



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Magistrado Ponente: JAIME ANTONIO MOVIL MELO**

**Causa seguida en contra de YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER, DINIELSON MEZA AGUILAR y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, por el Delito de PECULADO POR APROPIACIÓN en concurso heterogéneo con el de PREVARICATO POR ACCIÓN y FALSEDAD MATERIAL E IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PUBLICO.**

**Radicado N° 44001-31-04-001-2011-00036-01**

**Proyecto Discutido y Aprobado Mediante Acta N° 0109**

**Sentencia Penal N° 006**

**Riohacha, La Guajira, veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020).**

**ASUNTO POR TRATAR**

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por los defensores de los procesados, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha, La Guajira, el 19 de febrero de 2020, a través de la cual se condenó a YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, a la pena de noventa (90) meses de prisión y multa equivalente a \$33.827.000, por la comisión del delito de PECULADO POR APROPIACIÓN EN CALIDAD DE COAUTORES; de igual forma se le impuso la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de la pena principal, negándole el

beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

### **HECHOS:**

Mediante informe No. 131829 DAS.SGUA.GOPE.A.I.A.C 2444 del 7 de junio de 2006, el cual fue suscrito por JUAN CALDERÓN LONDOÑO y ALEXANDER CAICEDO DUCON, en calidad de detectives adscritos al Departamento de Seguridad DAS, en donde señalan que en diligencias previas de verificación realizadas en la Secretaría de Educación del Departamento de La Guajira, se detectó que entre los años 2004 y 2006, se realizaron pagos irregulares en cesantías parciales a personas que nunca han laborado allí, utilizando certificaciones laborales que, al parecer, son falsas, las cuales se encuentran firmadas por funcionarios de la administración pública de la Secretaría de Educación de la Guajira; dichos pagos por cesantía de manera preliminar ascienden a \$33.827.000 de pesos.

### **ANTECEDENTES PROCESALES**

El día 22 de junio de 2006, se dio apertura de investigación previa<sup>1</sup>, con el fin de determinar si hubo la ocurrencia de un hecho delictivo y sus posibles autores.

Conforme a la labor cumplida por los funcionarios del DAS, y al encontrarse satisfechos los requisitos del artículo 331 del C.P.P., el día 11 de octubre de 2006, se formalizó la apertura

---

<sup>1</sup> Folio 48 y 49 Cuaderno 1 Original.

de investigación<sup>2</sup>, en contra de YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER, LUIS EDUARDO MEDINA MEDINA, CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, DAYANA CATHERINE PLATA DAZA, DINELSON MEZA AGUILAR, MARIO ANTONIO ACOSTA HERNÁNDEZ, EFRÉN DE JESÚS ROJO GARCÍA y MANUEL JOSÉ LUGO MONTALVO, por las presuntas conductas punibles de PREVARICATO POR ACCIÓN, PECULADO POR APROPIACIÓN, FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO, FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO, FRAUDE PROCESAL Y CONCIERTO PARA DELINQUIR.

El día 23 de octubre de 2006, se llevó a cabo la diligencia de indagatoria a YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER<sup>3</sup>, en donde se le imputó los delitos de PREVARICATO POR ACCIÓN, PECULADO POR APROPIACIÓN, FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO, FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO, FRAUDE PROCESAL Y CONCIERTO PARA DELINQUIR.

El día 24 de octubre de 2006, se llevó a cabo la diligencia de indagatoria a CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA<sup>4</sup>, en donde se le imputó los delitos de PREVARICATO POR ACCIÓN, PECULADO POR APROPIACIÓN, FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO, FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO, FRAUDE PROCESAL Y CONCIERTO PARA DELINQUIR.

<sup>2</sup> Folio 200 - 202 Cuaderno 1 Original.

<sup>3</sup> Folio 231 - 246 Cuaderno 1 Original.

<sup>4</sup> Folio 22 - 38 Cuaderno 2 Original.

El día 27 de octubre de 2006, se resolvió situación jurídica a los procesados<sup>5</sup>, imponiéndole a YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER, medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en su lugar de residencia, como presunta responsable de las conductas punibles de PREVARICATO POR ACCIÓN Y PECULADO POR APROPIACIÓN; en cuando al señor CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA y DINELSON MEZA AGUILAR, se les impuso detención preventiva en centro carcelario, como presuntos coautores de las conductas punibles de PECULADO POR APROPIACIÓN y FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO.

El 29 de diciembre de 2008, la Fiscalía 12 Delegada de la Unidad Nacional Especializada de Delitos Contra la Administración Pública de Bogotá, decretó el cierre parcial de la investigación en contra de YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER, DINELSON MEZA AGUILAR y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA y otros<sup>6</sup>, conforme al artículo 393 de la ley 600 de 2000.

El 31 de marzo de 2010, la Fiscalía 12 Delegada de la Unidad Nacional Especializada de Delitos Contra la Administración Pública de Bogotá calificó el merito de la instrucción<sup>7</sup>, profiriendo resolución de acusación en contra de YONAIRA DEL CARMEN FERNÁNDEZ BERNIER, como autora de los delitos de PREVARICATO POR ACCIÓN y PECULADO POR APROPIACIÓN, y coautora de las conductas de FALSEDAD

---

<sup>5</sup> Folio 185 a 209 Cuaderno 2 Original.

<sup>6</sup> Folio 268 y 269 Cuaderno 4 Original.

<sup>7</sup> Folio 18 a 62 Cuaderno 5 Original.

MATERIAL E IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PUBLICO; al señor CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA se le acusó como AUTOR por los delitos de FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PUBLICO, FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PUBLICO Y PECULADO POR APROPIACIÓN, y coautor del delito de PREVARICATO POR ACCIÓN; al señor DINELSON MEZA AGUILAR se le acusó como coautor del delito de FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PUBLICO, EN CONCURSO SUCESIVO CON PECULADO POR APROPIACIÓN, a título de INTERVINIENTE.

Mediante resolución del 23 de marzo de 2011, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la calificación del merito sumarial del 31 de marzo de 2010<sup>8</sup>, por lo que se ordenó remitir los cuadernos a los Juzgados Penales del Circuito de Riohacha, con el fin de tramitar la etapa de juzgamiento.

El 28 de abril de 2011, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha asume el conocimiento y corre traslado a las partes conforme al artículo 400 del C.P.P.<sup>9</sup>

El 24 de agosto de 2015, se llevó a cabo la audiencia preparatoria dentro del presente caso, en donde el Juez se pronunció sobre las solicitudes probatorias de las partes intervinientes<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Folio 121 Cuaderno 5 Original.

