007, rad. 25405.

³⁰ SP3112-2021, jul. 7 de 2021, Radicado 50109.

entre la idea que el actor tiene respecto de una persona u objeto y lo que efectivamente sucede en el mundo real.

Por tanto, entendido el dolo como el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo, se tiene una acción ejecutada por un sujeto que carece del conocimiento exigido por la ley; ese proceder excluye el dolo, en tanto no sabe lo que hace, ya sea por ignorancia (no sabe) o yerro (hay un conocimiento que se tiene por verdadero, pero es falso)³¹”.

Asimismo, no sobra precisar que esta clase de error puede ser invencible, cuando ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, el autor habría podido llegar a otra conclusión. En otras palabras, cualquier persona en igualdad de condiciones habría incurrido en él o no lo habría podido superar. Y es vencible cuando la falsa representación podía evitarse o superarse si el autor hubiese colocado el esfuerzo explicativo a su alcance, que le era exigible, de acuerdo con las circunstancias que rodearon el hecho. En otros términos, frente al conocimiento potencial de los hechos podía el autor actualizar su intelecto para salir del error, pero no lo hizo.

Así pues, tratándose de conductas delictivas que no admiten la forma culposa, como es el caso que ocupa la atención de la Sala, el error de tipo, vencible o invencible, implica la atipicidad de la conducta punible de prevaricato por acción.

Hechas las anteriores precisiones, se tiene que en los alegatos de conclusión tanto el procesado como el defensor pusieron de presente que el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS**

³¹ CSJ, SEP00122-2021 oct. 7 de 2021, Rad. 00002.

CORRO obró bajo error de tipo a causa del poco conocimiento que tenía acerca del Sistema Penal Acusatorio.

Al respecto, la Sala coincide con lo señalado por el delegado del Ministerio Público, en el sentido que no encontró en la actuación la concurrencia de ningún tipo de error. Por consiguiente, el argumento expuesto por la defensa y el acusado no está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

El doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** obtuvo el título de abogado en el año 1994, adelantó estudios de posgrado en procesal penal y derechos humanos, ocupó el cargo de Juez Penal Municipal y tomó posesión como Juez Penal del Circuito Especializado de Santa Marta el 1° de diciembre de 2000, siendo aceptada su renuncia el 22 de agosto de 2011, con lo que se acredita su vasta experiencia en la administración de justicia.

Asimismo, conocía de procesos rituados bajo la Ley 600 de 2000 y también de actuaciones regidas por la Ley 906 de 2004, tal como lo señaló el procesado y los testigos Jairo Neira Trespacios y Ana Joaquina Cormanés Goenaga, de donde se infiere que conocía la figura jurídica de la preclusión, regulada, incluso, en el artículo 39 de la Ley 600 de 2000.

Además, el sistema acusatorio entró a regir en el distrito judicial de Santa Marta el 1° de enero de 2008³², lo que

³² Artículo 530, Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 30 del Decreto 2770 de 2004.

descarta que el acusado sea un neófito en la aplicación del procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004, pues venía aplicando esta normatividad tres años antes de proferir la decisión cuestionada, el 12 de mayo de 2011.

Es más, no pasa desapercibido que en esa diligencia el doctor Jairo Neira Trespalacios [delegado del Ministerio Público en el proceso adelantado contra Óscar Alberto Flórez Valencia y otros,] se opuso a la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía, dado que el *“ordenamiento procesal es claro en determinar que el defensor como el Ministerio Público solamente pueden solicitar lo que tiene que ver con la preclusión en los numerales 1 y 3”*, sumado a que no se podía acceder a la petición porque *“eso sería ir contrario a las disposiciones del ordenamiento procesal penal...puesto que no hay ninguna de las causales insertadas en el artículo 332 para aplicar a estas personas.”*³³

Se advierte entonces que el agente del Ministerio Público expresamente puso de presente al acusado que desconocería la ley de acceder a la solicitud elevada por el fiscal del caso, empero, éste en lugar de procurar cerciorarse de la tesis jurisprudencial imperante por los medios a su alcance, decidió inclinarse por los argumentos del ente acusador contrarios al precedente. Por ello, si en realidad hubiese incurrido en un error por ignorar qué causales en concreto podían ser invocadas en juicio, la intervención del procurador del caso, ciertamente, permitía al acusado advertir su supuesta equivocación y conducirlo a la verificación de las manifestaciones de este último.

³³ Fl. 19 c. pruebas documentales Fiscalía. Cd. Audiencia adelantada el 12 de mayo de 2011.

Ahora bien, aunque Ana Joaquina Cormanés Goenaga [quien para la época de los hechos fungió como asistente del juez acusado] y **ROJAS CORRO** indicaron que era la primera audiencia de preclusión que conocía como juez incorporado al Sistema Penal Acusatorio, lo cierto es que no se trataba de un tema desconocido para ese entonces, toda vez que tanto la Corte Constitucional como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ya habían establecido criterios claros en punto a las causales de preclusión que se podían elevar en la etapa de juicio, como se indicó en acápites precedentes.

Jurisprudencia a la cual pudo acceder con facilidad por medio de las páginas web de las mencionadas corporaciones, en la medida en que para el año 2011 ya se contaba con las tecnologías de la información y la comunicación, máxime si se tiene en cuenta que mediante el Acuerdo 590 de agosto de 1999 la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura creó “*el Centro de Documentación Socio-Jurídica de la Rama Judicial*” - CENDOJ-, estableciendo dentro de sus funciones, entre otras, organizar y poner a disposición, como fuente de consulta permanente, de los servidores judiciales la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, la doctrina de los tribunales, los conceptos y decisiones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la legislación nacional e internacional.

Asimismo, si bien la primera de las mencionadas señaló que el procesado no tuvo ninguna formación de parte del

Consejo Superior de la Judicatura para enfrentar el nuevo Sistema Acusatorio, también lo es que en los términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 1123 de 2007³⁴ es deber de los abogados “*actualizar los conocimientos inherentes al ejercicio de la profesión*”, obligación que debe ser atendida con mayor rigurosidad por parte de quienes administran justicia, pues tienen a su cargo el cometido de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en la Constitución Política y la ley, para realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional, como lo señala el artículo 1° de la Ley 270 de 1996.

De otra parte, también descarta la Corte que el doctor **ROJAS CORRO** haya obrado compelido para dar trámite inmediato a la solicitud de preclusión radicada por la Fiscalía, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 333 de la Ley 906 de 2004, luego de presentada la petición aquel contaba con cinco días para citar a audiencia, término éste dentro del cual estaba facultado sino para dirimir el caso concreto sí para verificar la normativa y jurisprudencia aplicable al caso, para así analizar la pretensión conforme a ese conocimiento. De ahí que resultara irrelevante que haya conocido del escrito de preclusión “*momentos antes de la diligencia*” preparatoria fijada para el 12 de mayo de 2011, dado que, en todo caso, la ley no le imponía resolver el asunto en el mismo instante.

³⁴ Código Disciplinario del Abogado

En esa línea argumentativa, carece de asidero la justificación aducida por el encartado, según la cual el inciso 5° del referido precepto normativo le obligaba a resolver la preclusión en una hora. Por el contrario, el contenido literal de la disposición indica que el funcionario judicial “*podrá decretar un receso hasta por una (1) hora para preparar la decisión que motivará oralmente*”. Es decir, que dicho límite temporal está referido es a la extensión del receso, mas no a la oportunidad para tomar la determinación.

En todo caso, considera la Sala que once años de práctica judicial habían enseñado suficientemente al procesado que tenía la facultad de suspender o reprogramar las diligencias, atendiendo a circunstancias razonables y meritorias, en gracia a discusión, la necesidad de actualizar su conocimiento sobre el tema en específico antes de dirimir el asunto en uno u otro sentido. Por supuesto, sin propiciar la dilación del trámite y bajo el entendimiento de que el funcionario judicial, pese a la investidura conferida, no está exento de requerir, como cualquier otro individuo, de momentos de reflexión.

De las anteriores precisiones, no se advierte que el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** haya obrado bajo la circunstancia eximente de responsabilidad prevista en el numeral 10° del artículo 32 del C.P., consistente en el error de tipo, lo que conlleva a establecer que obró con pleno conocimiento de la descripción de los elementos típicos objetivos del delito de prevaricato por acción.

Superado lo anterior, es imperioso verificar si la intervención del doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** dentro de la actuación penal que cursaba contra Óscar Alberto Flórez Valencia y otros por el delito de narcotráfico, en la que en sesión de audiencia adelantada el 12 de mayo de 2011 resolvió decretar la preclusión de la investigación en favor de los procesados, se ajusta a un comportamiento acompañado de una voluntad consciente de quebrantar lo dispuesto en la ley.

Dentro de las pruebas presentadas por la Fiscalía delegada ante esta Corporación, se tiene que frente al escrito de solicitud de preclusión presentado por el representante del ente investigador en el proceso penal atrás referenciado, el aquí acusado le concedió el uso de la palabra para que procediera a verbalizar la misma, quien apoyado en las previsiones establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 906 de 2004 puso de presente³⁵, entre otras cosas, que después de realizar una valoración a los elementos probatorios con los que contaba es que decide presentar la solicitud de preclusión, porque: i) si bien fueron cinco los capturados en flagrancia, dos habían aceptado su responsabilidad³⁶; ii) teniendo en cuenta el principio de objetividad no podía entrar a suponer situaciones en el sentido de que si varias personas se reúnen o cuando varias personas están dentro de un inmueble y se localiza en él algún elemento ilícito, no todas pueden ser responsables de ello o saber que ello existía allí, cuando hay otras que ya manifestaron ser responsables del mismo: iii) en el escrito de acusación señaló que tenía pruebas testimoniales, pero éstas

³⁵ Fl. 19 c. pruebas Fiscalía – CD contentivo de la audiencia adelantada el 12 de mayo de 2011 en el Juzgado Penal del Circuito de Santa Marta.

³⁶ Juan Carlos Zapata y Andrés Felipe Rubiano Betancourt.

correspondían era a los policiales que intervinieron en el allanamiento al inmueble donde se encontró la sustancia e hicieron las capturas, sin que se pudiera suponer por ellos o por la Fiscalía que los individuos que estaban allí *“eran los dueños o los responsables de ese alijo, pues no tenemos ni interceptaciones telefónicas en este caso, ni vigilancia ni seguimiento, ni demás que puedan suponer lo anterior, lo que sí tenemos es un hecho objetivo que hay dos personas que se acogieron a cargos que reclaman la responsabilidad sobre esos hechos y que manifiestan, entonces, con eso que están diciendo o aceptando que las otras personas, entonces, no tendrían que ver nada en la situación del alijo allí encontrado”*; iv) la única persona que se encontraba armada dentro del inmueble era Andrés Felipe Rubiano Betancourt, a quien se le incauta un arma de fuego marca Jericó 9 mm., lo que da a entender que él y Juan Carlos Zapata, quienes se acogieron a cargos, tenían no solo la responsabilidad de la cocaína sino la custodia de la misma.