<sup>9</sup> Folio 1 Cuaderno 6 Original.

<sup>10</sup> Folio 43 a 46 Cuaderno 6 Original.

El 23 de noviembre de 2015, se llevó a cabo la audiencia de juicio, la cual finalizó con los alegatos de la fiscalía y dos de los defensores de los procesados.

El 14 de agosto de 2018, se continuó con la audiencia pública de juzgamiento, en donde la fiscalía solicitó que se profiriera sentencia, toda vez que ya no había pruebas por practicar y se habían realizado los alegatos de conclusión por los intervinientes, solicitud que fue coadyuvada por el Ministerio Público, sin que hubiese objeción por la defensa de los procesados.

El 19 de febrero de 2020, se dictó sentencia por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito, en donde se Condenó a YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, como coautores responsables del delito de Peculado por Apropiación, imponiéndoles una pena principal de prisión de (90) meses y multa de treinta y tres millones ochocientos veintisiete mil pesos (\$33.827.000), con pena accesoria de inhabilidad de derechos y funciones públicas por el término de la pena principal, negando la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria; de igual forma les extinguió por prescripción, los reatos de Prevaricato por acción, Falsedad Material e Ideológica en Documento Público. En cuanto al procesado DINELSON MEZA AGUILAR, se le extinguió la acción penal por los delitos de Falsedad Material el Documento Público y Peculado Por Apropiación en calidad de interviniente.

## **SENTENCIA OBJETO DE APELACIÓN**

Inició la juez de primera instancia pronunciándose sobre el fenómeno prescriptivo de la acción penal, en donde concluyó que en el presente caso se había estructurado la extinción de la acción penal en los delitos de prevaricato por acción, falsedad materia e ideológica en documento público, los cuales les fueron enrostrados a YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA; por su parte el señor DINELSON MEZA AGUILAR, también se le extinguió la acción penal respecto a los delitos de falsedad material en documento público y peculado por apropiación en calidad de interviniente.

En lo que respecta al delito de Peculado Por Apropiación endilgado a los procesados YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, la Juez acogió los planteamientos propuestos por la Fiscalía en sus alegatos de conclusión, determinando la materialidad de la conducta delictiva, la autoría y su responsabilidad.

Agregó que en el presente caso se encuentra acreditada la existencia de la conducta punible y la responsabilidad penal de YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, más allá de toda duda razonable, toda vez que se logró demostrar que, aprovechándose de sus funciones como servidores públicos, una como Directora Administrativa de Talento Humano de la Gobernación y el segundo como Coordinador de los procesos de cesantías de la Secretaría

de Educación de la Gobernación, destinaron entre los años 2003 a 2006 los recursos del erario público que ascienden a más de 33 millones de pesos, a cuentas personales de cesantías de personas que no tenían vínculo con la Gobernación de la Guajira, hechos estos que fueron probados de forma documental y testimonial a lo largo de la investigación, por lo que no hay duda acerca de la responsabilidad penal en las conductas típicas de PECULADO POR APROPIACIÓN endilgado a los procesados.

Manifiesta que, dentro de las consideraciones del tipo subjetivo, los acusados actuaron con dolo, puesto que conocían plenamente que estaban sustrayendo dineros públicos de forma irregular, afectando el bien jurídico a la administración pública, y las arcas de la Gobernación de La Guajira.

Por lo anterior, procedió a declarar penalmente responsable a YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, por el delito de PECULADO POR APROPIACIÓN, imponiéndoles una pena de 90 meses de prisión y multa equivalente \$33.827.000 de pesos, negando la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por lo que se dispuso la orden de captura.

## **RAZONES DE IMPUGNACIÓN**

### **- APELACIÓN INTERPUESTA POR EL DEFENSOR SUPLENTE DE CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA**

Inicia solicitando la prescripción de la acción penal del delito de peculado por apropiación, pues en su sentir, en el presente caso se debió tomar cada consignación de cesantías como delito autónomo e independiente de peculado, lo cual por el valor de lo apropiado en los retiros de cesantías tramitados por su defendido, no superan los 50 SMLMV al momento de los hechos, razón por la cual debió aplicársele las penas del inciso tercero del artículo 397 del C.P., el cual contempla una pena máxima de diez (10) años, a los cuales se le hace el aumento de 1/3 por ostentar la calidad de servidor público, quedando en 15 años.

Sostiene que al haberse interrumpido el término con la ejecutoria de la acusación en 2011, empieza a correr el término por la mitad del máximo, por lo que el tiempo de prescripción se ha superado en demasía, solicitando al tribunal que así se ordene.

En cuanto a la responsabilidad penal de su representado, manifiesta que se violó lo contemplado en el artículo 20 de la ley 600 de 2000, en donde se establece que el funcionario debe investigar lo favorable y lo desfavorable a los intereses del imputado, sin embargo en cada uno de los informes se le acusa directamente de toda la responsabilidad por los

hechos investigados al señor DÍAZ DAZA , sin tener en cuenta el manual de funciones que este debía cumplir dentro de sus obligaciones laborales, pues está demostrado que estaba encargado de recibir documentos de acuerdo a los requisitos, proyectar resoluciones las cuales eran enviadas a secretaría general para su aprobación, y otras eran las llevadas directamente para que las agilizaran y pasaban por talento humano, se entregaban para la aprobación y firma de la doctora YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER.

Agrega que se debe aplicar el principio de "INDUBIO PRORREO", puesto que no hay contundencia probatoria para incriminar al señor CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, y por el contrario lo que emergen son dudas en la investigación, dejando que lo único que existe claridad es la defraudación del erario público, pero no está la participación directa del señor DÍAZ DAZA en los hechos expuestos durante la instrucción y la etapa de juzgamiento.

Pone de presente que la única responsabilidad del señor DÍAZ DAZA ha sido recibir en su cuenta la suma de dinero que correspondía al señor EFRÉN DE JESÚS ROJO GARCÍA, quien manifestó que no contaba con cuenta de ahorros para tal fin, lo cual fue justificado por CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA en su injurada al decir que había realizado un favor prestando su cuenta de ahorros para recibir el valor de las cesantías que habían salido a favor de ROJOS GARCÍA; situación que según el defensor no debe ser extraño, pues en nuestra región las cosas o los eventos de este tipo se toman de manera "coloquial".

Establece que el detrimento al que se hace alusión en los informes periciales presentados por los investigadores del extinto D.A.S. por la apropiación de los dineros enunciados en estos, tengan como responsable mi defendido pues los actores de estas defraudaciones buscaron como coartada de justificación al señor CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, tal como la irresponsable declaración del señor MARIO ACOSTA HERNÁNDEZ, a quien considera un testigo de oídas.