Agregó que, teniendo en cuenta el trámite que cursaba bajo la Ley 906 de 2004, los acusados [Álvaro José Muñoz Cardona, Leonardo Fabio Naranjo Gallego y Óscar Alberto Flórez Valencia], incluso, estarían dispuesto a declarar bajo juramento, renunciando a su derecho de guardar silencio y ello para explicar la forma en que llegaron al sitio, por qué estaban allí y la ajenidad de ellos frente a los hechos materia de investigación; de la entrevista rendida por Araceli Esther García Torres, propietaria del inmueble indicó que fue a Andrés Felipe a quien se lo arrendó; objetivamente se podía decir que en su momento hubo cinco personas en un bien inmueble donde se encontró la cocaína, *“ello no puede ser entonces el fundamento para llegar hasta un juicio a presumir a suponer que las tres personas que se allanaron dentro de éste, sean también responsables del alijo incautado, y es que las mismas pruebas con las que se condena o con las que unas personas aceptan, no*

pueden ser ellas mismas frente a otros, porque los otros pueden tener otro grado de participación en el mismo evento o ninguno, para la Fiscalía General de la Nación, en este caso, no puede haber ningún evento de participación, puesto que no lo puede demostrar de acuerdo a lo que llevaría al escrito de acusación, y es que no puede demostrar el por qué estas personas estaban en ese sitio y es que no puede demostrar el que estas personas sean responsables de ese alijo, lo que si puede demostrar es que hay dos persona que se allanaron en estos hechos y que son entonces responsables de lo allí encontrado; no consigue entonces, edificarse con algún tipo de inferencia lógica que esas personas sean responsables de lo encontrado en ese inmueble; el juez en estos eventos debe orientarse por un imperativo que se manifiesta en el artículo 5° de la Ley 906 de 2004 y es el de establecer con objetividad la verdad y la justicia “puesto que la suposición no debe entrar y la sospecha ha sido desterrada de este sistema penal desde tiempos inmemorables, tendremos que avizorar entonces que lo único que le quedaba a la Fiscalía General de la Nación era esta solicitud de preclusión en contra (sic) de las 3 personas mencionadas³⁷”.

A continuación, en los términos establecidos en el artículo 333 de la Ley 906 de 2004 el doctor ROJAS CORRO corrió traslado al representante del Ministerio Público, interviniente que se opuso a la referida pretensión porque: advertía la falta de investigación de parte del Fiscal del caso; de lo que obraba en la actuación se podía inferir la participación de los tres procesados en la comisión del delito de narcotráfico; no resultaba procedente invocar causal diferente a las previstas en los numerales 1 y 3 de la citada codificación; y de atender la solicitud de preclusión sería ir contrario a las disposiciones del ordenamiento procesal penal.

³⁷ Álvaro José Muñoz Cardona, Leonardo Fabio Naranjo Gallego y Óscar Alberto Flórez Valencia.

El doctor **ROJAS CORRO**, luego de señalar que: i) del escrito del Fiscal advertía que, en últimas, este invocaba la causal relativa a la “*imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia*”; ii) considerar los argumentos del peticionario y de quien se opuso a la solicitud de preclusión; iii) analizar las evidencias que hacían parte de la actuación; iv) apoyarse en la sentencia dictada el 3 de febrero de 2010 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 32863, en la que se analizaron temas relativos al imperativo del juez de establecer la verdad, la presunción de inocencia y el conocimiento necesario para condenar, absolver o exonerar de responsabilidad; v) finalmente, decidió acoger el planteamiento propuesto por el representante del ente acusador, para lo cual puso de presente que:

“...el hecho punible obviamente está acreditado, incluso ya se allanaron dos personas de este grupo, que fueron los señores Juan Carlos Zapata y el señor Andrés Felipe Rubiano. De las otras personas ha dicho el señor Fiscal no tiene los elementos suficientes para pregonar o para desvirtuar la presunción de inocencia, de acuerdo a los mismos elementos que ha dado, incluso, no se presenta ni siquiera claridad en con relación a lo que él ha manifestado, ya que tiene la acción penal, de acuerdo a esto, cómo se dieron estas situaciones concretamente con relación a cada uno de ellos, cuáles fueron las manifestaciones que hubieran presentado al momento de la captura, si encontraron otros elementos indiciarios que pudieran llegar a desvirtuar esa presunción de inocencia más allá de toda duda razonable, incluso el despacho avizoraba en su escrito de acusación que no se establece concretamente sobre qué, a cada capturado qué le correspondió con la relación a la incautación de la droga, por ello el despacho considera que es una responsabilidad de la Fiscalía, como tal, llevar a cabo esa demostración de la carga probatoria y que no tendría sentido en este estadio de negarse a esa preclusión, con fundamento en que precisamente la Fiscalía como responsable

de la carga de la prueba no lleva al menos al despacho a advenir o a conjeturar que esa presunción de inocencia estaría desvirtuada, o al menos como lo dice la norma, no existe esa imposibilidad de desvirtuar esa presunción, tanto que adelantáramos un juicio, base estos supuestos, con desgaste de la administración de justicia...cuando es la misma fiscalía la que ha solicitado y sin otro elemento de juicio que le pueda permitir al despacho denegar esa petición de preclusión por la imposibilidad, precisamente, como reza la norma de desvirtuar la presunción de inocencia, sería tanto como alargar el juicio, cuando es la misma fiscalía la que no está convencida con los elementos aducidos durante esta audiencia, de llevar a convencimiento pleno al juzgador para condenarlo en grado de certeza, tal como lo acaba de leer el despacho de la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”.

Por supuesto que en este caso prácticamente que nos estaríamos anticipando casi como a una sentencia, de allí que precisamente el legislador para prever el desgaste de juicios inútiles le dio la posibilidad a la Fiscalía de solicitar esta clase de decisiones, tanto así que el artículo 334 habla de en firme la sentencia, en un claro error o lapsus o una interpretación del legislador donde ya la misma Corte ha referido que no se trata de una sentencia sino de un auto...”

De lo expuesto, pese a la impericia en el manejo que le dio el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** a la solicitud de preclusión elevada por la representante del ente acusador, en la medida en que bien había podido tomarse los cinco (5) días a que hace referencia el inciso primero del artículo 333 de la Ley 906 de 2004; así como que una vez escuchado al peticionario y a su opositor, suspender la audiencia para documentarse mejor y tomar una decisión luego de un estudio juicioso no sólo de las normas aplicables al caso sino de la jurisprudencia vigente; y lo equivocado en los argumentos que expuso para decretar la preclusión de la investigación que cursaba contra Óscar Alberto Flórez Valencia y otros por el

delito de narcotráfico, no advierte la Sala que en su actuar haya existido ánimo consciente y voluntario de transgredir la ley o propósito criminal alguno, por el contrario, lo que se nota, es su desidia, negligencia o pereza para documentarse y tomar una decisión acorde con el problema jurídico que se le planteó en su momento.

De otro lado se tiene que en sesión de audiencia de juicio oral llevada a cabo el 2 de marzo de 2022³⁸ el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** declaró no tener ningún tipo de relación con el fiscal que solicitó la preclusión, él *“llegaba y se iba inmediatamente”*; que ese funcionario radicaba las solicitudes a través del centro de servicios, dependencia que a su vez las pasaba a la Secretaría del despacho *“en ese momento todo era manual...no se estaba utilizando sistemas digitales”*; y la petición de preclusión la conoció el mismo 12 de mayo *“día de la audiencia preparatoria”*.

Señaló que al estar al frente del único juzgado especializado de Santa Marta manejaba los dos sistemas [Ley 600 y 906]; que del escrito presentado por el peticionario advirtió que invocó tres causales: la primera porque no se podía proseguir la acción penal, la segunda, falta de intervención en el hecho punible por parte de los procesados, y la tercera, que no se podía desvirtuar la presunción de inocencia, y que después de escuchar la intervención del Ministerio Público rechazó las dos primeras y se detuvo en la última, dándole la razón a la fiscalía.

³⁸ Fl. 389 c. o. 2 Corte – CD contentivo de la declaración rendida en juicio por el doctor FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO.

Dijo que el “juicio de valoración que yo hice en ese momento, esos elementos no me llevaban como para llevarle la contraria al fiscal y mandarlo a juicio...debo decirlo con toda sinceridad, por un lado nosotros en Santa Marta no teníamos todavía ese bagaje jurídico sobre todo para ese tipo de causales; en segundo lugar, yo para ese tiempo que llevaba el sistema acusatorio en Santa Marta, que no era el mismo tiempo que llevaba en Bogotá, no tenía ese manejo de esa preclusión...fue la primera preclusión que se me presentó...pero yo reconozco, me atuve pues a la buena fe de que yo entendí del fiscal, porque quién más que él que conocía el proceso ...de pronto con más cultura jurídica de hoy día o con más tiempo yo hubiera tomado una decisión diferente, lo reconozco, pero para ese momento para mí era como la más admisible, darle cabida a esa preclusión porque consideraba que esas evidencias que el fiscal me decía no eran suficientes, porque ahí solamente estaba la captura en flagrancia, tampoco a ninguno de ellos le encontraron que yo sepa ningún documento, ninguna información...”.

Precisó que al escuchar los argumentos del Ministerio Público en el recurso de apelación, si se hubiera enfocado mejor el debate no hubiera tomado la decisión censurada, pues pese a que de pronto no fue la más acertada, de todos modos “no hubo de parte mía incorrección moral, como se dice, por querer favorecer a esas personas que no conocía, ni al fiscal, ni a los procesados, a nadie de ahí de esas partes, yo no tenía ningún interés en favorecer...en ese caso el argumento que me alcanzó a decir el Ministerio Público era que precisamente no había prueba, o sea eso a mí también me confundió, decía, no hay prueba, pero esperemos el juicio que de pronto aparece, entonces yo decía pero como así, si no me está dando una prueba, un elemento suasorio, cómo voy a suponer que va a aparecer una prueba en el juicio, si ya el fiscal me está diciendo que no las tiene...sobre ese punto se enfocó de pronto mal el debate y por eso yo adopte esa decisión de precluir...”

Indicó que se cuidaba de que los detenidos no salieran por vencimiento de términos; la norma le exigía resolver la

preclusión en una hora; que las decisiones las tomaba ahí mismo en la audiencia y con los materiales que tenía de estudio; y ahora es que encontró jurisprudencia aplicable al caso, “pero para ese momento, en 2011 que nosotros teníamos apenas 3 años...de estar en el sistema acusatorio no conocía [la causal 6ª - imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-]...no la había estudiado en la jurisprudencia”.

Entonces, los argumentos que expuso el acusado en audiencia para decretar la preclusión sopesados con la explicaciones que éste mismo ofreció sobre su proceder, permiten establecer que su conducta no estuvo determinada por una motivación proterva y dirigida a desconocer la normativa aplicable con una “finalidad corrupta”³⁹, sino que en realidad estuvo determinada por una inadecuada aplicación y falta de estudio, en la etapa de juicio, de las causales de preclusión a que hace referencia el parágrafo del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 al caso que estaba bajo su estudio.

Qué ánimo perverso puede estar presente en una persona que admite que se equivocó al tomar la decisión de preclusión y que con mayor cultura jurídica o más tiempo hubiera podido tomar una decisión diferente⁴⁰, pero que en este caso concreto no lo hizo, significando con ello que no tuvo la intención de delinquir.

³⁹ CSJ SP, 16 may. 2018, rad. 52454: “La finalidad corrupta se verifica cuando la decisión ilegal es proferida con el propósito consciente de favorecer ilícitamente a un tercero, o como consecuencia de un pago, dádiva o promesa, o en conexión con un ilícito subyacente que determina al funcionario a apartarse del orden jurídico, pero también cuando éste último, de manera arbitraria, caprichosa o injusta resuelve autónomamente adjudicar en contra del derecho aplicable o las pruebas a cuya valoración está compelido, así en esa conducta no concurra el ánimo protervo de beneficiar ilícitamente a otra persona”.

⁴⁰ Fl. 389. c. o. 2 Corte – CD contentivo de la declaración rendida por el procesado el 2 de marzo de 2022.