En cuanto al Informe No 131829 DAS .SGUA.GOPE .A.I.A.C 2444 , Firmado por los agentes JUAN B CALDERÓN LONDOÑO y ALEXANDER CAICEDO DUCON, quienes señalan que mediante diligencias previas de verificación en la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE LA GUAJIRA, se detectan pagos irregulares en cesantías parciales con personas que nunca han laborado allí , utilizando certificaciones laborales al parecer falsas , entre las cuales algunas firmadas por funcionarios de la Administración Pública de la secretaria de educación de la guajira , pagos que se determinaron en la suma de \$33.827.000 millones de pesos, lo cual considera irresponsable actuar de esa manera por parte de los investigadores, que si bien es cierto encuentran tal irregularidad, de manera inmediata y sin indagar a fondo el detrimento patrimonial afirman a priori que existe participación de los funcionarios de la secretaria de educación departamental de La Guajira.

Agrega además que estos investigadores que pusieron de presente las irregularidades en las cesantías no fueron escuchados en declaración jurada dentro del curso de la audiencia pública, lo que impidió cuestionarles sobre la participación de DÍAZ DAZA en los delitos endilgados.

Por lo anterior, solicita que la absolución de todo cargo a favor de su defendido.

### **RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR DE YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER**

En igual sentido, solicita la prescripción de la acción penal, pues en su sentir en el presente caso se produjo un concurso homogéneo del delito de peculado por apropiación, por ende debía tomarse cada acto como autónomo y no como delito unitario como efectivamente lo hizo la juez de primera instancia.

Agrega que al haberse establecido el valor de lo apropiado en cada retiro de cesantías tramitados por su defendida, cada uno no supera los 50 SMLMV al momento de los hechos, razón por la cual debió aplicársele las penas del inciso tercero del artículo 397 del C.P., el cual contempla una pena máxima de diez (10) años, a los cuales se le hace el aumento de 1/3 por ostentar la calidad de servidor público, quedando en 15 años. Situación que conllevaría a que la prescripción de la acción se cumpliera a los 7.5 años

desde la ejecutoria de la resolución de acusación, lo cual para la fecha que se emitió el fallo ya se había cumplido dicho termino.

Por otra parte también reprocha el fallo de primera instancia, al no haberse establecido el dolo con que actuó su defendida en los hechos. Al respecto manifiesta que a señora YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER, por el contrario a lo manifestado en la sentencia de primera instancia, tan pronto conoció las ilicitudes las denunció los hechos cuando tuvo conocimiento de ellos.

Agrega que en el expediente no hay prueba que demuestre que la señora FERNÁNDEZ BERNIER se hubiere reunido con DÍAZ DAZA para cometer la defraudación; y, a pesar de que en ciertos pasajes CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA trata de exculparse endilgando ciertas situaciones a FERNÁNDEZ BERNIER, en ningún momento ha dicho que ella hubiere actuado en consonancia con él.

Un verdadero análisis del caudal probatorio indica que, la señora YONAIRA DEL CARMEN FERNÁNDEZ BERNIER jamás participó de la empresa criminal detectada a través de esta Investigación, que jamás actuó en contubernio con DÍAZ DAZA, no existe declaración jurada alguna que ponga en tela de juicio la integridad moral de su Asistida.

Por lo anterior, solicita con todo respeto que el Fallo sea REVOCADO INTEGRALMENTE, por la ausencia de DOLO en el

obrar de la señora YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER, o en su defecto solicita la MODIFICACIÓN DEL FALLO, y se condene a la señora FERNÁNDEZ BERNIER por el punible de Peculado Culposo, al considerar que hubo descuido de su parte en toda este serie de acontecimientos, ella misma lo reconoce en su Diligencia de Indagatoria y ese reconocimiento hace parte de su integridad moral y gallardía.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 Numeral 2° de la Ley 600 de 2000, en concordancia con el artículo 204 Ibídem, la Sala es competente para adoptar la respectiva decisión, y sólo se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación, los cuales fueron planteados por los defensores de YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero penal del Circuito de Riohacha – La Guajira, el diecinueve (19) de febrero de 2020.

Atendiendo al carácter rogado del recurso de apelación, la Sala se limitará a revisar sí los argumentos traídos por la defensa, permiten variar la decisión proferida por el Juez de primera instancia. Por lo que se procederá a resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿en el presente caso ha dado lugar a la extinción de la acción penal, por prescripción, en el delito de Peculado por Apropiación que le fue enrostrado a

YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, en calidad de coautores?

2. De igual forma se revisará si la decisión de primera instancia fue acertada, al condenar a los procesados YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA por el delito de Peculado por Apropiación, o si por el contrario la misma debe revocarse y ordenar su absolución.

### **1. DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL SOLICITADA POR LOS DEFENSORES DE LOS PROCESADOS**

Para resolver el primer problema jurídico planteado, estima la Sala que debe revisar si en verdad las apropiaciones de dinero que se le endilgan a YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, quienes en ejercicio de sus funciones como servidores públicos adscritos a la gobernación de La Guajira, tramitaron y consignaron por concepto de pago de cesantías parciales a diferentes cuentas de personas no adscritas a la Gobernación de La Guajira, constituyen un solo delito de peculado por apropiación o varias ilicitudes, lo mismo si entre ellas existían verdaderos vínculos de conexidad sustancial que permitieran fallarlas bajo la figura del concurso de delitos, establecida en el artículo 31 del Código Penal, o si ellas simplemente estaban conectadas por estrictas razones procesales que permitían investigarlas conjuntamente por economía procesal y para evitar el proferimiento de decisiones contradictorias.

Al respecto se considera:

Los defensores de los procesados coinciden en manifestar que la juez de conocimiento efectuó una sumatoria para conducir que se ha cometido un peculado por apropiación en cuantía de \$33.827.000. Sustentan que el comportamiento de sus asistidos debe enmarcarse en un concurso homogéneo y sucesivo de peculado por apropiación, argumentando que su tesis es respaldado por el Fiscal, quien en la parte resolutive de la acusación establece que se les acusa por el delito de PECULADO POR APROPIACIÓN en concurso homogéneo sucesivo, situación que no se tuvo en cuenta en la sentencia de primera instancia, al no aplicar el inciso tercero del artículo 397 del C.P., atendiendo que el valor de los ilícitos cometidos no supera los 50 S.M.L.M.V., cuya pena consiste de 4 a 10 años. Señaló que cuando fueron varias las conductas punibles investigadas y juzgadas en un mismo proceso, el término de prescripción corre independientemente para cada uno de ellos.