En efecto, lo que ocurrió con la decisión proferida el 12 de mayo de 2011 no fue un acto doloso, pues sin desconocerse que esta fue equivocada, emerge como producto de un proceder negligente y por ende culposo, dadas las circunstancias en que ello aconteció, en la medida en que al elaborar la misma el acusado dejó de revisar para verificar si se había incurrido en algún desatino y confió que todo lo había hecho correctamente, por lo que la decisión es desacertada en cuanto al reconocimiento de la preclusión de la investigación invocada, acogiendo la tesis planteada por el representante el ente persecutor y apartándose de lo expuesto en ese momento por el representante del Ministerio Público, sin que de esta última circunstancia puede establecerse un mal intencionado querer, a toda costa, de ir en contra de lo establecido en el ordenamiento jurídico patrio.

Esta precisión cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia [AP1261-2019, abr. 3 de 2019, rad. 53954], dejó sentado que:

*“...la simple disparidad de opiniones respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su complejidad, ambigüedad o circunstancias del caso admiten varias interpretaciones o alternativas, la elección de una de ellas sin propósito o ánimo corrupto no puede considerarse como prevaricadora, pues **en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias de criterio, aun en temas que aparentemente no ofrecen dificultad alguna**⁴¹. En tales eventos, es el ánimo o convicción con que se obre lo que **determina la ilicitud**”.* (Negrillas fuera de texto)

⁴¹ Cfr. CSJ AP, 27 nov. 2013, rad. 38458, CSJ SP, 23 feb. 2006, rad. 23901 y CSJ SP, 25 may. 2005, rad. 22855, entre otras.

Para la Sala, la conducta del doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO**, entonces Juez Penal del Circuito Especializado de Santa Marta fue descuidada, porque aunque era conocedor de la legislación sustancial y procesal penal, por tratarse, precisamente, de un servidor público con suficiente experiencia en la Rama Judicial, lo cierto es que obró con ligereza en el asunto puesto a su consideración, sin que se advierta la intención positiva de favorecer a la parte acusadora o a los procesados Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego. En efecto, si el propósito del doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** fuere beneficiar a los procesados precluyendo la investigación, aunado a esta determinación, lo lógico era que les hubiera concedido la libertad, y, por el contrario, resolvió negárselas con argumentos que no eran aplicables al caso, apartándose también de lo previsto en el numeral 1° del artículo 317 de la Ley 906 de 2004.

Que la negligencia fue la razón de la equivocación del juez es asunto que **ROJAS CORRO** explica en la audiencia de juicio oral como un descuido pues siempre estudiaba los temas antes de resolverlos y en este caso no lo hizo, desacierto que se presentó entre otras razones, por la ligereza en querer resolver el asunto y el no reflexionar en debida forma sobre la normatividad y la jurisprudencia vigente al momento de los hechos endilgados. Empero de tal situación no se puede concluir, un querer propio de la mala fe o el propósito de delinquir.

Lo dicho cobra relevancia con el pronunciamiento de la Sala Penal del Tribunal Superior de esa ciudad en el Auto del 29 de junio de 2011⁴² donde desató el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público frente a la decisión de preclusión, donde si bien decidió revocar el auto recurrido, por considerar que con lo que existía en el proceso era suficiente para continuar con el juicio dentro de la actuación penal que cursaba contra Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego, no subrayó un proceder doloso o abiertamente arbitrario de la primera instancia.

A lo anterior se suma que **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** se declaró inocente del delito de prevaricato por acción admitiendo que se equivocó, dejando claro que “*no hubo de parte mía incorrección moral*” un ánimo “*protervo*” o de “*corrupción*”, lo que no está desvirtuado en el proceso, en tanto no se arrimó prueba que permita concluir con certeza lo contrario, lo que ratifica la premisa según la cual la decisión de preclusión fue adoptada por un actuar negligente de parte del procesado al no verificar personalmente si era procedente el estudio de la causal invocada por el Fiscal y confiar que su proceder se ajustaba a lo estatuido en el ordenamiento jurídico patrio; “*esos dos factores -negligencia y confianza- son demostrativos de culpa y no de dolo, pero, al ser el prevaricato una conducta intencional, ese descuido no tiene relevancia para el derecho penal*”⁴³.

⁴² Fls. 27 a 30 c. Corte – Pruebas documentales Fiscalía

⁴³ CSJ, AP2262 jun. 05 de 2019, Rad.50357.

Sobre la negligencia en el delito de prevaricato, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de esta Corporación ha señalado que “...la negligencia o la equivocación sin voluntad intencionada de querer ejecutar un acto de corrupción impiden la consumación del prevaricato”⁴⁴.

Así pues, considera la Sala que en la actuación no hay elementos de juicio de los que se pueda establecer un interés personal del doctor para con los intervinientes, ni antecedentes de amistad o retaliación ni manifestaciones con las que se pueda llegar a sostener que la decisión proferida el 12 de mayo de 2011 obedeció a un acto de deshonestidad porque directamente se quería favorecer a una de las partes.

Como el delito de prevaricato por acción solo admite la modalidad dolosa, en los términos señalados por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de justicia, esa conducta punible no se configura cuando la decisión, aunque sea contraria a la ley, es el resultado de la inexperiencia, desidia, impericia, ignorancia o ausencia de algún propósito criminal de quien la profiere⁴⁵, como se advirtiera en este caso.

En tales condiciones, al no estar acreditado que la actuación del juez **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** fue dolosa, se absolverá del delito de prevaricato por acción por el que fue acusado.

⁴⁴ CSJ, SP14499-2014 oct. 23 de 2014, Rad. 39538.

⁴⁵ CSJ, AP2862-2021 jul. 14 de 2021, Radicado 56419.

5. Prolongación ilícita de privación de la libertad

Esta conducta punible se encuentra prevista en el artículo 175 del Código Penal, en los siguientes términos:

“El servidor público que prolongue ilícitamente la privación de libertad de una persona, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses y pérdida del empleo o cargo público”⁴⁶.

5.1. Tipicidad objetiva

Respecto al delito de prolongación ilícita de privación de la libertad, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene señalado que:

“Mediante este tipo penal se sanciona penalmente un atentado contra la libertad de locomoción individual de las personas, y en esencia, tiene lugar cuando a pesar de que una persona ha sido privada legalmente de su libertad, esto es, bajo los lineamientos del artículo 28 de la Carta Política, no se cumplen los presupuestos formales y sustanciales posteriores, tendientes a mantener ese estado de legalidad; o, cuando habiendo cesado las causas que dieron lugar a la privación lícita de la libertad, se mantiene tal situación, no permitiendo que se recupere dicha libertad. En el primer supuesto, caben aquellos casos en que no se formaliza la captura, o cuando no se recepciona dentro del término legal la indagatoria, o se resuelve la situación jurídica, o como cuando no se acude a legalizar una captura en flagrancia. En el segundo supuesto, caben aquellos casos en que el reo ha cumplido la pena y no obstante ello, el estado de privación de la libertad es extendido indebidamente por el servidor público.”⁴⁷

⁴⁶ Con el aumento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

⁴⁷ CSJ SP feb. 12 de 2012, Rad. 33149; SP12974-2016 sept. 14 de 2016, Rad. 43726 y AP4270-2019 sept. 25 de 2019, Rad. 52682.

Así pues, se entiende que en la prolongación ilícita de privación de la libertad existe una restricción legítima de ese derecho fundamental, pero se prolonga más allá de los términos establecidos en la ley.

En el caso que nos ocupa, no existe controversia respecto de la condición de servidor público del doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO**, quien para el 12 de mayo de 2011 ocupaba el cargo de Juez Penal del Circuito Especializado de Santa Marta⁴⁸.

Dentro del proceso que cursaba contra Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego⁴⁹ por el presunto delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes agravado, sobre quienes pesaba medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario, el doctor **ROJAS CORRO** atendiendo la petición del representante de la Fiscalía General de Nación, en audiencia adelantada el 12 de mayo de 2011 resolvió decretar la preclusión a favor de los procesados.

Inconforme con la anterior decisión, el delegado del Ministerio Público interpuso y sustentó el recurso de apelación, alegando que se contaban con suficientes elementos probatorios para continuar con el juicio.

En el traslado a los no recurrentes, la defensa técnica pidió mantener la decisión y que se les concediera “*la libertad*”

⁴⁸ Fl. 6 vto. c. de estipulaciones probatorias.

⁴⁹ Radicado No. 110016000098201180048.

inmediata” a sus poderdantes, mas no expresó fundamento normativo de esa pretensión.

En la citada audiencia, el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO**, en su condición de Juez Penal del Circuito Especializado de Santa Marta, decidió negar la libertad propuesta por la defensa, no sin antes señalar que en los términos establecidos en el artículo 334 de la Ley 906 de 2004⁵⁰ no se estaría frente a “*una sentencia, estamos hablando de un auto y por la misma norma establece en el artículo 334 (sic), es decir, **no hay una norma expresa que diga que concedida la preclusión, se deba conceder la libertad inmediata, a diferencia de la sentencia que sí lo indica, incluso, con el sentido del fallo, es más, la norma concretamente el artículo 334 dice lo siguiente...Es clara la norma, es decir, una vez de quedar en firme, si así lo decide el Honorable Tribunal, procedería a cesar todas las medidas cautelares, mientras, los procesados deben mantenerse privados de la libertad hasta cuando decida la Honorable Sala.***”⁵¹ y concedió la alzada. (Negrillas fuera de texto)

Posteriormente, en virtud de una acción constitucional de habeas corpus interpuesta por Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego, con fundamento en las previsiones establecidas en el numeral 1° del artículo 317 de la Ley 906 de 2004⁵² un Magistrado de

⁵⁰ “Artículo 334. Efectos de la decisión de preclusión. En firme la sentencia que decreta la preclusión, cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos. Igualmente, se revocarán todas las medidas cautelares que se le hayan impuesto.”

⁵¹ Fl. 19 c. pruebas documentales documentales de la Fiscalía - CD contenido de la audiencia de preclusión llevada a cabo el 12 de mayo de 2011 en el Juzgado Penal del Circuito de Santa Marta

⁵² **ARTÍCULO 317. CAUSALES DE LIBERTAD.** Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación. **La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y sólo procederá en los siguientes eventos:**

la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, en proveído fechado 18 de mayo de 2011⁵³ decidió conceder el amparo solicitado en favor de los referidos ciudadanos y ordenó la respectiva compulsas de copias a la Fiscalía General de la Nación.

Así pues, advierte la Sala que, desde el punto de vista objetivo, el comportamiento desplegado por el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO**, se ajusta a la descripción típica del delito de prolongación ilícita de privación de la libertad a que hace referencia el artículo 175 del Código Penal, en el cual incurre el servidor público que prolongue ilícitamente la libertad de una persona.

Lo anterior, pues conforme a lo establecido en el artículo 334 de la Ley 906 de 2004 en concordancia con lo previsto en el numeral 1° del artículo 317 *eiusdem*, lo procedente era que una vez decretada la preclusión en favor de los señores Flórez Valencia, Muñoz Cardona y Naranjo Gallego, el doctor **ROJAS CORRO** ordenara la libertad inmediata de los procesados, habida cuenta que respecto de los señores Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego, pesaba una medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión.

1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado.
(...).”