Analizadas las funciones de YOMAIRA DEL CARMEN FERNÁNDEZ BERNIER y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, se puede observar que el trámite de las cesantías se encontraban sustancialmente en responsabilidad de los dos, razones por las cuales la fiscalía Doce delegada en delitos contra la administración pública con sede en Bogotá los acusa como coautores del delito de peculado por apropiación, al estimar que cada uno realizó un aporte acorde con la labor

desempeñada, desarrollando con una división de trabajo en la ejecución de las autorizaciones de las cesantías parciales y definitivas que conllevaron al menoscabo patrimonial de la Gobernación de La Guajira.

La administración de los recursos para los retiros de cesantías, estaba en cabeza de la procesada FERNÁNDEZ BERNIER, en razón a su cargo, existiendo nexo con ocasión a sus funciones, al igual que CARLOS DÍAZ DAZA, con quien conformaba el grupo responsable del trámite y la correspondiente resolución para su pago.

La Juez de conocimiento en congruencia y consonancia con la acusación de la Fiscalía, los condenó por Peculado por Apropiación, como delito unitario con base en una cuantía correspondiente a \$33.827.000, argumentando que ellos tenían todo el manejo, administración y funciones para efectuar la entrega de los dineros defraudando a la Gobernación de La Guajira, a título de coautores, pues tenían el conocimiento del desfalco realizando una división de trabajo, en donde cada uno hizo aporte importante para la realización del plan delictivo.

Eran los que sabían funcionalmente si la documentación estaba o no acorde, además ellos tenían el dominio de la acción tipificando su ejecución y sabiendo de esa situación quisieron su realización materializando la conducta ilícita con voluntad dolosa.

Los diferentes peculados cometidos en este proceso no constituyen un número de delitos como lo plantea el

defensor, ya que hacen parte del agotamiento del peculado unitario, atendiendo que el peculado por apropiación se establece por la totalidad del ilícito que asciende a más de 33 millones de pesos

Por su parte, la Fiscalía sintetizó y demostró que todos y cada uno de los actos esquilmatorios del patrimonio estatal estuvieron unidos por el mismo fin, a tal punto que en los albores del proceso, a los procesados se les llegó a imputar el delito de concierto para delinquir, porque el ente Fiscal creyó que los sindicados hacían parte de una organización criminal dedicada a destinar los dineros de las cesantías del ente territorial departamental para beneficio propio y de terceros, por lo que es posible establecer que estamos en presencia de un delito único o continuado, como así lo dio a entender la fiscalía cuando en su acusación estimó como cuantía superior a los 30 millones de pesos la multa por el delito de peculado por apropiación a los procesados YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, sin que hiciera delimitar alguna del valor de lo apropiado, respecto de cada uno de los procesados y por el contrario consideró que todos y cada unas de los retiros de las cesantías hacían parte de un mismo plan criminal.

A folio 36 de la resolución de acusación<sup>11</sup>, la fiscalía estableció que "se acusará a YONAIRA DEL CARMEN, como autora de la conducta de Peculado por Apropiación de que trata el inciso 1o. del artículo 397 del C.P.", con lo que se demuestra que la fiscalía siempre tuvo en cuenta que el

---

<sup>11</sup> Folio 53 cuaderno 5 Original

valor de lo apropiado superó los 50 SMLMV, por ende no existe ninguna confusión o ambigüedad en la acusación que conlleve a una nueva interpretación como lo pretenden los defensores de los acusados, para que se aplique un concurso homogéneo de delitos, cuando la acusación estableció el delito de peculado como unitario.

Erran los defensores, cuando ponen de presente que la acusación se habló de un concurso homogéneo del delito de Peculado, situación que en lo absoluto fue planteada de esa manera por el Fiscal del caso, pues al realizar una lectura con detenimiento de la resolución de acusación del 31 de marzo de 2010, se puede extraer que el ente fiscal efectivamente se refiere al concurso homogéneo, pero del delito de prevaricato por acción en cabeza de los procesados YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, al proyectar y tramitar las diferentes resoluciones de cesantías sin existir mérito para ello. Para corroborar lo anterior, se transcribe el tercer párrafo de la página 39<sup>12</sup> del mérito sumarial:

“Por último, sobre la conducta de Prevaricato por acción que también le fuera endilgada al señor DÍAZ DAZA, tenemos que está demostrada su autoría en las conductas contra la fe pública, soporte de las resoluciones autorizando los retiros de cesantías, y aún cuando no se encontraba dentro de sus funciones el firmar estos documentos públicos, sí era precisamente su labor la de proyectarlas y pasarlas a la Directora Administrativa de Talento Humano de la Gobernación de la Guajira, por lo cual se deduce que si tiene responsabilidad en la emisión de las mismas, conforme a la descripción del tipo penal en comento, e igual a lo manifestado sobre la señora YONAIRA DEL CARMEN, cada uno desarrolló la conducta de acuerdo a la labor

<sup>12</sup> Folio 56 Cuaderno 5 Original

desempeñada al interior de la entidad, es decir a través de su trabajo y como se indicó en paginas atrás la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado al respecto, para quien presta una ayuda o colaboración sin la cual el delito no se hubiera podido cometer, por consiguiente sería coautor del prevaricato por acción en concurso homogéneo."

En la forma en que actuaron los autores del ilícito de peculado por apropiación YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER, y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, se estructuró la figura del peculado unitario pero con varios actos que favorecieron a terceros, atendiendo que su plan delictivo y su ejecución conllevaban a una sola finalidad, apropiarse conjuntamente de los bienes de la administración pública, en este caso, la gobernación de La Guajira, en cuantía superior a los 30 millones de pesos.

Por lo anterior, resulta ilógico que los defensores pretendan en este momento procesal alegar de forma desacertada que el delito de peculado se dio en conductas separables y autónomas, cuando la Fiscalía en su acusación estableció el mencionado delito como Único, e investigó bajo una sola cuerda procesal por aplicación del fenómeno de la *CONEXIDAD PROCESAL*, dada la reiteración en el modo de operación, por la facilidad para investigarlas conjuntamente y por la comunidad probatoria, también porque esta postura de unificación de las pesquisas redundaría en menor desgaste para la administración de justicia (economía procesal) porque no es menester adelantar tantas investigaciones como hechos sean atribuibles a los sindicado como parece entenderlo la defensa.

Debe quedar claro que según reza el artículo 89 procesal penal (ley 600 de 2000) *"Por cada conducta punible se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales o legales"*; pero nada obsta para que las varias investigaciones que se han vinculado procesalmente sean separadas durante las fases de investigación o juzgamiento.

Como se trata de un solo delito, la cuantía del ilícito es la suma total del mismo, esto es, el valor total de lo apropiado, pues existe una *"pluralidad de comportamientos similares que recaen sobre idéntico bien jurídico tutelado, del que por regla general es titular un mismo sujeto pasivo, pero tales acciones se articulan en virtud de la unidad de designio criminal o unidad de propósito del delincuente, lo cual permite advertir que se trata de una segmentación de la acción"*<sup>13</sup>.

Es evidente en este punto, que la defensa quiere sacar provecho de donde no lo hay, pues es claro que la fiscalía fue clara al establecer la relación de los hechos y la sustentación de su acusación en contra de los procesados, los cuales tuvieron aquiescencia de la defensa en su momento y que ahora pretende discutir y variar la adecuación típica, al establecer que lo que se presentó en este caso fue un concurso de delito de peculado de forma aislada, al no exceder la cuantía de los 50 SMLMV.

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 25 agosto de 2010, Rad. 31.407, M.P. María del Rosario González de Lemos

Se itera que de acuerdo a la imputación en este caso, se estructuró el peculado como delito único, basándose en el elemento de naturaleza subjetiva, -plan y finalidad-, pluralidad de acciones e identidad del tipo penal infringido, por ello, de cara a la situación fáctica planteada por la Fiscalía, mal podría aplicarse el inciso tercero del artículo 397 del CP, como lo pretende la defensa de los procesados.

Por lo anterior, se negará el planteamiento de prescripción alegado por los defensores de los procesados.

## **2. DE LA VALORACIÓN PROBATORIA Y RESPONSABILIDAD PENAL, RESPECTO AL PUNIBLE DE PECULADO POR APROPIACIÓN.**

Definido lo anterior, procede la Sala a examinar el otro cuestionamiento que hace la defensa técnica contra la sentencia de primer grado, que se impugna por reconocer la existencia de una conducta punible que de acuerdo con su criterio, no se demostró y además porque existen dudas que no se lograron demostrar en el transcurso del proceso, las cuales deben ser a favor del procesado.

Para tal efecto, yendo a la descripción típica, debe evidenciarse el apoderamiento en provecho del agente o de un tercero, de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares.

Debe precisarse que el peculado por apropiación es un delito que para su constitución exige la presencia de un sujeto activo calificado, esto es, que a quien se atribuye la autoría, debe tener una calidad especial: ser servidor público; además, que se le haya confiado la administración, tenencia o custodia de los bienes por razón o con ocasión de sus funciones.

Pues bien, frente a ese punto de disenso, debe señalar la Sala que para efectos del acto de apropiación que se prohíbe en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, se puede realizar tal acción por quien tiene la disponibilidad jurídica respecto de los bienes del estado.

Administrar, en términos de la función pública, no significa solo un acto material exclusivamente, sino también un acto de contenido jurídico, y esa administración puede ejercerla el funcionario materialmente desplegando su conducta directamente sobre el objeto material como sucede con el tesorero de una entidad pública o el secretario de un despacho, que físicamente le entregaron los bienes para su administración, o también a través de la disponibilidad jurídica que implica la competencia de disponer por virtud de la constitución la ley o el reglamento de los bienes, como acontece con el ordenador del gasto, o también como puede suceder a través de actos de autoridad, como es el hipotético caso de un Juez que con la intención de apoderarse de bienes del Estado que no administra directamente pero respecto de los cuales por autoridad ejerce una relación funcional, profiere una orden judicial

ilegitima; o como en el caso presente cuando asesores jurídicos, a quienes se le han asignado funciones de administración, realizan actos de disposición con la finalidad de apropiarse para sí o para un tercero de bienes del Estado que están bajo su órbita.

Respecto de los ingredientes normativos no existe duda alguna y además no fue objeto de impugnación por parte de la defensa, por lo que no se hará pronunciamiento al respecto.

### **Con respecto a la responsabilidad penal de YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER**

Del proceso se extracta que la procesada YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER, se desempeñaba en el cargo de Directora Administrativa de Talento Humano de la Gobernación de La Guajira para la época de ocurrencia de los hechos delictivos de peculado por apropiación.

En ejercicio de sus funciones fueron retirados dineros pertenecientes a la entidad pública para la cual laboraba, al autorizar con su firma el retiro de cesantías parciales y definitivas de Dinelson Meza Aguilar, María Antonia Acosta Hernández, Efrén de Jesús Rojas García, Manuel José Lugo Fontalvo y Carlos Alberto Díaz Daza, personas estas que nunca se han desempeñado como empleados de La Gobernación de La Guajira, según se logró probar en este proceso.

En el comportamiento realizado por la procesada otorgándoles el pago de cesantías a personas que no

habían laborado con la Gobernación de La Guajira, sin tener el derecho y un soporte documental e irregularidades en su documentación y con violación a los requisitos exigidos para el retiro de cesantías parciales o definitivas.

En el paginario se aportó mediante oficio 0588 del 20 de octubre de 2008, por intermedio del detective del DAS Jhon Alexander Caicedo el manual de funciones los procesados Yonaira Fernández Bernier y Carlos Alberto Díaz Daza, respecto del trámite de cesantías parciales o definitivas, en el cual se consigna que inicialmente debía presentarse la documentación, quien solicitaba la certificación laboral y el tiempo de servicio a la coordinación de sistema de información de la Secretaría de Educación que correspondía al enjuiciado CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, quien efectuaba el diligenciamiento del formato de de consignación y afiliación del fondo de pensiones Porvenir, el encargado de la oficina de cesantías envía a Talento Humano, YONAIRA FERNÁNDEZ, quien es la delegada para firmas las resoluciones de autorización, se devuelve la documentación con la resolución a cesantías, pasa a presupuesto, oficina central de cuentas, secretaría de hacienda, tesorería elabora el cheque y pasa a cesantías CARLOS ALBERTO, encargado de llevar la documentación con las resoluciones y el cheque a la oficina de pensiones y cesantías PORVENIR; condición financiera y propiedades de los antes mencionados, relación que existe entre ellos y monto que asciende el fraude.

Este mismo modus operandi fue repetido una y otra vez, por lo que se descarta la ausencia de culpa solicitada por el defensor de YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER, pues la lógica nos indica que el error puede realizarse una vez, pero no todas las veces que aconteció, sobretodo en la forma tan burda en que se hizo en algunas ocasiones cuando el mismo CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, con su foto y huella suplantaba a otras personas para el retiro de cesantías, documentos que debieron ser constados por la procesada, sin embargo el condumio criminal lo hizo pasar por alto para llegar a su fin, el cual era defraudar el erario público.

Está claro que su proceder ilícito en la suscripción de los actos administrativos de reconocimiento de cesantías parciales y definitivas a personas que nunca estuvieron vinculadas con la Gobernación, a los señores DINELSON MEZA AGUILAR, a su compañera permanente DAYANA CATERINE PLATA DAZA, a MANUEL JOSÉ LUGO FONTALVO, a quien se le reconoció el pago de cesantías definitivas firmada por FERNÁNDEZ BERNIER, sin tener facultad para ello; así como confirmar telefónicamente el pago de cesantías parciales a MARIO ANTONIO ACOSTA HERNÁNDEZ, teniendo dentro de los documentos soportes copia de la libreta militar la cual fue objeto de falsificación al sobreponerle la fotografía de su compañero de labores CARLOS DÍAZ DAZA.

Con ello demuestra su actuar delictivo y selectivo, omitiendo ejercer el debido control en las resoluciones de cesantías y sus soportes con el fin de favorecer a terceros ajenos a la Gobernación de La Guajira, siendo su deber legal de

acuerdo al manual de funciones establecidos por el ente territorial. Sumado a lo anterior las inconsistencias en las constancias de tiempo de servicio al no corresponder el formato acostumbrado en la entidad, sin consecutivo. También se encontraron irregularidades en el escalafón del señor DINELSON MEZA AGUILAR.

Conforme a las pruebas que fueran allegadas a la investigación, se ha demostrado que mediante diferentes resoluciones signada por la Directora Administrativa de Talento Humano de la Gobernación de la Guajira, se autorizó el retiro de cesantías a los señores DINELSON MEZA AGUILAR, MARIO ANTONIO ACOSTA HERNÁNDEZ, EFRÉN DE JESÚS ROJO GARCÍA y MANUEL JOSÉ LUGO FONTALVO, sin que estas personas laboraran en la entidad y por ende no tenían ningún derecho a cesantías, igual ocurrió con la señora DAYANA CATERINE, compañera del señor DINELSON MEZA AGUILAR.

La forma de actuar de la procesada en los hechos que hoy nos convoca, demuestran que tenía pleno conocimiento de lo que estaba haciendo y que el mismo era contrario a la ley, pues su experiencia en el cargo y su vinculación en carrera administrativa con la Gobernación de la Guajira presupone que era difícil, por no decir imposible, tramitar la documentación que la forma burda le ponía para su firma el señor CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, para retiro de cesantías de personas ajenas a la entidad o para su beneficio propio.

Y no todo termina ahí, pues de acuerdo a los oficios remitidos por el Fondo de Cesantías Porvenir, se demostró que fue la procesada YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER era la que había autorizado el "retiro definitivo de cesantías".

Además de lo anterior, el otro procesado CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, estableció en su indagatoria<sup>14</sup> que cuando porvenir llamaba a confirmar el pago de una cesantía a una cuenta diferente a la del señor DÍAZ DAZA, la procesada YONAIRA FERNÁNDEZ BERNIER, se negaba autorizar los pagos, con lo que se demuestra el plan que había entre los acusados para llevar a cabo su fin criminal, pues la señora FERNÁNDEZ BERNIER no revisaba la documentación fraudulenta que le presentaba para el trámite de las cesantías, pero si era muy cuidadosa que la consignación del dinero se hiciera a la cuenta de su compañero de DÍAZ DAZA.

En este sentido, nótese que la experiencia laboral de la acusada y las funciones que desempeñaba como servidora pública al interior de La Gobernación de La Guajira, le imponían advertir, prevenir y corregir cualquier irregularidad en el proceso de elaboración, cancelación y verificación de las cesantías que le ponían a su disposición. Empero, la actividad delictiva perpetrada por la procesada y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA estuvo dirigida a aprovechar las deficiencias en el control de los trámites, el desorden en el manejo de la información, así como la obediencia y confianza con que el personal a su cargo respondía las

---

<sup>14</sup> Folio 36 Cuaderno Original 2 – Indagatoria Carlos Díaz Daza 24 octubre 2006.

órdenes que ésta les impartía que los dineros de las cesantías fueran a parar a manos de terceros, de donde emerge incuestionable la intencionalidad de apoderarse de los recursos económicos públicos manejados por la Gobernación de la Guajira.

Para la Sala es clara la responsabilidad de la señora FERNÁNDEZ BERNIER, en la conducta de peculado por apropiación, cuando en el plenario quedó establecido que ella, en su calidad de Directora Administrativa de Talento Humano de la Gobernación de la Guajira, cargo que ostentaba para la fecha en que ocurrieron los hechos, autorizó el desembolso para el retiro de cesantías parciales y definitivas, los cuales terminaron en manos de diferentes personas, aún cuando no habían laborado nunca para la gobernación de La Guajira, encontrándose en los documentos soporte a que cuenta se trasladaba el dinero que se autorizó, a los señores DINELSON MESA AGUILAR, MARIO ANTONIO ACOSTA HERNÁNDEZ, EFRÉN DE JESÚS ROJO GARCÍA y MANUEL JOSÉ LUGO FONTALVO, y en algunos de estos casos se encontraba autorización para la cuenta de CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, persona ésta a quien también se le autorizaron varios retiros de cesantías parciales.

### **Respecto a la responsabilidad penal de CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA**

Para iniciar, se encuentra probado dentro del proceso que CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, se desempeñaba para la fecha en que ocurrieron los hechos materia de

investigación, como Coordinador de los Procesos de Cesantías de la Secretaría de Educación de la Gobernación de la Guajira, siendo la persona encargada de tramitar el retiro de cesantías de los empleados adscritos a la Gobernación de la Guajira, y una vez tenía los documentos requeridos para acceder a tal solicitud, con la resolución debía pasárselos a la señora YONAIRA DEL CARMEN FERNÁNDEZ BERNIER, Directora Administrativa de Talento Humano de la Gobernación, para su firma.

La Sala al revisar el acervo probatorio y contrario a lo que establece la defensa técnica del procesado, en el plenario sí existen pruebas contundentes que sindicaron al señor CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, como autor responsable del delito de PECULADO POR APROPIACIÓN, lo cual detallaremos de la siguiente forma:

Podemos observar que el procesado no era ajeno a su actuar delictivo, pues en su indagatoria<sup>15</sup> el mismo confirmó su actuar en el trámite de cesantías realizado al señor EFRÉN DE JESÚS ROJO, en donde utilizó su huella en el formulario y además direccionó la consignación de la cesantías por un valor superior a los 12 millones de pesos, a su cuenta personal, a lo que el procesado justifica como un favor que hizo para agilizar el procedimiento, sin embargo al señor EFRÉN ROJO, tiempo después solo fue a buscar cinco millones y no más no volvió. Con ello se demuestra la forma en que actuaba el procesado, utilizando terceras personas para apropiarse de los dineros

---

<sup>15</sup> folio 36 y 37 Cuaderno Original 2 – Indagatoria Carlos Alberto Díaz Daza del 24 de octubre de 2006

de las cesantías.

El actuar delictivo de DÍAZ DAZA no queda ahí, pues el señor DINELSON MEZA AGUILAR, en su indagatoria<sup>16</sup> asegura que CARLOS ALBERTO, le debía un millón de pesos, por una documentación de legalizar un vehículo, sin embargo DÍAZ DAZA le exigió su número de cuenta y tarjeta debito para poder cancelarle, poniéndolo a firmar unos documentos para poder cobrar la suma de de \$4.526.541 por concepto de cesantía; además establece que le pidió su cuenta para consignar un dinero, porque en la de él no se podía por ser empleado público. Con esto se evidencia que el señor CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, se aprovechaba de personas con poca instrucción educativa, entre ellos el señor DINELSON, quien además es de la etnia Wayuu, para aprovechar en provecho suyo, su documentación para desviar los dineros que finalmente se terminó apropiándose.

Para confirmar la tesis que viene planteando la Sala, también aparece las sindicaciones que hicieron el señor EFRÉN DE JESÚS ROJO GARCÍA, quien en su diligencia de indagatoria<sup>17</sup> manifestó conocer a CARLOS ALBERTO DÍAZ porque es hijo de la señora con la que convivió en San Juan de la Guajira, sin embargo éste lo amenazó de muerte que hasta le tocó salir de La Guajira, por haberse negado para firmar un cheque de la Gobernación, a pesar que DÍAZ DAZA

<sup>16</sup> folio 80 a 88 Cuaderno Original 2 – Indagatoria DINELSON MEZA AGUILAR del 24 de octubre de 2006

<sup>17</sup> folio 245 a 250 Cuaderno Original 3 – Diligencia indagatoria de 23 de febrero de 2007 – EFRÉN DE JESÚS ROJO GARCÍA 155 a 159 Cuaderno Original 4 – ampliación de indagatoria del 26 de febrero de 2009.

le ofreciera un dinero por hacerlo, a pesar de ello el retiro de las cesantías se realizó, desconociendo la firma y huella utilizada en los documentos como suyos.

Conforme a lo anterior, se observa que los testigos en sus declaraciones dieron explicaciones minuciosas y detalladas de lo ocurrido, estableciendo la forma como CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA convencía y hasta forzaba a las personas para que prestaran su documentación para de manera fraudulenta realizar el trámite de las cesantías y la posterior apropiación de los dineros de personas que no tenían vinculo con la gobernación de la Guajira; además la Sala encuentra que esas declaraciones fueron rendidas en forma espontánea, clara, con una buena explicación y conocimiento de cómo se produjo el trámite ilegal para el retiro de las cesantías, para finalmente apropiarse de gran parte del dinero por parte de DÍAZ DAZA, aprovechándose del escaso nivel de educación de los demás involucrados.

Las declaraciones juramentadas obrantes en el expediente ofrecen a esta colegiatura total credibilidad con fuerza de convicción, luego de haber realizado la ponderación de la sana crítica, ante la apreciación razonada de los medios de convicción, en torno a la materialidad de la conducta y la responsabilidad de los procesados. Del mismo modo, lo jurídicamente relevante de la narración de los hechos que brindaron los testigos, tienen coherencia y objetividad, asumiendo las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se realizó el delito de peculado por apropiación.

Tanto era su intención de apropiarse de los bienes del estado que, aparece probado que el mismo procesado fue adulteró documentos públicos de terceras personas para hacerlos pasar como suyos, consignando datos y hasta su fotografía que no correspondían a la realidad para que los supuestos titulares del derecho a las cesantías aparecieran registrados con dineros en el Fondo de cesantías porvenir.

● Resulta claro que en este caso no existe la menor duda sobre la ocurrencia del desfalco a que fue objeto la Gobernación de La Guajira, a través de hechos irregulares realizados por funcionarios de ese ente territorial, quienes se prestaron para favorecerse en su favor y de terceras personas, así como las resoluciones autorizando los retiros de cesantías tanto parciales como definitivas a nombre de DINELSON MEZA AGUILAR, DAYANA CATHERINE PLATA DAZA, MANUEL JOSÉ LUGO MONTALVO, MARIO ANTONIO ACOSTA HERNÁNDEZ, EFRÉN DE JESÚS ROJO GARCÍA, personas éstas que nunca ostentaron la calidad de servidores públicos, utilizándose como soportes documentos que habían sido adulterados de diferente forma, como el documento de identidad, la libreta militar, cambiándole la fotografía por la del funcionario DÍAZ DAZA, con la impresión de huellas digitales que se detectó por perito que no correspondían al titular sino al mismo funcionario y con las constancias de servicio de la entidad que no habían sido expedidas por ésta, situaciones que no fueron controvertidas por la defensa, lo cual afianza la postura asumida por la juez de

primera instancia y la acusación enrostrada por la fiscalía en contra de DÍAZ DAZA.

En efecto, tenemos probado con el trabajo del Departamento Administrativo de Seguridad, las irregularidades en el pago de cesantías hecho por la Secretaría de Educación del Departamento de La Guajira ciencia y paciencia de los investigados, en detrimento del erario público en la suma de \$33.827.000 defraudaciones surgidas a través de presentación, tramitación y cancelación de cesantías parciales y definitivas a particulares, por quienes ostentaron la calidad de servidores públicos, particulares aquellos de quienes se determinó no tener vinculación laboral alguna con la Secretaría de Educación, así como de la Administración Gubernamental. Las irregularidades obedecieron a una plan debidamente concebido por un número plural de individuos tanto servidores públicos, como particulares, contribuyendo a la consecución de un resultado común, a la que cada cual tenía el dominio funcional del hecho y la división del trabajo, cumpliendo un acuerdo expreso, previo a la comisión de las conductas punibles, hallándose probado a través de los informes rendidos por los miembros de policía judicial, que la Gobernación del Departamento de La Guajira sufrió el detrimento patrimonial aludido, probándose el modus operandi de la actividad al margen de la Ley desplegada por los precitados servidores públicos de dicha Gobernación con la connivencia de particulares, aunado a prueba

testimonial, la injurada de los implicados, deduciendo que realmente existió un acuerdo común y previo a la comisión de las conductas investigadas.

La Sala no está de acuerdo con los planteamientos expuestos por el defensor de CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, debido a que no se adecuan a la realidad procesal, aunado a que en la acusación del 31 de marzo de 2010, en un análisis probatorio de acuerdo a los informes periciales rendidos en el proceso relacionando lo siguiente:

Efrén de Jesús Rojo García, consignación por	
\$12.486.505	
Mario Antonio Acosta Hernández	\$ 5.422.600
Dinelson Meza Aguilar	\$ 4.566.987
Manuel José Lugo Montalvo	\$7.023.315

Ahí se consignó la suma que le fue endilgada a CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA, es por ello que el fiscal del caso en razón de la cuantía de lo apropiado estableció que debía aplicarse el inciso primero del artículo 397 del C.P., pues se superaba los 50 S.M.L.M.V. para la fecha de ocurrencia de los hechos.

De igual forma se observa que el fiscal del caso encaminó la responsabilidad del procesado como coautor, al sostener en su proveído que su proceder se realizó con división de trabajo con la Directora Administrativa de Talento Humano de la Gobernación de la Guajira, Yonaira Fernández Bernier, cada uno de ellos efectuando su aporte individualmente acorde con las funciones desempeñadas en la entidad pública.

Tanto el Fiscal como la Juez de conocimiento fueron congruentes y coherentes con la imputación jurídica, al acusarse y condenarse como coautores del delito de peculado por apropiación, estableciendo el mencionado delito como unitario.

Los delitos No se investigaron, acusaron y condenaron como independientes, y por el contrario cada uno de ellos fue como peculado unitario, en atención a un informe pericial que determinaba la cuantía del peculado superior a los 50 S.M.L.M.V.

Respecto a lo alegado por el apelante, cuando afirma que la Fiscalía con decisión del año 2006, le otorgó la libertad provisional al procesado DÍAZ DAZA, al considerar que el delito investigado se trataba del consagrado en inciso 3ro del artículo 397 del C.P.

Al respecto, debe decirse que esa decisión solo resolvía un tema de libertad y por tanto no es jurídicamente vinculante. Caso diferente ocurre con la calificación del merito sumarial la cual condiciona la coherencia que debe tener la sentencia con la misma.

Para finalizar, estima la Sala que no hay duda de que los procesados, al realizar el acto de apropiación de los dineros públicos en provecho suyo y de terceros, como está probado y como pacíficamente lo aceptan sus defensores en sus interpelaciones, tenían una relación funcional, en su

condición de servidor público y por cuanto así se le asignó en el manual de funciones establecido en el decreto 334 del 4 de noviembre de 1999<sup>18</sup>, mediante el cual se asignan deberes, funciones y responsabilidades, entre ellas, e tramite de las cesantías de los servidores de la secretaria de educación de la Gobernación de La Guajira; lo cual también fue corroborado con las pruebas testimoniales de los administradores públicos que coexistían con él en ejercicio de la función pública desarrollada en aquel ámbito de competencias institucionales, lo que finalmente facilitó que subrepticamente realizara los actos de apoderamiento de los recursos de dicha institución.

No se trata aquí de un particular o de un servidor público desprovisto de la relación funcional con los bienes apropiados, se está frente a un servidor público que en ejercicio de sus funciones, administrando bienes públicos, realizó el comportamiento de apropiación de los mismos, en beneficio propio, pero también en beneficio de terceros; como quedó develado a lo largo de la investigación.

Conforme a los anteriores argumentos, esta Colegiatura procederá a confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha el 19 de febrero de 2020, a través del cual se condenó a YONAIRA DEL CARMEN FERNÁNDEZ BERNIER y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA por el delio de PECULADO POR APROPIACIÓN.

---

<sup>18</sup> "por el cual se determina la estructura de la administración central del departamento de la Guajira, las funciones por dependencia y se dictan otras disposiciones" folio 247 a 270 Cuaderno Original Uno

### **OTRAS DETERMINACIONES**

Teniendo en cuenta que los funcionarios judiciales, en cumplimiento con sus obligaciones deben denunciar los hechos que prima facie puedan considerar contrarios a derecho, esta Corporación ha llegado a la conclusión que efectivamente dentro del proceso que hoy se revisa se ha generado un dislate injustificado, por parte de los jueces que han pasado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha desde el 28 de abril de 2011, fecha en la cual el mencionado despacho adquirió la competencia para llevar el juzgamiento del presente caso, y solo nueve (9) años después se emitió sentencia, lo cual dio lugar a la extinción de la acción penal por prescripción, de las conductas punibles de Prevaricato por Acción y Falsedad Ideológica en Documento Público. Situación que sin duda, son causales de mala conducta.

La situación expuesta no puede pasar inadvertida, pues con dicho descuido se ven inmersos en la falta disciplinaria consagrada en el artículo 50 de la ley 734 del 2002 "*Faltas graves y leves. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley. La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código*"; debe resaltarse que tanto los funcionarios como los empleados deben

propender por el cuidado y debida agilización de los procesos que se encuentren a su conocimiento, con el fin de evitar dilaciones injustificadas como la que hoy se han presentado, por lo que se ordenará la compulsión de copias ante la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de La Guajira, para que en actuación separada se adelanten las averiguaciones correspondientes que permitan esclarecer los hechos puestos de presente, en contra de los funcionarios que ostentaron el cargo de Juez Primero Penal del Circuito de Riohacha desde el 28 de abril de 2011.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, La Guajira, en Sala de Decisión Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha el 19 de febrero de 2020, a través del cual se condenó a YONAIRA DEL CARMEN FERNÁNDEZ BERNIER y CARLOS ALBERTO DÍAZ DAZA por el delito de PECULADO POR APROPIACIÓN, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: COMPULSAR COPIAS DISCIPLINARIAS** ante la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de esta seccional, para que en actuación separada se adelanten las averiguaciones correspondientes que permitan

esclarecer los hechos por mora judicial puestos de presente en el acápite "Otras Consideraciones", en contra de los jueces que han presidido el Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha desde el 28 de abril de 2011.

**TERCERO:** Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el cual deberá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de esta sentencia, según lo ordenado en el artículo 210 de la ley 600 de 2000, modificado por el artículo 101 de la ley 1395 de 2010.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Este proyecto se discutió y aprobó a través de medios electrónicos debido a la emergencia sanitaria producida por el COVID19. Por ello se firma de manera digital.**

**JAIME ANTONIO MÓVIL MELO**  
**Magistrado Ponente**

**LUBÍN FERNANDO NIEVES MENESES**  
**Magistrado**

**ROSAURA ARREDONDO IGUARÁN**  
**Secretaria General**