⁵³ Fls. 25 y 26 c. Corte - Pruebas documentales de la Fiscalía

De lo anterior se desprende, con nitidez, que entre el 12 de mayo de 2011, data en que fue decretada la preclusión a favor de Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego, y el día 18 del mismo mes y año, cuando al prosperar la acción de hábeas corpus se les concedió la libertad, los ciudadanos referenciados estuvieron ilegalmente privados de la libertad sin que esa situación cambie por el hecho que el doctor **ROJAS CORRO** haya alegado en juicio que todo se debió a un error, al entender que no se podía revocar las medidas cautelares hasta tanto no se revolviera el recurso de apelación interpuesto contra la decisión que decretó la preclusión, en la medida en que bastaba con que se hubiera remitido a lo estatuido en el numeral 1° del artículo 317 de la Ley 906 de 2004 para que saliera del desatino ahora aducido. Desde el punto de vista objetivo, no hay duda sobre la lesión al bien jurídico de la libertad individual, durante seis días, en forma continua.

Con lo expuesto hasta aquí, se tiene demostrado el aspecto objetivo del delito de prolongación ilícita de la privación de libertad.

5.2. Tipicidad subjetiva

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad sólo es atribuible a título de dolo, conforme al artículo 21 del Código Penal, según el cual todos los delitos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto

expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

*“El dolo en esta conducta, se concreta entonces en el **conocimiento que tiene el servidor público de la manifiesta ilegalidad de la prolongación de la detención** originariamente legítima de una persona, sin justificación legal, y la **conciencia de que con tal determinación se vulnera sin derecho el bien jurídico de la libertad, sin que sea menester demostrar el móvil que guio la acción del funcionario**’.⁵⁴”* (Negrillas fuera de texto)

Así pues, se tiene que la referida conducta punible es esencialmente dolosa, es decir, se requiere que al desplegar el autor el comportamiento tenga conciencia de estar actualizando los elementos del tipo objetivo; que de manera voluntaria desarrolle ese proceder; y ofenda el bien jurídico tutelado por el ordenamiento patrio.

Efectuadas las anteriores precisiones, se adentra la Sala a estudiar si en el presente caso el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO**, entonces Juez Penal del Circuito de Santa Marta, al decidir negar la libertad inmediata de los señores Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego, obró con ánimo consciente y voluntario de transgredir la ley, para lo cual se tendrá en

⁵⁴ CSJ SP feb. 12 de 2012, Rad. 33149; SP12974-2016 sept. 14 de 2016, Rad. 43726 y AP4270-2019 sept. 25 de 2019, Rad. 52682.

cuenta lo ocurrido en la audiencia de preclusión adelantada el 12 de mayo de 2011 y las pruebas practicadas en juicio, así:

1. El doctor **ROJAS CORRO** servidor público quien para la época de los hechos acreditaba más de 12 años al servicio de la Rama Judicial en el área penal, lo que, en principio, permite deducir que debía conocer las normas, especialmente aquellas que aplicaba en los asuntos que por mandato de la Constitución y la ley le correspondía conocer en su condición de Juez Penal del Circuito Especializado de Santa Marta.

2. Para negar la libertad a los acusados, el hoy procesado se apoyó en lo estatuido en el artículo 334 de la Ley 906 de 2004⁵⁵, el cual se encuentra enlistado en el acápite de esa codificación, rotulada “*TÍTULO V DE LA PRECLUSIÓN*”.

3. Consideró que hasta tanto la decisión de preclusión no quedara en firme, no resultaba procedente levantar las medidas cautelares que pesaban sobre los mismos de conformidad con lo dispuesto de manera precisa en el artículo 334, aspecto que se entiende dedujo también por cuanto el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público se concede en el efecto suspensivo, de acuerdo a lo señalado en el inciso 1° del artículo 177 de la Ley 906 de 2004.

⁵⁵ “**ARTÍCULO 334. Efectos de la decisión de preclusión.** En firme la sentencia que decreta la preclusión, cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos. Igualmente, se revocarán todas las medidas cautelares que se le hayan impuesto”.

Con relación a esto, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia [AP1866-2022 may. 11 de 2022, Rad. 59231], señaló que:

“Ciertamente, el artículo 334 de la Ley 906 de 2004 denomina ‘sentencia’ la decisión que decreta la preclusión de la investigación. No obstante, la Corte de antaño ha sostenido que esa expresión ‘no puede interpretarse con sujeción exclusiva a su tenor literal sino de manera sistemática y tomando como eje hermenéutico la propia denominación que el legislador le asignó’⁵⁶.

Así, conforme el artículo 176 de la Ley 906 de 2004, corresponde a un auto interlocutorio aquel que resuelve un aspecto sustancial de la actuación, el cual es viable impugnar a través de los recursos de reposición (que procede para todas las decisiones, excluida la sentencia) y de apelación, porque este lo admiten ‘los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias’⁵⁷.

A su vez, el artículo 177 de esa codificación procedimental prevé que la apelación se concederá en el efecto suspensivo, entre otros, contra “el auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión”.

4. De otro lado, el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** declaró en juicio⁵⁸ que más allá de la actividad propia de sus funciones, no tuvo ninguna relación con el fiscal del caso; se equivocó al no decretar la libertad a favor de quienes había decretado la preclusión “*al menos en la parte procesal*” pues en términos señalados por la Corte la decisión que tomó no era una sentencia sino un auto porque la norma [artículo 334 de la Ley 906 de 2004] decía “*sentencia de preclusión...si yo hubiese seguido*

⁵⁶ CSJ AP, 30 nov. 2006, rad. 26517.

⁵⁷ CSJ SP, 21 mar. 2006, rad. 24749.

⁵⁸ Cfr. audio declaración del doctor Flavio Alberto Rojas Corro. Sesión de audiencia de juicio oral adelantada el 2 de marzo de 2022.

entendiendo como una sentencia yo les doy la libertad”; y como estimó que era un auto, se remitió a las normas que decían que las medidas cautelares se revocaban una vez estuviesen en firme o cobraban ejecutoria “entonces yo decía no pueden salir, máxime cuando el procurador apeló, entonces, por eso no procedí darles la libertad”.

También, expuso las razones por las cuales decidió tener en cuenta lo previsto en el artículo 334 ejusdem y que por esa razón pudo existir una cierta impericia con relación a la disposición aplicable al asunto puesto a su consideración.

Vistas así las cosas, tampoco encuentra la Sala que en el procedimiento adelantado por el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO**, en el que después de haber decretado la preclusión de la investigación a favor de Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego, haya decidido negarles la libertad, esté precedido de un actuar doloso, en la medida en que por descuido no tuvo en cuenta lo estatuido en el artículo 317 de la Ley 906 de 2004-, pues se apoyó en lo previsto en el artículo 334 de la Ley 906 de 2004 y decidió esperar que el superior funcional se pronunciara frente al recurso de apelación interpuesto por el delegado del Ministerio Público quien se opuso a la resolución de preclusión.

En este punto, no sobra reiterar que, en los términos señalados por esta Corporación, la presencia del dolo requiere la demostración de un estado intelectual y volitivo que, por

supuesto, no se corresponde con el descuido o equivocación⁵⁹, pues es preciso acreditar la intención del autor de cometer la conducta punible, de ahí que la Corte haya considerado ajeno al derecho penal la falibilidad del funcionario judicial.

Al respecto la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene sentado que:

“...no por la amplia experiencia o estudios que tenga una persona, se puede descartar de plano que pueda equivocarse, siendo la falibilidad una de las características inmanentes al ser humano, por letrado que sea, y por ello, para disminuir los riegos y las consecuencias de las equivocaciones, se han instituido los recursos, que no tendrían razón de ser si los jueces fueran infalibles, impugnaciones que han de ser resueltas por funcionarios que posean mayor experiencia y capacitación, generalmente colegiados y en mayor número, entendiéndose que la pluralidad reducirá aún más los peligros de error, de intimidación, de parcialidad, etc.”⁶⁰.

Así las cosas, se observa que aun cuando el doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** pudo verificar personalmente si había norma expresa para ordenar la libertad inmediata una vez decretada la preclusión a favor de Óscar Alberto Flórez Valencia, Álvaro José Muñoz Cardona y Leonardo Fabio Naranjo Gallego, tal desatención no colma las exigencias de la modalidad dolosa del delito de prolongación ilícita de privación de la libertad, máxime cuando tampoco se advierte un actuar caprichoso, arbitrario o el interés de favorecer a alguien.

⁵⁹ CSJ SP, 18 DIC. 2001, Rad. 13851

⁶⁰ CSJ SP, 30 JUL. 2002, Rad. 15296 y SP10580-2016, 27 jun. 2016, Rad. 44073.

Sobre el predicado interés, basta acudir a las “*máximas de la experiencia*”⁶¹ como regla de la sana crítica, para deducir que si **ROJAS CORRO** tuviere como propósito favorecer a persona alguna, en el caso concreto tal favorecimiento se dirigiría sin duda a los procesados y consistiría en ordenar su libertad inmediata, contrario a lo que realmente ocurrió y que fue solo hasta que prosperó la acción de habeas corpus que obtuvieron su libertad.

En otras palabras, de ninguna parte del expediente resulta que **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO** hubiera tenido conciencia de su actuar contrario a la ley, concretamente de su comportamiento referible con pleno conocimiento al artículo 317 de la Ley 906 de 2004. Así mismo, ninguna prueba indica que, sabiendo lo anterior, hubiera dirigido su conducta hacia el quebrantamiento de lo dispuesto en el numeral 1° de la referida disposición. Sin conciencia y voluntad de vulnerar la ley, entonces, no puede haber dolo. En consecuencia, se absolverá por el delito de prolongación ilícita de privación de libertad.

En conclusión de lo expuesto, dado que como consecuencia del estudio cuidadoso del material probatorio que se practicó en la audiencia de juicio oral, no se logró la comprobación de la teoría del caso de la Fiscalía, procede la Sala a emitir fallo absolutorio en favor del doctor **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO**, quien fuera convocado a juicio

⁶¹ CSJ SP, 6 jul. 2016, rad. 46454: Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, **procedentes de la experiencia**, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos

como autor de los delitos de prevaricato por acción agravado y prolongación ilícita de privación de la libertad.

De esta forma, las consideraciones reseñadas se constituyen en el fundamento de la sentencia absolutoria en favor de **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO**.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Especial de Primera Instancia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ABSOLVER a **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO**, de condiciones civiles y personales consignadas en esta sentencia, de los delitos de prevaricato por acción, agravado, y prolongación ilícita de privación de la libertad imputados en condición de autor, según las consideraciones expuestas en esta sentencia.

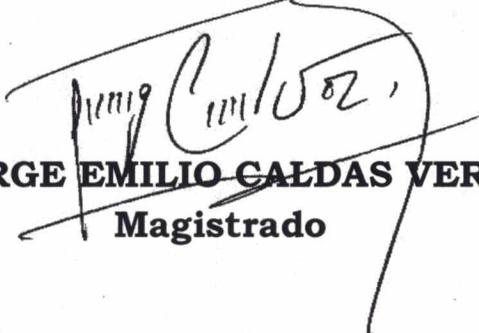
SEGUNDO.- Una vez quede en firme, CANCELÉNSE todas las anotaciones emitidas en contra de **FLAVIO ALBERTO ROJAS CORRO**, con ocasión de este proceso y ARCHÍVESE la actuación.

TERCERO.- Por Secretaría, líbrense las comunicaciones a que haya lugar.

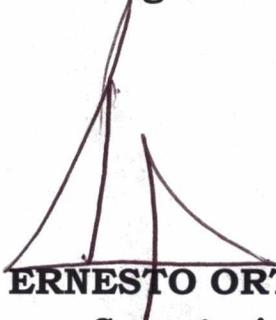
CUARTO.- Contra esta sentencia procede el recurso de apelación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, conforme lo tiene previsto el último inciso del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2018, que modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política.

Notifíquese y cúmplase,


BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado


ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado


RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario