

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Los criterios de imputación objetiva en el delito de peculado:

Análisis del R.N. N° 2124-2018-LIMA

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada que presenta:

Norma Dalia Suárez Fachin

Asesor:

David Ricardo Torres Pachas

Lima, 2022

Dedicatoria

A Edgar, por confiar en mí y por su constante apoyo y, en memoria de mi padre,  
William.



## RESUMEN

El objeto principal del presente trabajo es analizar los criterios de exclusión de la teoría de imputación objetiva a partir del razonamiento jurídico efectuado por la Corte Suprema de Justicia en el Recurso de Nulidad N° 2124-2018-LIMA, abarcando el proceso penal seguido en contra de personal militar del Ejército del Perú por delito de peculado por apropiación, donde se habrían coordinado y ejecutado una serie de actuaciones con el objeto de apropiarse reiterada y sistemáticamente del combustible asignado a dos dependencias militares durante el año 2006. La Corte Suprema condenó a los altos mandos por incumplir sus deberes de control y supervisión, pese a contar con una posición de garante; mientras que, al personal subalterno los absolvió por mantener competencias limitadas y adoptar conductas neutrales en el curso delictivo. La metodología utilizada para el desarrollo del presente trabajo consistió en la búsqueda, revisión y análisis de legislación y jurisprudencia nacionales, así como de doctrina nacional y extranjera respecto de las posturas doctrinarias sobre los criterios de imputación objetiva más representativos.

Luego del análisis del Recurso de Nulidad, se concluye que fue adecuada la decisión de no aplicar los criterios de exclusión de principio de confianza y prohibición de regreso a los oficiales de mayor jerarquía; por el contrario, en la decisión de excluir de responsabilidad penal a los subalternos, no se habría considerado los presupuestos de aplicación de las categorías prohibición de regreso y conductas neutrales, conforme a los planteamientos de imputación objetiva que se han adoptado para los fines del presente informe, que niegan la prohibición de regreso para quienes ostentan una posición de garante de protección.

**Palabras clave:** Imputación objetiva, peculado, principio de confianza, prohibición de regreso.

## **ABSTRACT**

The main purpose of this paper is to analyze the exclusion criteria of the theory of objective imputation, based on the legal reasoning carried out by the Supreme Court of Justice in the Appeal for Annulment No. 2124-2018-LIMA, covering the criminal proceeding followed against military personnel of the Peruvian Army for the crime of embezzlement by appropriation, where they would have coordinated and executed a series of actions with the aim of repeatedly and systematically appropriating the fuel assigned to two military units during the year 2006. The Supreme Court convicted the high command for failing to comply with their duties of control and supervision, despite having a position of guarantor, while the subordinate personnel were acquitted for maintaining limited competences and adopting neutral behaviors in the criminal actions. The methodology used for the development of this work consisted of the search, review and analysis of national legislation and jurisprudence, as well as national and foreign doctrine regarding the doctrinal positions on the most representative objective imputation criteria.

After the analysis of the Appeal for Annulment, it is concluded that the decision to not apply the exclusion criteria of the principle of trust and the prohibition of the return of higher-ranking officers was adequate. On the contrary, in the decision to exclude subordinates from criminal liability, the pre-requisites for the application of the categories of prohibition of return and neutral conduct would not have been considered, in accordance with the approaches of objective imputation that have been adopted for the purposes of this paper, which deny the prohibition of return for those who hold a position of guarantor of protection.

**Keywords:** Objective imputation, embezzlement, principle of trust, prohibition of return.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
I. ANTECEDENTES.....	8
1.1 Identificación de los hechos relevantes del caso.....	8
1.2 Desarrollo del iter procesal .....	11
II. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA DECISIÓN DE LA SALA PENAL PERMANENTE .....	12
2.1 Marco normativo aplicable a la asignación de combustible.....	12
2.2 En cuanto al marco fáctico determinado por la Sala Penal.....	14
2.3 Con relación a la determinación del perjuicio económico.....	16
2.4 Fundamentación jurídica de la Sala Penal .....	17
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	18
3.1 Los criterios aplicables para la imputación objetiva en el delito de peculado. 18	
3.2 Alcance de la imputación objetiva en estructuras organizadas.....	19
3.3 Análisis de la aplicación de los criterios de exclusión de imputación objetiva en el Recurso de Nulidad .....	20
3.4 Cuestiones relacionadas con la autoría y participación: la participación del extraneus .....	21
IV. RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS .....	21
4.1 Los criterios aplicables para la imputación objetiva en el delito de peculado. 33	
4.1.1 Criterio del riesgo permitido.....	36
4.1.2 Criterios de prohibición de regreso y principio de confianza.....	38
4.1.2.1 El criterio de prohibición de regreso.....	39
4.1.2.2 El criterio de principio de confianza.....	44
4.2 Alcance de la imputación objetiva en estructuras jerárquicas .....	47
4.2.1 Alcance de la prohibición de regreso en estructuras jerárquicas públicas... 48	
4.2.2 Alcance del principio de confianza en estructuras jerárquicas públicas.....	50
4.3 Análisis de la aplicación de los criterios de exclusión de imputación objetiva en el Recurso de Nulidad .....	54
4.3.1 Criterios de imputación utilizados para los oficiales de rangos superior e intermedio.....	55
4.3.2 Criterios de imputación utilizados para los oficiales de rango inferior .....	60
4.4 Cuestiones relacionadas con la autoría y participación: la participación del extraneus .....	65
BIBLIOGRAFÍA .....	72

## INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años se viene dando a conocer innumerables casos de corrupción que involucran a funcionarios públicos o autoridades de todos los niveles e instancias del aparato estatal, siendo el delito de peculado uno de los de mayor incidencia de acuerdo con un estudio realizado por el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Chanjan, Solis & Puchuri, 2018).

Lamentablemente, el número de procesos penales que llegan a los tribunales nacionales por delitos de peculado muestra una tendencia alcista, y, probablemente, no se vislumbre un cambio de rumbo en el corto o mediano plazo. De manera paralela, y como resultado de la situación antes descrita, se ha venido generando un variado y creciente desarrollo jurisprudencial, respecto a la aplicación de la prohibición de regreso y principio de confianza como criterios de imputación objetiva de responsabilidad penal para delitos de corrupción de funcionarios y, en particular, para delitos de peculado.

De esta manera, el objeto del presente trabajo es contribuir a la discusión académica mediante el análisis del razonamiento jurídico empleado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en el Recurso de Nulidad N°. 2124-2018-LIMA respecto a los criterios de imputación objetiva sobre la base de los cuales, atribuyó en algunos casos, y excluyó en otros, la responsabilidad penal a personal militar del Ejército paruario por el delito de peculado por apropiación. Este caso fue presentado en los medios de comunicación como “Gasolinazo”, en el que estuvo involucrado, entre otros oficiales de alto rango, el ex general del Ejército Edwin Donayre Gotzch.

Para tales propósitos, en primer lugar, describiremos los antecedentes relevantes del caso objeto del presente trabajo académico, en los que se dará cuenta de hechos ocurridos en el 2006 y relacionados con personal militar del Ejército, quienes dirigieron, coordinaron y ejecutaron acciones con el propósito de apropiarse reiterada y sistemáticamente del combustible que fue asignado para dos regiones militares.

Seguidamente, como segundo punto, expondremos el análisis de los criterios o categorías de imputación objetiva que efectuó la Sala Penal para resolver el caso. De esta manera, conoceremos los fundamentos a partir de los cuales la Corte Suprema no aplicó el principio de confianza, ni la prohibición de regreso y/o conductas neutrales, para los altos



mandos militares, y que en virtud de ello la llevaron a fijar una condena para estos oficiales; y, asimismo, los fundamentos en virtud de los cuales aplicó la categoría de conductas neutrales al personal subalterno para absolverlos de responsabilidad penal.

Habiendo determinado los principales argumentos esbozados por la Sala Penal en el caso concreto, como tercer punto, planteamos los principales problemas jurídicos de relevancia penal que consideramos desarrollar para fines del presente trabajo: (i) criterios aplicables para la imputación objetiva en el delito de peculado; (ii) alcance de la imputación objetiva en estructuras jerárquicas; (iii) aplicación de los criterios de exclusión de imputación objetiva en el Recurso de Nulidad; y, (iv) cuestiones relacionadas con la autoría y participación: la participación del extraneus.

En cuarto lugar, de manera previa a la resolución de los problemas jurídicos identificados, presentaremos un desarrollo dogmático de los aspectos generales del delito de peculado. Seguidamente, abordaremos la solución de los problemas jurídicos planteados, tratando de establecer intencionalmente una interrelación entre ellos, con el objeto de focalizar su análisis en los criterios de imputación objetiva para los delitos contra la administración pública, y, en particular, para el delito de peculado en estructuras jerárquicas públicas.

De esta manera, mediante la absolución de los problemas jurídicos, a propósito del caso “Gasolinazo”, pretendemos identificar el espacio o ámbito de aplicación de las categorías principio de confianza, prohibición de regreso y conductas neutrales en estructuras donde confluyen relaciones horizontales y verticales, donde es usual e incluso inevitable la intervención de un tercero en el curso riesgoso de una conducta delictiva.

Finalmente, estaremos en condiciones de plantear nuestras conclusiones a las que hemos arribado y que se desprenden del análisis efectuado en los acápites previos, respecto de los ámbitos de aplicación del principio de confianza, prohibición de regreso y conductas neutrales, como criterios de imputación o exclusión objetivos en los casos de delitos contra la administración pública, y, concretamente, en el delito de peculado en la modalidad de apropiación.

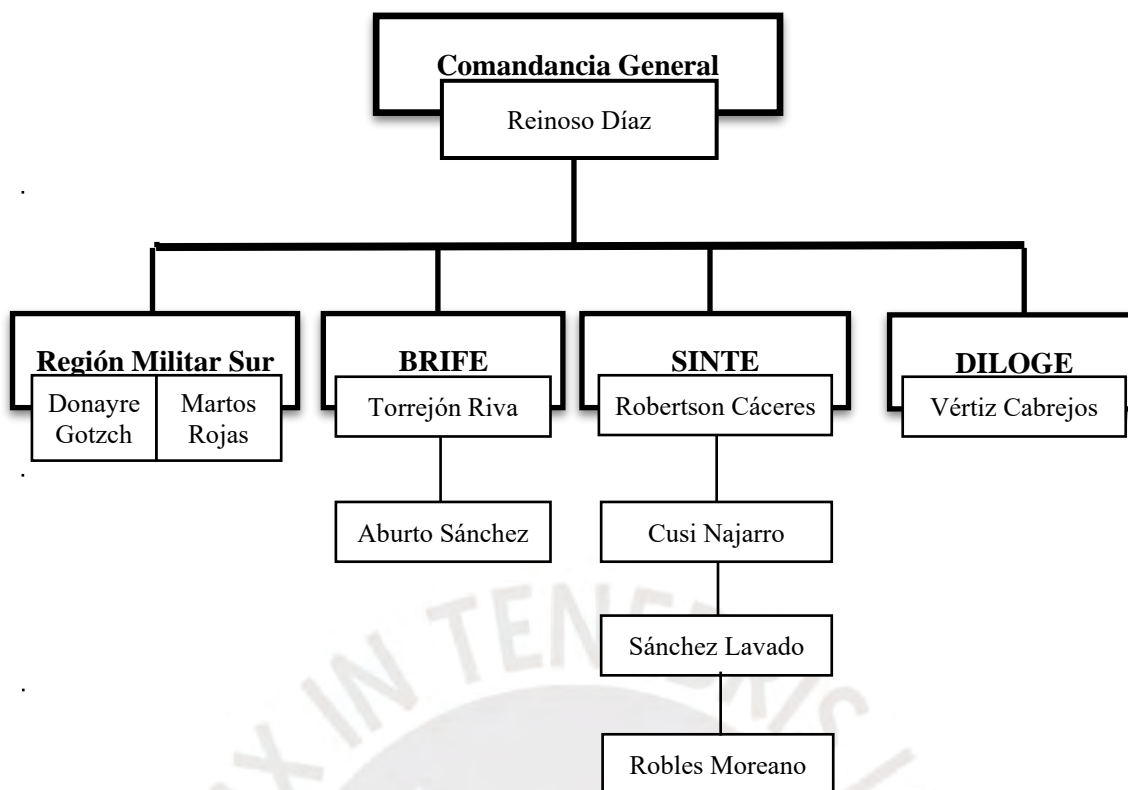
## I. ANTECEDENTES

### 1.1 Identificación de los hechos relevantes del caso

Como consecuencia de denuncias periodísticas que se publicaron en el 2006, respecto de malos manejos de los recursos públicos asignados al Ejército del Perú, la Contraloría General de la República (la “Contraloría”) inició una serie de auditorías en la citada entidad castrense. Las investigaciones se centraron en supuestos actos de corrupción que se habrían perpetrado durante el año 2006 en el proceso de asignación y utilización del combustible para la Primera Brigada de Fuerzas Especiales (“BRIFE”) y la Región Militar Sur (“RMS”), pertenecientes a la institución militar antes referida. Conforme a los resultados de las investigaciones practicadas, la Contraloría determinó que durante el año 2006 personal militar del Ejército habría coordinado y ejecutado una serie de actuaciones con el objeto de apropiarse reiterada y sistemáticamente del combustible asignado a dichas dependencias militares y, con ello, obtener ventajas económicas en beneficio propio y en perjuicio del Estado. Para lo cual, habrían incumplido los procedimientos y demás disposiciones contenidas en la Directiva 005-2005-DILOGE/SDP/ABSTO de fecha octubre de 2005 (la “Directiva”), la cual estuvo vigente cuando se perpetraron los hechos y regulaba el ámbito de competencias de los funcionarios militares con relación a la aprobación, asignación y distribución de combustible para todas las dependencias del Ejército.

Dentro de los involucrados en tales eventos se tiene la participación del entonces comandante general del Ejército, César Augusto Reinoso Díaz (“Reinoso Díaz”); Roberto Enrique Vértiz Cabrejos (“Vértiz Cabrejos”), a cargo de la Dirección General de Logística del Ejército (“DILOGE”); Luis Alejandro Torrejón Riva (“Torejón Riva”), comandante general de la BRIFE; Edwin Alberto Donayre Gotzch (“Donayre Gotzch”), comandante general de la RMS entre enero y agosto de 2006; Helí Gilberto Martos Rojas (“Martos Rojas”) comandante general de la RMS entre setiembre y diciembre de 2006; Alex Enrique Robertson Cáceres (“Robertson Cáceres”) jefe del Servicio de Intendencia del Ejército (“SINTE”); Luis Rolando Cusi Najarro (“Cusi Najarro”), jefe del Departamento de Abastecimiento del SINTE; Ronald Víctor Aburto Sánchez (“Aburto Sánchez”), Jefe y Director de Abastecimiento de la BRIFE; Ofir Gaudencia Sánchez Lavado (“Sánchez Lavado”), Jefe de la sección clase III (“combustible”); Carlos Nemesio Robles Moreano (“Robles Moreano”), delegado del SINTE.





**Fuente: Elaboración propia**

Para el caso de la BRIFE, durante el periodo comprendido entre abril y octubre de 2006, los inculpados generaron una inexistente situación de necesidad con la finalidad de incrementar las dotaciones de combustible que se les asignaba mensualmente para atender los requerimientos de sus unidades y dependencias, bajo la modalidad de asignaciones extraordinarias. Dicha solicitud de incremento no fue sustentada, ni cumplió las formalidades requeridas, no obstante, fue aprobada y se ordenó su distribución. Asimismo, en la fase de ejecución de la distribución y entrega del combustible se encontraron contradicciones e inconsistencias en el control y registro de las cantidades realmente entregadas por Petroperú y las efectivamente recibidas y utilizadas por las unidades y dependencias usuarias del Ejército. Es el caso que, a pesar de haberse verificado tanto el pago por la adquisición de combustible extraordinario como el retiro del mismo desde las plantas de Petroperú, en las cantidades que correspondían a dicho pago, no se encontró evidencia de que las unidades usuarias de la BRIFE finalmente hubieran recibido y utilizado el combustible correspondiente a la dotación adicional o extraordinaria. Solo se pudo verificar la entrega y utilización de combustible correspondiente a la dotación ordinaria.

De igual manera, para el caso de la RMS, durante el periodo comprendido entre enero y noviembre de 2006 hubo un injustificado incremento en la dotación de combustible y, para su aprobación, asignación y distribución, no se respetaron las formalidades y requisitos contemplados en la Directiva. Ciertamente, el requerimiento de la dotación extraordinaria no fue realizado mediante los canales oficiales, tampoco se sustentó la necesidad de la misma. De otro lado, se habrían creado comisiones no previstas en la normativa con el propósito de: (i) manipular el requerimiento, registro y el control de la entrega del combustible asignado a la RMS; e, (ii) incinerar documentación que sustentaba la entrega y utilización efectiva del combustible por parte de las unidades operativas y dependencias de la RMS. Al igual que en la BRIFE, en la RMS se detectaron contradicciones entre las cantidades de combustible adquiridas y despachadas desde las plantas de Petroperú y las que correspondían a lo efectivamente recibido y utilizado por las unidades de la RMS.

Posteriormente, a mediados de octubre de 2006, luego del inicio de las acciones de control de la Contraloría, tanto en la BRIFE como en la RMS se dieron una serie de actos para dar apariencia de legalidad a las asignaciones extraordinarias de combustible. De hecho, en ambas dependencias se reemplazaron documentos originales y se generaron otros con fecha predatada, en los que se consignó información no real respecto de la supuesta necesidad de dotación adicional, las cantidades de entrega y utilización de lo realmente recibido, la utilización efectiva de los vales de combustible y el despacho hacia las unidades operativas de la BRIFE. Cabe señalar que toda esta documentación fue suscrita en un solo y posterior momento a los hechos que aparentaban dar fe respecto de su contenido y oportunidad de ocurrencia.

De otro lado, para el caso de la RMS, se determinó que en lugar de trasladar el combustible a los grifos autorizados se habría desviado el combustible que salía desde la planta de Petroperú en Mollendo hacia grifos no oficiales, o no autorizados para su recepción; y/o se consignaba como cantidad recibida en los grifos oficiales volúmenes mayores de combustible a lo que efectivamente recibían o podían almacenar. En adición, el servicio de traslado se efectuó no solo por empresas que obtuvieron la buena pro para este servicio, sino también por otras ajenas a esta designación. De igual manera, conforme consta en las declaraciones de algunos choferes particulares que trasladaron el combustible de la planta de Petroperú en Mollendo hacia Arequipa señalaron que las firmas que aparecen en las actas de entrega y recepción no les pertenecieron. Igualmente,

en ciertos grifos que habían suscrito convenio con el Ejército se consignó una cantidad de almacenaje mayor a la de su capacidad instalada.

Para el caso de la BRIFE, en el ámbito de entrega del combustible a los grifos de Lima, se conoció el caso de algunos choferes particulares cuyas guías de entrega de combustible aparecen realizadas el mismo día y hora, no obstante, correspondían a grifos ubicados en diferentes lugares; asimismo, se consignaron como cantidad recibida en los grifos oficiales del Ejército volúmenes mayores de combustible a lo que efectivamente recibían desde la planta de Petroperú en Conchán.

## **1.2 Desarrollo del iter procesal**

Mediante resolución de fecha 27 de enero de 2010 el Juzgado Penal de Lima dictó auto de apertura de instrucción por los delitos de peculado y falsedad documental en agravio del Estado – Ejército Peruano (BRIFE y RMS), atendiendo la denuncia de fecha 3 de julio de 2009 formulada por la fiscalía provincial Especializada en delitos de corrupción. En atención a lo actuado ante la referida judicatura, la Fiscalía Superior formuló acusación y el Tribunal Superior dictó auto de enjuiciamiento mediante resolución de fecha 25 de junio de 2015.

Tras el desarrollo del juicio oral, la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia de primera instancia con fecha 27 de agosto de 2018, en virtud de la cual, entre otros puntos: (i) se condenó a los encausados Reinoso Díaz, Vértiz Cabrejos, Cusi Najarro, Sánchez Lavado, Aburto Sánchez y Torrejón Riva, como autores, y, al imputado Robles Moreano, como cómplice primario del delito de peculado por apropiación en agravio del Estado - BRIFE; (ii) se condenó a Robertson Cáceres, Donayre Gotzch y Martos Rojas, como autores del delito de peculado en agravio del Estado - RMS; (iii) se impuso una pena privativa de libertad suspendida para Martos Rojas, Sánchez Lavado y Robles Moreano, mientras que para los demás se dictaminó pena privativa de libertad entre cuatro años y seis meses y seis años; (iv) se fijó para todos los involucrados tres años de inhabilitación y doscientos días multa; y, el pago en forma solidaria de una reparación civil de dos millones quinientos mil soles, correspondiendo a la BRIFE la suma de setecientos ochenta mil soles y a la RMS la suma de un millón setecientos veinte mil soles; (v) se absolvió a los acusados Miñano Barreda y otros veintitrés por el delito de peculado; y, (vi) se recondujo el tipo penal de falsificación de documentos a falsedad ideológica y se declaró prescrita la acción penal por este delito

para todos los imputados de la BRIFE y la RMS. En contra de esta decisión, los inculcados interpusieron recurso de nulidad, la cual fue concedida por el tribunal mediante auto concesorio de fecha 2 de octubre de 2018; y, seguidamente, se elevó la causa al Tribunal Supremo.

Finalmente, y luego de la audiencia pública, la Sala Penal Permanente de la Sala Suprema (en adelante y, de manera indistinta, la “Sala Penal”, la “Corte”, o la “Sala Suprema”) emitió su pronunciamiento con fecha 29 de abril de 2019 en la que, entre los aspectos más relevantes, declaró: (i) la nulidad de la sentencia en cuanto condenó a Sánchez Lavado y Aburto Sánchez como autores y a Robles Moreano como cómplice primario del delito de peculado en agravio del Estado, y, reformándola, los absolvió del delito de peculado por apropiación; (ii) no haber nulidad en la parte que se condenó a Reinoso Díaz, Vértiz Cabrejos, Cusi Navarro y Torrejón Riva, como autores, precisando que tendrán la condición de autores paralelos y no coautores, del delito de peculado en agravio del Estado- BRIFE; así como en la parte que se condenó a Robertson Cáceres, Donayre Gotzch y Martos Rojas como autores del delito de peculado en agravio del Estado – RMS; (iii) la rebaja de la pena privativa de libertad impuesta a los sentenciados, con excepción de Reinoso Díaz y Martos Rojas a quienes se les confirmó la pena impuesta; (iv) la nulidad de la pena de multa impuesta a todos los encausados condenados; (v) no haber nulidad en la parte que se había fijado la suma de dos millones quinientos mil soles que deberán abonar solidariamente por concepto de reparación civil (setecientos ochenta mil soles a favor de la BRIFE y un millón setecientos veinte mil soles a favor de la RMS).

## **II. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA DECISIÓN DE LA SALA PENAL PERMANENTE**

### **2.1 Marco normativo aplicable a la asignación de combustible**

Con relación al marco legal aplicable al caso concreto, la Sala Penal determinó que la eficacia y obligatoriedad de la Directiva fue plena en el año 2006, por cuanto fue emitida por autoridad competente y se encontraba vigente en el momento que se dieron los hechos materia de discusión. De otro lado, al ser una norma de Derecho Público, definía el marco de actuación o ámbito de competencias a los que se encontraban compelidos los funcionarios militares con relación a los procedimientos para la gestión, asignación, abastecimiento y programación de combustible para la atención de todas las dependencias del Ejército. Dicho dispositivo estableció, entre otros aspectos, que la DILOGE y el

SINTE eran los órganos o dependencias responsables de asegurar el abastecimiento de combustible para las distintas unidades de la fuerza operativa y órganos de apoyo del Ejército. Para tales fines, se contemplaba dos tipos de asignaciones: las ordinarias y extraordinarias.

En cuanto al procedimiento para la asignación mensual ordinaria y extraordinaria de combustible la Directiva contemplaba que: (i) durante los cinco primeros días de cada mes, las diferentes unidades del Ejército debían remitir a la DILOGE la situación mensual de operatividad de los vehículos a su cargo para que sean considerados dentro de la asignación ordinaria mensual correspondiente, sin embargo, en caso las unidades requiriesen dotaciones adicionales debían formular sus pedidos al comandante general del Ejército, quien luego de validar con el SINTE la justificación de la necesidad del pedido y la disponibilidad presupuestaria con la Oficina de Planeamiento y Presupuesto del Ejército, lo autorizaba para que continúe el trámite; (ii) en caso se apruebe la necesidad del requerimiento y se verifique la conformidad presupuestaria, la DILOGE elaboraría el cuadro de asignación mensual consolidado (asignación ordinaria y extraordinaria) para cada una de las unidades a nivel nacional y lo elevaba a la comandancia general para su aprobación; (iii) de aprobarse por la comandancia general, la DILOGE remitiría los cuadros de asignación de combustible aprobados al SINTE para su respectiva distribución, para tales fines, esta última debía elaborar los cuadros de distribución mensual; y, (iv) la distribución de combustible la efectuaba el SINTE, que variaba dependiendo de si la ubicación de las unidades destinatarias del combustible se ubicaban dentro de Lima Metropolitana y el Callao, o fuera de dicha zona geográfica.

Con relación a la distribución del combustible, en el caso de Lima Metropolitana y el Callao, los delegados del SINTE procedían a acercarse a las instalaciones de las plantas de Petroperú (planta de Conchán), a efectos de proceder con el retiro del combustible y supervisar su traslado hacia uno de los grifos de titularidad del Ejército ubicados en dicha circunscripción territorial. Posteriormente, las unidades usuarias procedían a abastecerse de combustible en dichos grifos con el canje de los vales de combustible, los que previamente se habían emitido y repartido por el SINTE, y eran los únicos documentos válidos para tales fines. Y, con respecto a dependencias fuera de Lima Metropolitana y el Callao, en lugares donde se disponía de plantas de Petroperú, las asignaciones de combustible debían ser generadas por dotaciones, las cuales eran difundidas mensualmente por el SINTE mediante fax; y, en aquellas donde no existía tal

disponibilidad, el combustible se remitía desde dichas plantas a través de camiones cisterna conducidos por transportistas debidamente seleccionados por el SINTE.

## 2.2 En cuanto al marco fáctico determinado por la Sala Penal

El siguiente cuadro resume lo que, a entender de la Sala Suprema, serían las actuaciones que habrían quedado debidamente acreditadas, ejercidas por personal militar involucrado en la apropiación del combustible asignado tanto para la BRIFE como para la RMS:

Actuaciones	Responsable	Dependencia
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Aprobó la asignación de combustible adicional sin sustento, mediante documentos no oficiales y los firmó con fecha predatada.</li> <li>- Ordenó al SINTE programar la distribución del combustible no sustentado.</li> <li>- Ordenó reemplazar la documentación originalmente firmada respecto a la entrega y utilización efectiva de combustible asignado a la BRIFE y a la RMS.</li> <li>- Ordenó firmar los comprobantes de salida para simular el despacho efectivo hacia las unidades operativas de la BRIFE y RMS.</li> </ul>	Reinoso Díaz	Comandancia General





Actuaciones	Responsable	Dependencia
<ul style="list-style-type: none"> <li>- No cumplieron con proyectar la dotación de combustible adicional en los plazos previstos.</li> <li>- Solicitaron asignaciones extraordinarias sin documentación oficial, ni contar con sustento y presupuesto previos.</li> <li>- “Regularizaron” con documentación de contenido falso y con fecha predatada.</li> <li>- Crearon una comisión no prevista en la Directiva para simular y controlar el despacho y entrega del combustible a las unidades operativas de la RMS.</li> <li>- Crearon otra comisión con el propósito de incinerar vales de consumo y demás documentación que sustentaba la real entrega y utilización del combustible.</li> <li>- Procedieron a incinerar la documentación sin contar con el permiso del Archivo de la Nación.</li> </ul>	<p>Torrejón Riva</p> <p>Donayre Gotzch</p> <p>Martos Rojas</p>	<p>BRIFE</p> <p>RMS</p> <p>RMS</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Incluyó en los cuadros de asignación mensual a su cargo pedidos de combustible adicional para la BRIFE y RMS, a pesar de evidentes irregularidades (sin sustento y sin la firma y sello de autorización del funcionario responsable).</li> <li>- Elaboró documentación no oficial para justificar el requerimiento y posterior aprobación de la dotación extraordinaria en coordinación con la comandancia general.</li> </ul>	<p>Vértiz Cabrejos</p>	<p>DILOGE</p>

Actuaciones	Responsable	Dependencia
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Coordinaron la distribución de combustible adicional para la BRIFE y la RMS, omitiendo los procedimientos y documentación oficial requerido para el retiro y despacho del combustible.</li> <li>- Sustituyeron y exigieron a su personal subalterno la firma de documentos respecto a la entrega, recepción y despacho de combustible por otros con fecha predatada, consignando cantidades de combustible mayores a las que recibieron, con el fin de simular la recepción de los mismos.</li> <li>- Desviaron el combustible que recogieron de las plantas de Petroperú a grifos y lugares no autorizados.</li> </ul>	<p>Cusi Najarro</p> <p>Robertson</p> <p>Cáceres</p>	<p>SINTE</p> <p>SINTE</p>

**Fuente: Elaboración propia**

Finalmente, aun cuando no fue discutida la participación de personal no militar en la comisión de los hechos punibles, para los fines del presente informe conviene mencionar la relevancia de algunas actuaciones relacionadas con la participación de terceros en la distribución del combustible pagado y despachado desde las plantas de Petroperú y que no fue entregado a los grifos oficiales.

En atención a dichas conductas, se pudo acreditar que personal militar del Ejército habría facilitado la desviación y apropiación del combustible en beneficio propio y en desmedro del Estado, con la participación de personas ajenas a la institución.

**2.3 Con relación a la determinación del perjuicio económico**

Mediante Informe Pericial 042-2014-UP-FEDCF-MP de fecha 17 de noviembre de 2014 realizado por la Unidad de Peritos de la Fiscalía se acreditó que el perjuicio económico fue el siguiente: (i) para la BRIFE ascendió a S/114,606.63; y, (ii) para la Región Militar Sur ascendió a S/394,178.88.

## **2.4 Fundamentación jurídica de la Sala Penal**

La Sala Penal, luego de establecer los fundamentos de hecho y efectuar el análisis dogmático del tipo penal para el caso concreto, encontró responsabilidad penal por el delito de peculado por apropiación en siete miembros del Ejército y absolvió a otros tres encausados. Para la Sala Suprema, ha quedado acreditado que los altos mandos del Ejército infringieron los deberes que asumieron con la mencionada institución castrense a la cual pertenecían, quebrantando la Directiva que establecía el procedimiento para la correcta asignación, adquisición, gestión y distribución de combustible con el claro propósito de apropiarse de una parte de éste en beneficio personal y en perjuicio del Estado.

Para atribuir la responsabilidad penal, la Sala Suprema primero señaló que en el caso del delito de peculado por apropiación estaríamos frente a uno de infracción al deber; seguidamente, desarrolla un análisis jurídico considerando las particularidades con que cuenta la estructura orgánica jerarquizada del Ejército, distinguiendo las actuaciones de aquellos que, en el momento de ocurrir los hechos delictivos, mantuvieron una posición de garante, de dirección y de control (“capas superiores”) respecto a la asignación, adquisición y distribución del combustible, de aquellos que no tuvieron tal posición (“capas inferiores”). Así, atribuyó responsabilidad a quienes, en atención a las responsabilidades y competencias que les confería la Directiva se encontraron en la escala mayor en la línea de mando jerárquico, o lo que la Sala los definía como “capas superiores”; mientras que, para los que se encontraron en los escalafones inferiores, no les atribuyó responsabilidad por delito de peculado.

En atención a ello, Robles Moreano, Sánchez Lavado y Aburto Sánchez fueron absueltos de los cargos imputados toda vez que, para la Sala Penal, todos ellos se encontraban en las capas inferiores, por lo que tuvieron competencias limitadas en el proceso de asignación y distribución de combustible, independientemente al hecho que después participaron en actos de simulación para justificar el desvío de combustible que facilitó la apropiación de dicho bien en beneficio de sus superiores.

Por el contrario, se encontró responsabilidad penal, en calidad de autores paralelos, a Reinoso Díaz, Torrejón Riva, Donayre Gotzch, Martos Rojas, Vértiz Cabrejos, Robertson Cáceres y Cusi Najarro, dadas sus competencias directivas en la asignación, adquisición y entrega del combustible, por lo que es innegable que tuvieron la posición de garantes y las competencias para cumplir con su deber de supervisar y cuidar la correcta asignación,

adquisición, gestión y distribución de combustible; de otro lado, se ha acreditado que de manera directa incumplieron con sus deberes para viabilizar la comisión de los hechos delictivos de apropiación de combustible, dado que para su consumación se requería necesariamente la intervención de cada uno de ellos, conforme lo establecido en la Directiva. Sumado a ello, lideraron actos de simulación de entrega de combustible, a través reemplazo y firmas predatadas de documentos.

### **III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

Para los fines del presente informe planteamos los siguientes problemas jurídicos que pueden desprenderse del caso desarrollado en el Recurso de Nulidad N. 2124-2018/LIMA: (i) criterios aplicables para la imputación objetiva en el delito de peculado; (ii) alcance de la imputación objetiva en estructuras organizadas; (iii) aplicación de los criterios de exclusión de imputación objetiva en el Recurso de nulidad; y, (iv) cuestiones relacionadas con la autoría y participación: la participación de extraneus.

#### **3.1 Los criterios aplicables para la imputación objetiva en el delito de peculado**

##### Interpretación del criterio riesgo permitido en delitos de infracción de deber

En cuanto a los criterios de imputación objetiva, en primer lugar, la Sala penal adopta la posición doctrinaria que califica al delito de peculado como uno de infracción de deber y no de dominio, puesto que se fundamenta en los deberes que se imponen a los sujetos activos en atención a su posición respecto de ciertos bienes jurídicos. Esta postura es advertida cuando la Sala Suprema señala en sus fundamentos: “el dato relevante no es el dominio del hecho del autor o si el obligado coadyuvó para la producción del resultado típico, sino el quebrantamiento de los deberes que le impone la institución positiva” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019 fundamento 12). De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye: “lo que debe demostrarse es si el funcionario público competente cumplió o no con su deber positivo y, asimismo, que materialmente llevó a cabo la realización de la conducta exigida por el tipo delictivo” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019 fundamento 12).

##### Interpretación de los criterios de prohibición de regreso y principio de confianza. -

En segundo lugar, advertimos que, para efectos de determinar la exclusión de la responsabilidad penal de algunos de los imputados, que los agrupa bajo la denominación de “capas inferiores”, la Sala Suprema aplicó el criterio referido a conductas neutrales.

Así, al referirse a uno de los imputados hace la siguiente mención: “Las funciones que desempeñaba, como oficial subalterna, no eran directivas (...) en ese ámbito tuvo una *intervención neutral* [énfasis agregado] (...)” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019 fundamento 18).

En otra parte de su análisis, la Sala Penal vuelve a referirse a las conductas neutrales como parte de su justificación para eximir de responsabilidad penal: “... por el limitado alcance de las competencias asumidas no es habitual fundamentar la responsabilidad en esta clase de funcionarios subalternos .... y es en donde pueden encontrarse múltiples *conductas neutrales* (énfasis agregado)” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019 fundamento 15).

De otro lado, la Sala Penal en uno de sus considerandos, cuando desarrolla su razonamiento respecto a los alcances de responsabilidad en el plano horizontal de una organización, donde normalmente interactúan los miembros de las “capas inferiores” de la institución castrense, hace alusión al principio de confianza señalando que: “en cuya virtud el garante primario podría confiar en el correcto desempeño de la actividad del garante especializado, por lo que carecería del deber de vigilar su desempeño” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019 fundamento 15). En atención a ello, la Sala Penal no precisó la aplicación de uno u otro criterio de imputación.

Frente a esta situación nos planteamos abordar doctrinaria y jurisprudencialmente los criterios de prohibición de regreso y principio de confianza, y delimitar sus alcances de aplicación como criterios de imputación o de exclusión objetiva.

### **3.2 Alcance de la imputación objetiva en estructuras organizadas**

Como segundo problema jurídico que hemos identificado, y, habiendo determinado el marco teórico respecto de los alcances de los criterios de imputación objetiva abordados por la Sala Penal, consideramos relevante determinar el alcance de las mismas en estructuras jerárquicas estatales, donde existen relaciones horizontales y verticales, como la que se presenta en el Ejército. Ello, obedece a que la Sala Penal habría atribuido, y, en algunos casos, habría eximido de responsabilidad penal a los miembros del ejército involucrados en el delito de peculado por apropiación, sobre la base de los criterios de prohibición de regreso y principio de confianza, utilizándolos como categorías complementarias o semejantes.

Dada la complejidad existente en este tipo de estructuras organizacionales, que son espacios en donde es inevitable la confluencia o coordinación de un sinnúmero de

conductas o comportamientos, en diferentes planos y/o niveles de jerarquía, la comisión de eventuales ilícitos penales puede dificultar la determinación de la responsabilidad penal, más aún en los casos de delitos cometidos en contra de la administración pública. Circunstancias que podrían confundir, propiciar o, en algunos casos, hasta impedir la aplicación de los criterios prohibición de regreso y principio de confianza; más aún cuando dichas categorías han sido creadas inicialmente para el ámbito de empresas privadas o corporaciones, que tienen un tratamiento diferente al de la administración pública. Tales distinciones, como, por ejemplo, la forma de asignación de funciones, la naturaleza de los deberes, o de las posiciones de garante, involucrados en uno u otro caso, pueden tener incidencia en su aplicación. Por tal razón, consideramos pertinente abordar este aspecto como una problemática a desarrollar en el presente informe.

### **3.3 Análisis de la aplicación de los criterios de exclusión de imputación objetiva en el Recurso de Nulidad**

Como tercer problema a abordar y, habiendo delimitado teóricamente los alcances de las categorías de exclusión o imputación objetiva y empleados por la Sala Penal en la sentencia objeto del presente informe, así como habiendo definido su ámbito de aplicación en estructuras jerárquicas, en esta parte analizaremos el razonamiento que utilizó la Sala Suprema a la hora de determinar o eximir de responsabilidad a los imputados. Para tales fines, mantendremos la clasificación que empleó la Corte de acuerdo con el nivel de rango que ostentaban en la institución militar.

En un primer momento nos ocuparemos de aquellos oficiales del Ejército del rango alto e intermedio de las denominadas “capas superiores”, como lo denomina la Sala Penal; y, en un segundo momento, a los que la Sala Suprema denominó “capas inferiores”, conformados por personal de menor rango oficial y suboficiales.

Lo que pretendemos en esta parte es evaluar, a la luz del marco teórico definido en acápite previos, si la postura que adoptó la Sala respecto de las categorías es consistente dado que hemos advertido una serie de posiciones que nos parecen en cierta medida contradictorias.

Tal situación se presentaría, por ejemplo, cuando la Sala Penal analiza la imputación objetiva del personal del Ejército de menor jerarquía que estaría ubicado en lo que denomina “capas inferiores” y que, al fundamentar sus decisiones para eximirlo de responsabilidad, sostiene que, a pesar de tener conocimiento de los hechos delictivos,



asume que el solo hecho de ser personal auxiliar le impide tener alguna intervención en el hecho delictivo:

“- sabía de lo ilícito de esa orden ... pero ello por su nula intervención en el proceso delictivo de apropiación que tuvo lugar -que no estaba a su alcance hacerlo, dado su grado (*personal auxiliar del Ejército*) (...) no puede atribuírsele competencia para imputarle el delito de peculado [énfasis agregado]” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019 fundamento 17).

### **3.4 Cuestiones relacionadas con la autoría y participación: la participación del extraneus**

Un cuarto tema que consideramos relevante para evaluar como problema jurídico lo constituye el referido al título de imputación que se debe atribuir a los intervinientes en la comisión del delito de peculado. En la sentencia la Sala Penal concluyó que los encausados fueron condenados como autores, específicamente autores paralelos, y no en calidad de coautores como lo hizo el tribunal de primera instancia. Ciertamente, la Sala Suprema, para efectos de abordar la imputación en el presente caso, adoptó la postura que atribuye un carácter personalísimo e independiente a los delitos de infracción de deber, como lo sería el delito de peculado por apropiación. Y, como consecuencia de ello, la Sala Penal llega a la conclusión que “no es posible admitir la coautoría entre los obligados especiales” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019 fundamento 13) dando lugar para los casos de intervención de dos o más sujetos especiales a la figura de los autores paralelos. Finalmente, otro aspecto relacionado con la autoría y participación que nos parece conveniente desarrollar como problema jurídico es la figura del extraneus, la cual si bien no fue materia de análisis por parte de la Sala, consideramos conveniente evaluar la participación que tuvieron algunos agentes externos a la estructura militar, como lo fueron ciertos titulares de grifos particulares; en razón de que, en algunos casos, almacenaron dentro de sus instalaciones combustible que fue desviado ilegalmente y, en otros casos, suscribieron actas en las que dieron cuenta de haber recibido cantidades mayores de combustible cuando en la realidad recibían menos o inclusive no las recibían.

## **IV. RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

Previamente a la resolución de los problemas jurídicos que hemos planteado, consideramos conveniente realizar un breve análisis dogmático penal sobre los alcances de la estructura típica del delito de peculado recogidos en nuestro ordenamiento jurídico.

### Respecto a la configuración del delito de peculado. -

La tipificación del delito de peculado se encuentra ubicada en el artículo 387 del Código Penal vigente, aprobado mediante Decreto Legislativo 635 publicado el 8 de abril de 1991 (“Código Penal”). Desde su concepción ha sufrido diversas modificaciones. Es el caso que, al momento de ocurridos los hechos materia de análisis (2006), se prescribía un texto diferente al original, en los términos siguientes:

"Artículo 387.- El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años” (Ley N° 26198, 1993).

Posteriormente, el texto del artículo 387 del Código Penal sufrió diversas modificaciones, destacando entre ellos, los referidos al incremento del número de años para los límites mínimos y máximos de la pena privativa de la libertad, la incorporación de la inhabilitación para el ejercicio y obtención de un cargo público como una nueva modalidad de pena limitativa de derechos, y, la inclusión de supuestos adicionales de agravantes a la pena, publicándose su última modificación en abril de 2021. Es así que el texto actual del delito de peculado se tipifica de la siguiente manera:

"Artículo 387. Peculado doloso y culposo

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos

1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
2. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo.
3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.
4. El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa” (Ley 31178, 2021).

Sobre el bien jurídico protegido específico en el delito de peculado. –

#### Bien jurídico protegido general

En principio, debemos señalar que el delito de peculado se encuentra ubicado en el Título XVIII del Código Penal referido a los delitos contra la administración pública. Para efectos del presente informe, definiremos a la administración pública “como aquella actividad que los funcionarios y servidores públicos desempeñan para que un Estado constitucional y de Derecho pueda cumplir con su rol prestacional” (Montoya, 2015, p. 36).

En segundo término, con relación al bien jurídico en los delitos contra la administración pública, existen dos ámbitos de protección. De un lado, se encuentra lo que la doctrina denomina bien jurídico protegido general, y, de otro, el bien jurídico específico.

Respecto al primero, existe consenso en la academia al señalar que “el bien jurídico protegido general es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública” (Salinas, 2020, p.113). De lo que se trata, entonces, es que el Estado garantice la prestación efectiva de los servicios públicos y el cumplimiento de fines asistenciales que la ciudadanía requiere, los que se alcanzan a partir del correcto ejercicio de la función pública. La relevancia y rigurosidad con que se busca asegurar y alcanzar tales fines tiene sustento constitucional, conforme podemos apreciar del tenor del artículo 39 de la Constitución Política del Perú que dispone: “Todos los funcionarios públicos están al servicio de la Nación” (1993), y, es reforzada, con la reciente incorporación del artículo 39-A que reza “Están impedidas de ejercer la función pública, mediante designación en cargos de confianza, las personas sobre quienes recaiga una sentencia condenatoria en primera instancia, en calidad de autoras o cómplices, por la comisión de delito doloso” (Ley 31043, 2020). Todo apunta a que el legislador ha querido imposibilitar que un sujeto involucrado en delitos contra la administración pública vuelva a valerse de la función pública para abusar de su poder y así impedir la realización de los fines encomendados, a través de la lesión del bien jurídico protegido general que es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública. Podemos concluir, por consiguiente, que el correcto funcionamiento de la administración, entendido en “sentido funcional” (Montoya, 2015, p. 36) tiene sustento y protección constitucional.

#### Bien jurídico específico

Con relación al segundo ámbito, al bien jurídico específico, existen varias posturas, siendo las más representativas las que a continuación se desarrollan:

Una primera postura doctrinaria afirma que el bien jurídico protegido es el patrimonio administrado por el Estado. A esta postura se adhiere el profesor Abanto (2003) cuando sostiene que: “El patrimonio del Estado se protege de manera especial, no solamente contra su lesión (peculado por apropiación), sino también contra el peligro de que esto pueda ocurrir en cuanto al destino que se les deban dar a los bienes públicos” (p.335). Sin embargo, este planteamiento es ampliamente criticado dado que se confunde el objeto del delito con el bien jurídico que merece protección. Además, hay que recordar que el delito de peculado es uno de infracción de deber mas no un delito contra el patrimonio.

Por su parte, la doctrina acoge una segunda postura que sostiene que el bien jurídico protegido sería el ejercicio regular de las funciones del servidor público. Esta posición también es criticada por cierto sector de la doctrina, por cuanto limita su alcance al interés jurídico general. En esta posición crítica se encuentra Salinas (2020), para quien este planteamiento:

“... no nos dice nada del bien jurídico específico, pues a lo más hace referencia al bien jurídico general que se constituye en el normal y recto funcionamiento de la administración, y ello tiene que ver con el hecho concreto de que *el sujeto público desarrolle en forma regular sus funciones públicas dentro de la administración* [énfasis agregado]” (p. 114).

La tercera postura parte de la premisa que el delito de peculado es uno de naturaleza pluriofensiva, es decir, con su comisión se lesionan dos ámbitos de protección. En atención a ello, por un lado, el bien objeto de protección es el patrimonio público; y, de otro lado, también lo sería el deber de probidad y lealtad para con los caudales del Estado. En similar sentido, el profesor Montoya (2015) sostiene que con respecto a los alcances del bien jurídico específico “se estarían protegiendo los principios de integridad y probidad en la administración o custodia del patrimonio gestionado por el Estado. Esta perspectiva bipartita del bien jurídico ha sido acogida por la jurisprudencia nacional” (p. 106). En esta misma línea de pensamiento, en el sentido que el delito de peculado es pluriofensivo, se encuentran los autores Rojas (2007, p. 480), Ugaz y Ugaz (2021, p. 97). De igual forma, a nivel jurisprudencial, se ha establecido la naturaleza pluriofensiva del delito de peculado. Ello puede advertirse en el desarrollo del Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, el cual haciendo suya la tesis que defiende la naturaleza del delito de peculado como uno pluriofensivo, señala lo siguiente respecto a los alcances del bien jurídico protegido en el delito de peculado:

“(...) el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico - penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad o probidad” (2005, Fundamento 6).

Por su parte, en el caso que nos ocupa en el presente informe la Sala Penal también adoptó esta última posición cuando al referirse al bien jurídico protegido señaló que éste es: “el



correcto funcionamiento de los servicios públicos en base al mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y a una correcta gestión del patrimonio público” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019 fundamento 15).

Recientemente, el Acuerdo Plenario N° 7-2019/CIJ-116 haciendo referencia a uno anterior, reafirma la naturaleza pluriofensiva del delito de peculado:

“como fruto del acuerdo de la Sala Suprema surge la tercera teoría, en que el bien jurídico específico protegido es la no lesividad de intereses patrimoniales de la administración pública y la evitación del abuso de poder del funcionario o servidor público que no debe quebrantar los deberes funcionales de lealtad y probidad (por tratarse de un delito pluriofensivo)” (2019, Fundamento 18).

En cuanto a nuestra posición, nos adscribimos a la tesis de la pluriofensividad desarrollada por el profesor Montoya, en la línea que en el delito de peculado el bien jurídico tiene un doble ámbito de protección, pues, no solo comprende a los intereses patrimoniales estatales, sino adicionalmente a los deberes de probidad e integridad, este último, entendido como el uso adecuado de los fondos para el cumplimiento de sus objetivos, que fundamentan la correcta gestión pública y que puedan verse lesionados cuando el funcionario público incumple dichos deberes al abusar del poder que se le ha conferido en atención a su cargo.

En relación a la protección de los intereses patrimoniales, consideramos que estos deben ser entendidos en sentido funcional, en tanto los recursos estatales requieren de una especial protección para brindar los servicios y prestaciones que la ciudadanía requiere.

Sobre los elementos del tipo penal del delito de peculado. –

Sujeto activo de la acción

Un primer elemento del tipo a considerar es el sujeto activo descrito en el artículo 387 del Código Penal, tanto en el vigente como en el que regía en 2006, es el funcionario o servidor público. El alcance respecto de las personas comprendidas en dicha categoría se describe en el numeral 5 del artículo 425 del mismo cuerpo legal, cuyo texto vigente en el año 2006 fue el siguiente:

“Artículo 425.- Se consideran funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.



2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.” (Ley 27613, 1996).

Como puede apreciarse, para el momento en que se dieron los hechos considerados en la sentencia calificaron como funcionarios o servidores públicos los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; con lo cual, no cabe duda que los miembros del Ejército peruano están comprendidos en dicha calificación; por tanto, están ligados a la función pública y son portadores de los deberes especiales que ejercen a través de la administración pública. Este estatus no ha sido modificado por los últimos cambios introducidos al artículo 425 mediante la Ley 30124 publicada el 13 de diciembre de 2013; por el contrario, en virtud de dicha disposición normativa se incorporaron más sujetos dentro de la definición de funcionario o servidor público, como es el caso de aquellos que mantienen vínculo laboral o contractual con empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

#### Modalidades de peculado

Un segundo aspecto lo constituyen las modalidades del delito de peculado. De la lectura del artículo 387 del Código Penal, tanto en su texto actual como en el que tuvo el 2006, se describe dos modalidades de peculado: uno por apropiación y otro por utilización.

#### Con respecto al peculado por apropiación

De acuerdo con la doctrina mayoritaria el peculado por apropiación se configura cuando: (i) el funcionario público se atribuye el poder de disposición de los caudales públicos que le fueron confiados por razón de su cargo, como si fuera el propietario; y, (ii) los desvía

del dominio de su titular. Este segundo elemento se traduce en la desposesión definitiva de los caudales públicos de la titularidad del Estado.

Ahora bien, debemos señalar que para que sea posible la apropiación es necesario que el servidor público tenga los bienes a su disposición, el cual, para estos propósitos, se entenderá como disposición jurídica, por razón de su cargo, y no necesariamente a una posesión material del bien, conforme ya lo ha establecido el Acuerdo Plenario N°4-2005/CJ-116 al que abordaremos más ampliamente en un acápite posterior.

De otro lado, en cuanto a la conducta desplegada por el sujeto activo en la comisión del delito, el profesor Abanto (2003) sostiene que “La conducta del funcionario peculador no puede entenderse sino como la de una apropiación *sui generis*, porque él no sustrae los bienes, ellos ya estaban en su poder de disposición en función de su cargo” (pp. 341-342). En atención a ello, podemos señalar que el funcionario público no necesita sustraer los bienes o caudales públicos porque ellos ya estarían en su esfera de dominio.

Luego tenemos que, para que el funcionario público se apropie de los efectos o caudales, se debe de cumplir con el requisito que éstos le hayan sido previamente encomendados en calidad de percepción, administración o custodia, por razón de su cargo, situación que explica que el funcionario esté en la capacidad de disponer de los bienes. Dicho de otro modo, de lo que se trata es que:

No cualquier funcionario o servidor puede incurrir en delito de peculado. Es presupuesto necesario de partida, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, que los bienes se hallen en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo (Queralt, 1997, como se citó en Rojas, 2007, p. 484).

En cuanto al propósito por el cual se confían los caudales al funcionario público, el tipo penal describe que son tres: percepción, administración o custodia. El término “percepción”, para el presente contexto puede comprender diversas acepciones, tales como la acción de recaudar, cobrar, recabar y otras formas de recibir caudales, de diversas fuentes y de origen lícito, entre otras. Para estos propósitos, conforme señala Rojas (2007), son sujetos que perciben caudales “tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes en razón de sus cargos, como los que recaudan, del ámbito externo a las administraciones públicas, contribuciones rentas o impuestos que ingresan a los fondos fiscales y/o público en sentido amplio” (p. 488). Sobre el término “administración”,

podemos decir que este tiene una acepción muy amplia, que le otorga al funcionario un considerable margen de actuación para disponer de los efectos o caudales públicos que le confiaron por razón de su cargo. Según Abanto (2003), el Código Penal peruano se adscribió a la doctrina argentina que alude al término “administración” como “la facultad de disponer de los bienes para aplicarlos a finalidades, legalmente determinadas” (p.353). Por su parte, Chanjan (2014) sostiene que “La administración dota al funcionario de unos poderes de disposición patrimonial que no tiene el que simplemente percibe o custodia bienes públicos” (p. 90).

#### Con respecto al peculado por utilización

La otra modalidad descrita en el tipo penal 387 es el peculado por utilización, llamado también por distracción, que se produce cuando el servidor o funcionario público hace uso y disfruta de los efectos o caudales públicos sin el ánimo de apropiarse de ellos. Bajo esta modalidad, el funcionario se lleva el bien a su esfera privada para utilizarlo por un espacio de tiempo, y luego lo retorna a la esfera de la administración pública.

Como se puede apreciar, en esta modalidad el funcionario público abusa del poder de disposición que se le otorga por razón de su cargo, pues, sustrae los bienes que el Estado le ha confiado para utilizarlos como si fueran bienes de su titularidad y de su entera disposición. Finalmente, el tipo penal describe que la apropiación o utilización puede ser en beneficio personal o de otros.

#### La interpretación del elemento por razón del cargo y su relación con los caudales públicos.-

Otro de los elementos que el tipo penal de peculado exige es la vinculación funcional con los caudales públicos, esto es, que estos últimos le hayan sido confiados por razón de su cargo, ya sea bajo la forma de percepción, administración o custodia, conforme se desprende del texto del artículo 387 del Código Penal.

Ahora bien, respecto al tipo de disponibilidad requerida que debe tener el servidor público con relación al objeto material del delito (los caudales), a nivel jurisprudencial se ha definido de manera clara y expresa que bastaría con que ésta fuera de naturaleza jurídica, no necesariamente fáctica. Así, el Acuerdo Plenario N°4-2005/CJ-116 señala que:

“no es necesario que (...) el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente, que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario

o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública” (2005, Fundamento 6).

De esta manera, en el plano jurisprudencial ya ha quedado claramente establecido que el tipo de disponibilidad que se exige respecto al objeto material del delito no se agota en uno de naturaleza fáctica, pudiendo ser jurídica. Saludamos esta aclaración efectuada por la Corte Suprema en atención a que se considera la forma de organización en la que usualmente se desenvuelve el servidor público, donde opera la delegación de funciones y en las que el superior jerárquico no necesariamente tendría una disponibilidad material con el objeto del delito, pero sí una de naturaleza jurídica.

Con relación a la vinculación funcional con los caudales públicos en los delitos de peculado, un sector de la doctrina señala que “se descartan los supuestos de mera ocasionalidad en la gestión del bien o la costumbre *contra legem*” (Chanjan, 2014, p. 76), por consiguiente, “no basta con que los bienes estén confiados al sujeto activo por su condición general de funcionario público, sino que, como lo exige el tipo penal expresamente, deben estar en su competencia “por razón de su cargo específico” (Chanjan, 2014, p. 77). En atención a ello, la facultad de libre disposición sobre el bien se le confiere en atención a la ley, no solamente por su mera condición de funcionario público; es decir, en virtud de una competencia funcional específica que le es proporcionada normativamente se le habilita al sujeto activo para disponer de los caudales públicos.

Por otro lado, para otro sector de la doctrina, en determinadas circunstancias no sería exigible una competencia funcional específica que habilite al funcionario público disponer de los caudales públicos. Siguiendo esta línea de pensamiento la Sala Penal se ha pronunciado en el caso objeto del presente análisis, cuando citando jurisprudencia española señala en uno de sus considerandos:

“Más allá de los encargos reglamentarios específicos (...) lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos sometidos a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente público o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso o de la práctica administrativa dentro de aquella estructura” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019, fundamento 12).

Como se puede apreciar, para la Sala Penal bastaría “que la posibilidad de disposición se deba a una situación de hecho derivada de la costumbre o práctica que se da dentro de una estructura administrativa” (Recurso de Nulidad N. 2124-2018,2019 fundamento 12).

Al respecto, debemos señalar que, en principio, no compartimos el razonamiento que efectúa la Sala Penal respecto al alcance de la vinculación funcional que debe ostentar el funcionario público con relación a los caudales en atención a que, por un lado, el acuerdo plenario es claro al señalar que no basta con ostentar la cualidad de servidor o funcionario público, sino que se requiere de una competencia funcional específica, léase disposición normativa, que lo habilite para disponer libremente de los caudales públicos, ya sea que ésta sea jurídica o fáctica. No cabría, entonces, conforme a la descripción del tipo penal vigente que la posibilidad de disposición provenga de situaciones de hecho derivadas de la costumbre o de la práctica que se pueda generar en el seno del aparato estatal. Sin embargo, ante los reiterados casos de usurpación de las funciones de las más altas autoridades que se vienen presentando en los últimos años, bajo la absoluta anuencia y permisividad de ellos, cabría replantearse esta postura a fin de permitir ampliar excepcionalmente el alcance de la vinculación funcional a fin de no dejar impune este tipo de conductas, como ya un sector de la doctrina lo viene proponiendo.

#### Objeto material de la acción del delito de peculado

En el delito de peculado, el objeto de protección sobre el que recae la acción típica es el patrimonio del Estado, estos bienes lo constituyen los efectos o caudales públicos. Somos de la opinión que para la aplicación del artículo 387 los efectos o caudales deben ser bienes susceptibles de contenido patrimonial.

#### Perjuicio patrimonial y consumación del delito

En nuestro medio existe una discusión respecto a si el perjuicio patrimonial constituye o no un elemento objetivo para tipificar una conducta como delito de peculado. En otras palabras, si la existencia de un perjuicio patrimonial para el Estado es una condición necesaria para la configuración del delito de peculado.

Un primer sector doctrinario sostiene que “si en la conducta (...) no se verifica el elemento objetivo “perjuicio patrimonial”, la conducta será irrelevante penalmente por atípica” (Salinas, 2011, p. 304). En el caso de los delitos por peculado por apropiación, esta postura se fundamentaría en el hecho que con la conducta de apropiación que ejercen los servidores públicos, éstos “permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el



bien y este no cumpla su finalidad propia y legal” (Salinas, 2011, p. 303), al destinar los caudales o efectos para beneficio propio o de otros. Bajo este razonamiento, se configura o se consuma el perjuicio patrimonial inmediatamente después que se verifica la salida del bien de la esfera del Estado o cuando éste pierde su disponibilidad sobre el mismo, situación que será evidenciada con la correspondiente valorización que se practique mediante una auditoría o pericia contable.

Esta posición ha sido adoptada mayoritariamente por nuestras judicaturas, tanto en lo referente a exigir el perjuicio patrimonial para la consumación del tipo penal como en cuanto a solicitar que dicho menoscabo sea probado a través de una pericia de valuación o contable. Así sucedió con el caso materia del presente informe, en que la Corte sostuvo que el perjuicio “(...) se configura cuando se separa el bien público de la esfera de la Administración Pública -el resultado típico es la pérdida contable de los bienes públicos (...) que requerirán [los bienes públicos] la correspondiente Auditoría Gubernamental o, en su defecto, una pericia contable” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019, fundamento 12).

Un segundo sector de la doctrina postula que el elemento objetivo “no exigiría un perjuicio o menoscabo patrimonial, sino un resultado en el sentido de separación del bien de la esfera de la Administración Pública” (Creus, como se citó en Abanto, 2003, p. 354) para su consumación. Se fundamenta esta posición en el hecho que en determinadas circunstancias puede darse el caso que no se materialice el perjuicio patrimonial, e inclusive la conducta pueda producir beneficios para el Estado en un lapso de tiempo, no obstante, se haya configurado un resultado lesivo para la administración al incumplir el funcionario con sus deberes de lealtad y probidad que fundamentan la correcta gestión pública.

Sobre esta misma línea argumentativa referida a la no exigencia del perjuicio económico como elemento objetivo del tipo, también tenemos a Chanjan (2020) y otros quienes sostienen que: “Para la configuración del delito de peculado no se requiere la constatación de un desmedro o perjuicio patrimonial efectivo de los caudales o efectos públicos” (p.16). Sustentan su posición en atención a lo establecido en el artículo 12 de la Convención Interamericana contra la Corrupción (1997) y el artículo 3 la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004), en virtud de los cuales ambos convenios “rechazan la exigencia de un desmedro patrimonial de los caudales o efectos públicos”



(Torres, 2022). Cabe resaltar que, al tratarse de normas de rango constitucional, son de cumplimiento obligatorio por parte de todos los tribunales peruanos.

En atención a lo expuesto, consideramos que bajo esta última perspectiva para la consumación del delito de peculado por apropiación ya no sería necesario solicitar la auditoría o pericia contable para efectos de determinar la existencia de un perjuicio o menoscabo patrimonial, pues bastaría acreditar el incumplimiento del deber de lealtad y probidad del funcionario público en el cumplimiento de sus funciones especiales; es decir, para su configuración se debería evaluar “la existencia o no de un abuso en el ejercicio de la función pública con respecto a la gestión de dicho patrimonio” (Torres, 2022).

A continuación, tras haber concluido con el desarrollo dogmático de los aspectos generales del delito de peculado, abordaremos la resolución de los problemas jurídicos que hemos identificado para el desarrollo del presente informe.

#### **4.1 Los criterios aplicables para la imputación objetiva en el delito de peculado**

Como aspecto preliminar debemos señalar que, para el desarrollo de los criterios de imputación objetiva que analizaremos en el presente apartado, hemos considerado conveniente considerar los postulados propuestos por el profesor Jakobs sobre la asignación de determinados roles (negativos o positivos) que definen el ámbito de competencias o de responsabilidad de las personas; ello, por cuanto entendemos que la Sala Penal, sobre la base de dichos postulados, fundamenta gran parte de su razonamiento jurídico, para imputar o excluir de responsabilidad penal a los miembros del Ejército involucrados en el delito de peculado, objeto del presente informe.

Bajo estas consideraciones previas, y tal como se podrá ver en los párrafos siguientes, en atención a la diferente naturaleza que fundamentan a los roles, apreciaremos cómo se asigna a sus titulares un particular estatus o ámbito de competencias, una posición como garante respecto al bien jurídico; y, el alcance de la aplicación de los criterios de imputación objetiva de responsabilidad penal, en atención a dicha posición.

En palabras de Jakobs (1997), para atribuir una responsabilidad penal a una conducta o comportamiento, debemos tener en cuenta que dicha atribución “siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol” (p. 71). Dichos roles, siguiendo los postulados de Jakobs, pueden distinguirse entre roles o deberes generales y roles o deberes especiales.

Con relación al rol o deber general, retomando las definiciones de Jakobs (1997), debe entenderse como “el rol de comportarse como una persona en Derecho, es decir, el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios” (p. 72). Dicho rol común o general, conocido en doctrina como rol de ciudadano, impone su vez, ciertos deberes a todas las personas desde la perspectiva de relación negativa que tienen en función con el bien jurídico; es decir, el deber que exige a toda persona no afectar o lesionar el bien jurídico de otros. Así, los roles o deberes generales asignan a sus titulares un estatus general de ciudadano, el que, a su vez, configura:

“... la competencia por organización .... [en virtud de la cual] Todos tienen que asegurar su propia organización de tal modo que de ella no se desprendan riesgos que excedan del nivel de lo permitido. Todo ordenamiento regulador de la existencia de personas, esto es, todo orden social, contiene como mínimo el deber que se impone a toda persona de no dañar a otra persona. No existe la expectativa de que todos prestarán ayuda a todos, sino sólo la expectativa de que no se perturbarán [énfasis agregado]” (Sessano, 2006, p. 3 - 4).

Como se puede apreciar, los deberes generales que regulan la convivencia social imponen un deber general negativo con relación al bien jurídico ajeno, bajo la máxima doctrinaria y ampliamente conocida como *neminem laedere*, que se traduce en no perturbar o invadir el ámbito de organización de los demás, sin requerir la existencia de una relación previa entre sujeto y bien jurídico, o la necesidad de una norma específica que así lo disponga. Se trata simplemente del orden mínimo que se requiere para que las personas puedan organizarse en armonía con la sociedad.

De esta manera, al incumplimiento de tales deberes negativos le corresponderá una atribución de responsabilidad penal por su estatus general o por su ámbito de organización, mas no por una relación especial o positiva que se tenga de manera previa con el bien jurídico. Dicha responsabilidad tiene su correlato en lo que la doctrina comúnmente lo denomina como delitos de dominio o comunes, o delitos en virtud de responsabilidad por organización. En estos ilícitos “es el comportamiento delictivo el que reúne al autor y a la víctima; si el delito no se hubiera producido, tampoco habría existido vinculación alguna entre ellos” (Sessano, 2006, p. 5).

En el segundo grupo, se encuentran los deberes especiales que se justifican porque el orden social en el que nos desenvolvemos está conformado por instituciones

preconcebidas jurídicamente, de donde emanan deberes y derechos para sus integrantes. Es por ello que en este tipo de roles existe una relación de carácter institucional y positiva, previa con el bien jurídico, y además impuesta por la normativa, establecida entre la persona a quien se le dota de la titularidad de los deberes especiales y el bien jurídico que se busca proteger. Son, por tanto, deberes positivos que emanan de la denominada competencia institucional, en virtud de la cual se asignan a los titulares del estatus especial ciertos deberes de protección al bien jurídico, a través de una institución positiva específica, en adición a los deberes comunes o generales que deben cumplir cuando configuran su propio ámbito de organización.

Podemos concluir entonces que “existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales ... [en atención a que] es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente [énfasis agregado]” (Sessano, 2006, p. 8 - 9). En esa misma óptica de razonamiento, Caro (2003) señala: “aquí el deber se dirige a un determinado obligado especial, no para que simplemente «no dañe» los bienes de los demás, sino para que *fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión* [énfasis agregado]” (Las instituciones positivas, párrafo 1). Tal es el caso de los deberes positivos que se imponen normativamente a los funcionarios públicos frente a la entidad que representan.

Por consiguiente, el incumplimiento de estos deberes positivos de protección o mejora de la situación de los otros, así como el deber de velar por la realización de las entidades públicas acarrearán, por ejemplo, en el caso de los servidores públicos, la correspondiente atribución de responsabilidad penal por competencia institucional; o lo que comúnmente se conoce en doctrina, responsabilidad por delitos de infracción de deber.

Habiéndose fijado los fundamentos que explican los diferentes roles que se han establecido para las personas, a continuación, repasaremos brevemente las teorías dominantes que sobre la imputación objetiva se han venido aplicando en la jurisprudencia nacional para resolver los delitos cometidos básicamente en el ámbito de la administración pública, ilícitos que además tienen la característica que se encuentran comprendidos por la doctrina mayoritaria dentro de la categoría de delitos de infracción de deber. Nos centraremos en los criterios de exclusión de imputación objetiva, sobre la base de los cuales efectuaremos el análisis respecto de las categorías utilizadas por la Sala

Penal en el Recurso de Nulidad N. 2124-2018 que es materia del presente informe jurídico.

#### **4.1.1 Criterio del riesgo permitido**

De acuerdo con el criterio de imputación objetiva propuesto por el profesor Roxin (1997) ésta se construye sobre la base del principio de riesgo, y puede resumirse en el siguiente postulado: “la imputación del tipo objetivo presupone la realización de un peligro [para el bien jurídico] creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo [énfasis agregado]” (p. 364). Bajo esta perspectiva teórica, tenemos que el sujeto activo responderá si mediante su conducta alejada de sus deberes o roles, crea un riesgo jurídicamente no permitido y materializa como resultado una lesión al bien jurídico protegido.

En sentido contrario, como se desprende de la postura de Roxin antes referida, en determinadas circunstancias corresponde excluir la imputación: (i) si el comportamiento del sujeto no supone la creación de un riesgo jurídicamente prohibido o, por alguna razón, (ii) no llega a producir un resultado lesivo al bien jurídico que se busca proteger. Adicionalmente, cabría excluirse de responsabilidad cuando se produce un resultado lesivo que no estaría comprendida dentro del ámbito de protección de la norma, como los supuestos de riesgos generados por la propia víctima o por terceros.

Para efectos de nuestro análisis, nos interesa detenernos en la categoría de riesgo permitido como uno de exclusión de la imputación objetiva, entendida doctrinariamente como aquella “conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo” (Roxin, 1997, p. 371).

La doctrina en el campo de los delitos comunes nos ilustra la aplicación del criterio de riesgo permitido con el ejemplo de la actividad del conductor de manejar vehículos automotores. Dicha conducta conlleva un riesgo penalmente relevante dado que potencialmente puede dañar un bien jurídico; no obstante, dicha actividad es tolerada o permitida por la utilidad o beneficios que ofrece para la sociedad en su conjunto. La relación del conductor con el bien jurídico no está previamente establecida, pues, ésta recién se configura cuando el riesgo no permitido genera un resultado lesivo a dicho bien. Si no se supera dichos límites no cabe atribuir responsabilidad por delitos comunes o por

competencia de organización, pues se actuaría dentro de lo permitido, dentro de su ámbito de organización.

En el campo de los delitos de infracción de deber, como los casos de delitos en contra de la administración pública, tal y como ya hemos acotado en párrafos precedentes, la relación entre el autor y el bien jurídico protegido es positiva, es decir, está previa y normativamente establecida. En este supuesto la imputación objetiva se configuraría con el quebrantamiento por parte del funcionario público de sus deberes especiales previamente determinados en su ámbito institucional. Así, en este tipo de ilícitos penales, al tratarse de delitos de infracción al deber, se crearía un riesgo penalmente prohibido cuando el servidor público "... infrinja su deber especial derivado de una posición oficial ..." (Roxin, 1997, p. 338), quebrantando así sus deberes positivos, que generalmente se encuentran plasmados en los manuales o reglamentos de organización de funciones, leyes orgánicas, directivas internas, entre otros.

En atención a lo planteado líneas arriba, en los delitos de infracción al deber lo que importa es si un sujeto ha infringido el ordenamiento normativo. En ese mismo orden de ideas, García (2012) afirma que en los delitos de infracción al deber la imputación objetiva a una conducta: "está constituida por el incumplimiento de un deber específico que exige una prestación positiva en el marco de una vinculación institucional" (p. 471). O, como también lo sostiene el profesor Caro (2006):

"(...) no es la mera calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en el autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la administración pública" (p. 5).

Desde esta concepción, por tanto, lo único que interesa es el universo de los deberes positivos. Siguiendo esta postura, el delito en virtud del ámbito o competencia institucional se configuraría con la sola infracción del deber positivo de la persona obligada, no siendo relevante si el delito es comisivo u omisivo, basta con la infracción de deber para que se consuma el delito.

Como contrapartida, si el funcionario público limita su libertad de actuación al fiel cumplimiento de sus roles especiales que le fueran previamente asignado, dicho comportamiento "se ubica así dentro del riesgo permitido o de una zona libre de responsabilidad jurídico-penal" (Caro, 2016, p. 37).



#### **4.1.2 Criterios de prohibición de regreso y principio de confianza**

De manera similar a lo postulado por Roxin, el profesor Jakobs aplica el principio de riesgo para la imputación objetiva del tipo, y propone que lo relevante es determinar si se le puede atribuir responsabilidad a un sujeto, quien incumpliendo con sus deberes a través de su conducta ha generado un riesgo no permitido y, como consecuencia de ello, ha producido un resultado típicamente relevante para el Derecho Penal. De allí que en sus construcciones teóricas también está presente el riesgo permitido como parte de su sustento para no imputar responsabilidad objetiva a un comportamiento penal y jurídicamente relevante.

Ahora bien, los casos en los que interviene una tercera persona, o de concurrencia de al menos dos intervinientes, son abordados por el profesor Jakobs a través de los siguientes criterios: (i) prohibición de regreso, (ii) principio de confianza y (iii) responsabilidad de la propia víctima, para determinar ante los casos de intervención de terceros a quiénes les correspondería la conducta riesgosa por haber incumplido con sus deberes y, en consecuencia, a quiénes se les imputaría objetivamente la responsabilidad por la comisión del delito. En el presente informe nos limitaremos a abordar las dos primeras categorías por su pertinencia para el análisis correspondiente que llevaremos a cabo en el acápite 4.1.3 posterior, respecto de la sentencia que es objeto del presente trabajo académico.

Previamente al desarrollo de la prohibición de regreso y el principio de confianza como criterios de imputación ante la intervención de terceros, consideramos conveniente recoger el aporte doctrinario que el profesor Maraver (2007) realiza respecto de dichas categorías, en el sentido que, si bien cada una de ellas tienen un propio ámbito de aplicación, ambas encuentran su propio fundamento a través del principio de autorresponsabilidad.

El planteamiento teórico que aporta Maraver (2007) parte por definir al principio de autorresponsabilidad como:

“(…) un principio que reconoce la posibilidad de dejar fuera del ámbito de actuación de un sujeto lo que es responsabilidad de un tercero. Constituye en ese sentido, un criterio de imputación o valoración que permite delimitar el ámbito de responsabilidad en los deberes negativos de no lesionar” (p. 294).

De conformidad con esta postura, el principio de autorresponsabilidad se desprende de la máxima *neminem laedere*, al cual aludimos en el acápite 4.1 y que se justifica en la



relación negativa que existe entre un sujeto determinado y el bien jurídico de un tercero, por el que se impone el deber negativo de no dañar el ámbito de competencias del otro. Es así que, por el principio de autorresponsabilidad, en línea con el razonamiento de la referida máxima, un sujeto solo responderá por los riesgos que surgen de su propio ámbito de responsabilidad, mas no por el ámbito de responsabilidad ajeno.

Sobre la base de estas consideraciones, para efectos de fundamentar tanto la prohibición de regreso como el principio de confianza, el principio de autorresponsabilidad actuaría:

“[en la prohibición de regreso] para delimitar negativamente la posición de garante o la posición de especial vinculación con el curso lesivo y, por otra parte, [en el principio de confianza] para delimitar negativamente el deber de cuidado *cuando se ostenta la posición de garante* o una de especial vinculación con el curso lesivo [énfasis agregado]” (Maraver, 2007, p. 293).

Esta precisión sobre el fundamento de la prohibición de regreso y del principio de confianza, como criterios de imputación objetiva independientes, nos servirá cuando abordaremos el ámbito de aplicación de las citadas categorías de imputación en los acápites siguientes.

Como último aspecto de esta breve introducción queremos hacer mención sobre la oportunidad en la aplicación de ambos criterios de imputación objetiva, bajo la postura que los sustentan en el principio de autorresponsabilidad. Nos referimos a que la delimitación negativa que, en virtud del principio de autorresponsabilidad, se emplea para determinar la posición de garante en la prohibición de regreso y el deber de cuidado en el principio de confianza, se dan en oportunidades o momentos diferentes; siendo que, en primer lugar, se delimita la posición de garante para luego delimitar los deberes de cuidado. En consecuencia, el principio de confianza solo podría ser invocado una vez que, en virtud de la prohibición de regreso, se haya determinado que el sujeto ostenta una posición de garante con relación al bien jurídico en riesgo.

#### **4.1.2.1 El criterio de prohibición de regreso**

##### Presupuestos para su aplicación

Hemos definido en el numeral 4.1.1 anterior el ámbito de los roles generales y especiales, que rigen la actuación de una persona en atención a su estatus general o especial; es decir, tanto en su ámbito de propia organización como en el ámbito institucional al que está vinculado de acuerdo con el tipo de relación (negativa o positiva) que lo une con el bien

jurídico. Asimismo, en el numeral 4.1.2 señalamos que la prohibición de regreso en tanto concreción o expresión del principio de autorresponsabilidad permite delimitar negativamente la posición de garante de una persona. Corresponde ahora abordar los ámbitos de aplicación para invocar la prohibición de regreso como causal de exclusión de responsabilidad jurídico penal.

Para el sector doctrinario que defiende la prohibición de regreso como una manifestación del principio de autorresponsabilidad, uno de los presupuestos para su aplicación es la intervención o presencia de terceras personas en el desarrollo del curso lesivo, lo que genera la existencia de un ámbito de competencias adicional o ajeno al propio ámbito de competencias que pertenece a un sujeto. En atención a ello, para poder delimitar negativamente la responsabilidad de un sujeto debe considerarse el ámbito de responsabilidad del tercero que interviene en el resultado lesivo; pues, cada quien será responsable de su propio ámbito de responsabilidad, mas no por el ámbito de responsabilidad de otro o del tercero. Nótese que, cuando se requiere la existencia de un ámbito de competencia ajeno, no basta la mera intervención de un tercero, sino que ésta debe implicar la continuación o control del curso riesgoso; es decir, que los riesgos ya no se encuentren en la esfera de actuación del sujeto o que ya no estén en su ámbito de competencia, sino que se encuentren bajo la absoluta responsabilidad del tercero, ajeno al sujeto. En atención a ello, para que opere la prohibición de regreso, debe haber, por tanto, una actuación del tercero que intervenga en la relación del sujeto con el curso riesgoso y que en virtud de ello lo excluya de tal responsabilidad; de lo contrario, no operaría la prohibición de regreso, dado que:

“Si media el comportamiento de un tercero, pero ese tercero, por alguna razón, no es responsable del riesgo, la relación que el primer sujeto tiene con la conducta del tercero es exactamente igual, desde un punto de vista valorativo, a la que tiene con cualquier otro factor condicionante del resultado lesivo, y no hay razón, por tanto, para establecer una prohibición de regreso” (Maraver, 2017, p. 303).

Asimismo, siguiendo esta línea de pensamiento que fundamenta la prohibición de regreso en el principio de autorresponsabilidad, para efectos de determinar su aplicación, la prohibición de regreso también presupone la existencia de una relación negativa con el bien jurídico.

En acápites previos vimos que, cuando repasamos la asignación de roles en los términos que emplea Jakobs, quien ostenta una relación negativa con el bien jurídico es garante de

controlar los riesgos que genera la libertad de actuación dentro del propio ámbito de organización, evitando que salgan los riesgos que puedan dañar las competencias o ámbitos de organización de otros. En atención a ello, se cumple con el rol de ciudadano. En ese sentido, cuando abordamos los tipos de roles en el numeral 4.1 anterior, señalamos que en los deberes negativos hay una relación negativa entre el sujeto y el bien jurídico ajeno, que se traduce en no perturbar o invadir el ámbito de organización de los demás; es decir, el ámbito de competencia por organización excluye al ámbito de organización del otro. Al respecto, es pertinente recoger el razonamiento del profesor Jakobs (1997) cuando señala cómo surge la prohibición de regreso:

“ ... quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano *aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida*. Por consiguiente, *existe una prohibición de regreso* cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida [énfasis agregado]” (Jakobs, 1997, p. 31).

En esta parte del análisis, podemos señalar que, en la prohibición de regreso, la delimitación negativa de la posición de garante permite que se responda únicamente por el incumplimiento a los deberes de garante de control de los riesgos de las propias actuaciones. Si el curso lesivo sale del ámbito de la responsabilidad de quien ostenta dicha posición de garante, o se interrumpe, por la intervención o actuación de un tercero, y este último asume la total responsabilidad sobre dicho riesgo, entonces quien tenía inicialmente la posición de garante de control ya no se es competente por los resultados lesivos de dicho curso riesgoso.

En estos casos, se aplica la prohibición de regreso “en virtud del cual el carácter típico de la conducta de los intervinientes delictivos únicamente es imputable a ellos sin posibilidad alguna de regresar, extenderse y alcanzar *a quien obró acorde a su rol estereotipado* [énfasis agregado]” (Caro, 2016, p. 40).

De allí la relevancia, para la aplicación de la prohibición de regreso, del presupuesto que exige la existencia de una relación negativa que el sujeto mantenga con respecto al bien jurídico, o de ostentar una posición de garante por organización o control de fuente de peligro; pues, de otro modo, como el caso de quien ostenta una posición de garante de protección o por competencia institucional, por tener una relación positiva o directa con el bien jurídico, no podría aplicar la prohibición de regreso.

Ciertamente, sobre este último punto, merece especial atención el caso de los delitos de infracción de deber, que se fundamentan en los deberes especiales o positivos, en virtud del cual la posición de garante es por competencia institucional; en la que no solo comprende garantizar el control de los riesgos que puedan salir del ejercicio de la libertad de actuación dentro del propio ámbito de organización sino, además, garantizar la protección, fomento o mejora del bien jurídico protegido y la consecución de la plena realización de las instituciones públicas, para así establecer un mundo en común. Y, es porque, en este caso, como lo resume Sessano (2006) “El autor responde de la existencia del bien (y no sólo de que la propia organización no afecte al bien menoscabándolo); el autor está obligado, en tanto que garante, a la tutela institucionalmente asegurada de un bien” (p. 13).

Para quien tiene una posición de garante de protección o de competencia institucional, no le basta actuar dentro de su ámbito de organización para evitar que los riesgos salgan de su esfera y pueda dañar un bien jurídico, sino que además se le obliga normativamente a realizar conductas o prestaciones positivas que busquen la protección de la existencia del bien, o evitar su menoscabo, por conductas de otros; de lo contrario, responderá porque se entenderá que “ha lesionado su deber institucional” (Sessano, 2006, p. 13).

De esta manera, un garante por competencia institucional no podría alegar prohibición de regreso, ni mucho menos conducta neutral en los términos que desarrollaremos en los siguientes párrafos; pues, no puede justificar su inacción o desentenderse dado que su posición de garante le exige no sólo controlar sino proteger al bien jurídico de los riesgos que se generan dentro o fuera de su ámbito de competencia, al ser parte de una institución en particular; puesto que, lo que le une con el bien jurídico es una relación de tipo positiva. Como consecuencia de ello, no requiere de la actuación o intervención de un tercero que medie en su relación con el curso riesgoso. Así lo sostiene Maraver (2017) cuando al desarrollar su postura respecto a la aplicación de la prohibición de regreso se refiere a quien ostenta una posición de garante de protección de la siguiente manera:

“Si el sujeto ostenta una relación directa con el bien jurídico no puede establecerse una prohibición de regreso porque su relación con el curso lesivo no se encuentra realmente mediada por la actuación de un tercero. En tal caso, el sujeto mantiene una relación positiva con el bien jurídico y es competente, con carácter general, de los riesgos que amenazan al bien jurídico, con independencia de cuál sea su

procedencia, siendo irrelevante, por tanto, que el riesgo surja del propio ámbito de organización del sujeto o del ámbito de responsabilidad de un tercero” (p. 303).

Desde nuestra posición, nos adherimos a la postura que defiende la prohibición de regreso como una expresión del principio de autorresponsabilidad, por cuanto al permitir la delimitación negativa de la posición de garante en relación con un ámbito de responsabilidad ajeno, podemos contar con un criterio general más objetivo de imputación de responsabilidad en circunstancias donde exista la intervención de terceros en el curso riesgoso. De esta manera, se podrían generar criterios estandarizados que permitirán reducir sentencias dispares cuando se deba dilucidar la atribución o exclusión de imputación penal en casos donde existan más de dos intervinientes en el acontecer de un curso delictivo.

#### Conductas neutrales

En principio, debemos sostener que éstas se definen como comportamientos que son inocuos para el Derecho Penal, por cuanto son en general comportamientos de una persona en el normal desarrollo de sus labores o roles, que no ostentan ninguna posición de garante, o que no cuenta con una relación especial con el curso riesgoso. En referencia a ello, la Ejecutoria Suprema 214-2019 sostiene que: “Las conductas neutrales son acciones que crean riesgos permitidos o jurídicamente tolerados y, aunque favorezcan en forma causal un delito, no alcanzan a constituir participación delictual” (2019, Fundamento 4.5).

Para un sector de la doctrina, que sigue la corriente del profesor Jakobs, las conductas neutrales son abordadas como una forma o modalidad especial de aplicación de la prohibición de regreso. Se presentan cuando un sujeto que actúa dentro de sus roles y, aún cuando no tiene posición de garante, se ve involucrado en un curso riesgoso debido a la intervención de un tercero que utiliza dicha actuación inocua o estereotipada para cometer un acto delictivo. En estos casos, podría invocar prohibición de regreso porque tuvo una conducta estereotipada, neutral, al margen de la mediación del tercero que incorporó su conducta en el curso riesgoso. En esa misma línea, e inclusive otorgándole fundamento a la conducta neutral para la aplicación de prohibición de regreso, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema cuando resolvió el Recurso de Nulidad N°. 1645-2018, SANTA ha señalado que:



“ ... la prohibición de regreso es “una teoría excluyente de la intervención delictiva de quien obra conforme con un rol estereotipado dentro de un contexto de intervención plural de personas en un hecho susceptible de imputación”. Con esto se desprende que *la prohibición de regreso se basa en un elemento fundamental: la neutralidad de una conducta realizada en el seno del ejercicio de un rol social* [énfasis agregado]” (2018, Fundamento 3.5).

En sentido contrario, un sujeto no podría invocar prohibición de regreso cuando no tuvo una conducta estereotipada, ni neutral. Situación que se presentaría si la conducta, saliéndose del cauce de la neutralidad, genera riesgos que contribuyen o favorezcan, de una manera u otra, la creación del riesgo penalmente no permitido y/o la realización del hecho delictivo. Por ejemplo, en el caso de laboratorio ampliamente utilizado, del taxista que interviene en el robo de un banco, quien inicialmente conduce bajo su rol de taxista y el debido respeto a la normativa de tránsito, y luego se prueba que no solo estacionó en sentido contrario, sino que en un momento posterior aceleró por encima de lo permitido y no respetó las señales de tránsito en su marcha posterior al ilícito.

Otro sector de la doctrina, representada por Maraver (2007) difiere de la postura de Jakobs y sostiene que, en el caso de la prohibición de regreso, se exige que exista un ámbito de responsabilidad ajeno y una relación negativa con éste (que no compartan el curso riesgoso por actuar coordinada o conjuntamente). En tal caso, el tratamiento para el sujeto diferiría de otro que adopta una conducta neutral, por cuanto el título de imputación que finalmente podría atribuírsele sería distinto; pues, sobre la base de este postulado, la atención no solamente se agota con el análisis de su conducta sino además debe considerarse la relación negativa que se debe mantener con el tercero.

#### **4.1.2.2 El criterio de principio de confianza**

Conforme lo expuesto en el acápite 4.1.2.1 del presente informe, mientras que, para efectos de determinar la aplicabilidad de la prohibición de regreso, cobraba importancia la delimitación o el alcance de la posición de garante respecto del bien jurídico protegido, en el caso del principio de confianza las consideraciones son otras; puesto que, conforme lo hemos adelantado en el acápite 4.1.2 previo, en el principio de confianza se presupone que el sujeto ya ostenta una posición de garante. De esta manera, cuando efectuamos el análisis de los presupuestos de aplicación del principio de confianza nos encontramos en un segundo momento del análisis de la atribución de responsabilidad penal del curso riesgoso.

Para este sector de la doctrina, que defiende la tesis de que, para la adopción de un principio de confianza como un criterio de imputación objetiva que pueda utilizarse como regla general, éste no podría fundamentarse en criterios generales de valoración. En lugar de ello, postulan que es a través del principio de autorresponsabilidad que se permitiría establecer un principio de confianza de aplicación general. Esta posición, se ve reforzada por la definición que hace el profesor Montoya respecto del principio de confianza cuando señala que éste es un criterio de exclusión de responsabilidad independiente y complementario, que permite delimitar el alcance de los deberes de cuidado, otorgados en virtud de una posición de garante y respecto de los deberes de cuidado de terceros, dado que la conducta de estos últimos podría influir en su extensión o alcance (2021, presentación 4, párrafos 1 y 2).

De acuerdo con esta última postura doctrinaria, conforme lo indicamos en la parte introductoria del presente acápite, el principio de autorresponsabilidad permite en el principio de confianza la delimitación negativa del deber de cuidado cuando ya se ostenta una posición de garante. En este orden de ideas, en tanto que es una manifestación del principio de autorresponsabilidad, parte de la premisa que el sujeto carece del deber de cuidar los riesgos que no son de su competencia, sino únicamente los suyos. En consecuencia, bajo esta óptica, la delimitación negativa de los deberes de cuidado permite establecer que: “por regla general, se puede confiar en la conducta correcta de los terceros porque no existe un deber de cuidar de aquello de lo que debe cuidar un tercero” (Maraver, 2007, p. 317).

Con relación a los presupuestos de aplicación del principio de confianza como causal de exclusión de responsabilidad jurídico penal, estos guardan correspondencia y similitud con los que detallamos para la prohibición de regreso, en tanto provienen de la misma técnica de razonamiento empleada por el principio de autorresponsabilidad para delimitar negativamente la posición de garante, que presupone la intervención de un tercero en el curso riesgoso, conforme de manera al siguiente detalle:

“En primer lugar, es necesario que exista un ámbito de responsabilidad ajeno, lo que significa que tiene que reconocerse la presencia de un tercero que cuente con un deber de cuidado con respecto a alguno de los aspectos que pueden condicionar la producción del resultado lesivo (*infra* 2.1). En segundo lugar, es necesario que el sujeto tenga una relación negativa con el riesgo, porque de lo contrario su relación no podrá verse alterada por la conducta del tercero; su deber de cuidado, por tanto,

tiene que poder definirse como un deber negativo que le obliga a controlar el riesgo del que es garante y no como un deber positivo que le obliga a anular ese riesgo (*infra* 2.2). En tercer lugar, es necesario que el sujeto tenga una relación negativa con el tercero; es decir, que no cuente excepcionalmente con un deber de cuidado frente a la conducta del tercero (*infra* 2.3). En cuarto lugar, debido a la posición de garante que ostenta el sujeto, es necesario que no haya circunstancias especiales que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero (*infra* 2.4)” (Maraver, 2007, 327).

De la relación de presupuestos para la aplicación del principio de confianza, un aspecto que llama la atención es el correspondiente al cuarto presupuesto, referido a la inexistencia de circunstancias especiales que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero; por cuanto, consideramos será de suma utilidad para efectos del análisis que efectuaremos cuando abordemos responsabilidad en estructuras jerárquicas, en particular, la actuación de personal militar que se encuentran en lo que el Tribunal denominó capas inferiores. De igual modo, en cuanto al tercer requisito o presupuesto, referido a la exigencia de una relación negativa entre el sujeto y el tercero ajeno, esto es, que no tenga deberes de cuidado frente a la conducta del tercero, desarrollaremos su alcance con mayor detalle cuando abordemos estructuras verticales, donde opera la delegación de funciones y deberes de control y vigilancia.

Para otro sector de la doctrina, que fundamentaría al principio de confianza en criterios generales de valoración, postula que los demás sujetos también son responsables en su actuar; por tanto, puede confiarse en que ellos actuarán de la misma manera responsable que uno lo hace (García, 2012, p. 419). Sin embargo, debe tenerse presente que este criterio asume que todos voluntariamente limitarán su libertad para adecuar sus conductas responsablemente, entendiéndose esto último en el sentido que cumplirán sus roles de manera voluntaria y responsable, en sociedad y conforme a Derecho.

Un aspecto que se desprende del párrafo anterior es que “no se trata de una confianza psicológica en el esperar de la conducta de un tercero, sino en la “confianza en el sistema”, o confianza normativa en el estándar de comportamiento de una persona en Derecho” (Caro, 2016, p. 38). Se exige, por tanto, un estándar mínimo de conducta con la cual sea posible confiar, evitando con ello dejar a la mera especulación o interpretación sobre el tipo de confianza a que se refiere el precepto en discusión; de tal manera que “Sólo así es válido confiar de modo incontrovertible en una expectativa de conducta reconocida por

el Derecho, ante cuyo incumplimiento sólo responderá el destinatario que quebrante dicha expectativa normativa” (Caro, 2016, p. 38). Una segunda restricción que se desprende es la referida al tipo de conducta que debe practicar el sujeto imputado y de la cual se genera una expectativa. Ciertamente, ésta debe enmarcarse conforme a sus roles y deberes de cuidado “de modo que si éste no ajusta su comportamiento a los niveles de riesgo permitido no podrá ser amparado por el principio de confianza” (Medina, 2010, p. 66).

De las posiciones expuestas respecto a los alcances del principio de confianza, consideramos pertinente adherirnos a la posición doctrinaria que la fundamenta en el principio de autorresponsabilidad, dado que permite brindar un carácter independiente y general como criterio de imputación, lo que nos permitirá con mayor nivel de objetividad evaluar su aplicación en estructuras organizadas estatales, que además revisten una mayor complejidad en cuanto a que la intervención de terceros se da en un escenario de relaciones horizontales y verticales de trabajo.

#### **4.2 Alcance de la imputación objetiva en estructuras jerárquicas**

Para los propósitos de determinar el alcance de la imputación objetiva en estructuras jerárquicas organizadas estatales, y conforme lo adelantáramos anteriormente, nos focalizaremos en los criterios de prohibición de regreso y principio de confianza, dado que aparentemente en atención a dichos criterios la Sala Penal atribuyó y, en algunos casos, eximió de responsabilidad penal a los miembros del ejército involucrados en el delito de peculado por apropiación.

Cabe mencionar que el mayor desarrollo doctrinario de la responsabilidad objetiva en estructuras jerárquicas se ha dado en el campo de las corporaciones o estructuras empresariales. Dicho ámbito es un espacio ineludible donde se presenta una convergencia de conductas entrelazadas unas a otras, en la medida que es inevitable la confluencia, coordinación e interrelación de funciones y responsabilidades entre sus miembros; y, por tanto, es alta la probabilidad de la intervención de terceros ante una eventual creación de riesgos penalmente no permitidos. Es, en buena cuenta, un espacio donde “las actividades se realizan a través de un complejo organigrama, basado en la división de funciones en el plano horizontal y en la relación jerárquica en el plano vertical” (Muñoz y García, 2010, p. 453).

Justamente por la forma cómo funcionan estas entidades, caracterizadas por un entrelazamiento de funciones y relaciones, horizontales y verticales, de arriba hacia abajo



y de abajo hacia arriba, es que surge una problemática a la hora de encontrar un criterio objetivo que permita atribuir responsabilidad por hechos delictivos que se cometan dentro de tales estructuras. Y es que, para la realización de los ilícitos, es inevitable la participación de más de un interviniente; e involucra, generalmente, la confluencia o coordinación de actividades en diferentes planos y/o niveles de jerarquía.

En los últimos años, dicha construcción teórica ha sido trasladada al campo jurisprudencial peruano para la resolución de casos de delitos cometidos en contra de la administración pública. Ello, por cuanto el aparato estatal burocrático no es ajeno a la presencia de estructuras organizadas, las que pueden encontrarse en sus diferentes niveles de gobierno, entiéndase gobierno central, local o regional, así como en la de otros poderes del Estado u organismos constitucionalmente autónomos, entre otros.

Sin embargo, y debido a la problemática antes descrita, a nuestro entender, los tribunales peruanos han recurrido y empleado dichos conceptos para atribuir responsabilidad, sin considerar las particularidades o diferencias existentes en la naturaleza de los roles de los autores y de los delitos involucrados entre una estructura de índole empresarial y una de carácter estatal; así como en lo referente a la determinación de un criterio estándar de imputación objetiva, a la hora de resolver casos de delitos en contra de la administración pública. Como resultado de ello, se han adoptado decisiones jurisprudenciales contradictorias y, en algunos casos, han aplicado las categorías o criterios de imputación objetiva de manera indistinta, como si fueran equivalentes en toda su acepción.

En atención a ello, en las siguientes líneas trataremos de aproximar, sobre la base del marco teórico expuesto en los acápites previos, el alcance de la responsabilidad en estructuras jerárquicas de las entidades públicas, considerando las especiales características y los deberes que enmarcan la actuación de los funcionarios públicos respecto al bien jurídico que se busca proteger a través de la dogmática penal.

#### **4.2.1 Alcance de la prohibición de regreso en estructuras jerárquicas públicas**

Cuando abordamos la categoría de prohibición de regreso en el punto 4.1.2.1 señalamos que, en caso de cumplir con los presupuestos para su aplicación, sí cabe invocar dicho criterio si es que el autor o autores ostentan una posición de garante de control de fuentes de peligro o por competencia de organización, en términos de Jakobs, por la especial relación negativa que lo une con relación al bien jurídico protegido en cuestión. De otro lado, también señalamos que, para un sector de la doctrina, cabe su aplicación en casos



de conductas neutrales, definidas como aquellas actuaciones estereotipadas y neutrales en todo el transcurso delictivo, desde la realización de la conducta riesgosa hasta la realización del acto lesivo del bien jurídico, a pesar de la existencia de la intervención de un tercero que incorpora dicha conducta en el curso lesivo, pues, “el que realiza una conducta neutral no puede ser responsabilizado penalmente por la utilización de su aporte en ámbitos que no organiza o por los que no se encuentra institucionalmente obligado” (García, 2012, p. 427).

De otro lado, señalamos que no es aplicable la prohibición de regreso en el caso de delitos de infracción de deber, cuando los autores ostentan una posición de garante de protección o por competencia institucional, que lo vincula de manera positiva con el bien jurídico. El autor, al encontrarse vinculado, previa y positivamente con el bien jurídico, tiene un deber institucional que le obliga no solo a actuar dentro de su rol en el ámbito de su organización para evitar que salgan de su esfera conductas riesgosas o lesivas, sino que además debe realizar conductas positivas tendentes a proteger su existencia o evitar su menoscabo, y buscar la realización plena de las instituciones estatales. Situación que se presentaría en el ámbito de los delitos en contra de la administración pública.

En este punto de análisis, por tanto, nos corresponde delimitar los alcances de la posición de garante que se confiere a un funcionario público en los delitos contra la administración pública, en los que se engloba al delito de peculado por apropiación. Conforme lo advertimos en acápites precedentes, el delito de peculado se encuentra ubicado en los delitos contra la administración pública y, asimismo, vimos que, en atención a los roles especiales o positivos, se les confiere a los funcionarios públicos una posición de garante por competencia institucional respecto del bien jurídico que se busca amparar.

De esta manera, previamente a abordar los alcances de la posición de garante por competencia institucional del funcionario público, consideramos conveniente recordar que, en los delitos contra la administración pública, existen dos ámbitos de protección del bien jurídico: (i) el bien jurídico protegido general, y (ii) el bien jurídico específico. En virtud del primero se buscaría proteger el recto desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública; y, por el segundo, por la naturaleza pluriofensiva del delito de peculado, el bien jurídico es la no lesividad del patrimonio público y también lo sería el deber de probidad y lealtad en la gestión de los caudales del Estado.

En atención a lo expuesto, atendiendo la naturaleza pluriofensiva del delito de peculado que le otorga una protección dual al bien jurídico, podemos inferir que el alcance de la

posición de garante por competencia institucional del funcionario público en los delitos de peculado, comprende: (i) en su plano general, una obligación de garantizar o velar por el correcto funcionamiento de la administración pública y (ii) en su esfera específica, el garantizar la no lesividad de los caudales o efectos públicos y, a la par, el garantizar la probidad e integridad en la custodia o gestión de dichos bienes.

Atendiendo a estas precisiones y consideraciones, la categoría de prohibición de regreso no podría ser invocada por el funcionario público, independientemente de su nivel o jerarquía, por cuanto al ostentar un estatus especial y mantener una relación positiva con el bien jurídico, se le imponen obligaciones positivas en relación con la institución a la que pertenece; y, como resultado de ello, se le asigna una posición de garante de proteger o velar, en todo momento, de los riesgos que amenazan el correcto funcionamiento de la administración pública. De esta manera, conforme lo sostiene Meini, (2008) “ (...) así como el nivel jerárquico, no son presupuestos ni requisitos para ejercer la función pública” (p. 13). A diferencia de un empleado de una corporación empresarial privada, el servidor público siempre tendrá una posición de garante, independientemente del nivel o ámbito al cual pertenezca dentro de una estructura organizativa pública estatal.

Sobre la base de dichas consideraciones, en tanto que en el caso de los funcionarios públicos a quienes previa y normativamente se le asignan deberes especiales, a los que les une una relación positiva, y no negativa, con relación al bien jurídico que se busca proteger en los delitos contra la administración, no cabe aplicar la prohibición de regreso, siendo irrelevante para estos efectos, si se encuentran en las capas inferiores, intermedias o superiores del organigrama institucional.

#### **4.2.2 Alcance del principio de confianza en estructuras jerárquicas públicas**

Una vez adoptada la posición que fundamenta el principio de confianza en la aplicación del principio de autorresponsabilidad para delimitar el alcance de los deberes de cuidado, pasaremos a abordar su aplicación en estructuras jerárquicas, como las que caracteriza al Ejército peruano.

##### Relaciones horizontales

La doctrina mayoritaria ha señalado como principal ámbito de aplicación del principio de confianza a aquellas relacionadas con relaciones horizontales que se desenvuelven dentro de estructuras organizacionales, puesto que ahí es donde se presenta una interrelación inevitable y necesaria de un sinnúmero de conductas que se basan en el reparto de

actividades o división de tareas. Asimismo, en dichas estructuras se puede apreciar cómo opera la delimitación de los deberes de cuidado de un sujeto, respecto de los deberes de cuidado de otro u otros, en el cumplimiento conjunto y coordinado de sus funciones. Ciertamente, en un escenario como el descrito:

“Los fenómenos de la división vertical y horizontal del trabajo son datos puramente fácticos que precisan una valoración jurídica desde el punto de vista de la existencia de deberes de cuidado con respecto a otras personas con las que se realiza una tarea común. Y en esa valoración jurídica juega un papel esencial el principio de confianza como límite de la imputación jurídico-penal” (Feijoo, 2000, p. 54).

Bajo el ámbito de las relaciones horizontales, el principio de confianza permite delimitar sin mayor problema los deberes de cuidado de una persona respecto de los deberes de cuidado de otra, en atención a que en dicha estructura opera la división del trabajo en función de la especialización y profesionalización. Sobre las ventajas de este tipo de estructuras para acotar los deberes ya lo había advertido Feijoo (2000) de la siguiente manera: “La división horizontal del trabajo, por ejemplo, facilita que cada especialista se pueda ocupar de su ámbito especializado sin perder energías controlando si la otra persona se comporta correctamente” (p. 55).

Al distribuirse y dividirse los roles por especialidad o aptitudes profesionales, entre miembros de una misma jerarquía, los deberes de cuidado son fácil y objetivamente delimitados; y, por consiguiente, la exclusión de responsabilidad de alguien que actuó dentro de su competencia y atendiendo sus deberes de cuidado podrá invocar el principio de confianza, independientemente que se hayan generado riesgos penalmente no permitidos y que involucren a otros miembros de la organización de su mismo nivel jerárquico.

### Relaciones verticales

En las relaciones verticales o estructuras jerárquicas el tratamiento difiere por cuanto opera la delegación de tareas o de funciones, lo que puede presentar alguna incidencia en la aplicación del principio de confianza: Ciertamente, “en los supuestos de división vertical del trabajo el principio de confianza tiene un alcance mucho más limitado para el “superior jerárquico” que en los supuestos de división horizontal en los que existe una relación de igualdad” (Feijoo, 2000, p. 55).

### Superiores jerárquicos

Una limitación para su aplicación en estructuras verticales, lo representa el incumplimiento de la exigencia del presupuesto de relación negativa con el tercero, o inexistencia de deberes de cuidado frente a la actuación de terceros, dado que en virtud de dicho requisito de aplicación se exigiría “que el sujeto tenga una relación negativa con el tercero y no cuente con excepcionales deberes de cuidado frente a la actuación del tercero, ya sean deberes de selección, instrucción, coordinación, control o supervisión” (Maraver, 2007, p. 335). Como se desprende del contenido de la cita del profesor Maraver, el inconveniente para los superiores se presentaría cuando, en la relación vertical, de arriba hacia abajo, tras la delimitación negativa que se haga de los deberes de cuidado respecto de los deberes de cuidado de sus subordinados, las actuaciones de estos últimos estén comprendidos dentro de los deberes de cuidado de selección, instrucción, control o supervisión del superior jerárquico. En tal situación no podría invocarse el principio de confianza.

En nuestra opinión, la aplicación del principio de confianza cobra más sentido en dirección de abajo hacia arriba que de arriba hacia abajo en una estructura jerárquica. Ello, por cuanto, por un lado, quienes están en los niveles más bajos de las estructuras jerárquicas podrán alegar principio de confianza por cuanto tendrían una relación negativa con sus superiores jerárquicos, en la medida que no contarían con excepcionales deberes de cuidado frente a las actuaciones de ellos, tales como los deberes de control o supervisión al que hemos aludido anteriormente, y, por otro lado, el menor nivel de responsabilidad que naturalmente se otorga a quienes se encuentren en los escalafones más bajos hace que tengan deberes de cuidado mucho más reducidos que los que se ubican en los escalafones de mayor jerarquía. La diferente gradualidad en el deber de cuidado que existe en una relación vertical es advertida por Medina (2010):

“Una regla básica de valoración en supuestos de reparto vertical de trabajo viene dada por la preparación de quien recibe órdenes. De este modo, cuantos menores sean la experiencia y preparación del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior, por lo que, en esa misma medida, menor será el alcance del principio de confianza” (El principio de confianza, párrafo 16).

Si bien el requisito de la relación negativa con el tercero restringe el ámbito de aplicación del principio de confianza en estructuras verticales, no la elimina totalmente. Es el caso del ámbito privado donde, al no tratarse de funciones previa y normativamente

establecidas, podría haber actividades de los subalternos que no estén comprendidas dentro los deberes de cuidado de control o supervisión de sus superiores.

Situación diferente se presenta en la administración pública, en virtud de la cual, las funciones están normativamente establecidas y los superiores jerárquicos tienen una relación positiva con sus subordinados, en atención a los deberes especiales que ostentan y a su posición de garante de protección o de competencia institucional frente al bien jurídico al que deben proteger. Se puede sostener, entonces, que los deberes de cuidado de los superiores jerárquicos alcanzan a las actuaciones de sus subordinados.

En esa línea, la delegación que opera en el ámbito de una estructura vertical pública no exonera de cumplir con los deberes de cuidado a quien la realiza (el delegante) frente a sus subordinados (delegados). Sobre el particular, el profesor Montoya (2021) ha precisado:

“No existe en realidad una mutación de los deberes de protección en deberes de vigilancia y control.

[El] Funcionario superior mantiene su deber de protección del b.j. [bien jurídico] sobre todo el ámbito de organización que le compete, pero la ejerce indirectamente respecto de sus subordinados [énfasis añadido]” (presentación 9, párrafos 1 y 2).

Podemos advertir que la aplicación del principio de confianza para los superiores jerárquicos en estructuras verticales de la administración pública es aún más reducida, llegando inclusive a extinguirse en los escalafones más altos, dada la posición de garante por competencia institucional con la que cuenta un funcionario público. En efecto, a los superiores jerárquicos en una estructura jerarquizada, como la militar, se le imponen deberes de control y vigilancia mucho más rigurosos y amplios, en atención al bien jurídico que deben proteger; así, en atención a su posición de garante institucional y como parte de sus deberes de cuidado de vigilancia y control, los superiores jerárquicos, recogiendo el desarrollo que al respecto hace Montoya (2021), deberán cumplir con los siguientes deberes:

“[1] Deber previo de obtención del conocimiento suficiente del modo como ejerce su función pública el subordinado

[2] Deber de evitar las consecuencias lesivas de los comportamientos corruptos de sus subordinados e instarlos a la corrección de su actuación” (Énfasis añadido) (presentación 9, párrafo 4).



En caso de no verificarse el cumplimiento de tales deberes de cuidado, los superiores jerárquicos no podrán invocar el principio de confianza como criterio de exclusión de imputación penal.

#### Subalternos

Finalmente, consideramos relevante precisar que, en el caso de quienes están en los niveles más bajos de las estructuras estatales, podrán alegar principio de confianza respecto de sus superiores jerárquicos, siempre que cumplan con sus deberes de cuidado y se cumpla con el último de los presupuestos de aplicación del principio de confianza al que hemos hecho referencia en el acápite 4.1.2.2 precedente, referido a la inexistencia de circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero. En virtud de dicha condición: “Si, por alguna razón, es evidente que el tercero no va a actuar correctamente, no se puede aplicar el principio de confianza” (Maraver, 2007, p.336)

Para tales fines, los subalternos no deben haber conocido de los hechos ilícitos de tal forma que se evidencie el comportamiento incorrecto de sus superiores; por cuanto, en este último caso, los deberes de cuidado originarios se amplían en atención a la posición de garante institucional que tienen. Así pues, los subalternos no podrán invocar el principio de confianza, si ante tal circunstancia dejaron de intervenir pese a su posición de garante que ostentaban.

#### **4.3 Análisis de la aplicación de los criterios de exclusión de imputación objetiva en el Recurso de Nulidad**

Para el desarrollo del presente acápite, hemos decidido agrupar a los encausados de acuerdo con el nivel de rango que ostentaban en la institución militar, y así facilitar el análisis con una similar clasificación la Sala Suprema utilizó para el presente caso.

En atención a ello, en un primer grupo, se ha agrupado a aquellos oficiales del Ejército del rango más alto de las denominadas “capas superiores”, en términos utilizados por la Sala Penal, así como a los oficiales que ostentaron un rango de mando medio dentro de las “capas superiores”; y, en un segundo grupo, a los que la Sala Suprema denominó “capas inferiores”, conformados por personal de menor rango oficial y suboficial.

Antes de abordar la aplicación de los criterios de exclusión en cada uno de los imputados, somos de la opinión que, tanto para los oficiales de rangos superior e intermedio, como para los de rango inferior, en ningún caso se podría invocar prohibición de regreso. Ello, por cuanto conforme lo hemos precisado en el acápite 4.2.1, en el caso de servidores

públicos a quienes les une una relación positiva con relación al bien jurídico que se busca proteger en los delitos contra la administración, no cabe aplicar la prohibición de regreso. En el caso concreto, en tanto funcionarios públicos miembros del Ejército peruano que ostentan una posición de garante institucional, es irrelevante si se encuentra en las capas inferiores, intermedias o superiores del organigrama institucional por cuanto no pueden alegar prohibición de regreso.

De esta manera, limitaremos el análisis a la aplicación del principio de confianza para los miembros del Ejército, según la agrupación por nivel de jerarquía efectuada en los párrafos previos para un mejor análisis, focalizándonos en el alcance de los deberes de cuidado de control y vigilancia al que se encontraban obligados.

#### **4.3.1 Criterios de imputación utilizados para los oficiales de rangos superior e intermedio**

Conforme lo adelantamos en el acápite 2.4 referido a la fundamentación jurídica de la Sala Penal, a las capas superiores se les atribuyó responsabilidad penal, en atención a que mantuvieron una posición de garante y, por tanto, sujetos de deberes de dirección y control de los recursos públicos bajo su cargo. Se determinó la responsabilidad penal en calidad de autores paralelos, a Reinoso Díaz, Torrejón Riva, Donayre Gotzch, Martos Rojas, Vértiz Cabrejos, Robertson Cáceres y Cusi Najarro, dadas sus competencias establecidas en la Directiva que definía el marco de actuación o ámbito de competencias a los que se encontraban compelidos los funcionarios militares con relación a los procedimientos para la gestión, asignación, abastecimiento y programación de combustible para la atención de todas las dependencias del Ejército, por lo que fue innegable que tuvieron la posición de garantes y las competencias para cumplir con su deber de supervisar y cuidar la correcta asignación, adquisición, gestión y distribución de combustible.

En el caso particular del encausado Reinoso Díaz, que ocupaba la máxima posición en el Ejército y dada la envergadura de su cargo y los deberes especiales que ostentaba, era garante por competencia institucional de todo lo que ocurriera en el Ejército; esto es, debía controlar todos los riesgos a través de los diferentes órganos que tenía bajo su comando. Reinoso Díaz estaba obligado, además, a proteger de los riesgos a la correcta gestión en la asignación y distribución del combustible, a través de la implementación de las medidas necesarias, a fin de que fuera repartido conforme a lo establecido en la Directiva y se logre los objetivos trazados por la institución.

Ante la situación expuesta, sobre la base de los postulados que hemos desarrollado en los capítulos previos, somos de la opinión que el principio de confianza no se aplicaría al caso de Reinoso Díaz por las siguientes razones: (i) no existe una relación negativa con sus subordinados: en el caso de estructuras jerárquicas o verticales de la administración pública, la delegación de funciones a los subordinados para cumplir con los objetivos de la institución no implicaba que el encausado pudiera desentenderse de los encargos encomendados antes referidos, por el contrario, mantenía sus deberes de cuidado de controlar y fiscalizar con mayor rigor la actuación de sus subordinados para el cumplimiento de los mismos; (ii) sus deberes de cuidado no estaban fundamentados en una relación negativa con el riesgo: el encausado, al ser funcionario público y ocupar el más alto cargo en la estructura jerárquica del Ejército, ostentaba de una posición de garante por competencia institucional en la que sus deberes de cuidado se ampliaban a su máxima expresión para toda la institución, siendo garante de todo lo que sucediera en las brigadas y regiones militares a su cargo, independientemente de la actuación de sus subordinados; y, (iii) en atención al punto anterior, y conforme el planteamiento propuesto por el profesor Montoya (2021), los deberes de cuidado para Reinoso Díaz incluían, por un lado, el asegurarse de conocer anticipadamente cómo sus subordinados ejercen sus roles asignados en la Directiva, y, asimismo, el evitar los daños que originen las conductas ilícitas de sus subordinados e instarlos a corregir dichas actuaciones contrarias ni bien sean advertidas, situación que no se advirtió en el presente caso, con lo cual, no hubo control de un riesgo penalmente prohibido, ni cumplimiento de los deberes de cuidado. Por lo expuesto, y en el supuesto negado que no habría participado en los hechos de peculado, no podía, ni debía, desentenderse de la actuación delictiva de sus subordinados dado que sus deberes de cuidado se lo exigían, respecto a la intangibilidad del bien jurídico protegido, y, además, a la protección del correcto funcionamiento de la gestión, asignación y distribución de combustible.

En relación a Donayre Gotzch, en su calidad de comandante general de la RMS, tuvo posición de garante institucional respecto al Ejército, reflejado en deberes especiales de cuidado respecto a toda la operatividad y logística para dicha región militar. Es el caso que, el encausado, incumpliendo sus deberes funcionales establecidos en la Directiva que establecía el procedimiento para solicitar la asignación extraordinaria de combustible solicitó combustible extraordinario fuera del plazo y sin sustento, lo que desvirtúa la afirmación referida a la falta de competencia para administrar el combustible. De otro

lado, el encausado, lejos de propiciar que el combustible se destine a las unidades que lo requerían, coordinó con grifos de la zona, entre ellos uno en Cerro Colorado en Arequipa, para que recibiera el combustible apropiado; de igual manera, hizo que en el grifo Italia, autorizado por el Ejército, le firmaran documentos por una cantidad mayor a la capacidad operativa para almacenar el combustible. Posteriormente, el encausado realizó una regularización de documentos con contenido falso y fecha predatada, luego creó una comisión con el objeto de incinerar vales de consumo y otros documentos que contenían información fidedigna respecto a la entrega y utilización del combustible. Finalmente, creó una comisión para la incineración de documentos sin contar con el aval del Archivo General de la Nación.

Como podrá apreciarse, tuvo deberes de cuidado positivos, por lo que no podría aplicar el principio de confianza; pues, al igual que Reinoso Díaz, aún en el caso hipotético que no habría participado en los hechos delictivos, no podía, ni debía, desentenderse de la actuación delictiva de sus subordinados dado que sus deberes de cuidado de control y fiscalización se lo exigían.

En el caso de Martos Rojas, comandante general de la Región Militar Sur, se desempeñó en el cargo por dos meses, siguió el mismo patrón de conducta que su antecesor Donayre Gotzch, en relación al incumplimiento de la Directiva para solicitar combustible extraordinario. Por consiguiente, bajo los mismos argumentos expuestos en el caso de su predecesor, tampoco le sería aplicable el principio de confianza.

Con respecto a Vértiz Cabrejos, con grado de general y bajo la dirección de la DILOGE, también tuvo posición de garante institucional por ser miembro del Ejército, en virtud del cual, se le exigía lo que en doctrina se denomina como medidas de doble aseguramiento; pues, además de sus deberes de control, poseía deberes de evitar lesiones al bien jurídico. De esta manera, por su grado de general aunado a su cargo de director de logística detentaba deberes especiales y deberes de cuidado positivos y amplios, situándose en un ámbito privilegiado en relación a la disposición de los caudales públicos a nivel nacional, pues estuvo a cargo no solo de la gestión del combustible sino de todo aquello que el Ejército pudiera requerir para el normal desarrollo de sus operaciones. En adición, el puesto de director de la DILOGE que desempeñaba requería de un alto nivel de especialización en el área logística, de lo que se infiere que al encausado contaba con formación y habilidades de gestión, organización y control para el desempeño de su cargo. De otro lado, el encausado tenía el deber de contribuir al correcto destino del



combustible y a que no se frustraran las expectativas respecto del bien jurídico protegido; es decir, era garante de promover acciones tales como la planificación y monitoreo a fin de que el combustible se entregue a los grifos autorizados y pueda cumplirse los fines previstos por la institución castrense. Sin embargo, inobservando las disposiciones de la Directiva decidió incluir en los cuadros de asignación combustible adicional para la BRIFE y la RMS solicitado de forma irregular, sin la debida motivación y con documentos que carecían de las formalidades mínimas como son la firma y sello de los funcionarios responsables. Por todo ello, se puede advertir que incumplió sus deberes de cuidado positivos y de adoptar medidas de aseguramiento, por lo que tampoco era posible que invocara principio de confianza para ser excluido de la responsabilidad penal.

En referencia a Torrejón Riva, comandante general de BRIFE, conforme lo señaló la Sala Penal, los deberes de cuidado en su ámbito de competencia abarcaban el supervisar y cuidar la asignación de combustible, así como evitar cualquier conducta que pueda lesionar su debida distribución (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019 fundamento 22). Al respecto, el estatus especial que tuvo Torrejón Riva lo obligaba, conjuntamente con los demás encausados, a garantizar y asegurar la correcta distribución del combustible mediante la adopción de medidas de control para que dicha gestión se llevase a cabo. De igual manera, el encausado tampoco cumplió con la normativa prevista en la Directiva para proyectar la dotación de combustible adicional, generando un riesgo no permitido. En cuanto a la relación funcional con los caudales públicos, Torrejón Riva sí tenía una relación funcional, en primer lugar, porque era miembro del Ejército; y, en segundo lugar, era comandante general de la BRIFE encargado de asegurar la correcta distribución del combustible para todas unidades bajo su dirección. En atención a ello, era responsable de todo lo que aconteciera en su dependencia. Ahora, en referencia a la disposición material sobre el bien, esta no es necesaria, basta con la disposición jurídica que tuvo el encausado, en los términos que hemos descrito en el acápite 4, respecto a la interpretación del elemento por razón del cargo y su relación con los caudales públicos, en el sentido que la facultad de libre disposición jurídica sobre el bien se le confiere en virtud de una competencia funcional específica que le es proporcionada normativamente; la cual, era asegurar la correcta distribución del combustible, en la que se le habilita para disponer de los caudales públicos. En atención a lo expuesto, no podría invocar principio de confianza dado el tipo de deberes de cuidado positivos que le alcanzaban y, además, porque incumplió con las medidas de aseguramiento que se le exigía.



Sobre, Cusi Najarro, con el grado de comandante del Ejército y jefe de abastecimiento de combustible del SINTE, la Sala ratifica que “Por su nivel de injerencia y su competencia específica estaba en condiciones de advertir e impedir lo sucedido con el combustible (...) Violó sus deberes funcionales (...)” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019, fundamento 21). En efecto, Cusi Najarro, previo a la comisión del delito de peculado estaba vinculado al Ejército dada su condición de oficial de dicha institución, por tanto, era garante por competencia institucional y también contaba con deberes de cuidado positivos. Su rol era coordinar la parte operativa para el recojo del combustible de Petroperú y su posterior entrega a los grifos del Ejército; sin embargo, contrariamente a sus funciones, previo acuerdo con Reinoso Díaz, coordinó personalmente con Petroperú y ordenó que el combustible fuera desviado a determinados grifos donde ya se había pactado que reciban mayores cantidades de lo que decía en las guías, prescindiendo de los procedimientos y documentos oficiales. En otros casos, el combustible se descargó en grifos no autorizados por el Ejército. Así, a lo largo del proceso se demostró que Cusi Najarro, no actuó conforme a sus roles y deberes de cuidado positivos, incumpliendo además con sus deberes de doble aseguramiento que le exigían, además de no generar daños a la institución, evitarlos, tales como resguardar que el combustible fuera distribuido en las cantidades y en los grifos que correspondía. Incluso, como se desprende de la propia defensa de Cusi, recomendó a Robles Moreano para delegado del SINTE; con lo cual, se advierte que pudo prever con antelación la elección de la persona idónea como delegado para llevar a cabo el ilícito penal, con quien era evidente que tenía una relación positiva. Atendiendo a estas consideraciones, no podía invocar el principio de confianza dado que sus deberes de cuidado eran positivos, los que además los incumplió.

Con respecto a Robertson Cáceres, con el grado de coronel y jefe del SINTE, la Sala sostuvo que la dependencia del SINTE era el “(...) *eslabón intermedio* (énfasis nuestro), pero decisivo, el que tenía el control de la distribución del combustible (...)” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019, fundamento 20). Asimismo, la Sala aseveró que “*Su conducta no fue neutral* (énfasis agregado). Vulneró sus deberes funcionales (...)” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019 fundamento 20). Al respecto, concordamos con el juicio que hizo la Sala respecto a que Robertson Cáceres, vulneró sus deberes funcionales al incumplir con el procedimiento dispuesto en la Directiva para la adquisición de combustible extraordinario. A su vez, el encausado tuvo el rol de controlar la distribución del combustible, lo que lo colocaba en un plano especial en relación al

bien jurídico; de manera que, sus deberes de cuidado eran positivos. De esta manera, no solo lo obligaban a fiscalizar que el combustible fuera entregado en las cantidades y lugares que correspondiesen, sino también a evitar que otros pudieran desviar el curso regular de éste, mediante la adopción de medidas para la supervisión e identificación de los espacios de riesgo.

Si bien no fue considerada en la decisión de la Sala Penal, no estamos de acuerdo con que haya considerado la posibilidad de evaluar la conducta neutral del encausado. Desde nuestro punto de vista, no cabría aplicar dicha categoría en atención a que el encausado era un garante institucional; además, su comportamiento no fue estereotipado, ni neutral, para el curso lesivo.

Finalmente, con relación al principio de confianza, sostenemos que no se podría acoger porque Robertson Cáceres, desde su posición, tenía deberes de cuidado positivos respecto al cuidado y protección del combustible, por lo que pudo y debió advertir que las cantidades no coincidían cuando se ejecutó la distribución de dicho bien.

#### **4.3.2 Criterios de imputación utilizados para los oficiales de rango inferior**

Prosiguiendo con el análisis, dentro de este grupo se incluyó al mayor Aburto Sánchez, jefe de la compañía de intendencia y director de abastecimiento de la BRIFE; la teniente Sánchez Lavado, jefa de sección de la Clase III del SINTE; y, el técnico de tercera Robles Moreano. Como se desprende de los antecedentes del presente informe, estos tres acusados fueron absueltos por el delito de peculado por apropiación.

El criterio desarrollado por la Sala Suprema para absolver a los encausados comprendidos en las que calificó como “capas inferiores” fue la de conductas neutrales. Como se advierte a continuación, la Sala Suprema, en uno de sus considerandos, señaló que: “... por el limitado alcance de las competencias asumidas no es habitual fundamentar la responsabilidad en esta clase de funcionarios subalternos: ellos no son garantes de que se cometan delitos en este ámbito de actividades; y es en donde pueden encontrarse múltiples **conductas neutrales** (Énfasis nuestro)” (Recurso de Nulidad n.º 2124-2018,2019 fundamento 15).

Siguiendo la línea de pensamiento desarrollada para la prohibición de regreso que hemos adoptado, consideramos que tanto para los oficiales de rangos superior e intermedio, como para los de rango inferior, no cabe invocar prohibición de regreso, mucho menos conductas neutrales. No obstante, efectuaremos el análisis de su aplicación en atención a

las posturas que la Sala Penal adoptó respecto de este grupo de imputados que fueron absueltos.

En primer lugar, con relación a la prohibición de regreso, en nuestra opinión, todos ostentaban una relación positiva con el bien jurídico protegido, aunque con reducidos niveles de responsabilidad, pero tuvieron una posición de garante; en razón de ello, no se cumplía con uno de los presupuestos para su aplicación que exige que la relación con el bien jurídico debe ser negativa. De otro lado, en tanto que formaban parte de una estructura organizada que tuvo a su cargo la distribución del combustible, todos ellos compartieron una competencia del curso riesgoso por lo que mantuvieron entre ellos una relación positiva, por lo que tampoco se cumplía con otro presupuesto de aplicación que exigía que la relación entre el sujeto y el tercero debe ser negativa.

En segundo lugar, con respecto a las conductas neutrales, como lo adelantamos en el acápite 4.1.2.1 un sujeto no podría invocar prohibición de regreso cuando no tuvo una conducta estereotipada, ni neutral; lo cual se presentaría si la conducta, saliéndose del cauce de la neutralidad, genera riesgos que contribuyen o favorezcan, de una manera u otra, la creación del riesgo penalmente no permitido y/o la realización del hecho delictivo. En nuestra opinión, esta situación se habría presentado en la actuación de todos ellos, por lo que la Sala Penal no debió considerar conductas neutrales cuando analizó los criterios de imputación para este grupo de personal militar al que denominó capas inferiores, conforme veremos a continuación con mayor detalle.

Para el caso del encausado Aburto Sánchez, jefe y director de abastecimiento de la BRIFE, la Sala Suprema estableció que: “Su competencia institucional no llegaba a la producción del delito, tanto más si otros oficiales de mayor graduación (...) tenían una mayor competencia (...)” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019, fundamento 19). Asimismo, la Sala Suprema fundamentó que no se habría acreditado el desvío del combustible que le entregaron; en consecuencia, fue absuelto. Aburto Sánchez fue jefe de la intendencia y director de abastecimiento de la BRIFE; de tal forma que, tenía posición de garante institucional; y, además, tuvo deberes positivos de cuidado y vigilancia dada su condición de jefe. Como es de conocimiento público, esta área es usualmente muy sensible y de mayor riesgo por estar involucrados los caudales públicos. Aburto, como miembro del Ejército y por el cargo que ostentaba tenía deberes especiales de protección con dicha institución, y también en relación con los caudales de la misma.

A nuestro juicio, Aburto Sánchez, a diferencia de lo que la Corte señala, no tenía un alcance limitado de competencias, pues prestaba servicios como jefe del área logística, que por su alto grado de especialización requiere de mayor diligencia y cuidado. Tenía por tanto deberes no solamente de cuidar los riesgos que de sus actos puedan surgir, sino de evitar que otros riesgos dañen los bienes jurídicos protegidos. Por esta razón, no estamos de acuerdo con la decisión de la Sala Penal de que se haya excluido a Aburto Sánchez de su responsabilidad penal, bajo el criterio de conducta neutral que justifique la prohibición de regreso.

Sin perjuicio de la conclusión a la que hemos arribado, Aburto Sánchez tampoco debió ser considerado dentro de las “capas inferiores” por el nivel de jerarquía que como jefe ostentaba. De otro lado, respecto al argumento que esgrime la Sala Suprema respecto a que “(...) no se acreditó que desvió el combustible (...)” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019, fundamento 19), dicho argumento no se condice con el resultado de la pericia contable de los peritos del Ministerio Público que determinó un perjuicio económico de S/114,606.63 que se habría asignado a vehículos inoperativos. Al respecto, reiteramos nuestra posición de que para la configuración del delito de peculado no se requiere un perjuicio económico, basta con la sola conducta de apropiación y desvío de la esfera del Estado del bien para que se configure el delito.

En relación a la encausada Sánchez Lavado, la Sala Suprema decidió absolverla, a nuestro entender de manera equivocada, invocando intervención neutral bajo el razonamiento que: “Las funciones que desempeñaba, como oficial subalterna, no eran directivas (...) por su cargo y competencias, no tenía control documental ni podía dar órdenes (...) en ese ámbito tuvo una *intervención neutral* [énfasis agregado] (...)” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019, fundamento 18).

Sánchez Lavado era jefa de la sección III (combustible) del SINTE en el Ejército peruano, estaba vinculada a la institución militar; por consiguiente, ella era garante por competencia institucional y ostentaba una relación positiva con el bien jurídico protegido. Sus funciones estaban relacionadas con la recepción, distribución de vales, así como envío de información vía fax respecto de las cantidades que le correspondía a cada unidad, para que puedan retirar combustible de las plantas de Petroperú. En esa línea, sus deberes de cuidado de control y fiscalización trascendían a lo estrictamente general. Además, estuvo en plena capacidad de conocer que las cantidades de combustible cuyos vales



recibía, distribuía y faxeaba las cantidades que le correspondía a cada unidad no coincidían en cantidades.

En atención a lo expresado, consideramos que ni la prohibición de regreso, ni las conductas neutrales, pudieron ser aplicadas en el presente caso; en atención a que Sánchez Lavado era miembro del Ejército, y ostenta una relación positiva con el bien jurídico protegido, dado que tuvo deberes especiales como garante de protección o institucional. Además, cabe señalar que reconoció expresamente conocer sobre las irregularidades de la distribución del combustible.

Finalmente, con relación a Robles Moreano, suboficial técnico de tercera y delegado del SINTE, a quien le correspondía controlar que el combustible que se obtenía de la central de Conchán de Petroperú ingresara correctamente a los grifos de la capital y a dos grifos de provincias. La Sala Penal también lo agrupó en “capas inferiores” y consideró que tuvo competencias limitadas o de reducido alcance; y, asimismo, la Sala señaló que el encausado Robles Moreano:

“(…) - sabía de lo ilícito de esa orden, y, además, de las actas mismas pudo advertir que el combustible realmente entregado a las Unidades era inferior-, pero ello por su nula intervención en el proceso delictivo de apropiación que tuvo lugar -que no estaba a su alcance hacerlo, dado su grado (*personal auxiliar del Ejército*) [énfasis nuestro] y funciones (...) no puede atribuírsele competencia para imputarle el delito de peculado” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019, fundamento 17).

Nuevamente, al igual que en los dos casos anteriores, la Sala de manera errónea desde nuestra perspectiva, fundamentó su decisión en la conducta neutral para aplicar la prohibición de regreso. Asimismo, la Sala enfatizó en el nivel en jerarquía que ocupaba el encausado, sin considerar que dicho encausado también tuvo una relación positiva con el bien jurídico protegido, pues, se encargaba de controlar el retiro de combustible de la planta de Petroperú, según lo hemos señalado en el párrafo anterior. Es decir, el encausado fue el encargado de llevar a cabo materialmente el desvío del combustible; además, según reconoció, sabía de la ilicitud de las órdenes y personalmente llevó a cabo la expropiación material del combustible, de tal manera que, él tuvo una importante y directa intervención en la comisión del delito de peculado.

Por nuestra parte, criticamos la decisión de la Sala Suprema que absolvió a Robles Moreano, con el argumento que por su grado tuvo competencias limitadas, en atención a



que él, al igual que los demás coencausados, investía de una posición de garante institucional o de protección, en atención a su vinculación positiva con el bien jurídico protegido.

Lejos de cumplir con sus deberes o roles asignados normativamente, aún en el supuesto que estos hayan sido reducidos por su posición jerárquica, en lugar de supervisar la entrega de combustible, optó por trasgredir sus deberes institucionales de control y vigilancia en el ámbito de su competencia, respecto de los caudales públicos. Así, desvió el combustible hacia los grifos donde le habían indicado que lleve el combustible; y, al igual que sus demás coencausados de las capas inferiores reconoció posteriormente que firmó documentos para ocultar el delito.

Finalmente, en cuanto al principio de confianza, como criterio de exclusión aplicable en el caso de las “capas inferiores”, si bien la Sala no lo consideró para absolverlos, nuestra posición es que tampoco pudo haberse invocado. Hemos señalado en el acápite 4.2.2, referido al alcance del principio de confianza en estructuras jerárquicas públicas, que quienes están en los niveles más bajos de las estructuras estatales, podrán alegar principio de confianza respecto de sus superiores jerárquicos, siempre que cumplan con sus deberes de cuidado y no hayan conocido de las circunstancias concretas que evidencien la ilicitud de las conductas de sus colegas o superiores (terceros); por cuanto, en este último caso, los deberes de cuidado que inicialmente podrían poseer se amplían .

En los tres casos de “capas inferiores” se acreditó, por pericias practicadas o por confesiones o declaraciones de parte, que en el transcurso de la comisión del delito conocieron de la ilicitud de los actos que se les encomendaba, además que eran abierta y evidentemente contrarios a las reglas establecidas en la Directiva. Todos ellos pudieron advertir que las órdenes que recibían eran ilegales, con lo cual, no era viable invocar el principio de confianza. En esa línea, tenemos que la Ejecutoria Suprema 214-2019 LIMA, respecto al principio de confianza, sostiene que: “(...) este principio permite que en la sociedad se confíe en que aquellos actuarán correctamente. Empero, si el aporte se prestó en un contexto claramente delictivo, no se puede amparar en este principio.” (2019, considerando 4.6).

A modo de conclusión, podemos señalar que en tanto que el personal agrupado como capas inferiores al haber conocido de los hechos ilícitos, por confesión de parte, no dejó duda alguna respecto al comportamiento incorrecto de los superiores y de sus pares; por lo que sus deberes de cuidado originarios se ampliaron y debieron intervenir en atención

a la posición de garante institucional o de protección que tuvieron. El no haberlo hecho les habría impedido invocar el principio de confianza como criterio de exclusión.

#### **4.4 Cuestiones relacionadas con la autoría y participación: la participación del extraneus**

Un aspecto adicional a destacar fue la participación de los extraneus. Si bien no fue materia de análisis por parte de la Sala Penal, resulta pertinente su evaluación dado el grado y relevancia de la participación que tuvieron algunos agentes externos a la estructura militar.

Como ya hemos desarrollado en los acápites precedentes, y siguiendo la tesis de que el delito de peculado estaría comprendido dentro de los delitos especiales de infracción de deber, se tiene que el círculo de autores de los ilícitos penales se limita a un grupo de sujetos que poseen una determinada cualidad; es decir, se considerará autor, solo y en la medida que el sujeto que haya realizado la conducta típica posea una cualidad especial o particular otorgada específica y normativamente.

##### Intervención del extraneus. -

Cuando todos los sujetos que participan en la comisión de un delito especial cumplen con la cualidad especial exigida en el tipo penal, en principio, no habría mayor dificultad para atribuir la responsabilidad penal aplicando las reglas de la autoría y la participación. La discusión surge cuando hay que sancionar a terceros ajenos a la administración pública, denominados doctrinariamente extraneus, quienes intervienen en la comisión de delitos de infracción de deber, pero que no ostentan la cualidad especial con la que cuenta el autor o sujeto activo.

En la dogmática penal se han desarrollado dos teorías para abordar los problemas que se presentan para atribuir responsabilidad penal a los sujetos ajenos a la administración pública. De un lado, tenemos la teoría de la unidad del título de imputación propuesta por el profesor Roxin; y, de otro lado, la teoría de la ruptura del título de imputación, desarrollada a su vez por el profesor Jakobs.

Roxin aportó, a la dogmática penal, la teoría de la unidad del título de imputación para resolver los casos en los que concurrían sujetos especialmente obligados (intranei) y sujetos no obligados (extranei) para cometer delitos especiales de infracción de deber Pariona (2011). En cuanto a aquellos que no se enmarcan dentro de tal cualificación,

como los extraneus, éstos tendrían una “participación sin infracción de deber especial” (Rueda, 2001, p. 134). De acuerdo a esta postura, los extraneus solo responderán a título de partícipes.

Nuestra jurisprudencia recogió esta postura cuando resolvió el Recurso de Nulidad 1813-2003-Lima, en virtud del cual condenó en calidad de cómplice por el delito de peculado a Bedoya de Vivanco, aplicando la tesis de la unidad del título de imputación de Roxin que permite atribuir responsabilidad a los extraneus que participan en delitos de infracción de deber, aun cuando, el citado encausado, no tuvo la cualificación especial que exige el tipo penal.

En este mismo sentido, el Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116 también ha recogido la teoría de la unidad del título de imputación cuando señala: “(…) lo accesorio de la participación de aquél lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que comprende al autor funcional de dicho hecho punible” (2016, fundamento 14).

Nuestro legislador ha disipado de cualquier duda respecto a la posibilidad de atribuir responsabilidad al extraneus conforme se aprecia en el último párrafo del artículo 25 del Código Penal que prescribe: “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él” (Decreto Legislativo N° 1351, 2017). Con lo cual, se ha reafirmado que es posible sancionar la conducta del partícipe en la comisión de un delito especial de infracción de deber, aun cuando no tenga la cualidad especial.

Acorde con lo expuesto, podemos concluir que tanto nuestros legisladores como nuestros magistrados han optado por aplicar la teoría de la unidad del título de imputación para resolver los casos en los que concurren sujetos cualificados y no cualificados en la comisión de delitos especiales, entre los que se ubicaría el delito de peculado.

Por su parte, Jakobs ha desarrollado la teoría de la ruptura del título de imputación para atribuir responsabilidad penal a los extraneus. De acuerdo con esta teoría, solo el intraneus puede infringir su deber, por tanto, responde a título de autor en la comisión de un delito especial; mientras que, el partícipe extraneus, al no tener la cualidad especial para ser autor, solo respondería por un delito subyacente. Para el caso concreto de peculado, solo respondería por apropiación ilícita.

Una de las críticas más fuertes que se le hace a esta última teoría es que con ella solo se podría sancionar a aquellos que participaron en los denominados delitos impropios, donde “la conducta del partícipe podrá enmarcarse en un delito común de dominio” (García, 2012, p.725), siendo que, cuando se trate de un extraneus que participa en la comisión de un delito especial propio, su accionar quedaría impune, al no existir un delito subyacente.

De otro lado, tenemos la teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico. Esta teoría recoge el concepto de dominio en relación con el bien jurídico que se encuentra en una posición de vulnerabilidad frente a cualquier ataque. Para Schünemann, el injusto depende de “(...) la asunción de una función de protección: bien en el sentido de la vigilancia o supervisión de una fuente de peligro, o bien en el sentido de la protección total de un bien jurídico desvalido o desamparado.” (2018, p.96).

En los delitos de infracción de deber, desde la teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico, el intraneus tiene el dominio, en el ámbito de su competencia sobre ciertos bienes que han sido puestos a su disposición con motivo de sus funciones para cumplir con determinados fines, siendo estos bienes más vulnerables ante cualquier agresión por la proximidad que el funcionario público ostenta respecto de ellos. Conforme resalta Rueda:

“El fundamento material de la responsabilidad en los delitos contra la Administración Pública debe tener en cuenta la exigencia de un dominio que se basa en que el sujeto tiene un poder de disposición sobre a lesión o puesta en peligro del bien jurídico.” (2001, p. 138)

Respecto a la participación del extraneus en la comisión de un delito especial, la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico propone que éste responda por el mismo delito que cometió el intraneus, “(...) pero a partir de un marco penal modificado, esto es, notoriamente reducido.” (Schünemann, 2018, p. 108). En el mismo sentido, el extraneus debe responder como partícipe del delito especial en atención a “(...) que él llega a tomar parte en un hecho más grave que un delito común (...)” (Montoya, 2015, p. 72)

#### Análisis de la RN 2124-2018 en relación a la autoría. -

Respecto al título de imputación que se les atribuyó a los encausados en la comisión del delito de peculado, la Sala Suprema determinó en la parte resolutive del recurso que: “(...) -se entenderá: autores paralelos y no coautores- del delito de peculado en agravio del Estado (...)” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019, fundamento 12).

Asimismo, la Sala Suprema estableció que: “(...) la lesión del deber en un delito de infracción de deber es algo personalísimo e independiente, por lo que no es posible admitir la coautoría entre los obligados especiales.” (Recurso de Nulidad N°. 2124-2018,2019, fundamento 13). En esa línea, la Sala Suprema reafirmó el carácter personalísimo de los deberes; aun cuando, intervinieron una pluralidad de sujetos obligados.

A juicio de la Sala Suprema, en tanto se estaba ante un delito de infracción de deber, no cabría la posibilidad de infringir deberes conjuntos, cada encausado debería responder individualmente; es decir, cada uno sería responsable por cuanto cada uno de ellos tendría un vínculo personal con la institución castrense a la que pertenecían. En atención a que, la Sala Suprema acogió la postura de Jakobs, aclaró en la sentencia que los encausados estaban siendo condenados como autores paralelos y no como coautores.

De otro lado, aun cuando no haya sido materia de discusión en el presente recurso, consideramos conveniente dilucidar sobre la participación de sujetos ajenos al Ejército, extraneus, que coadyuvaron para la apropiación del combustible por parte de los militares. Nos referimos a los transportistas que utilizaron sus camiones cisternas debidamente acondicionados para transportar el combustible, se detectaron guías que algunos choferes que habrían entregado combustible en lugares distintos el mismo día y a la misma hora.

Por su parte, estarían los propietarios de los grifos. Tal sería el caso del propietario del grifo en Arequipa, quien tuvo una participación significativa debido a que puso a disposición de los encausados las instalaciones de su grifo para almacenar el combustible apropiado; con lo cual, consideramos que debió incluirse en el proceso en calidad de extraneus.

En similares circunstancias, hubo propietarios de otros grifos que tuvieron convenios con el Ejército para almacenar combustible, pero suscribieron actas en las que dieron cuenta de haber recibido cantidades mayores de combustible cuando en la realidad recibían menos o, inclusive no las recibían. En atención a dichas conductas, se pudo acreditar que personal militar del Ejército habría facilitado la desviación y apropiación del combustible en beneficio propio y en desmedro del Estado, con la participación de personas ajenas a la institución. En atención al análisis efectuado, somos de la opinión que los extraneus también debieron responder por el delito de peculado.



## V. CONCLUSIONES

- La Sala Penal adoptó la posición doctrinaria que califica al delito de peculado como uno de infracción de deber y no de dominio, puesto que se fundamenta en los deberes positivos que se imponen a los funcionarios públicos en atención a la posición de garante especial que tienen respecto de los bienes jurídicos protegidos.
- Adicionalmente, la Sala Penal sostuvo que en los casos de delitos de peculado lo relevante era determinar si el funcionario público competente cumplió o no con su deber positivo y, en adición, si materialmente llevó a cabo la realización de la conducta exigida por el tipo delictivo. En atención a ello, atribuyó responsabilidad a quienes, dadas sus competencias directivas tuvieron una posición de garante, así como deberes de supervisión y cuidado respecto al bien jurídico protegido, agrupándolos en lo que denominó capas superiores.
- En sentido contrario, la Sala Penal absolvió a quienes, bajo su criterio adoptaron una conducta neutral, porque no ostentaban funciones directivas; o, porque sus funciones o competencias eran limitadas, clasificándolos bajo la denominación de capas inferiores, sin considerar su grado de conocimiento o las circunstancias concretas que evidenciaban la manifiesta ilicitud de los órdenes o actuaciones de sus superiores.
- Con respecto al bien jurídico protegido en el delito de peculado, a nivel jurisprudencial se viene acogiendo la tesis de la pluriofensividad; en virtud de la cual, se le otorga un doble ámbito de protección al bien jurídico, pues, de un lado, comprende a los intereses patrimoniales estatales, y, adicionalmente, a los deberes de probidad e integridad en la correcta gestión de los caudales públicos.
- De igual manera, en el plano jurisprudencial ha quedado claramente establecido que, en el delito de peculado por apropiación, el tipo de disponibilidad que se exige respecto al objeto material del delito no se agota en uno de naturaleza fáctica, pudiendo ser jurídica.
- Con relación al fundamento de los criterios prohibición de regreso y principio de confianza, como categorías de imputación objetiva, un sector de la doctrina los fundamenta sobre la base de consideraciones o valoraciones generales. Otro sector de la doctrina, liderado por el profesor Maraver, cuyos postulados hemos acogido en parte, los sustenta en el principio de autorresponsabilidad, conforme al cual un

sujeto solo responderá por los riesgos que surgen de su propio ámbito de responsabilidad, mas no por el ámbito de responsabilidad ajeno.

- El principio de autorresponsabilidad, en la prohibición de regreso, permite delimitar negativamente la posición de garante; y, en el principio de confianza, permite delimitar negativamente el deber de cuidado. Esta delimitación comprende momentos diferentes; siendo que, en primer lugar, se delimita la posición de garante para luego delimitar los deberes de cuidado.
- La delimitación negativa de la posición de garante permite que se responda únicamente por el incumplimiento a los deberes de garante de control de los riesgos de las propias actuaciones. En consecuencia, si el curso lesivo o riesgoso sale del ámbito de la responsabilidad de quien ostenta inicialmente una posición de garante, ya no sería competente por los resultados lesivos de dicho curso riesgoso al haber sido excluido por la intervención de un tercero.
- Bajo la tesis planteada por quienes fundamentan la prohibición de regreso en el principio de autorresponsabilidad, los presupuestos para su aplicación son: la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno, la necesaria relación negativa del sujeto con el bien jurídico y la existencia de una relación negativa del sujeto con el tercero interviniente.
- Con relación a las conductas neutrales, éstas se presentan cuando un sujeto que actúa dentro de sus roles se ve involucrado en un curso riesgoso debido a la intervención de un tercero que utiliza dicha actuación inocua o estereotipada para cometer un acto delictivo. A nivel jurisprudencial se reconoce aplicar la prohibición de regreso en estos casos al margen de la mediación del tercero que incorporó su conducta en el curso riesgoso.
- Por su parte, bajo el principio de confianza, en tanto manifestación del principio de autorresponsabilidad que delimita negativamente los deberes de cuidado, se permite al sujeto confiar en la actuación de un tercero por cuanto no le compete un deber de cuidar lo que corresponde a otro.
- En estructuras jerárquicas, la prohibición de regreso no podría ser invocada por el funcionario público, independientemente de su nivel o jerarquía, por cuanto al ostentar un estatus especial y mantener una relación positiva con el bien jurídico, se le imponen obligaciones positivas en relación con la institución a la que pertenece; y, como resultado de ello, se le asigna una posición de garante de

proteger o velar, en todo momento, de los riesgos que amenazan el correcto funcionamiento de la administración pública.

- Bajo el ámbito de las relaciones horizontales, el principio de confianza permite delimitar sin mayor problema los deberes de cuidado de una persona respecto de los deberes de cuidado de otra, en atención a que en dicha estructura opera la división del trabajo en función de la especialización y profesionalización.
- La aplicación del principio de confianza para los superiores jerárquicos en estructuras verticales de la administración pública es muy reducida, llegando inclusive a extinguirse en los escalafones más altos, dada la posición de garante de protección o por competencia institucional con la que cuenta un funcionario público. En dichas estructuras se les imponen deberes de control y vigilancia mucho más rigurosos y amplios, en atención al bien jurídico que deben proteger.
- En el caso de los subalternos de una estructura jerárquica la aplicación del principio de confianza está condicionada, en adición a no mantener una relación positiva con el bien jurídico, en el hecho de no haber conocido de los hechos ilícitos de tal forma que se evidencie el comportamiento incorrecto de sus superiores. En tal situación, no podrán invocar el principio de confianza, si ante tal circunstancia dejaron de intervenir pese a su posición de garante que ostentaban.
- Tanto nuestros legisladores como nuestros magistrados han optado por aplicar la teoría de la unidad del título de imputación para resolver los casos en los que concurren sujetos cualificados y no cualificados en la comisión de delitos especiales, entre los que se ubicaría el delito de peculado.

## BIBLIOGRAFÍA

Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra Editores.

Abanto, M. (2014) *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley

Caro, J. (2006) Sobre la autoría en el delito de infracción de deber. *Derecho Penal Y Criminología*, 27(80), 91–110. Recuperado a partir de

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/995/945>

Caro, J. (2016). *Curso: Problemas centrales de la teoría del delito en la doctrina y jurisprudencia penal actual*. Material Auto Instructivo. Academia de la Magistratura. Recuperado a partir de <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/693>

Caro, J. (2006) *Sobre la autoría en el delito de infracción de deber*.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet->

<SobreLaAutoriaEnElDelitoDeInfraccionDeDeber-2602019.pdf> Visita: 9 de mayo de 2022.

Caro, J. (2003) *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción al deber*. Recuperado a partir de [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2003\\_06.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf). Visita: 30 de mayo de 2022.

Chanjan Documet, R. H. (2014) *La administración desleal del patrimonio público como modalidad delictiva especial del delito de peculado doloso*. [Tesis para optar el título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5647>.

Chanjan, R., Torres, D., Gonzáles, M. (2020) *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

<http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/01/31192858/claves-corrupcion-sin-isbn.pdf>

Chanjan, R., Solis, E. & Puchuri, F. (2018). *Sistema de Justicia, Delitos de Corrupción y Lavado de Activos*. Lima, Perú: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2019/03/01173032/sistema-de-justicia-delitos-web-2.pdf>

Feijóo, B. (2000) *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmáticas*. Derecho Penal Y Criminología, 21(69), 37-76. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1113>

García, P. (2012) *Derecho Penal Parte General*. Lima: Jurista Editores.

García, P. (2007) *Derecho Penal Económico*. Segunda edición. Lima: Grijley.

Justicia TV (12 de agosto de 2021). *Yván Montoya - Imputación objetiva y delitos contra la administración pública*. Youtube <https://www.youtube.com/watch?v=uuETcrMGL4c>

Maraver Gómez, M. (2007) *El Principio de Confianza en Derecho Penal* [Tesis de Doctorado, Universidad Autónoma de Madrid].

[https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4398/29644\\_maraver\\_gomez\\_mario.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4398/29644_maraver_gomez_mario.pdf?sequence=1)

Medina, J. (2010) *La teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del Derecho Penal*. Gaceta Penal & Procesal Penal, T(14), 55-76.

[https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2608\\_04teoria\\_de\\_la\\_imputacion\\_objetiva.pdf](https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2608_04teoria_de_la_imputacion_objetiva.pdf)

Meini, Y. (2008) *Delitos contra la Administración Pública*, Guatemala: Editorial USAID, pp. 7-20

Montoya, Y. (2015) *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

Muñoz, F. y García, M. (2010) *Derecho Penal, Parte General*, 8va edición, Valencia.

Pariona, R. (2011) La teoría de los delitos de infracción de deber fundamentos y consecuencias. Gaceta Penal. Lima 2011, número 19, pp. 2-15.

[https://www.rpa.pe/media/pdf/6\\_Delitos\\_de\\_infracci%C3%B3n\\_de\\_deber\\_-\\_Pariona.pdf](https://www.rpa.pe/media/pdf/6_Delitos_de_infracci%C3%B3n_de_deber_-_Pariona.pdf)



Pariona, R. (2021) *La coautoría en los delitos de infracción de deber*. Libro Homenaje en Memoria del Profesor Doctor Felipe Villavicencio Terreros. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, pp. 251-266.

[https://www.rpa.pe/media/pdf/La\\_coautor%C3%ADa\\_en\\_los\\_delitos\\_de\\_infracci%C3%B3n\\_de\\_deber.pdf](https://www.rpa.pe/media/pdf/La_coautor%C3%ADa_en_los_delitos_de_infracci%C3%B3n_de_deber.pdf)

Reategui, J. (2020) *El Peculado en la Legislación Penal Peruana*, Revista IUS ET Tribunalis, T(6), pp. 73-146.

<https://journals.continental.edu.pe/index.php/iusettribunalis/article/view/755/707>

Rojas, F. (2007) *Delitos contra la administración pública*. Cuarta edición. Lima: Grijley.

Roxin, C. (1997) *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas [Archivo PDF].

[https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho\\_penal\\_-\\_parte\\_general\\_-\\_claus\\_roxin-LP.pdf](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf)

Rueda, M. (2001) *Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública*, Revista de derecho penal y criminología T(8), pp. 127-166 [Archivo PDF] <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2001-8-5030&dsID=Documento.pdf>

Salinas, R. (2011) *Delitos contra la administración pública*. Lima: Iustitia

Salinas Siccha, E. R. (2020) *La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales*. [Tesis de Doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos Universidad del Perú], [Archivo PDF].

[https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/16746/Salinas\\_se.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/16746/Salinas_se.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Sessano, J. (2006) *Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). núm. 08-03, p. 03:1- 03:25. Disponible en internet:

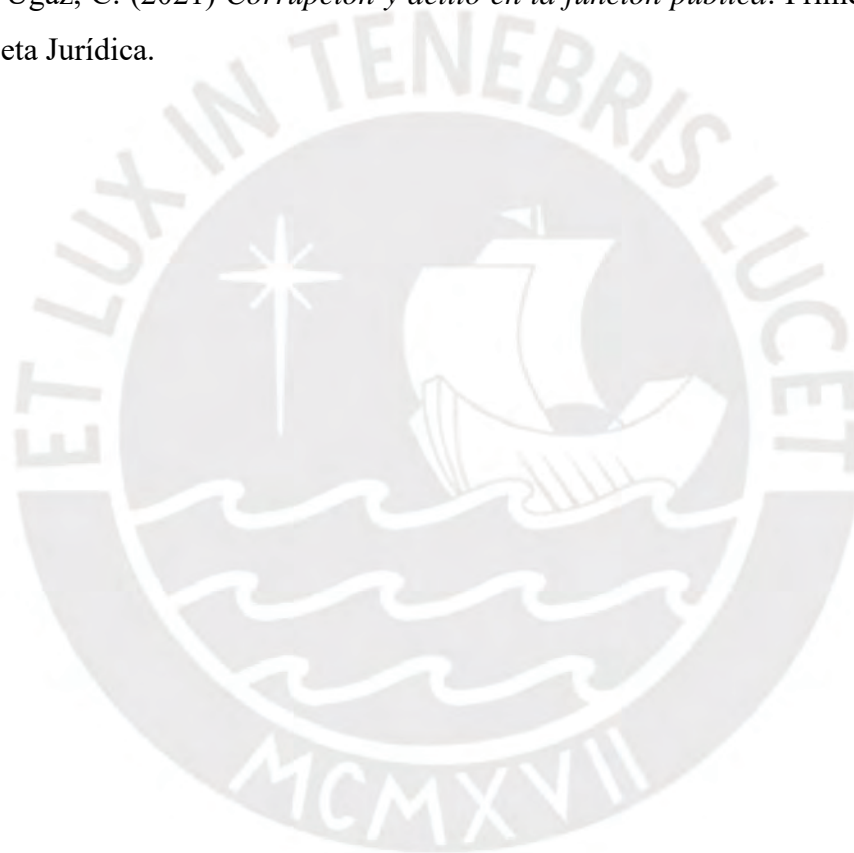
<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08>

Schünemann, B. (2018) *Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales*. Derecho PUCP, (81), 93-112.  
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.003>

Torres, D. (2022) *Apuntes sobre delito de peculado: lo que todo servidor público debe evitar*.

<https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/apuntes-sobre-el-delito-de-peculado-lo-que-todo-servidor-publico-debe-evitar/>

Ugaz, J. y Ugaz, C. (2021) *Corrupción y delito en la función pública*. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica.



**RECURSO NULIDAD N.º 2124-2018/LIMA**  
**PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO**

**Delito de peculado en actividad compleja organizada**

**Sumilla.** i) El perjuicio patrimonial es inherente al tipo penal. Se configura cuando se separa el bien público de la esfera de la Administración Pública, que requerirán la correspondiente Auditoría Gubernamental o, en su defecto, una pericia contable. Es un delito de resultado. ii) El delito de peculado es uno de infracción de deber. La lesión del deber en un delito de infracción de deber es algo personalísimo e independiente, por lo que no es posible admitir la coautoría entre los obligados especiales. Cuando en un hecho típico han intervenido más dos obligados o sujetos especiales, cada uno será autor y, entre ellos, en su caso, se configura el supuesto de autores paralelos, porque ellos han incumplido su deber especial y realizado por su cuenta el tipo penal. No hay lugar a deberes conjuntos, pero ello no significa que dentro de estructuras complejas pueda explicarse y tener lugar la intervención de varios sujetos especiales; cada uno de ellos responde, siempre de forma individual, y teniendo en cuenta su deber personalísimo que tiene de tutelar el patrimonio estatal. iii) Se está ante un delito cometido en el seno del Ejército, que como toda actividad compleja organizada o estructura jerárquicamente organizada se nutre de las reglas de jerarquía y de la división del trabajo, de suerte que el punto de partida de cualquier consideración acerca de la responsabilidad penal de sus miembros por los delitos cometidos en su seno con repercusiones para terceros es la noción de competencia. Ello conduce ya a importantes consecuencias tanto en el plano vertical como en el plano horizontal. Respecto de las capas inferiores de las líneas de intervención competencial, por el limitado alcance de las competencias asumidas no es habitual fundamentar la responsabilidad en esta clase de funcionarios subalternos: ellos no son garantes de que se cometan delitos en este ámbito de actividades, y es en donde pueden hallarse múltiples conductas neutrales, incluso aunque tengan conocimiento de la producción del delito y aparezcan en alguna medida causalmente relacionados con él. En la escala mayor, la posición de los agentes habrá de girar regularmente –aunque no siempre– en torno a la noción de “autoría no ejecutiva”, sin más. Y ello porque éstos son los máximos competentes de evitar que la determinación delictiva de un subordinado se traduzca en una realización típica. Y, por el otro, porque esa máxima competencia, incluso ejercida activamente, no se corresponde con la idea de instrumentalización frente a sujetos autorresponsables.

Lima, veintinueve de abril de dos mil diecinueve

**VISTOS:** los recursos de nulidad interpuestos las defensas de los encausados ROBERTO ENRIQUE VÉRTIZ CABREJOS, RONALD VÍCTOR ABURTO SÁNCHEZ, LUIS ALEJANDRO TORREJÓN RIVA, ALEX ENRIQUE ROBERTSON CÁCERES, HELÍ GILBERTO MARTOS ROJAS, LUIS ROLANDO CUSI NAJARRO, EDWIN ALBERTO DONAYRE GOTZCH, CÉSAR AUGUSTO REINOSO DÍAZ, CARLOS NEMESIO ROBLES MOREANO y OFIR GAUDENCIA SÁNCHEZ LAVADO contra la sentencia de fojas ochenta y un mil doscientos cincuenta y seis, de veintisiete de agosto de dos mil dieciocho, aclarada a fojas ochenta y un mil quinientos cuarenta y nueve, en cuanto condenó a: **1.** César Augusto Reinoso Díaz, Roberto Enrique Vértiz Cabrejos, Luis

Rolando Cusi Najarro, Ofir Gaudencia Sánchez Lavado, Ronald Víctor Aburto Sánchez y Luis Alejandro Torrejón Riva como autores, y a Carlos Nemesio Robles Moreano como cómplice primario, del delito de peculado en agravio del Estado – Primera Brigada de Fuerzas Especiales. **2.** Alex Enrique Robertson Cáceres, Edwin Alberto Donayre Gotzch y Helí Gilberto Martos Rojas como autores del delito de peculado en agravio del Estado – Región Militar Sur. En consecuencia, les impuso las siguientes penas: **A.** Reinoso Díaz, seis años de pena privativa de libertad. **B.** Vértiz Cabrejos, Cusi Najarro, Torrejón Riva, Robertson Cáceres y Donayre Gotzch, cinco años y seis meses de pena privativa de libertad. **C.** Aburto Sánchez, cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad. **D.** Martos Rojas, Sánchez Lavado y Robles Moreano, cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años. **E.** A todos, tres años de inhabilitación y doscientos días multa. Asimismo, fijó en la suma de dos millones quinientos mil soles que todos deberán abonar solidariamente por concepto de reparación civil (setecientos ochenta mil soles a favor de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y un millón setecientos veinte mil soles a favor de la Región Militar Sur). Con lo demás que al respecto contiene.

**OÍDO** los informes orales.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

## FUNDAMENTOS DE HECHO

**PRIMERO.** Que, en virtud de la denuncia formalizada de la señora Fiscal Provincial especializada en delitos de corrupción de funcionarios de fojas cuarenta y nueve mil quinientos tres, de tres de julio de dos mil nueve, ampliada a fojas cincuenta mil setecientos noventa y seis, de dieciséis de noviembre de dos mil nueve, el Juzgado Penal de Lima dictó el auto de apertura de instrucción de fojas cincuenta y cuatro mil cuatrocientos treinta y dos, de veintisiete de enero de dos mil diez, integrado a fojas cincuenta y cuatro mil quinientos siete, de diez de febrero de dos mil diez, y ampliado a fojas cincuenta y seis mil setecientos noventa y ocho, de cinco de noviembre de dos mil once, por los delitos de peculado y falsedad documental en agravio del Estado – Ejército Peruano (Primera Brigada de Fuerzas Especiales y Región Militar Sur).

∞ La Fiscalía Superior formuló acusación a fojas sesenta y dos mil seiscientos veintidós, de seis de marzo de dos mil catorce, integrada a fojas sesenta y dos mil novecientos noventa, de nueve de julio de dos mil catorce, aclarada a fojas sesenta y cuatro mil cincuenta y cuatro, de veintitrés de enero de dos mil catorce, y ratificada en la acusación oral de fojas ochenta mil setecientos noventa y cinco a ochenta mil ochocientos trece; ochenta mil ochocientos diecinueve vuelta; ochenta mil ochocientos treinta y siete.

∞ El Tribunal Superior dictó el auto de enjuiciamiento de fojas sesenta y cuatro mil ciento cincuenta y ocho, de veinticinco de junio de dos mil quince.



∞ La audiencia se inició el día seis de octubre de dos mil quince, según se advierte del acta de fojas sesenta y cinco mil ciento noventa y dos.

∞ La sentencia recurrida de fojas ochenta y un mil doscientos cincuenta y seis, de veintisiete de agosto de dos mil dieciocho, aclarada a fojas ochenta y un mil quinientos cuarenta y nueve, *(i)* no solo condenó por delito de peculado a los diez encausados recurrentes. *(ii)* También absolvió a veinticuatro acusados por el referido delito de peculado: Germán Wilfredo Ruiz Benites, Oscar Nicolás Escalante Abanto, Ángel William Espejo Tovar, Luis Guillermo Luque Solís, Francisco Evelio Mezarina Tong, Hugo Antonio Molina Carazas, Obdulio Jesús Cisneros Figueroa, William Alexander Novoa Gutiérrez, Paulo César Villarán Cornelio, Marco Antonio Pesantes Quispe, Parrish César Durand Bravo, Jorge Walter Villanueva Calderón, Dante Wilfredo Torres Valencia, Miguel Ángel Tresierra Zafra, Luis Julio Acosta Arias, Viktor Daniel Preciado Rojas, Luis Adolfo Paz Zavala, Brener Martín Corrales Jara, Oscar Roberto Iparraguirre Basauri, Milward Henry Valverde Herrera, Mauricio Gilberto Ponce Núñez, Juan Alfredo Miñano Barreda, Carlos Narcizo Molinari Portal y José Helí Oliva Montano. *(iii)* De igual manera, recondujo el tipo penal de falsificación de documentos a falsedad ideológica y declaró prescrita la acción penal por este delito contra: quince encausados respecto a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y doce imputados en lo atinente a la Región Militar Sur.

**SEGUNDO.** Que la sentencia de instancia declaró probado los siguientes hechos:

## 1. HECHOS GLOBALES

### A. Primera Brigada de Fuerzas Especiales

∞ Los encausados *(i)* Reinoso Díaz –comandante general del Ejército–, *(ii)* Vértiz Cabrejos –director general de Logística del Ejército–, *(iii)* Cusi Najarro –jefe de Abastecimiento del Servicio de Intendencia del Ejército–, *(iv)* Sánchez Lavado –jefa de Sección de la Clase III del Servicio de Intendencia del Ejército, *(v)* Aburto Sánchez –jefe de Compañía de la Intendencia de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y Director de Abastecimiento–, *(vi)* Torrejón Riva –comandante general de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales– y *(vii)* Robles Moreano –delegado del Servicio de Intendencia del Ejército–, en el período abril – octubre de dos mil seis, en forma sistemática, coordinada e ilegalmente (los seis primeros con la colaboración necesaria del séptimo), crearon una falsa situación de necesidad a partir de supuestos pedidos de combustible por funcionamiento: gasolina de ochenta y cuatro octanos y petróleo diésel D dos, no previstos en el presupuesto y sin el debido sustento y/o justificación, distribuyeron vales de combustible destinados a las unidades vehiculares de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y se apropiaron del mismo, por lo que obtuvieron un beneficio económico propio en perjuicio del Ejército Peruano.



∞ La Directiva cero cero cinco guión dos mil cinco guión DILOGE diagonal SDP diagonal ABSTO, de octubre de dos mil cinco, estipulaba que para cada año fiscal el comandante general del Ejército debía aprobar el cuadro de distribución de Clase III (combustible), sobre el cual la Dirección General de Logística del Ejército –en adelante, DILOGE– elaboraba los cuadros de asignación de Clase III a las Unidades en forma mensual, para luego remitirlos al Servicio de Intendencia del Ejército –en adelante, SINTE–. En este sentido, el encausado Torrejón Riva (comandante general de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales) a inicios de dos mil seis solicitó a la DILOGE a cargo del encausado Vértiz Cabrejos el pedido de carburantes y lubricantes para el funcionamiento de los vehículos de la Unidad a su mando (dotación ordinaria), adjuntando el “Cuadro de Necesidad Mensual de Clase III” por ocho mil ochocientos cuarenta galones de gasolina noventa y cinco octanos, catorce mil doscientos siete galones de gasolina de ochenta y cuatro octanos y treinta y cinco mil setecientos cincuenta y siete galones de petróleo D dos. Empero, irregularmente, tal asignación se incrementó a partir de ocho oficios, de marzo a octubre de dos mil seis, sin que se adjunte los documentos de sustento de tales incrementos, como lo exigía el literal d) de la Directiva cero cero cinco guión dos mil cinco guión DILOGE diagonal SDP diagonal ABSTO.

∞ El encausado Vértiz Cabrejos, como director de Logística, ante el referido pedido de combustible por su coimputado Torrejón Riva, debía elaborar el “Cuadro de Distribución de Clase III”, que tenía que ser aprobado por el comandante general del Ejército, encausado César Reinoso Díaz, a fin de que en forma mensual el combustible se remita al SINTE y se distribuya a las Unidades correspondientes. Sin embargo, dicho encausado Vértiz Cabrejos, con la participación de Luis Acosta Arias, jefe de la Sección de Programación del Departamento de Abastecimiento de la DILOGE, mensualmente remitió al jefe del SINTE el “Listado de Asignación de Clase III (Dotación de Mantenimiento – Funcionamiento)”, de marzo a diciembre de dos mil seis, el que consignaba cantidades de combustible adicional en virtud de unos cuadros de “Valorización de Unidades de Lima y Provincias” que no contaban con la firma y el sello de autorización del funcionario responsable.

∞ Estos listados de distribución mensual a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales dan cuenta que (i) del período enero a octubre de dos mil seis se produjo un incremento, respecto de la dotación ordinaria, del seiscientos veinticuatro por ciento de gasolina de ochenta y cuatro octanos; y, (ii) del período abril a octubre de dos mil seis un incremento del ochocientos ochenta y nueve por ciento de petróleo diesel dos. No había necesidad para este incremento, ni medió explicación y sustento alguno, pese a lo cual fueron aprobados por el comandante general del Ejército, encausado Reinoso Díaz, mediante “Hojas Informativas” de los meses de mayo, julio y septiembre de dos mil seis, elaboradas por el director de la DILOGE, imputado Vértiz Cabrejos, y suscritas con posterioridad a la asignación de combustible. Esos documentos fueron firmados en un solo acto escritural, y además no estaban previstos como documentos oficiales por la Directiva cero cero cinco guión dos mil

cinco guión DILOGE diagonal SPD diagonal ABSTO, y evidencian que indebidamente se trató de regularizar estas asignaciones adicionales de combustible.

∞ La entrega de combustible (dotación ordinaria), conforme al listado de distribución mensual por parte del SINTE a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, se efectuó mediante vales remitidos por la DILOGE, a cuyo efecto se utilizó las “Actas de Entrega de Vales” (dotación ordinaria) y los “Recibo de Entrega de Vales” suscritos por la encausada Sánchez Lavado, jefa de la Sección de Clase III del SINTE, el encausado Cusi Najarro, jefe del Departamento de Abastecimiento del SINTE, y por el encausado absuelto Juan Miñano Barreda, encargado de la recepción de combustible de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales. Empero, solo se otorgó combustible en cantidades similares a las que se entregaron en los meses de enero a marzo de dos mil seis. No se proporcionó el combustible adicional según los “Cuadros de Distribución Mensual” establecidos.

∞ Una vez que se iniciaron las acciones de control por la Contraloría General de la República, los citados encausados (Sánchez Lavado y Cusi Najarro, así como Miñano Barreda), por orden del encausado Reinoso Díaz, comandante general del Ejército, procuraron dar visos de legalidad a los incrementos irregulares de combustible, por lo que sustituyeron las actas y recibos de combustible de los meses de abril a octubre de dos mil seis. Este hecho ocurrió en la quincena de octubre de dos mil seis. Se consignaron datos falsos de cantidades de combustibles mayores de las realmente entregadas, y se simuló la entrega, de enero a diciembre de dos mil seis, de veinticinco mil trescientos cuarenta galones de gasolina de ochenta y cuatro octanos y ochenta y dos mil quinientos galones de petróleo D dos. El absuelto Miñano Barreda nunca recibió vales de combustible por motivos excepcionales –siempre recibió las dotaciones normales de combustible–, pero firmó los recibos y actas de enero a octubre en un solo momento, en la quincena de octubre de dos mil seis, por orden del encausado Aburto Sánchez, jefe de Compañía de Intendencia de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y director de Abastecimiento. Este último efectuó el cambio de las planillas ya firmadas por indicación de su coimputado Cusi Najarro, jefe de Abastecimiento del SINTE, el cual a su vez le hizo saber que era una orden del comandante general del Ejército, Reinoso Díaz, conocida incluso por el encausado Torrejón Riva, comandante general de la Primera Brigada de las Fuerzas Especiales –este último, ante la consulta de Miñano Barreda, le ordenó que cumpla firmar la documentación–.

∞ El encausado Reinoso Díaz, comandante general del Ejército, suscribió “Hojas Informativas” por las que aprobó el incremento de la asignación de combustible a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, sin que exista necesidad, justificación y sustento para tal incremento a partir de abril de dos mil seis. Además, ordenó firmar los comprobantes de salida (pecosas) con cantidad que nunca había recibido cada Unidad de la Primera Brigada, así como ordenó programar la dotación adicional incluida en el Listado de Clase III, sobre el cual no se había realizado ningún análisis, como sí se llevó cabo respecto de la dotación ordinaria.

∞ El imputado Torrejón Riva, comandante general de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, cuya función en lo pertinente era gestionar la asignación de combustible mensual, suscribió los oficios de requerimiento, sin el sustento debido, incumpliendo la Directiva cero cero cinco guión dos mil cinco guión DILOGE (artículo 6, literal d). El combustible adicional no fue entregado a las Unidades de la Primera Brigada. Por orden de su coencausado Reinoso Díaz, comandante general del Ejército, los encausados absueltos Miñano Barreda, Luque Solís, Molina Carazas, Cisneros Figueroa, Villanueva Calderón, Escalante Abanto, Durand Bravo, Espejo Tovar, Tresierra Zafra y Torres Valencia suscribieron los comprobantes de salida (pecosas) correspondientes a las diferentes Unidades de la Primera Brigada, pese a que se trató de combustible en realidad no entregado.

∞ El imputado Vértiz Cabrejos, como director de la DILOGE, tenía a su cargo la centralización de todos los pedidos y presentar el “Cuadro de Asignación de Combustible” al comandante general del Ejército, quien lo aprobaba, con conocimiento de la Oficina de Presupuesto y la Oficina de Economía del Ejército. Aprobado el Cuadro se enviaba al SINTE, órgano encargado de la distribución de los vales de combustible. Es del caso, sin embargo, que los pedidos de mayor combustible no estaban debidamente sustentados y se remitió Listado de Asignación Mensual de Combustible durante el año dos mil seis con un incremento inusitado.

∞ Los imputados Cusi Navarro y Sánchez Lavado, efectivos del SINTE, debían planificar, dirigir y controlar la actividad de distribución del combustible, así como entregar los vales de combustible a las diferentes Unidades del Ejército. En este caso se entregó vales con cantidades mayores a las autorizadas o asignadas, y Miñano Barreda, del SINTE, que recibió tales documentos, suscribió las actas y recibos de entrega de vales con cantidades mayores a las realmente asignadas.

∞ El imputado Aburto Sánchez, de Intendencia y Abastecimiento de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, tenía a su cargo la administración de los vales de combustible entregados por el SINTE, a través de sus coimputados Cusi Navarro y Sánchez Lavado, para su reparto a la Unidad. Él suscribió los pedidos de comprobantes de salida (pecosas), incluyendo vales de combustible que no fueron entregados a la Unidad, a fin de aparentar su recepción y utilización, y, de este modo, apropiarse del combustible.

∞ Se produjo, por tanto, un incremento no justificado de combustible, de abril a octubre de dos mil seis. Se consignó cantidades mayores a la dotación ordinaria –sin sustento ni justificación–. No se acreditó la efectiva entrega y utilización del combustible excepcional en las diversas Unidades de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales. El combustible no justificado, desviado en suma, según el Informe Pericial cero cuarenta y dos guión dos mil catorce guión UP guión FEDCF-MP [fojas sesenta y tres mil cuatrocientos veintinueve], ascendió a un monto de ciento catorce mil seiscientos seis punto sesenta y tres soles.



## B. Región Militar Sur

∞ En el periodo enero – noviembre de dos mil dieciséis se produjo un incremento inusitado, desproporcionado, de la asignación de combustible a la Región Militar Sur, sin una solicitud formal ni justificación de su necesidad, en contravención de la Directiva cero cero cinco guión dos mil cinco guión DILOGE diagonal SDP diagonal ABSTO, que obligaba a la DILOGE, previa evaluación de las necesidades de combustible, elaborar el respectivo Cuadro de Asignación de Clase III y, con la aprobación del comandante general del Ejército, remitir los listados de asignación al SINTE para su posterior distribución. Empero, el jefe del SINTE, Robertson Cáceres, y los comandantes generales de la Región Militar Sur, Donayre Gotzch (enero a agosto de dos mil seis) y Martos Rojas (setiembre a noviembre de dos mil seis), no siguieron el trámite debido, pues solo mediante faxes (en número de veintiséis, del uno de marzo al dieciocho de diciembre de dos mil seis) se comunicó la dotación asignada para el retiro de combustible a la comandancia general de la Región Militar Sur y al Terminal Petroperú de Mollendo –el procedimiento debido, conforme a la Directiva cero cero cinco guión dos mil cinco guión DILOGE diagonal SDP diagonal ABSTO, era elevar oficios de requerimiento con el sustento correspondiente, y contestar por igual vía adjuntando el “Cuadro de Asignación de Combustible Extraordinario”–. El combustible “excepcional” fue desviado a otro lugar, y alcanzó a un monto de trescientos cuatro mil ciento setenta y ocho punto ochenta y ocho soles. Posteriormente, se pretendió “regularizar” tal apropiación con documentos de entrega de “dotación excepcional de combustible” y “Comisión de entrega y recepción de combustible de la Comandancia General de la Región Militar Sur”, así como mediante “actas de incineración”.

∞ El combustible en cuestión, en lugar de ser trasladado desde el terminal Petroperú de Mollendo a los grifos autorizados: Italia, Sao Paulo y Tahuaycani, se hizo, en algunos casos, a otros lugares, tales como Cerro Colorado en Arequipa y avenida Boulevard en San Borja – Lima (sede del Cuartel General del Ejército). Se verificó además que el servicio de traslado se efectuó no solo por empresas que obtuvieron la buena pro para este servicio, sino también por otras ajenas a esta designación: A.B. Transportes EIRL y Transervis JR EIRL.

∞ Con la finalidad de “regularizar” las supuestas entregas de combustibles a la Región Militar Sur, los comandantes generales de esa Región (encausados Donayre Gotzch y Martos Rojas, respectivamente) suscribieron sendos oficios –un total de once, nueve de ellos por Donayre Gotzch y dos por Martos Rojas– solicitando la asignación extraordinaria de combustible. Los primeros nueve oficios fueron dirigidos al Jefe del SINTE –y no, como correspondía, al DILOGE, a cargo de Vértiz Cabrejos–, mientras que los dos últimos se dirigieron al DILOGE, pero no fueron ubicados en el Registro de Correspondencia recibida. Ello demuestra que los nueve primeros oficios se “regularizaron” con fecha veintiocho de agosto de dos mil seis.

Así consta del Acta de Verificación de fojas treinta mil ochocientos setenta y siete la pericia grafotécnica respectiva.

∞ Asimismo, el encausado Vértiz Cabrejos, director de la DILOGE, elaboró las diversas “Hojas Informativas” –que consignaban diferentes fechas de aprobación–, pero que no hacían referencia a los “Cuadros de Asignación Extraordinaria de Clase III”, que fueron alcanzados posteriormente y que consignaban en diversos meses cantidades de combustibles distintas a las señaladas en la hoja anexo a las Hojas Informativas. Estas “Hojas Informativas”, a su vez, eran aprobadas por el comandante general del Ejército, Reinoso Díaz. Todo ello demostraba que las aprobaciones no se realizaron en su oportunidad y que la diferencia en las cantidades importaba precisamente la apropiación del combustible.

∞ Igualmente, a fin de “regularizar” la asignación de combustible a la Región Militar Sur, el director de la DILOGE, encausado Vértiz Cabrejos, suscribió doce oficios adjuntando el “Listado de Asignación Clase III”, en los que supuestamente se remitía al jefe del SINTE para su distribución a las distintas Unidades de la Región Militar Sur. Estos documentos, sin embargo, no tienen cargo de recepción de la Unidad de Trámite Documentario del SINTE –solo aparece un sello y firma de recibo, en la parte inferior izquierda, por el imputado Cusi Navarro (jefe de Abastecimiento), pese a que el oficio era dirigido al jefe del SINTE, y además no se registró en el “Libro de Correspondencia”, ni se justificaba que tengan el rótulo de secreto–. En esta misma perspectiva se elaboró diversas actas de entrega y recepción, suscritas por la Comisión de entrega y recepción de Combustible de la Comandancia General de la Región Militar Sur, conformada de enero a agosto de dos mil seis por Donayre Gotzch (presidente), Arbulú Sime y Valverde Herrera, en septiembre figuró como presidente Iparraguirre Basauri, en los meses de octubre y noviembre, Martos Rojas, y en diciembre, Contreras Riva. Estas actas, desde luego, son falsas e incluso no aparece la firma del receptor del combustible consignado; y, los choferes de los camiones cisterna, negaron haber firmado las mismas.

∞ El encausado Reinoso Díaz, como comandante general del Ejército, aprobó las denominadas “Hojas Informativas” realizadas por la Dirección del DILOGE, pese a que no detallaba el uso específico de combustible a incrementarse. Los “Cuadros de Distribución de Dotación Complementaria”, para las Unidades beneficiarias, tampoco se justificaron técnicamente.

∞ El procesado Robertson Cáceres, como jefe del SINTE en marzo a diciembre de dos mil seis, autorizó mediante faxes la asignación de combustible extraordinario. Éstos se dirigieron al comandante general de la Región Militar Sur y a la Planta de Mollendo de Petroperú, pese que no existían pedidos de las Unidades de dicha Región y sin que se hayan remitido los oficios con los “Cuadros de Distribución de Dotación Extraordinaria”.

∞ Los encausados Donayre Gotzch (periodo enero – agosto dos mil seis) y Martos Rojas (periodo septiembre – noviembre de dos mil seis), como comandantes generales de la Región Militar Sur, tenían la facultad de gestionar, a través de su



canal de comando, la asignación de combustible para cada mes. No obstante ello, suscribieron oficios de requerimiento sin sustento alguno, y el combustible no se entregó a las Unidades de la Región Militar Sur. Además, presidieron la Comisión de Entrega y Recepción de Combustible, pero las firmas en las actas de entrega y recepción han sido negadas por los choferes de los camiones cisterna.

∞ El encausado Vértiz Cabrejos, como director del DILOGE, centralizaba los pedidos de combustible y presentaba el “Cuadro de Asignación de Combustible” al comandante general del Ejército Reinoso Díaz, quien aprobaba los mismos con intervención o conocimiento de las Oficinas de Planeamiento y de Economía. El Cuadro, a continuación, se enviaba al SINTE para la distribución de los vales de gasolina. Es del caso que Vértiz Cabrejos suscribió las “Hojas Informativas” consignando la solicitud de combustible por las diversas Unidades de la Región Militar Sur, pese a que tal pedido no estaba justificado. Tal suscripción se efectuó para “regularizar” pues el combustible ya se había asignado mediante faxes. Igualmente, confeccionó y remitió al SINTE varios oficios adjuntando los listados de asignación mensual de combustible; oficios que no están registrados en las Mesas de Parte de la DILOGE y el SINTE, de suerte que se elaboraron posteriormente para “justificar” el pedido de combustible.

∞ El encausado Cusi Najarro, como jefe de Abastecimiento del SINTE, consignó su sello y firma en los oficios remitidos por el director del DILOGE dirigidos al jefe del SINTE, en los que se adjuntaba el Cuadro o Listado de Asignación de Combustible Extraordinario, pese a que no le correspondía recibir dicha documentación, dirigida al jefe del SINTE. Lo hizo para “justificar” a posteriori el pedido de combustible.

∞ Conforme al Informe de la Contraloría General de la República trescientos catorce guión dos mil ocho guión CG diagonal SDR guión AR, el incremento de combustible no se sustentó ni se justificó. Éste se desvió a grifos distintos de los asignados con esta finalidad. Luego, se simuló documentalmente en una pretendida “regularización”. Incluso, se dispuso y llevó a cabo la incineración de la documentación. El Informe Pericial cero cuarenta y dos guión dos mil catorce guión UP guión FEDCF guión MP, el retiro del combustible con vales de consumo no sustentado con las pecosas, y no asignados a las Unidades de la Región Militar Sur, importó dos mil novecientos cincuenta y siete punto setenta y cinco galones de gasolina de ochenta y cuatro octanos y treinta y seis mil setecientos veinticuatro punto veintiséis galones de petróleo diesels dos, y un perjuicio de trescientos noventa y cuatro mil ciento setenta y ocho punto ochenta y ocho soles.

## 2. HECHOS INDIVIDUALES

### A. Encausado Reinoso Díaz

∞ Ordenó la asignación, distribución y apropiación de combustible en exceso, destinado a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales (a partir de abril de dos mil

seis) y a la Región Militar Sur (a partir de enero de dos mil seis). Suscribió nueve “Hojas Informativas” para encubrir la apropiación.

∞ Ordenó firmar a los funcionarios militares pecosas con cantidades que nunca se había recibido para “justificar” y “ocultar” la apropiación de combustible.

#### **B. Encausado Vértiz Cabrejos**

∞ Formuló el “Listado de Asignación de Clase III” sin justificación alguna, asignando combustible adicional a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales entre abril a octubre de dos mil seis. El combustible pagado por la Institución no se entregó a las Sub Unidades de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales.

∞ Suscribió “Hojas Informativas” para la aprobación extraordinaria mensual de combustible a partir de octubre de dos mil seis para simular el sustento de la asignación extraordinaria de combustible.

∞ En lo atinente a la Región Militar Sur formuló el “Listado de Asignación de Clase III” sin justificación alguna, por el que se asignó combustible adicional durante enero a diciembre de dos mil seis. El combustible, empero, no fue entregado a las Unidades de dicha Región Militar.

#### **C. Encausado Cusi Najarro**

∞ Tramitó, indebidamente, la distribución de asignaciones extraordinarias de combustible, a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, pero éste no fue entregado a la misma. La Primera Brigada de Fuerzas Especiales, en rigor, solo recibió la misma cantidad de combustible entre enero a marzo de dos mil seis.

∞ Similar acción ejecutó respecto de la Región Militar Sur. Además, simuló la recepción de dos oficios remitidos por el director del DILOGE, Vértiz Cabrejos, pero dirigidos al jefe del SINTE.

#### **D. Encausado Torrejón Riva**

∞ Suscribió oficios de requerimiento extraordinario de combustible, sin sustento alguno, combustible que en pureza no se entregó a las Unidades de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales.

∞ Ordenó a sus coencausados subordinados que suscriban las pecosas por cantidades de combustible que realmente no se entregaron a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales.

#### **E. Encausado Aburto Sánchez**

∞ Se apropió del combustible asignado a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales.

∞ Ordenó a sus coencausados firmar las pecosas con cantidades que no se recibieron.

∞ Suscribió pecosas incluyendo cantidades que no fueron entregadas a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales –lo hizo para “aparentar” la recepción y utilización del combustible–.

**F. Encausada Sánchez Lavado**

∞ Tramitó indebidamente combustible adicional a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, que no fue entregado a las Unidades que la integran. La Primera Brigada de Fuerzas Especiales solo recibió el combustible de asignación ordinaria, igual de enero a marzo de dos mil seis.

**G. Encausado Robles Moreano**

∞ Suscribió y consignó en diferentes actas de entrega y recepción de combustible por montos mayores a los que realmente correspondían.

**H. Encausado Donayre Gotzch**

∞ Se apropió de combustible extraordinario asignado a la Región Militar Sur.  
∞ Suscribió nueve oficios para justificar un trámite inexistente de solicitud de combustible extraordinario destinado a la Región Militar Sur.  
∞ Creó actas de entrega y recepción para ocultar la apropiación del combustible. Igualmente, creó la Comisión de Incineración.

**I. Encausado Robertson Cáceres**

∞ Suscribió faxes por los cuales autorizaba la asignación de combustible excepcional, dirigidos a la Comandancia General de la Región Militar Sur y a la Planta de Mollendo de Petroperú, pese a la inexistencia de pedidos de combustible de las Unidades respectivas ni cuadros de distribución de combustible excepcional. El objetivo era la apropiación del combustible en cuestión.

**J. Encausado Martos Rojas**

∞ Gestionó, a través del canal de comando, el pedido de combustible para la Región Militar Sur, pese a que no existía sustento o justificación alguna. El combustible nunca llegó a los grifos de esta Región.  
∞ Suscribió actas y recibos de entrega de vales de combustible, que consignaban cantidades mayores a las asignadas realmente y con datos falsos respecto a la entrega de combustible.

**TERCERO.** Que la sentencia de instancia se dictó en la centésima tercera sesión de la audiencia, de veintisiete de agosto de dos mil dieciocho [fojas ochenta y un mil quinientos cincuenta]. En este mismo acto interpusieron recurso de nulidad los encausados Reinoso Díaz, Vértiz Cabrejos, Cusi Najarro, Robertson Cáceres, Donayre Gotzch, Sánchez Lavado, Torrejón Riva y Aburto Sánchez. Se reservaron de recurrir, pero lo hicieron al día siguiente, los encausados Martos Rojas y Robles Moreano [fojas ochenta y uno mil quinientos setenta y uno y ochenta y un mil quinientos setenta y cinco, ambos de veintiocho de agosto de dos mil dieciocho].



∞ Cumplida la formalización del recurso de nulidad por todos los impugnantes, el Tribunal Superior dictó el auto concesorio de fojas ochenta y dos mil cincuenta y siete, de dos de octubre de dos mil dieciocho.

**CUARTO.** Que los motivos y la argumentación de los recursos de nulidad son los siguientes:

**1.** La defensa del encausado **Vértiz Cabrejos** en su recurso formalizado de fojas ochenta y un mil quinientos ochenta y uno, de once de setiembre de dos mil dieciocho, instó la absolución de los cargos. Alegó que las “Hojas Informativas” no sustentan ni demuestran acto de apoderamiento alguno, pues fueron generados por él llevar un registro interno sobre la Asignación Extraordinario de combustible dispuesta mensualmente por el comandante general del Ejército, Reinoso Díaz; que este documento no permite realizar “regularización” alguna y no forma parte del trámite o procedimiento de asignación extraordinaria de combustible; que actuó en base al principio de confianza respecto a las órdenes del comandante general del Ejército; que la DILOGE recibía las aprobaciones del comandante general e incorporaba la asignación adicional en los “Cuadros de Abastecimiento de Clase III”, y luego los remitía al SINTE para que siga el trámite hasta la entrega del combustible; que según la Directiva cero cero cinco guión dos mil cinco guión DILOGE diagonal SDP diagonal ABSTO bastaba la autorización del comandante general para dar inicio al trámite de asignación excepcional sin mediar ningún requisito; que no está probado que formuló el “Cuadro de Asignaciones Extraordinarias”; que la remisión del fax ochocientos ocho, para que las Grandes Unidades de provincias remitan la justificación del combustible asignado, se debió a una orden del comandante general; que el propio fiscal en su requisitoria oral puntualizó que los jefes de Regiones y de las Grandes Unidades coordinaban con el comandante general la asignación de combustible extraordinario; que como esa asignación era coyuntural, está descartada de la labor de planeamiento ordinario a cargo de la DILOGE; que en todos los pasos sustanciales previos a la compra y entrega de combustible extraordinario, la DILOGE no intervino.

**2.** La defensa del encausado **Aburto Sánchez** en su recurso formalizado de fojas ochenta y un mil seiscientos cuatro, de once de setiembre de dos mil dieciocho, solicitó la absolución de los cargos. Sostuvo que la conducta atribuida a su defendido es atípica; que se interpretó erróneamente el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 en orden a sus funciones como jefe de la Compañía de Intendencia de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales –administración del combustible asignado–, pero el fiscal en su requisitoria oral señaló que el combustible extraordinario nunca ingresó a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales –no se descargó en el grifo de la Gran Unidad–, luego, no pudo apropiarse de algo que no recibió; que la propia sentencia acotó que el combustible era administrado por el comandante general del Ejército y el

director de la DILOGE; que si bien formuló y suscribió en dos mil seis pecosas por montos desproporcionados con cantidades que nunca recibió, lo hizo por una orden impartida por el comandante general del Ejército, Reinoso Díaz, transmitida por el comandante general de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, Torrejón Riva.

**3.** La defensa del encausado **Torrejón Riva** en su recurso formalizado de fojas ochenta y un mil seiscientos diecisiete de once de setiembre de dos mil dieciocho, pidió la absolución de los cargos. Explicó que la conducta atribuida no es típica; que la relación funcional no se presenta –el agente debe tener la posibilidad real de disponer de los bienes–; que solo si existe entrega de los bienes en administración surge la competencia funcional; que en la sentencia se señaló que como jefe de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales decidía solicitar o no combustible extraordinario y disponía la entrega de tal combustible a las Subunidades respectivas, pero también se anotó que las solicitudes de combustible se enviaban a la DILOGE para determinar su procedencia, lo que revela que su defendido no tenía la disponibilidad jurídica del combustible; que, además, el combustible extraordinario nunca ingresó al grifo de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales; que la Directiva cero cero cinco guión dos mil cinco guión DILOGE diagonal SDP diagonal ABSTO no comprende a su patrocinado dentro de los funcionarios militares que tienen competencia funcional al respecto; que el comandante general del Ejército, Reinoso Díaz, luego de la apropiación del combustible extraordinario, buscó la forma de justificar tal situación y, por ello, ordenó a su defendido crear pecosas con cantidades falsas y, a la vez, ordenó firmarlas a sus subordinados, al igual que Actas de Entrega con cantidades inexistentes; que su patrocinado no trasgredió ningún deber funcional específico ni tuvo dominio sobre el combustible extraordinario; que su defendido no firmó las “Hojas Informativas”; que en octubre de dos mil seis el SINTE varió la cantidad de combustible en las Actas y Recibos de vales de entrega y recepción de combustible.

**4.** La defensa del encausado **Robertson Cáceres** en su recurso formalizado de fojas ochenta y un mil seiscientos cuarenta y uno, de doce de setiembre de dos mil dieciocho, demandó la absolución de los cargos. Arguyó que su defendido desconocía de los hechos realmente ocurridos porque confiaba en la corrección funcional del jefe de Abastecimiento, coencausado Cusi Najarro; que su patrocinado no infringió las normas de la Directiva cero cero cinco guión dos mil cinco guión DILOGE diagonal SDP diagonal ABSTO, y no envió faxes a la Región Militar Sur obviando los “Cuadros de Asignación de Clase III”; que envió los faxes mensualmente de acuerdo a lo indicado en los Cuadros respectivos; que los cargos que le formulan Torrejón Riva, Miñano Barreda, Sánchez Lavado y Ruiz Benites no son ciertos; que, de otro lado, lo condenaron por hechos no acusados; que la reparación civil es exorbitante.



5. La defensa del encausado **Martos Rojas** en su recurso formalizado de fojas ochenta y un mil seiscientos cincuenta, de doce de setiembre de dos mil dieciocho, suplicó la absolución de los cargos. Razonó que, como jefe de la Región Militar Sur de setiembre a noviembre de dos mil seis cumplió sus funciones con arreglo a la Directiva cero cero cinco guión dos mil cinco guión DILOGE diagonal SDP diagonal ABSTO; que como estuvo dos meses y medio en el cargo no llegó a conocer cualquier mal uso del combustible; que al llegar al cargo en setiembre de dos mil seis ya el combustible había sido solicitado por su antecesor, coimputado Donayre Gotzch; que si bien firmó dos oficios (setecientos veinte y setecientos veintuno) solicitando combustible adicional, éste llegó a su destino; que esos pedidos fueron a la DILOGE y coordinó con el jefe del Ballón de Intendencia ciento trece, comandante Arbulú Sime; que con las facturas de los diversos terminales de provincia de fojas sesenta y cinco mil seiscientos sesenta y nueve a sesenta y cinco mil seiscientos setenta y siete se desvirtúa la desviación del combustible atribuida; que la pericia grafotécnica de parte desvirtúa que los oficios se firmaron en un mismo acto escritural; que ante la diversidad de conclusiones periciales, se tiene que no se probó con certeza el perjuicio económico.

6. La defensa del encausado **Cusi Najarro** en su recurso formalizado de fojas ochenta y un mil seiscientos setenta y seis, de doce de setiembre de dos mil dieciocho, postuló la absolución de los cargos. Argumentó que, como jefe del Departamento de Abastecimiento del SINTE, y con arreglo a la Directiva cero cero cinco guión dos mil cinco guión DILOGE diagonal SDP diagonal ABSTO cumplió a cabalidad con la distribución de combustible a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y a la Región Militar Sur; que el Cuadro de Asignación de Combustible solo se refiere a la dotación ordinaria, no menciona “dotación extraordinaria”; que los encausados integrantes de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales con el fin de ocultar el mal uso del combustible entregado afirmaron que el Departamento de Abastecimiento del SINTE no entregó totalmente el combustible; que el Departamento a su cargo tenía como función abastecer a ocho grifos (seis en Lima y dos en Provincias), de los cuales siete grifos no cuestionaron la entrega; que en octubre de dos mil seis se cambió el procedimiento de entrega de vales de combustibles por “Actas y Recibos de Entrega de Vales de Combustible”, pero no se probó que, a propósito de ese cambio, se modificó las cantidades que se entregó a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales; que es imposible una supuesta “regularización” de documentos en el mes de octubre de dos mil seis cambiándose la cantidad de combustible entregado porque se hacía con un Listado mensual enviado por la DILOGE y suscrito por el director Vértiz Cabrejos, y además los documentos se encontraban en otra dependencia: la Oficina General Económica del Ejército –en adelante, OGECOE–; que si bien recomendó a su coimputado Robles Moreano para su designación como delegado del SINTE, esta recomendación no es indicio de delito; que las declaraciones de su coencausada Sánchez Lavado y Sanabria Kriete acreditan su posición; que su función no es

tramitar combustible extraordinario –su función específica solo era la distribución de combustible–.

7. La defensa del encausado **Donayre Gotzch** en su recurso formalizado de fojas ochenta y un mil setecientos cuarenta, de doce de setiembre de dos mil dieciocho, pretendió la absolución de los cargos o, en su defecto, la reducción de la pena impuesta a cuatro años de privación de libertad. Apuntó que no tenía como competencia administrar el combustible; que el hecho presunto de regularizar mediante oficios y, de otro lado, crear actas de entrega y recepción de combustible, no significa intervenir en actos típicos de peculado; que el Informe de Contraloría contiene violaciones al debido proceso –no hubo evaluación previa de los hechos materia de control–; que la tesis del incremento irregular de combustible no es correcta; que los oficios que suscribió fueron para la asignación normal de combustible; que no corresponde afirmar que con las guías de remisión y las facturas emitidas por Petroperú se consignó el domicilio fiscal del RUC del Ejército; que no es cierto que firmó los nueve oficios en un acto de escritura; que no conocía la fecha del envío o ingreso tardío de los documentos; que no es verdad que el combustible se transportó con empresas que no obtuvieron la buena pro –el gerente la empresa MACOSA empleó tanques cisterna de otra empresa para cumplir el cometido del transporte de combustible–; que la reparación civil es arbitraria y no se motivó el perjuicio económico; que para la individualizar la pena no se valoró la edad y la enfermedad que padece su defendido (diabetes y problemas cardiológicos); que, de otro lado, la sentencia vulneró la garantía de motivación y el derecho a la prueba por falta de acreditación y valoración de las hipótesis fácticas, pues en las actas de entrega no se advierte la firma del responsable de la subunidad o dependencia que estaba recibiendo el combustible, algunos choferes indicaron que no firmaron las actas de entrega y recepción y que las firmas consignadas allí no les pertenecen, y se incineraron irregularmente los vales de consumo de combustible.

8. La defensa del encausado **Reinoso Díaz** en su recurso formalizado de fojas ochenta y un mil ochocientos treinta y siete, de doce de setiembre de dos mil dieciocho, reclamó la absolución de los cargos. Afirmó que, como comandante general del Ejército, no tenía facultad de planeamiento ni de ejecución de actividades logísticas, específicamente de la Clase III (combustible), que no existe medio de prueba idóneo que acredite que se apropió de combustible; que es un error sostener que mediante “Hojas Informativas” aprobó incrementos de combustible –éstas, según el Manual de Correspondencia Militar, solo son documentos que sirven para poner en conocimiento del superior la situación en que se encuentra un asunto o trámite–; que firmó las “Hojas Informativas” y sus anexos de buena fe, bajo el principio de confianza, en el entendido que el director del DILOGE, Vértiz Cabrejos, había cumplido correctamente sus funciones; que no se ha considerado que las dotaciones

extraordinarias o adicionales de combustible se efectuó en el marco de una situación de carencia extrema del presupuesto del Ejército.

**9.** La defensa del encausado **Robles Moreano** en su recurso formalizado de fojas ochenta y dos mil, de trece de setiembre de dos mil dieciocho, reclamó la absolución de los cargos. Invocó que su función específica como delegado del SINTE para la adquisición de combustible no tiene vinculación causal con el delito juzgado, pues cumplió a cabalidad con abastecer de combustible los seis grifos en la capital y los dos grifos en provincias; que se cumplió con entregar el íntegro del combustible en la Primera Brigada de Fuerzas Especiales; que no se evidencia que en las “Actas de Entrega y Recepción de Combustible” se consignó montos mayores de combustible a los efectivamente recibidos; que si bien su defendido realizó un mal llenado de las referidas actas, se trata de un error administrativo, su función solo fue distribuir el combustible a los jefes de los grifos, quienes daban cuenta al jefe de la compañía de intendencia de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, encausado Aburto Sánchez; que no es de responsabilidad de su patrocinado si Aburto Sánchez no efectuó correctamente sus funciones; que las setenta y nueve actas mostradas en juicio se demuestra que el combustible no tuvo doble destino.

**10.** La defensa de la encausada **Sánchez Lavado** en su recurso formalizado de fojas ochenta y dos mil veintisiete, de once de septiembre de dos mil dieciocho, instó la absolución de los cargos. Alegó que su patrocinada no tramitó ante la Primera Brigada de Fuerzas Especiales de manera indebida combustible adicional; que la Directiva cero cero cinco guión dos mil cinco guión DILOGE diagonal SDP diagonal ABSTO prevé que las asignaciones excepcionales de carburantes son dispuestas por el comandante general del Ejército, en cuyo caso la DILOGE recibirá las necesidades, las controlará y formulará el “Cuadro de Asignación Excepcional” por Unidades; que su defendida trabajó en el SINTE y junto con su coencausado Cusi Najarro se encargaban de la distribución de vales de combustible; que su defendida no tiene vinculación funcional con el combustible –éste no estuvo bajo su disponibilidad jurídica–; que su patrocinada conoció que el incremento de combustible se gestó en la Comandancia General del Ejército, con participación de oficiales de alta graduación militar; que de acuerdo al Manual de Organización y Funciones no tenía competencia para tramitar los vales de combustible a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales ni de las respectivas planillas, lo que se corrobora con la declaración del empleado civil Luis Miguel Rubio Gonzales.

**QUINTO.** Que el Tribunal Superior elevó la causa a este Tribunal Supremo con fecha ocho de noviembre dos mil dieciocho, que fue recibida por la Mesa de Partes Única el día ocho de noviembre de dos mil dieciocho. Emitido el decreto para la vista de la Fiscalía Suprema [fojas seiscientos cuatro, de nueve de noviembre de dos mil dieciocho], proveído el escrito del encausado Vértiz Cabrejos con fecha siete de



enero de dos mil diecinueve [fojas seiscientos cinco] y remitida la causa al Ministerio Público el día nueve de noviembre de dos mil dieciocho, se formuló el dictamen supremo de fojas seiscientos diez, de seis de febrero de dos mil diecinueve, recibido por Mesa de Partes el día once de febrero de dos mil diecinueve.

**SIXTO.** Que cumplido el trámite de traslado del dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal, por decreto de fojas ochocientos veintiséis, de trece de febrero de dos mil diecinueve, se señaló fecha para la vista de la causa el día veinte de marzo de dos mil diecinueve.

∞ Presentaron alegatos escritos ampliatorios, antes de la vista, las defensas de los encausados Vértiz Cabrejos [fojas setecientos veintinueve, setecientos sesenta, ochocientos treinta y cuatro y novecientos cuarenta], Sánchez Lavado [fojas ochocientos dos], Reinoso Díaz [fojas mil veinte] y Robertson Cáceres [fojas novecientos noventa].

∞ La audiencia pública, conforme a la razón de Relatoría, se realizó con el informe de hechos de los encausados Sánchez Lavado, Cusi Najarro, Reinoso Díaz y Torrejón Riva; y, con los alegatos orales de los señores abogados Crespo Chuquipiondo por el encausado Torrejón Riva, Sánchez Rivera por el encausado Robertson Cáceres, Tello Cruz por los encausados Cusi Najarro, Robles Moreano y Martos Rojas, Salvatierra Yi por la encausada Sánchez Lavado, Rodríguez Delgado por el encausado Reinoso Díaz, Orihuela Oré por el encausado Vértiz Cabrejos, Nakasaki Servigón por el encausado Donayre Gotzch, y Pacheco Palacios –Procurador Público Adjunto Especializado en delitos de corrupción de funcionarios– por el Estado.

**SÉPTIMO.** Que culminada la audiencia pública –que se inició el día ya señalado y continuó el día siguiente veintiuno de marzo de dos mil diecinueve–, la causa quedó al voto. Realizadas en esta última fecha y en los días sucesivos, en sesión secreta, la deliberación y debate correspondientes, así como la votación respectiva, se acordó, por unanimidad, la emisión de la Ejecutoria Suprema en los términos que a continuación se expone.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Que el marco del conocimiento impugnativo de este Tribunal Supremo, como es obvio, está determinado por la pretensión impugnativa de las partes. Ésta, en el presente caso, es muy amplia. En primer lugar, se cuestiona el juicio histórico o de culpabilidad –de la realidad de los hechos que se atribuyen a los imputados–; en segundo lugar, se controvierte la imputación objetiva y subjetiva del delito de peculado por apropiación; y, en tercer lugar, por lo menos, desde una pretensión accesoria de un imputado, se objeta el juicio de medición de la pena, además otros encausados cuestionan el monto de la reparación civil.

∞ Es de destacar, desde ya, lo siguiente:

En primer lugar, que se atribuye la comisión de un delito de peculado: apropiación de combustibles (gasolina de ochenta y cuatro octanos y petróleo diesel dos).

En segundo lugar, que el delito se cometió en el marco de una organización militar: el Ejército Peruano –con todo lo que ello significa, en materia de definición de la responsabilidad penal de sus miembros, como actividad compleja organizada mediante el juego de las reglas de la jerarquía y de la división del trabajo–, en el que habrían intervenido oficiales de esta institución –de muy diversos grados, resaltando el comandante general del Ejército, los comandantes generales de una Gran Unidad y de una Región Militar, el director de la DILOGE y el jefe del SINTE (generales de división, generales de brigada, coronel)–.

Y, en tercer lugar, que el delito está vinculado, de uno u otro modo, con el planeamiento, definición de asignación, adquisición, recojo de Petroperú, recepción por la institución, distribución y efectivo consumo del combustible por parte de una Gran Unidad: la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, y de la Región Militar Sur, en el curso del año dos mil seis.

**SEGUNDO.** Que, de igual manera, los hechos objeto del proceso penal se definieron a partir de unas denuncias periodísticas hasta la acreditación, en el Ejército, de una Comisión Auditoria por la Contraloría General de la República en julio de dos mil seis; así como de una petición del Congreso para la dilucidación acerca de lo que se denominó “tráfico de gasolina”, y de otro requerimiento de la Fiscalía de la Nación, en enero de dos mil siete, respecto de las acciones de control que se venían realizando en el Ejército con motivo de estos hechos.

∞ La Contraloría, al respecto y en relación con los hechos objeto del presente proceso penal, emitió dos Informes de Verificación de Denuncia: número cero cero tres guión dos mil siete guión CG diagonal SDR, de veintidós de marzo de dos mil siete [fojas veintitrés mil cuatrocientos trece, ratificado en sede plenaria a fojas sesenta y nueve mil trescientos doce], de diez de octubre de dos mil diecisiete, y número trescientos catorce guión dos mil ocho guión CG diagonal SDR, de veintiocho de octubre de dos mil ocho [fojas treinta mil seiscientos noventa y seis, ratificado en sede plenaria a fojas setenta y nueve mil quinientos sesenta y nueve vuelta, de siete de noviembre de dos mil diecisiete]. El primero referido, entre otros, a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, y el segundo circunscripto a la Región Militar Sur. Se emitieron, por lo demás, otros Informes de Verificación de Denuncia para otras Grandes Unidades y Regiones Militares, que no son materia del presente proceso penal.

∞ Respecto de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, el Informe de Verificación concluyó que, durante el período abril-octubre dos mil seis, se produjo un incremento de gasolina de ochenta y cuatro octanos del orden del seiscientos veinticuatro por ciento y de petróleo diesel dos del orden del ochocientos ochenta y nueve por ciento –sin precisarse conceptos específicos para su uso y, además, en el último caso, sin la aprobación correspondiente–; que se apreciaron inconsistencias y discordancias en la información que se consigna como sustento en los registros de control para el uso del



combustible, lo que no permite conocer con exactitud su destino (asignación de combustible a vehículos inoperativos, registro de control cuyas salidas de combustible exceden los galones ingresados, consumo de petróleo por parte de vehículo gasolinero, reportes de consumo de combustible de Unidades distintas que, en el mismo día, registran al mismo vehículo para diversas comisiones de servicios, y consumo de combustible asignado para vehículos en actividad distinta, así como la trituración ulterior de los vales de combustibles –folio seis del Informe de Verificación–).

∞ En cuanto a la Región Militar Sur, el respectivo Informe de Verificación concluyó que la Región Militar Sur a fines de dos mil cinco no cumplió con remitir a la DILOGE el pedido de combustible para el año dos mil seis; que en los archivos de la DILOGE no constan los “Cuadros de Distribución de Clase III”, y los oficios de requerimientos de asignación adicional de combustible, las Hojas Informativas y los “Cuadros de Asignación Extraordinaria de Clase III”, formulados mensualmente, presentan inconsistencias en cuanto a su elaboración y tramitación; que de los oficios cursados por la DILOGE de remisión de los Resúmenes Mensuales de Situación de Clase III por Grandes Unidades a nivel de Ejército (listados de asignación de combustibles) y de los faxes cursados por el SINTE, presentan inconsistencias –no está determinada la oportunidad del trámite de los incrementos en la dotación de combustible por funcionamientos militares de la Región Militar Sur–; que según las facturas emitidas por Petroperú – Mollendo el combustible asignado a la Región Militar Sur se trasladó por dos empresas no autorizadas (dos sí: Terraflot y Macosa); que existen facturas con guías de remisión a grifos distintos de los oficiales; que existe una factura de Petroperú presuntamente firmada por un chofer de la empresa Macosa (Alex de la Cruz Gonzales) que es distinta a la consignada en las “Actas de Entrega y Recepción” de combustible; que las solicitudes de mayor cantidad de combustibles y su asignación para las Unidades de la Región Militar Sur, según Cuadros de Distribución y Dotación Complementaria, presentan inadecuado sustento, al punto que se incineró los vales de consumo de combustible, constan inconsistencias en la distribución y uso del combustible por Dotación Complementaria, referidas a la formulación de Actas de Recepción de Clase III y Registros de Consumo de Clase III.

∞ Por todo ello, se consideró que en esta situación intervino dolosamente personal militar en diversas instancias del proceso de asignación, distribución y uso del combustible para la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y la Región Militar Sur durante el año dos mil seis (*intrañeus*), a partir de cuyo desempeño funcional en conjunto se posibilitó el apoderamiento de parte del combustible con la participación de personas particulares (*extraneus*).

**TERCERO.** Que el Informe Pericial número cero cuarenta y dos guión dos mil catorce guión UP guión FEDCF guión MP, de diecisiete de noviembre de dos mil catorce, corriente a fojas sesenta y tres mil doscientos cincuenta y uno, de diecisiete de

noviembre de dos mil catorce, ratificado en sede plenarial a fojas sesenta y nueve mil cuatrocientos sesenta y nueve, de treinta y uno de octubre de dos mil diecisiete, y a fojas sesenta y nueve mil quinientos setenta y cuatro vuelta, de siete de noviembre de dos mil diecisiete, realizado por la Unidad de Peritos de la Fiscalía, en relación a los hechos *sub-judice*, estableció lo siguiente:

**A.** Primera Brigada de Fuerzas Especiales –consta de catorce Unidades–.

∞ La dotación ordinaria de combustible remitida por la DILOGE a través del SINTE, según los Listados de Asignación y Listados de Distribución, respectivamente, ascendió a veintiún mil ochocientos diez galones de gasolina de ochenta y cuatro octanos y a setenta y tres mil setecientos cinco galones de petróleo diésel dos, respectivamente, entre enero a octubre de dos mil seis. El SINTE distribuyó el combustible según el Listado respectivo mediante recibos numerados denominados “entrega de vales de combustible”, el cual alcanzó a la misma cantidad señalada líneas arriba.

∞ El examen selectivo de cuatro Unidades, de las catorce existentes, concentrados en asignación de combustibles a vehículos inoperativos, alcanzó un perjuicio económico de ciento catorce mil seiscientos seis punto sesenta y tres soles.

∞ No existe acreditación acerca del efectivo consumo de asignación extraordinaria de combustible. Éste asciende a mil setecientos galones de gasolina de ochenta y cuatro octanos y diecisiete mil galones de petróleo diésel dos [véase folio veintidós de la Pericia con cuadro número cinco].

**B.** Región Militar Sur –consta de cuarenta y cuatro Unidades–.

∞ Se asignó a la Región, por la DILOGE, una dotación ordinaria de enero a diciembre de dos mil seis, lo siguiente: seis mil novecientos noventa y uno punto setenta y cinco galones de gasolina de noventa octanos, cuarenta y siete mil setecientos treinta y cinco galones de gasolina de ochenta y cuatro octanos, y noventa y ocho mil ciento noventa y un punto cincuenta galones de petróleo diésel dos.

∞ El comandante general de la Región Militar Sur (dos en el año dos mil seis) efectuó requerimientos adicionales de combustibles por oficios dirigidos al Jefe del SINTE o al Director de la DILOGE, durante el período enero a noviembre de dos mil seis. El monto ascendió a veinte mil galones de gasolina de ochenta y cuatro octanos y sesenta y cinco mil galones de petróleo diésel dos [Cuadro del folio ciento ochenta y cinco]. Pero, según las Hojas Informativas respectivas, el comandante general del Ejército aprobó cinco mil galones de gasolina de ochenta y cuatro octanos y veinte mil galones de diésel dos [cuadro del folio ciento ochenta y siete] –cabe indicar que las fechas de aprobación del comandante general son anteriores a las fechas de solicitud de los comandantes generales de la Región Militar Sur–.

∞ El retiro de dotación de combustible se efectuó por fax a la Región Militar Sur por parte del jefe del SINTE. Estos faxes dan cuenta de un retiro anual dos mil seis de cuatro mil doscientos galones de gasolina de noventa octanos, cuarenta y cuatro mil doscientos galones de gasolina de ochenta y cuatro octanos, y de ciento veintinueve

mil ochocientos galones de petróleo diésel dos [Cuadro el folio ciento ochenta y ocho]. Empero, Petroperú informó que de la Planta Mollendo para la Región Militar Sur remitió: cuatro mil ochocientos galones de gasolina de noventa octanos, cuarenta y ocho mil ochocientos setenta y seis galones de gasolina de ochenta y cuatro octanos, y ciento treinta y seis mil novecientos treinta y seis galones de petróleo diésel dos [Cuadro del folio ciento ochenta y nueve]. Sin embargo, según la relación de facturación por venta de combustible de Petroperú con las órdenes de entrega de combustible del Batallón de Intendencia número ciento trece (Región Militar Sur), existe coincidencia en los galones de combustibles facturados y entregados: sesenta y cinco mil ochocientos cincuenta y cuatro galones de gasolina de ochenta y cuatro octanos y ciento sesenta y nueve mil quinientos dieciocho galones de petróleo diésel dos [Cuadro del folio doscientos dos]. Pero, entre lo depositado en el grifo Italia y lo retirado con los Vales de Consumo se advirtió un desbalance de cinco mil ciento sesenta y cuatro punto tres galones de gasolina de ochenta y cinco octanos y dieciocho mil quinientos setenta y cinco punto cincuenta y uno galones de diesel dos; y, con los vales de consumo de combustible, se constató que se retiraron más cantidades de combustible de lo que se había solicitado y aprobado por el Batallón de Intendencia ciento trece (según pecosas) a las Unidades de la Región Militar Sur: el excedente de retiro de combustible sin sustento alcanzó a dos mil novecientos cincuenta y siete punto setenta y cinco galones de gasolina de ochenta y cuatro octanos y treinta y seis mil setecientos veinticuatro punto veinticuatro galones de petróleo diésel dos.

∞ El transporte del combustible a la Comandancia General de la Región Militar Sur se realizó por cuatro empresas. Existe coincidencia en facturación y órdenes de entrega de combustible. Sin embargo, del examen de la distribución de combustible de la Comandancia General de la Región Militar Sur y de las Actas de Incineración de Vales de Combustible, fluye una inconsistencia: existe un excedente de retiro de combustible sin sustento de dos mil novecientos cincuenta y siete punto setenta y cinco galones de gasolina de ochenta y cuatro octanos y treinta y seis mil setecientos veinticuatro punto veintiséis galones de petróleo diésel dos.

∞ El perjuicio económico proviene del retiro de combustible con vales de consumo no sustentados con las pecosas y que no fueron asignadas a las Unidades de la Región Militar Sur. El monto total en soles asciende a trescientos noventa y cuatro mil ciento setenta y ocho punto ochenta y ocho soles.

**CUARTO.** Que, sin perjuicio de determinadas co-incriminaciones efectuadas entre parte de los imputados recurrentes, es importante definir la noción de competencia en el específico ámbito de la organización militar, desde que es el círculo de deberes concretamente asumido por un sujeto el que determina la existencia o no de responsabilidad.

∞ En dos mil seis estaba en vigor la Directiva cero cero cinco guión dos mil cinco guión DILOGE diagonal SDP diagonal ABSTO, de octubre de dos mil cinco,



firmada por el comandante general del Ejército de ese entonces, general de Ejército Luis Alberto Muñoz Díaz –en adelante, la Directiva–. Desde una perspectiva más general, se contaba con la Ley Orgánica de Organización y Funciones del Ejército (Decreto Legislativo 437, de veintiocho de setiembre de mil novecientos ochenta y siete); y, entre otros instrumentos normativos de nivel inferior, el Manual de Organización y Funciones de la Secretaría General del Comandante General del Ejército, de dos mil cinco.

∞ Es de precisar que el marco general de la organización militar está determinada por la Ley de Organización y Funciones del Ejército. De ella se desprende que el comandante general del Ejército es el oficial general de más nivel de comando del Ejército, representa el nivel más alto de dirección institucional; y, como tal, es el responsable de su preparación y desarrollo (artículos 6 y 7 de la Ley). El Manual de Organización y Funciones de la Secretaría General del Comandante General del Ejército identifica como funciones específicas del comandante general del Ejército, entre otras: *“Asegurar la movilización de los recursos que permita completar, mantener e incrementar el nivel de fuerza requerido por los planes de operaciones”* [fojas dos mil trescientos diecisiete].

∞ La Directiva estableció las normas y procedimientos para el abastecimiento de Clase III (combustible) en todas las dependencias del Ejército. Es así que:

(i) La DILOGE, a través del SINTE, asegura el abastecimiento eficaz y oportuno de Clase III a las Unidades de la FO y OMA del Ejército. El abastecimiento de Clase III contempla, entre otros (seis), la Asignación Ordinaria (es aquella que se entrega mensualmente a las Unidades para el funcionamiento y mantenimiento de los vehículos, equipos de ingeniería y otros); y, las Asignaciones Excepcionales de carburantes aprobados por el comandante general del Ejército (es el combustible que se asigna para los casos donde exista un mayor empleo de la flota de vehículos).

(ii) Respecto al procedimiento para la gestión de Clase III, se tiene que para la Asignación Ordinaria las Unidades del Ejército remitirán a la DILOGE la situación mensual de operatividad de vehículos y demás; y, asimismo, dentro de la primera quincena de diciembre de cada año, harán lo propio con el pedido anual de combustible para el funcionamiento de las Unidades. Las Asignaciones Excepcionales son dispuestas por el comandante general, correspondiendo a la DILOGE recibir las necesidades, consolidarlas y formular el “Cuadro de Asignación Excepcional por Unidades”.

(iii) En cuanto al procedimiento para la asignación de Clase III, se tiene, en orden a la Asignación Ordinaria, que aprobado el Cuadro de Distribución de Clase III para el año fiscal por el comandante general, la DILOGE formula los Cuadros de Asignación Mensual Clase III de cada Unidad y las remite al SINTE el veinticinco de cada mes para su distribución. El Cuadro de Asignación de Clase III, previa información de diversas dependencias del Ejército y el Catálogo Genérico de Asignación, es aprobado por el comandante general. En lo concerniente a las Asignaciones Excepcionales de carburantes, debidamente justificadas y aprobadas por el



comandante general, la DILOGE entregará estas asignaciones de acuerdo a las disposiciones del comandante general.

(iv) Corresponde al SINTE el abastecimiento de combustible Clase III. El abastecimiento de la Asignación Ordinaria Clase III a las Grandes Unidades con asiento en Lima y Callao se hace a través de grifos de Lima mediante “Órdenes de Entrega” y “Vales de Carburantes”. El SINTE procesa los vales, que será el único documento válido para el retiro de combustible de las plantas de Petroperú. El abastecimiento para las Regiones Militares, fuera de Lima y Callao, y cuando existan en el lugar Plantas de Petroperú, será mediante el procedimiento de asignación de dotaciones, las que serán difundidas por el SINTE mensualmente por medio de fax.

(v) Las Órdenes de Entrega de Combustible es el documento que formula el SINTE para el despacho de combustible desde las plantas de Petroperú. Éste es firmado por el jefe del SINTE, el jefe del Departamento de abastecimiento del SINTE y el jefe de la Sección Clase III del SINTE; lleva impreso el sello del grifo por abastecer, la facturación se realiza en la Planta de Distribución, se entrega copia al transportista para realización el abastecimiento a los distintos puntos de distribución de Clase III. El último día de cada mes se formula el consolidado de las Órdenes de Entrega emitidas en el mes, en base a las cuales se configura las Órdenes de Compra y, luego de ser firmadas por los funcionarios responsables y fiscalizadas presupuestalmente, se procede a su cancelación a Petroperú.

(vi) Los transportistas, debidamente seleccionados por el SINTE, ingresan a la Planta y efectúan el recojo del combustible, luego lo trasladan y depositan en los grifos de destino que figuran en el sello impreso de cada Orden de Entrega, bajo la supervisión del delegado de turno –está prohibido el depósito de combustible en otro grifo, distinto del especificado–.

(vii) Compete a la DILOGE, a través de la Subdirección de Planeamiento (Departamento de Abastecimiento): **a)** determinar la asignación ordinaria mensual de Clase III, de acuerdo al “Cuadro de Distribución de Clase III” aprobado por el comandante general; y, **b)** formular mensualmente los “Cuadros de Asignación Clase III”, remitiendo al SINTE para su ejecución. El SINTE realiza el abastecimiento de Clase III, formula mensualmente los faxes para las Unidades de Provinciales, de acuerdo a lo considerado en los “Cuadros de Asignación de Clase III”, cancela mensualmente las facturas de asignación mensual de Clase III y contrata los camiones cisterna para el traslado de Clase III. Las Grandes Unidades y Regiones Militares del Ejército tienen como competencia remitir a la DILOGE, dentro de los cinco primeros días de cada mes, la situación mensual de operatividad de los vehículos asignados; enviar a la DILOGE, en la primera quincena de diciembre, el pedido de carburantes y lubricantes para el funcionamiento del mes de enero –la que servirá de base para la asignación anual–; designar un delegado ante el SINTE, responsable para recoger los Vales correspondientes a la asignación mensual de Clase III, mediante una carta poder o autorización; remitir al SINTE información indicando las cantidades por artículos de Clase III retirados y monto por cancelar, así como las

facturas atendidas por Petroperú. Las Unidades de Intendencia deben registrar en la contabilidad la recepción y distribución de los artículos de clase III; y, cuando la DILOGE/SINTE autorice el retiro de carburantes, deberá enviar al SINTE copia de la factura de Petroperú que acredite el retiro.

**QUINTO.** Que la Directiva, como fluye de su texto, define con precisión el ámbito de competencias del conjunto de funcionarios militares concernidos respecto de las asignaciones –ordinarias y excepcionales– de Clase III, y de procedimientos para su gestión, asignación, abastecimiento y programación. La Directiva, como corresponde, fue expedida por el comandante general del Ejército en el marco de sus competencias. Desde luego, no se opone a la Ley de Organización de Funciones del Ejército Peruano, que reserva para el comandante general una amplia línea de dirección efectiva: es el responsable de la preparación y desarrollo del Ejército. Si bien existe un órgano de logística, encargado del planeamiento y ejecución de actividades logísticas del Ejército (DILOGE y SINTE, en lo específico), la Directiva en cuestión, en ese marco de dirección, atribuye al comandante general un papel rector en la definición de las asignaciones, ordinarias y extraordinarias, de combustible Clase III del Ejército.

∞ Las Directivas tienen un nivel normativo consolidado en el ejercicio de la actividad de un ente público, en un ámbito acotado, y son de pleno cumplimiento por los órganos y los funcionarios que lo conforman. Como tales, las Directivas deben respetar el conjunto de disposiciones superiores, y solo se excluyen del ordenamiento cuando son derogadas, modificadas, reemplazadas por otra Directiva o cuando se modifica radicalmente el marco jurídico que le da base y fundamento. Nada de esto ocurrió en el presente caso; luego, su validez o vigencia es incuestionable.

∞ No es de recibo sostener que el comandante general del Ejército no está vinculado a una Directiva expedida por un comando anterior y que es de aplicación el principio de que nadie está obligado a hacer aquello que la ley no manda, ni impedido de hacer aquello que ello no prohíbe, con base en el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución [dictamen jurídico de fojas cincuenta mil seiscientos veintisiete, de dieciocho de mayo de dos mil nueve], no solo porque el ordenamiento militar se erige en base a preceptos legales de diversos niveles –se derogan o reemplazan con un dispositivo de mayor o de la misma jerarquía–, sino también porque se trata de disposiciones de Derecho Público, que determinan la actuación del agente público conforme a lo que establece la normatividad vigente, no su propia decisión.

∞ En consecuencia, la eficacia y obligatoriedad de la Directiva es plena. Tal Directiva, por ende, define un marco de competencias en relación a los combustibles adquiridos por el Ejército y de procedimientos de cómo se debe operar este ámbito específico “...de desarrollo del Ejército” (artículo 7, Decreto Legislativo 437, de veintisiete de setiembre de mil novecientos ochenta y siete).

**SEXTO.** Que, ahora bien, es de tener presente que las denominadas “Hojas Informativas” –en número de once– que entregó el director de la DILOGE a la Comisión de la Contraloría General de la República, aun cuando no se trata de documentos oficiales que se desprenden de la propia Directiva, han sido firmadas por el encausado Vértiz Cabrejos, director de la DILOGE, y el encausado Reinoso Díaz, comandante general del Ejército. Sus firmas son auténticas. Así lo estableció la pericia grafotécnica de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional de fojas ochenta mil treinta y siete, de diez de marzo de dos mil nueve. Su eficacia procesal–probatoria no está en duda, siendo de destacar que fueron trazadas en un solo acto escritural, con un mismo tipo de bolígrafo de tinta gel [pericia de fojas veintiséis mil treinta y dos, de dieciséis de julio de dos mil siete], lo que a su vez acredita la formulación de documentos *ex post* para justificar o, en todo caso, encubrir determinadas situaciones que denotarían un desvío del combustible en perjuicio de la institución.

∞ La pericia grafotécnica de fojas treinta y un mil veintitrés, de dieciséis de julio de dos mil siete, concluyó que las firmas del encausado Vértiz Cabrejos, director de la DILOGE, fueron trazadas con un mismo tipo de bolígrafo de tinta gel y ejecutado en un solo acto escritural. En cuanto a las firmas de Reinoso Díaz, comandante general del Ejército, solo cinco de ellas se trazaron con un mismo tipo de bolígrafo y en un solo acto escritural, mientras que en otras dos la firma se trazó con distintos tipos de bolígrafos de tinta gel y se ejecutó en diferentes actos de escritura. Este informe pericial fue ratificado en sede plenarial a fojas sesenta y nueve mil quinientos sesenta y nueve, de siete de noviembre de dos mil diecisiete. El cuestionamiento, entonces, se circunscribe no solo a su autenticidad –en efecto, las firmaron los agentes militares concernidos–, sino al momento de su expedición y firma. Lo esencial, desde la perspectiva pericial en orden a las exigencias probatorias del caso, se centra en que se determinó que los documentos cuestionados –por lo menos la casi totalidad de ellos– se firmaron en un solo acto escritural, pese a que daban cuenta de hechos ocurridos en fechas anteriores. Todo ello está debidamente acreditado.

∞ Las Hojas Informativas cero cero nueve guión dos mil seis, cero once guión dos mil seis, cero trece guión dos mil seis y cero dieciséis guión dos mil seis fueron utilizadas para justificar la distribución de vales de combustibles a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, pero sin el debido sustento y regularidad. En igual sentido, para la Región Militar Sur, fueron utilizadas las Hojas Informativas cero cero dos guión dos mil seis, cero cero seis guión dos mil seis, cero once guión dos mil seis y cero quince guión dos mil seis. Estas Hojas Informativas corren de fojas veintisiete mil cuatrocientos setenta y nueve a veintisiete mil quinientos trece.

∞ El encausado Torrejón Riva, comandante general de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, cursó pedidos de asignación excepcional de combustible, sin justificación, mediante ocho oficios, del veintisiete de marzo de dos mil seis, corrientes de fojas siete mil cuatrocientos ochenta y tres a siete mil cuatrocientos noventa y ocho. Como ya se anotó, se estableció pericialmente que el incremento de



gasolina ochenta y cuatro octanos sufrió un aumento del seiscientos veinticuatro por ciento y de petróleo diésel dos del ochocientos ochenta y nueve por ciento en relación a lo recibido en el primer mes de dos mil seis.

∞ Los comandantes generales de la Región Militar Sur (encausados Donayre Gotzch –de enero a agosto– y Martos Rojas –de veinte y veintiséis de octubre–) mediante faxes solicitaron combustible por funcionamiento sin solicitud ni justificación [fojas sesenta y tres mil ochocientos setenta y dos a sesenta y tres mil ochocientos ochenta]. Pero –y esto es relevante– en los archivos de los libros correspondientes del SINTE no se encontraron, ni en el Libro de Correspondencia del Departamento de Abastecimiento del SINTE; solo los nueve del encausado Donayre Gotzch se registraron en el Libro de Correspondencia Interna, pero ingresados el día veintiocho de agosto de dos mil seis –los oficios no se hallaron–. No hay registro de ingreso alguno de los oficios [Actas de Verificación de fojas treinta mil ochocientos setenta y siete y de fojas treinta mil novecientos siete]. Por tanto, la irregularidad es patente y pone en tela de juicio la legalidad del aumento de combustible solicitado y la corrección de su entrega, aunque las pericias detallan que se pagó el total del combustible.

∞ Los once oficios fueron examinados pericialmente. La pericia grafotécnica de fojas treinta mil novecientos treinta y tres, ratificada plenariamente a fojas setenta mil quinientos setenta y dos, de veintiocho de noviembre de dos mil siete, concluyó que las firmas fueron trazadas con un mismo tipo de bolígrafo de tinta pastosa, y ejecutadas en un solo acto escritural, así como que la impresión se produjo con una misma impresora de inyección y de tinta y ejecutadas en un mismo acto escritural.

∞ En la Región Militar Sur se formó una “Comisión de Entrega y Recepción de Combustible”, integrada por el comandante general de la Región como presidente, el ya fallecido comandante EP Arbulú Sime como vocal, y Valverde Herrera como secretario –en septiembre se consignó a Iparraguirre Basauri, y en octubre y noviembre al encausado Martos Rojas, ambos como presidentes–. Estas actas no son regulares –no son conformes a la Directiva–, pues no intervino el responsable de la subunidad o departamento que recibía el combustible, ni consta la firma de la persona que transportaba el combustible.

∞ En la Región Militar Sur no solo se creó una Comisión al margen de la Directiva, sino que dio curso a un procedimiento de incineración de vales de combustible, formulados mensualmente en dos mil seis, como consta del oficio del comandante general de esa región de veintinueve de enero de dos mil siete [fojas treinta y un mil novecientos diecinueve a treinta y un mil novecientos veintiuno]. Las “Actas de Incineración” corren de fojas treinta y un mil novecientos veintidós a treinta y un mil novecientos treinta y siete. La “Comisión de Incineración” fue integrada por el Comandante del Batallón de Intendencia ciento trece Arbulú Sime, como presidente, el ejecutivo de ese Batallón, Marca Silva, como vocal, y el teniente S guión dos del Batallón Yuncar Peña, como Secretario. Cabe acotar que este último, Yuncar Peña, afirmó que no formó ninguna Comisión de Incineración, que la firma que aparece en



las Actas no son suyas y que no existe reglamento que especifique la incineración de vales de combustible, y que no consta una resolución del comandante general ni un memorándum dirigido a él [fojas cincuenta y siete mil novecientos veintiséis, de veintitrés de enero de dos mil doce. Ello evidencia, en todo caso, dado lo ocurrido con el combustible, el objetivo específicamente encubridor de este procedimiento–.

∞ El procedimiento de incineración es ilegal, incluso la ausencia de normatividad específica en el Ejército es destacada por el general Rengifo Ríos, aunque reconoció que es lo que comúnmente se hace en la institución, dato último apoyado por Gallardo Olivet [declaraciones plenarios de fojas sesenta y nueve mil cuatrocientos sesenta y dos, de treinta y uno de octubre de dos mil diecisiete, y fojas sesenta y ocho mil novecientos diez, vuelta, de veintinueve de agosto de dos mil diecisiete].

∞ La incineración, incluso la trituración realizada en la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, sin embargo, no tenía autorización del Archivo General de la Nación. Así lo estipuló el oficio ochocientos noventa y seis guión dos mil ocho guión AGN diagonal J, de diecisiete de julio de dos mil ocho, que adjuntó el Informe cero treinta y uno guión cero ocho guión AGN guión DNDAAI diagonal DNA guión SCZP, de fojas treinta y un mil novecientos cuarenta a treinta y un mil novecientos cuarenta y cuatro. La base legal de esta objeción se encuentra en el Decreto Ley 19414, de mayo de mil novecientos setenta y dos: el artículo 3 estipula que el Patrimonio Documental de la Nación está constituido por la Documentación existente en los archivos de todas las reparticiones y organismos del Sector Público Nacional; y, el artículo 10 prevé que los referidos documentos, cuya conservación sea innecesaria, podrán ser eliminados o incinerados previo inventario, evaluación y autorización del Archivo General de la Nación, con opinión favorable del Consejo Técnico de Archivos. Asimismo, en el Plenario declaró la que fuera jefa del Archivo General de la Nación, Aida Luz Mendoza Navarro [fojas sesenta y ocho mil doscientos noventa y dos, de veintisiete de junio de dos mil diecisiete], quien precisó que la incineración de documentos está vedada hace muchos años; que se debe pedir autorización al Archivo General de la Nación para eliminar un documento público, y quien lo hace es el Archivo General de la Nación, no el Ejército; que el patrimonio documental de la nación no necesita calificación expresa; que los documentos públicos (los vales) son integrantes del patrimonio documental de la nación.

∞ La versión del que fuera director de Informaciones del Ejército, Caballero Toulhier, en el sentido de que los vales de combustible no son considerados patrimonio documental y, que luego, de validarlos se destruyen en distintas formas [fojas sesenta y nueve mil sesenta y dos], ante la vigencia de la ley y la explicación de la experta, carece de eficacia liberadora alguna. Además, el imputado Reinoso Díaz en su declaración expresó que nunca escuchó que se incineraron vales de combustible.

**SÉPTIMO.** Que es importante destacar, en relación a la asignación ordinaria y excepcional de Clase III, la declaración plenaria del jefe del Departamento de Abastecimiento de la DILOGE en dos mil seis, Jaime Daniel Sanabria Kriete [fojas

sesenta y cinco mil novecientos diecinueve y siguientes, de veintinueve de agosto de dos mil diecisiete]. Expuso que en dos mil seis hubo asignación ordinaria y excepcional de combustible; que esta última se realizaba a través de valoración de Lima y Provincias que él tramitaba a la sección de programación, según la disposición del director de la DILOGE, Vértiz Cabrejos, que a su vez procedía del comandante general del Ejército, Reinoso Díaz; que existían tres cuadros, el primero materializaba la asignación de combustible a las Unidades del Ejército, el segundo era de resumen mensual de situación de clase III –que se realizaba después que se había puesto en ejecución, y formaba parte del sistema integrado de documentación–, y el tercero era el cuadro de valorización de Lima y Provincias, canalizado por el director de la DILOGE, referido a la mayor asignación de combustible que se entregaba a algunas Unidades, el mismo que lo pasaba a la Sección de Programación; que el director Vértiz Cabrejos envió el oficio trescientos nueve D guión tres punto b punto 1, de treinta de mayo de dos mil seis, corriente a fojas veinticinco mil novecientos veinte, al jefe del SINTE, para que las Unidades que recibían mayores cantidades de combustible, elaborasen sus documentos justificativos por el combustible que ya se les había otorgado; que coordinaba con el jefe de abastecimiento del SINTE, encausado Cusi Najarro, respecto de la Sección de Programación; que se reunía cada fin de mes con el director de la DILOGE, Vértiz Cabrejos, para quien elaboraba a mitad de año Hojas Informativas y Anexos, que eran documentos para llevar un control interno sobre las asignaciones excepcionales que se habían hecho; que, de otro lado, no reconoce como documentos internos de la DILOGE, el denominado “Decreto” y el rotulado “Necesidades de la BRIG. FFEE”.

∞ La declaración de Sanabria Kriebe está precedida de dos informes escritos que emitió, el uno y el veintinueve de mayo de dos mil siete [fojas treinta y un mil ciento setenta y siete y fojas treinta y un mil ciento ochenta y cuatro]. Allí indicó que el jefe del SINTE, Cusi Najarro, era quien traía la orden expresa del comandante general para la asignación adicional de combustible para atender los requerimientos de algunas Unidades del Ejército; que la mayor asignación de Clase III están registradas en los Cuadros de dotación mensual y en los cuadros mecanizados que debían haber recibido las Unidades del Ejército.

∞ Esta declaración e informes de Sanabria Kriebe se corroboran con la testifical de Acosta Arias, jefe de la Sección de Programación del Departamento de Abastecimiento de la DILOGE, el mismo que señaló que en efecto se consignó dotaciones extraordinarias en un cuadro consolidado por decisión del comandante general del Ejército; la Hoja de Recomendación venía con la firma aprobada por el comandante general [declaración plenaria de fojas sesenta y siete mil novecientos cuarenta y uno, de dos de mayo de dos mil diecisiete].

∞ La prueba pericial antes señalada confirma esta asignación excepcional de combustible y, por tanto, ratifica lo expuesto por Sanabria Kriebe –combustible que se consignó documentalmente y que pagó el Ejército–. Todo el combustible asignado se pagó a Petroperú, luego, la existencia de faltantes en relación al pago del

combustible, lo efectivamente trasladado a los grifos oficiales y lo realmente distribuido y utilizado por la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y la Región Militar Sur, configura un delito de peculado por apropiación.

∞ Es verdad que la asignación ordinaria de Clase III para la Región Militar Sur era insuficiente para el cumplimiento de sus metas y sus diversos programas, lo que limitaba su actuación, tal como han señalado los Informes de la Inspectoría Regional diecisiete guión IGE diagonal K guión dos y de la Inspectoría General del Ejército catorce diagonal IGE diagonal K dos [fojas sesenta y cinco mil seiscientos tres y cincuenta y ocho mil seiscientos setenta]. Empero, de tales informes no se desprende que no se recibió asignación excepcional de Clase III. El Informe diecisiete guión IGE diagonal K guión dos en ninguna parte de su texto y conclusión sostiene que por dotación extraordinaria se debe incrementar el combustible, por lo demás hace mención a la necesidad de realizar un estudio al respecto. Asimismo, aun cuando se hubiera asignado el combustible de manera extraordinaria, se debió haber realizado el trámite preestablecido. En todo caso, los Informes antes citados no tienen entidad para enervar la eficacia probatoria de los Informes de Verificación de Denuncia y la Pericia Oficial de la Fiscalía.

∞ El Informe de Verificación cero cero dos diagonal IGE diagonal K guión uno diagonal diez punto cero cuatro punto b, de febrero de dos mil siete, de fojas cincuenta mil quinientos sesenta y ocho, suscrito por el general de división, Inspector General del Ejército, Vargas Vaca, señaló que en el año dos mil siete las hojas informativas para la asignación de combustible por asignación extraordinaria, firmadas por el comandante general del Ejército y el director de la DILOGE se realizaron conforme a la Directiva; que en la Región Militar Sur existió un incremento de combustible de la dotación ordinaria de gasolina noventa y cinco octanos –el adicional no correspondió a la asignación extraordinaria–, pero un decremento de gasolina de ochenta y cuatro octanos y de petróleo diésel dos (menos cuarenta y siete por ciento de la primera y menos trece por ciento del segundo); que, sin embargo, en la etapa de planeamiento hubo un incremento en relación a dos mil cinco de un cuarenta y siete por ciento de gasolina de ochenta y cuatro octanos y un sesenta y uno por ciento de galones de petróleo diésel dos; en la etapa de distribución el proceso respectivo no fue el adecuado, discrepancias que en todo caso la Contraloría General de la República será la que lo dilucide; y, en la etapa de empleo, en la Secretaría General de la Comandancia General del Ejército y en el SINTE se detectaron irregularidades que igualmente deberá ser objeto de esclarecimiento por la Contraloría General de la República.

∞ Este Informe, no obstante, no es concluyente. El general del Ejército Peruano Vargas Vaca en su declaración plenaral de fojas sesenta y ocho mil trescientos siete apuntó que solo refleja el uno por ciento del informe emitido y de la investigación realizada, que su investigación sí encontraron hechos que deberían ser objeto de investigación por la Contraloría General de la República y demás órganos de control institucional, y que, en todo caso, es complementario al Informe que emitió la



Contraloría General de la República; que tuvo limitaciones por la actitud del comandante general del Ejército, el director de la DILOGE y los comandantes generales de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y de la Región Militar Sur, incluso se le tachó de “general traidor”; que no se permitió revisar la documentación de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales por parte del encausado Torrejón Riva ni de la DILOGE y SINTE –aquí encontró asignaciones de combustibles injustificadas para una serie de Unidades y dependencias del Ejército– por parte del general EP Vértiz Cabrejos; que se le hostilizó para no indagar sobre los hechos –se le cambió a su personal de investigación–, sobre los cuales inclusive tenía información de parte de varios cuadros del Ejército que advertían de que además se estaba incinerando parte de la documentación referida a los combustibles; que el general EP Donayre Gotzch en una oportunidad irrumpió en la oficina de la Inspectoría General del Ejército y se llevó toda la información referida al caso de los combustibles (once archivadores), de la que solo una parte pudo reconstruir –lo dejó sin investigación–; que el general EP Donayre Gotzch modificó varias veces el Informe de Inspectoría que él le remitía.

**OCTAVO.** Que la defensa del encausado Donayre Gotzch cuestionó el mérito del Informe de los Peritos de la Fiscalía, mediante la pericia de parte fojas sesenta y ocho mil seiscientos treinta, de ocho de agosto de dos mil diecisiete, emitida por el Contador Público Colegiado Víctor Andrade Laya, el cual estimó que no se demostró técnicamente perjuicio económico al Ejército. No obstante, en el plenario el citado perito de parte apuntó que no revisó el expediente, solo los documentos que en copia le proporcionó el encausado Donayre Gotzch [fojas setenta mil seiscientos cuarenta y ocho].

∞ En la diligencia de debate pericial (sesión de fojas ochenta mil doscientos veinticinco vuelta, de veinte de febrero de dos mil dieciocho) los peritos oficiales afirmaron que revisaron íntegramente la documentación inserta en el expediente judicial, que realizaron los contrastes correspondientes y que se basaron en los documentos que exige la Contabilidad Gubernamental; que, por tanto, cuestionaron la escases de información examinada por el perito de parte, el cual confundió parte del proceso, del flujograma de dotación de combustible, con la parte final que viene en los vales o las incineraciones o las pecosas; los cuadros del perito de parte no tienen base referencial precisa, y los de ellos tienen la base documental puntual. De otro lado, los peritos oficiales, en cuanto los documentos aceptados por la contabilidad gubernamental, tomaron como insumos las pecosas (Tomo Veinte del expediente); ellos se ampararon en documentos aprobados por la Contabilidad Gubernamental. Las pecosas de los tomos veinte, veintiuno, cuarenta y ocho al cincuenta dos del expediente y se elaboró un estudio respecto de ellas –en el folio doscientos veinticinco del informe pericial oficial se da cuenta de las pecosas, denunciadas como omitidas–; la metodología se encuentra en el folio nueve mil



ochocientos diecisiete, y se efectuó, como corresponde, el cruce de información correspondiente.

∞ La pericia contable de parte, ofrecida por el encausado Martos Rojas (ex comandante general de la Región Militar Sur), a cargo del perito Aduato Justo, de fojas cuarenta y siete mil ochocientos cuarenta y cuatro, de trece de marzo de dos mil siete, ratificada plenariamente a fojas setenta mil quinientos ochenta y uno, acotó que la Región Militar Sur en dos mil seis recibió una cantidad menor a lo consumido en dos mil cinco; que solo recibió combustible adicional a la asignación ordinaria denominada “combustible por completamiento por los meses septiembre a noviembre de dos mil seis”; que los combustibles se recibieron en un cien por ciento por las Unidades de la Región.

∞ Sin embargo, dicho perito de parte, para la elaboración de la pericia, pese a lo exigido, no examinó íntegramente el expediente judicial, en el que constaba una serie de información aportada por la Contraloría y la Fiscalía. Reconoció que había escases de combustible y se envió una asignación complementaria de combustible a la Región Militar Sur. Esta pericia, por tanto, no es categórica ni introduce información, interpretada pericialmente, acerca de la entrega de combustible, ordinario y excepcional, y de las diferencias entre lo aceptado, enviado, recibido efectivamente, asignado a las Unidades y efectivamente consumido.

∞ En consecuencia, la actividad pericial realizada por los Auditores Gubernamentales y por los peritos oficiales del Ministerio Público no ha sido enervada por los informes periciales de parte. La contundencia de sus análisis y el nivel documental incorporado y contrastado, da cuenta, en lo relevante, (i) de las asignaciones ordinarias y excepcionales de Clase III enviadas para cubrir las necesidades operativas de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y de la Región Militar Sur; y (ii) de las inconsistencias en su tramitación, recepción, asignación efectiva y uso, con los consiguientes perjuicios generales: adquisición y pago de combustible a Petroperú y, en clave documental, una gran cantidad de combustible Clase III materia de apropiación.

**NOVENO.** Que, desde la prueba personal, de lo explicado por los imputados, se tiene lo siguiente:

**A.** El encausado Vértiz Cabrejos, director de la DILOGE, expresó que la DILOGE tenía como una de sus funciones la asignación ordinaria mensual de Clase III; que la asignación de clase III tiene seis tipos de asignación –solo le correspondía el planeamiento de la ordinaria–; que diecinueve Unidades del Ejército solicitaron y recibieron asignación extraordinaria de combustible, las cuales se pedían verbalmente al comandante general del Ejército, quien las evaluaba y autorizaba que las Unidades envíen su oficio de gestión a la DILOGE; que el encausado Reinoso Díaz (comandante general del Ejército) a través del comandante EP Cusi Najarro (jefe de Departamento de Abastecimiento del SINTE) le hacía llegar un Cuadro de

Asignación Excepcional de Combustible, sin firmas, referido a la entrega excepcional de combustible, el cual era enviado al jefe de abastecimiento para que sea incluido en la asignación de combustible –él nunca hacía despacho con el comandante general, todo se hacía a través del comandante EP Cusi Najarro; que era este comandante quien le devolvía firmadas por el comandante general del Ejército, Reinoso Díaz, las “Hojas Informativas” respectivas; que la primera Hoja Informativa fue la cero cero dos guión dos mil seis guión DILOGE, y la instituyó para tener un control personal sobre la asignación adicional de combustible aprobado por el comandante general –no está prevista en la Directiva–; que las cantidades asignadas de manera complementaria se consignaban en un anexo, las órdenes de entrega la manejaba el SINTE; que el Listado de Combustible Clase III es firmado por él, pero confeccionado por el coronel Sanabria Kriete (jefe del Departamento de Abastecimiento de la DILOGE) y el comandante EP Luis Acosta Arias (jefe de la Sección de Programación del Departamento de Abastecimiento de la DILOGE); que no tuvo intervención en la regularización de los documentos.

∞ Acosta Arias, en su declaración plenarial de fojas sesenta y siete mil novecientos cuarenta y uno apuntó que le correspondió consignar dotaciones de Clase III extraordinarias en un Cuadro consolidado por decisión del comandante general del Ejército Reinoso Díaz; que había una Tabla en la que se consignaban si se encontraba operativo el vehículo, el tipo de vehículo y se asignaba las cantidades de combustible; que la asignación extraordinaria venía acompañada de una Hoja de Recomendación firmada por el comandante general del Ejército, que se añadía al Cuadro Consolidado. Sanabria Kriete confirmó esta versión y la de Vértiz Cabrejos [véase fundamento jurídico séptimo].

**B.** El encausado Cusi Najarro (jefe del Departamento de Abastecimiento del SINTE) señaló, por el contrario, que el Cuadro de Asignación de combustible que emitía el DILOGE se remitía al SINTE para su distribución a las Unidades del Ejército, el cual no especificaba si era ordinario o excepcional; que en el año dos mil seis no hubo asignaciones excepcionales y los Cuadros que emitía la DILOGE se refería a asignaciones ordinarias; que, en efecto, recomendó al jefe del SINTE el cambio de procedimiento de las planillas por “Actas de Entrega de Vales”, y que todos los delegados las firmaran –se les hizo formar entre agosto y septiembre las producidas desde enero de dos mil seis; que cada vez que se entregaba combustible todas las planillas se tachaban y luego se destruían; que para la Región Militar Sur no hubo dotación extraordinaria; que el jefe de Material de Intendencia de dicha Región Militar, comandante EP Arbulú Sime, se presentó al SINTE con un oficio de solicitud de combustible firmado por el comandante general de la Región Militar Sur, pero para ayudarlo, porque debía ser enviado al director de la DILOGE, lo recibió e hizo que se eleve a la DILOGE; que la DILOGE para entregar combustible enviaba un Cuadro Chico de Distribución de Clase III, después con oficio llegaba el Resumen, pero con el documento para que entregara combustibles les enviaba un

Cuadro Chico firmado por el director de la DILOGE para ir avanzando con la entrega; que, posteriormente, llegaba el oficio con un Cuadro Grande – Resumen, que incluían lubricantes y otros, firmado por el general Vértiz Cabrejos, que era la “Orden de Entrega”.

∞ La no entrega excepcional o extraordinaria de combustible ha sido cuestionada por varios de sus coimputados y testigos. Por ejemplo, Gamero Ramírez, director del Hospital Militar Central del Ejército, expuso que ante la insuficiencia en la asignación de combustible para el Hospital solicitó la asignación extraordinaria del mismo conforme a la Directiva –reconoció los oficios correspondientes–; que conversó con el imputado Cusi Najarro, del SINTE, sobre esta asignación excepcional, y advirtió que las cantidades que dicho encausado les indicaba eran las mismas que aprobaba el comandante general del Ejército, por lo que ya no coordinaba, para estos efectos, con el jefe del SINTE [fojas sesenta y ocho mil quinientos cincuenta y tres]. Igualmente, Pérez Lale, director de la Escuela Técnica del Ejército, afirmó que solicitó asignación extraordinaria de combustible; que esa necesidad se la hizo saber verbalmente a Cusi Najarro, el cual le dijo que pida el combustible por escrito, lo que en efecto hizo y logró esa asignación [fojas sesenta y ocho mil ochocientos noventa y ocho].

∞ Empero, Rubio Gonzales, quien en dos mil seis vio por primera vez los “vales globales”, trabajó en el SINTE en dos mil seis bajo el mando de los encausados Cusi Najarro y Sánchez Lavado. Indicó que cuando los delegados de las Unidades acudían al SINTE a recoger los vales de combustible debían portar el oficio firmado por el jefe de repartición de la unidad, que indicaba el nombre de la persona autorizada, a la que se le entregaba los vales mensualmente después de la firma de las planillas por la entrega de los mismos; que este procedimiento se mantuvo hasta el mes de octubre, luego de lo cual se hizo una consolidación para que se hiciera un solo control, cambiándose las planillas por actas de entrega; que durante la “regularización” de tales documentos estuvieron pendientes tanto Robertson Cáceres como Cusi Najarro (jefe del SINTE y jefe de Abastecimiento del SINTE, respectivamente), lo que se realizó antes que la Contraloría General de la República ingrese al Ejército a realizar investigaciones; que las planillas que se habían firmado las entregó en su totalidad a la teniente Ejército Peruano Sánchez Lavado; que los vales globales (también había vales de cinco galones) se “regularizaron” en octubre de dos mil seis; es decir, se hacía un consolidado entre ambos vales, y en una sola acta figuraba todo [fojas setenta y ocho mil quinientos sesenta y tres].

∞ El Técnico de Primera EP, Otori Otori, quien prestó servicios en el SINTE en dos mil seis, refirió que su función era el control de la distribución del combustible que salía de la planta de Conchán de Petroperú a los grifos autorizados de Lima; que el contenido del documento denominado “Autorización doscientos treinta y ocho”, firmado por el encausado Robertson Cáceres, jefe del SINTE, no responde a la verdad, pues nunca recogió los vales de carburantes ni vio esos documentos; que reconoce su firma en el documento entrega de vales dotación ordinaria, entrega de



vales dotación extraordinaria; que no recibió lo que se indica en las actas de entrega de vales dotación extraordinaria, pero los firmó porque se le dijo que era para regularizar.

∞ Similar procedimiento, de reemplazo de documentos y de presión para que se firmen otros con una asignación de combustible mayor, al margen de la realidad, se siguió en la Fábrica de Armas y Municiones del Ejército – FAME. Martínez Lafitte así lo destacó y señaló a Rubio Gonzales y Cusi Najarro fueron los que le exigieron la firma de la “nueva” documentación [fojas sesenta y ocho mil trescientos tres]. Este procedimiento de regularización y firma posterior también se practicó en la Dirección de Bienestar del Ejército, como narró Gallardo Olivet, director, el mismo que acotó que los ocho oficios de fechas progresivas se los presentó el encausado Cusi Najarro y los firmó, todos, en septiembre de dos mil seis [fojas sesenta y ocho mil novecientos diez vuelta].

∞ En esta misma perspectiva, aunque con prácticas distintas, se siguió el procedimiento de reemplazo o regularización en la Fábrica de Armas y Municiones del Ejército. Su gerente general ese año, Rengifo Marín, informó que su jefe inmediato era el general Vértiz Cabrejos; que, sin embargo, los nueve oficios por los cuales habría solicitado dotaciones extraordinarias de combustible no los emitió –la firma que aparece en ellos no es suya, fue adulterada–, salvo en uno de ellos (oficio ciento diecisiete diagonal D punto quince e punto dos diagonal once punto cero cero).

∞ El jefe de Clase III del Hospital Militar, Leveau del Águila, es a quien le correspondía recibir los vales del SINTE y recibir personalmente el combustible, a cuyo término se firmaba un recibo por la entrega del combustible; que, sin embargo, a partir de julio de dos mil seis un delegado del SINTE le llevó actas de consumo, las que firmó por orden de su jefe Gamero Ramírez, director del Hospital Central del Ejército. Esa misma lógica de firma de documentos en un solo acto y como regularización ocurrió en la décimo octava Brigada Blindada del Fuerte Hoyos, como recalcó Fernández Magde, jefe de la Compañía de Intendencia del Batallón de Servicios –firmó en septiembre u octubre de dos mil seis veinticinco documentos en reemplazo de las planillas que había firmado primigeniamente, indicándole que era para subsanar lo que la Auditoría había determinado– [fojas sesenta y nueve mil ciento setenta].

∞ Es de entender, a partir de lo expuesto, que la realidad de una supuesta “regularización” en la entrega de combustible, llevada a cabo antes del ingreso efectivo del Equipo de la Contraloría General de la República, está consolidada. Este supuesto reordenamiento –planteado por Cusi Najarro, muy vinculado al comandante general del Ejército, como ya verá–, se aprovechó para introducir nuevos datos de una mayor entrega y consumo de combustible, pese a que esa asignación nunca se efectuó. La finalidad de estas maniobras delictivas fue desviar la investigación de la Contraloría General de la República.

∞ De otro lado, pero en la misma línea de un manejo errático del tratamiento del combustible, en el ámbito de la entrega del mismo a los grifos de Lima, se tiene las



declaraciones de los choferes Quispe Alvarado y Prentice Bueno, en las que varias entregas registran como anomalía que se realizaron el mismo día y hora pese a referirse grifos distintos. Los choferes se limitaron a decir que efectuaron las descargas de combustible, pero que tal anomalía correspondería a los que elaboraban las actas respectivas, pues ellos se limitaban a firmar sin mayor análisis o detalle [fojas sesenta y ocho mil quinientos cuarenta y dos y sesenta y ocho mil quinientos cuarenta y ocho].

**C.** La encausada Sánchez Lavado, teniente Ejército Peruano, jefe de Clase III del Departamento de Abastecimiento del SINTE, expresó que entre sus funciones estaba entregar los vales de combustible para Lima y, para provincias, faxearles las cantidades de combustible que les correspondía, para que pudieran retirar el combustibles de las plantas de Petroperú; que, para estos efectos, el jefe de abastecimiento del SINTE, coronel Ejército Peruano Cusi Najarro, le entregaba un Cuadro de Distribución de Combustible; que preparaba una “Orden de Entrega” para Petroperú para cierta cantidad de combustible y para determinado grifo de los seis que tenía el Ejército en Lima; que el delegado del SINTE, Carlos Robles Moreano, lo llevaba a la planta, retiraba el combustible y lo transportaba al grifo pertinente, para lo cual se levantaban las actas de entrega y recepción correspondientes; que el encargado de los vales de entrega de combustible era Manuel Rubio Reátegui y un Técnico de la Oficina; que las planillas de entrega de combustible que se hacían se suplantaron por actas y recibos de entrega de vales [fojas cincuenta y cinco mil novecientos setenta y uno y sesenta y seis mil seiscientos noventa y dos].

**D.** El encausado Robles Moreano integraba el SINTE. Mencionó que el Jefe del Grifo solo recibía de él la factura el acta de entrega; que presenciaba el abastecimiento de combustible para que todo el combustible del camión baje a su punto; que si todo estaba conforme al final se firmaban las actas de recepción; que como delegado del SINTE acompañaba a los camiones cisterna que entregaban combustible a los grifos de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales desde la planta Conchán de Petroperú en Lima Sur; que el acta de recepción y entrega de combustible era un formato que llevaba y firmaba conjuntamente con el jefe del grifo de la Unidad; que al término entregaba la factura y el acta a la Sección Clase III del SINTE; que su jefe inmediato era el comandante EP Cusi Najarro, jefe del Departamento de Abastecimiento del SINTE [fojas sesenta y siete mil doscientos treinta y ocho vuelta].

**E.** El encausado Robertson Cáceres, jefe del SINTE en el año dos mil seis –de marzo a diciembre–, enfatizó que la norma que rige la distribución de combustible es la aludida Directiva; que el día que sale el Cuadro Global de Combustible, el Oficial de Abastecimiento del SINTE traía todos los faxes hechos ya para las Regiones; que firmaba previa constatación, así como firmaba el fax y disponía que Petroperú

entregue el combustible; que la entrega se hacía conforme con la fecha del Cuadro de Asignación; que como jefe del SINTE era el único que podría firmar los faxes –su firma estaba autenticada por Petroperú–; que lo ordinario era lo otorgado para el funcionamiento del mes y lo extraordinario era lo que estaba por encima de la capacidad operativa de los vehículos; que diferente es completamiento de la asignación ordinaria –el Estado acostumbraba a entregar la mitad del combustible asignado– [fojas sesenta y seis mil novecientos doce vuelta, sesenta y seis mil novecientos treinta y dos vuelta, , sesenta y siete mil veintiuno vuelta, sesenta y siete mil treinta y nueve vuelta, sesenta u siete mil ciento treinta y nueve vuelta y sesenta y siete mil ciento setenta y tres vuelta].

**F.** El encausado Reinoso Díaz, comandante general del Ejército en dos mil seis, negó los cargos. Apuntó que, en su condición tal, no era competente para el planeamiento y ejecución de las actividades logísticas del Ejército, pues esto último compete al COLOGE o DILOGE; que tampoco le corresponde el comando o administración de una Brigada o de una Región Militar, pues tienen sus propios comandantes generales; que, asimismo, el control de todos ellos lo ejerce su comando a través del sistema de inspección; que durante el año dos mil seis no se cubrió el ochenta y dos por ciento del combustible necesario –solo se proporcionó al Ejército el dieciocho por ciento de lo que correspondía–, lo que hizo de conocimiento al Ministro de Defensa; que firmó el documento de necesidades de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales a cargo de su coencausado Torrejón Riva, como conocimiento pero no como autorización, al que le recomendó que canalice sus pedidos a través de la DILOGE; que la Directiva era obsoleta, no se basaba en la realidad, consideraba combustible extraordinario cuando no se contaba con asignación normal; que no aprobó asignación complementaria, adicional o extraordinaria a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales; que advirtió irregularidades de parte de Torrejón Silva, por lo que lo convocó a su Despacho; que el completamiento de Clase III es una forma de decir “adicional”; que en octubre de dos mil seis firmó “Hojas Informativas”, en tres momentos, las que eran llevadas por Vértiz Cabrejos; que su función no era aprobar la distribución de combustible, pero sí supervisar y aprobar Hojas Informativas, así como las Hojas de Recomendación; que no ordenó a Donaire Gotzch incinerar vales de combustible; que se entregó vales de combustible de “apoyo” a la Región Militar Sur; que para esa Región firmó las Hojas Informativas aprobando el adicional, pero no señalaba la cantidad de combustible.

∞ El citado encausado, empero, fue entrevistado por un reportero del programa Panorama –el encausado Vértiz Cabrejos aportó un USB de ese programa, que fue visionado en la sesión de fojas ochenta mil setecientos cuarenta y nueve–. Allí el imputado Reinoso Díaz indicó que recibió un adicional para el presupuesto institucional y que lo gastó en combustible extraordinario, así como que los Jefes de Unidades le solicitaban combustible extraordinario y que él los evaluaba y, en su caso, los autorizaba.

**G.** El encausado Torrejón Riva, comandante general de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales en dos mil seis, negó haber recibido combustible excepcional. Explicó que tuvo que firmar los oficios, adjuntando un cuadro de asignación de cantidades de combustible excesivos; que incluso los números de los oficios no están registrados en los archivos de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales; que firmó el documento denominado “Distribución de Rotación de Combustible” y pecosas, conjuntamente con Aburto Sánchez (director de abastecimiento de la Primera Brigada), los cuales registraban cantidades no pedidas, asignadas ni entregadas; que esa documentación se elaboró en la primera quincena de octubre de dos mil seis; que si bien había solicitado un incremento de combustible, este le asignó mucho más, y en una audiencia en la que también estaba Cusi Najarro, el comandante general del Ejército Reinoso Díaz le dijo que ya estaba asignada una cantidad mayor de combustible –por ser una Unidad cien por ciento operativa– y que debía apoyar esta decisión en función a las dificultades de abastecimiento de combustible que tenía el Ejército, por lo que aceptó esta opción al decirsele que todos los generales de las Grandes Unidades y Regiones también habían accedido.

∞ La pericia grafotécnica de parte, presentada por el encausado Torrejón Riva, revela que varias de las firmas en diversos documentos atribuidas a Pesantes Quispe, Villarán Cornelio, Montoya Garay y Mejía García no les pertenecen [fojas sesenta y dos mil ciento cincuenta y ocho]. Tal conclusión pone en tela de juicio la realidad y formalidad de esos documentos, de suerte que en ellos, de modo absoluto, no puede sustentarse un juicio de credibilidad de los mismos y de los trámites que reflejan.

**H.** El encausado Aburto Sánchez, director de Abastecimiento y Jefe de la Compañía de Intendencia de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, reconoció que por exigencia personal de Cusi Najarro, del SINTE, firmó los vales en los que figuraba un aumento de combustible muy superior a los que habían recibido; que el general EP Torrejón Riva ratificó esa orden del comandante general del Ejército, y por ello firmó y autorizó la confección de las pecosas con el monto falso de combustible [fojas quinientos cuarenta y ocho, cincuenta y cinco mil novecientos ocho, sesenta mil doscientos setenta y nueve y sesenta y siete mil ochocientos veintiuno].

∞ El empleado civil Miñano Barreda, encargado de la recepción de vales de combustible de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, puntualizó que por orden de Aburto Sánchez confeccionó la planilla mensual con la cantidad de combustible que ese oficial le indicaba; que en la quincena de octubre de dos mil seis el mayor EP Aburto Sánchez lo llevó al SINTE para que firme otros documentos (diez) en reemplazo de los anteriores, con cantidades de combustible no recibidos; que Cusi Najarro transmitió la orden para el cambio de las planillas ya firmadas en su debido momento –fue una orden directa del comandante general del Ejército al comandante general de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales; que en los documentos falsos



estaba la firma de Cusi Najarro y Sánchez Lavado, solo faltaba su firma; que además las pecosas igualmente falsas las entregó el mayor Aburto Sánchez.

∞ El jefe de Sub Unidad de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, Preciado Rojas, firmó las pecosas falsas por orden del general Torrejón Riva, quien le dijo que se trataba de una orden del comandante general del Ejército –el combustible, como es obvio, nunca se recibió–; que las firmas de los citados documentos las hizo en un solo momento.

∞ En esa misma línea han declarado (i) Paz Zavala, jefe de Subunidad de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales [fojas cincuenta y cinco mil trescientos treinta, sesenta y siete mil quinientos cincuenta y tres vuelta, sesenta y siete mil quinientos ochenta y cinco y sesenta y siete mil seiscientos quince]; (ii) Molina Carazas, Jefe de Subunidad de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales [fojas cincuenta y cinco mil trescientos cuarenta y sesenta y seis mil setecientos sesenta y seis vuelta]; (iii) Cisneros Figueroa, Jefe de Subunidad de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales [fojas cuatrocientos ochenta y siete, cincuenta y cinco mil quinientos diecisiete, cincuenta y nueve mil novecientos ochenta y dos y sesenta y siete mil cuatrocientos setenta y ocho] –la confrontación con el general Torrejón Riva, quedó anotada la orden de regularización, la exigencia de firma de los nuevos documentos y la efectiva firma de los mismos tras la conminación del primero [fojas sesenta y ocho mil doscientos seis vuelta]–; (iv) Escalante Abanto [fojas quinientos seis, cincuenta y cinco mil quinientos cuarenta y uno, cincuenta y siete mil seiscientos cincuenta y ocho y sesenta y siete mil seiscientos noventa y dos vuelta]; (v) Luque Solís, comandante del Batallón de Comandos [fojas quinientos veintinueve, cincuenta y cinco mil trescientos cincuenta y uno, cincuenta y siete mil seiscientos sesenta y cuatro y sesenta y siete mil setecientos cuarenta y dos vuelta] –la confrontación con el general Torrejón Riva aclara que fue el general quien le ordenó firme las pecosas pese a que contenían cantidades superiores no asignadas efectivamente [fojas sesenta y ocho mil doscientos nueve vuelta]–; (vi) Mezarina Tong, jefe de adquisición y contratación de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales [fojas sesenta y siete mil setecientos cincuenta]; (vii) Torres Valencia, comandante del Batallón sesenta y uno [fojas setecientos noventa y cuatro y sesenta y nueve mil seiscientos sesenta y uno vuelta]; (viii) Tresierra Zafra, jefe de Subunidad de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales [fojas ochocientos cincuenta y tres, cincuenta y seis mil siete y sesenta y siete mil quinientos treinta y seis]; (ix) Villarán Cornelio, jefe de Clase III de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales [fojas ochocientos veintidós, cincuenta y cinco mil quinientos setenta y uno, cincuenta y nueve mil novecientos sesenta y siete y sesenta y siete mil trescientos setenta y nueve]; (x) Pesantes Quispe, jefe de Subunidad de la Brigada de Fuerzas Especiales [fojas novecientos cincuenta y siete y sesenta y siete mil cuatrocientos treinta y siete vuelta]; (xi) Durand Bravo, jefe de Subunidad de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales [fojas ochocientos noventa y uno, cincuenta y seis mil seiscientos cinco y sesenta y siete mil seiscientos ochenta y tres vuelta]; (xii) Villanueva Calderón, capitán y jefe de compañía de comando



sesenta y tres [fojas cuatrocientos noventa y seis, cincuenta y cinco mil quinientos ochenta y cuatro y sesenta y siete mil setecientos diez]; (**xiii**), Novoa Gutiérrez, jefe de Subunidad de la Brigada de Fuerzas Especiales [fojas cincuenta y cinco mil setecientos cincuenta y dos, cincuenta y nueve mil trescientos ochenta y cuatro y sesenta y siete mil seiscientos veinticuatro vuelta]; y, (**xiv**) Espejo Tovar, jefe de Subunidad de la Brigada de Fuerzas Especiales [fojas ochocientos cuarenta y tres, cincuenta y cinco mil diecisiete y sesenta y siete mil seiscientos sesenta y uno].

**I.** El encausado Donayre Gotzch, comandante general de la Región Militar Sur (enero – agosto dos mil seis), profirió que no solicitó ninguna asignación excepcional o extraordinaria; que firmó las actas de entrega y recepción de combustible para efectos administrativos y como comandante general de dicha Región –no presenció la descarga de combustible–; que solo recibió combustible por tres conceptos (ordinario, cocción de alimentos e instrucción); que de enero a agosto de dos mil seis no recibió incremento alguno de combustible; que las dotaciones fueron de “completamiento” y ni siquiera se completó el combustible que correspondía a la Región Militar Sur –solo se le asignó el veintitrés punto nueve por ciento del combustible que le correspondía–, Región que no fue tratada en forma equitativa en materia de asignación de combustible; que la Directiva no completa la asignación de combustible por completamiento; que en su periodo hubo cuarenta y cuatro operaciones de transporte de combustible; que probablemente cursó nueve oficios a DILOGE solicitando combustible.

∞ En el careo plenarial de fojas sesenta y ocho mil doscientos dos vuelta con el encausado Vértiz Cabrejos este último precisó que la Directiva –y las que siguieron después, incluso la que dictó el encausado Donayre Gotzch– había un total de seis tipos de asignación de Clase III, una era la ordinaria y, entre las demás, la extraordinaria –que luego se le llamó “adicionales”–; que a ninguna dependencia del Ejército se les quitó combustible; que no se le disminuyó combustible. El imputado Donayre Gotzch, por el contrario, enfatizó que solo había dos tipos de asignaciones y que se le redujo la asignación ordinaria de combustible (el sesenta y ocho por ciento), así como que en la Directiva no existía el término “asignación de completamiento”, pero que solicitó la asignación íntegra del combustible fijado para la Región Militar Sur.

**J.** El encausado Martos Rojas, comandante general de la Región Militar Sur (septiembre a noviembre dos mil seis), explicó que no coordinó con el comandante general del Ejército, Reinoso Díaz, la asignación excepcional de combustible; que, a sugerencia del comandante EP Arbulú Sime, envió dos oficios en octubre y noviembre de dos mil seis solicitando asignación excepcional de combustible porque la cantidad asignada era insuficiente (reconoció su firma en los oficios de fojas treinta mil ochocientos catorce y treinta mil ochocientos diecisiete); que esos oficios se referían, empero, a asignación de “completamiento”, aunque reconoció que la

Directiva no menciona ese tipo de asignación; que firmó el acta de entrega y recepción de combustible de fojas treinta y un mil setecientos nueve, pero no estuvo presente en esa actividad, al igual que otras cuatro actas [fojas treinta y un mil setecientos dieciocho, treinta y un mil setecientos veinte, treinta y un mil setecientos veintiocho y treinta y un mil setecientos veintinueve].

∞ Los oficios aludidos, no obstante, expresamente solicitan “asignación de combustible adicional”.

**DÉCIMO.** Que, respecto de los hechos ocurridos en la Región Militar Sur, en función a las explicaciones brindadas por sus dos comandantes generales en dos mil seis, es del caso puntualizar lo siguiente:

∞ En el oficio de fojas treinta mil novecientos cincuenta y siete (número cero diecisiete BTN INT número ciento trece diagonal once punto cero cinco, de cinco de enero de dos mil seis), firmado por el encausado Donayre Gotzch, se indica expresamente “asignación adicional de combustible”.

∞ El jefe del SINTE (enero – febrero de dos mil seis), Ruiz Benites, reconoció que en dos faxes remitidos a la Región Militar Sur, en el mes de febrero, se completó el cien por ciento de la asignación ordinaria de combustible (faxes número diez y cincuenta y siete); que en su gestión se entregaban vales con planillas con su firma, pero fueron modificadas por actas de entrega y vales de enero a octubre de dos mil seis –se firmaron por Robertson Cáceres, jefe del SINTE de marzo a diciembre de dos mil seis–; que no intervino en ese cambio documental y no vio el oficio número cero diecisiete BTN INT ciento trece diagonal once punto cero cinco.

∞ El comandante general de la Segunda Brigada de Infantería, Rengifo Ríos, relató que la dotación de combustible era insuficiente, pero recibió combustible extraordinario de mayo a octubre de dos mil seis, y que el jefe de la Compañía de Intendencia era el que se encargaba de pedir la asignación adicional de combustible y de presenciar la descarga del combustible asignado [fojas sesenta y nueve mil cuatrocientos sesenta y dos]. No obstante ello, el Inspector de la Región Militar Sur, Aguilar Vizcarra, afirmó no haber tenido conocimiento de la asignación extraordinaria de combustible, pero sí que se redujo la asignación ordinaria de combustible [fojas sesenta y nueve mil doscientos noventa y nueve].

∞ El miembro de la Comisión de Constatación del BIM trece guión RMS, Ortiz Huapaya, negó haber firmado las “Actas de Constatación de Combustible” –la firma que aparece en ellas no le corresponde–; incluso en ellas existe una inconsistencia en el orden de las firmas; que ninguna de las cantidades de combustible que figuran en las actas fueron entregadas al Batallón Vencedores de Pichincha trece –son cantidades muy altas–; que, pese a que el comandante Ejército Peruano Sucari Aguilar lo llamó a su oficina para firmar unas actas con ese monto superior, se negó a hacerlo.

∞ Ese mismo *modus operandi* de reformulación documental, con datos falsos, para equiparar lo adquirido por el Ejército con lo recibido por la Región Militar Sur, con

la consiguiente presión a los subalternos para hacerlo en un mismo día y que comprendía lo ocurrido desde el inicio de año, ha sido destacado por Musaja Caljaro, Suboficial del Batallón de Comunicaciones ciento trece de la Región Militar Sur [fojas sesenta y ocho mil cincuenta y seis], y por Valverde Herrera, jefe de Clase III del Batallón de Intendencia ciento trece, quien agregó que cuando no firmó algunas actas, le falsificaron su firma [fojas sesenta y ocho mil treinta y seis].

∞ El jefe de Estado Mayor de la Región Militar Sur y presidente de la Comisión de Entrega y Recepción de Combustible, Iparraguirre Basauri, negó haber sido designado presidente de la aludida Comisión; que, sin embargo, en septiembre de dos mil seis firmó varias actas de entrega y recepción de Clase III, pero las firmas en cuatro actas no son suyas (actas cincuenta y uno, cincuenta y dos, cincuenta y tres y cincuenta y cuatro).

∞ El Mecánico de la Unidad BIM Pichincha ciento trece, Salhua Quispe, refirió que a fines de octubre de dos mil seis se le hizo concurrir a la oficina del comandante Ejército Peruano Aguilar Sucari, quien le dijo que el general Donayre Gotzch estaba solicitando elabore un nuevo registro de distribución combustible con datos y cuadros que se le proporcionó de enero a octubre, a la vez que le señaló que hiciera coincidir todas esas cantidades de combustible con las diferentes comisiones realizada a distintos lugares por los vehículos de la Unidad [fojas sesenta y siete mil novecientos vuelta]. En esta misma línea se hizo lo propio con el comandante EP Cam Albuja, Comandante del Grupo de Artillería Campaña ciento veintitrés, quien por orden superior confeccionó los registros de enero a noviembre de dos mil seis; que se confeccionaron actas de consumo [fojas cincuenta y cinco mil seiscientos ocho y sesenta y siete mil ochocientos cincuenta y nueve]. De igual manera, se procedió con el capitán EP Zavala Astete, del Batallón de Infantería Blindada cincuenta y siete, comandante de la compañía comando y servicio, en que por orden del comandante EP Zegarra Villacorta, en noviembre de dos mil seis, se rehízo toda la información del combustible de acuerdo al formato denominado “Registro de Consumo de Clase III” y se elaboró “Actas de Consumo” [fojas sesenta y siete mil ochocientos noventa y dos]. La firma de los registros, ya elaborados, pese a que no tenía contacto con los combustibles, ni con su entrada o salida –nunca vio un vale ni sabía de comisiones– también la efectuó el técnico de tercera del Batallón de Infantería Blindada Huamaní Ticona [fojas sesenta y ocho mil dieciséis].

∞ El Suboficial del Batallón de Comunicaciones ciento trece, Musaja Caljaro, reiteró que se le hizo firmar documentos con datos irreales desde el mes de enero, hecho ocurrido en octubre de dos mil seis, y si bien en un primer momento se negó tuvo que hacerlo por orden del comandante de su Unidad.

∞ El Suboficial auxiliar de logística de la compañía de policía militar ciento trece, Roque Quispe, si bien reconoció haber firmado los registros de consumo Clase III, una vez que estaban firmados por el jefe de la Unidad, se vio obligado a hacerlo por orden del jefe de la Unidad –incluso firmó las pecosas– para ocultarlo a la Inspectoría que iba a venir; que, además, ese llenado posterior se realizó en el Comedor con los S



cuatro y todos los oficiales de motores, dándoles instrucciones el comandante de intendencia [fojas cincuenta y cinco mil seiscientos cuarenta y tres y sesenta y ocho mil doce].

∞ Por otra parte, en lo atinente al traslado de combustible de Mollendo a Arequipa, tres choferes de la empresa de transportes MACOSA indicaron que las firmas a su nombre que aparecen en las “Actas de Entrega y Recepción” no les pertenecen, son falsas. Así consta de las declaraciones preliminares de Taco Sánchez, Condori Mamani y Rodríguez Benavente [fojas setecientos doce, setecientos diecinueve y seiscientos noventa y seis, respectivamente].

∞ La esposa del titular del grifo Italia –Mauricio Ponce–, que fue uno de los tres grifos que ganó la buena pro para almacenar el combustible asignado a la Región Militar Sur, Manrique Flores de Ponce, relató que en el convenio se consignada una cantidad superior a la capacidad de almacenaje del grifo, al punto que ni siquiera tenía espacio para vender su propio combustible; además, no se fijó ninguna contraprestación por el almacenamiento del combustible [fojas seiscientos setenta y seis]. Como es obvio, el titular de la empresa MACOSA, Corrales Jara, negó toda irregularidad en el transporte y recepción del combustible [fojas sesenta y siete mil novecientos ochenta].

**UNDÉCIMO.** Que, en consecuencia, los Informes de Verificación de Denuncia y el Informe Pericial del Ministerio Público, cuya solidez no ofrece duda alguna ni ha podido ser refutada por las pericias de parte, pero que por la complejidad de la organización castrense y la entidad de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y de la Región Militar Sur solo permitió un examen selectivo de la documentación contable, determinan la existencia de un concreto perjuicio patrimonial.

∞ No solo se desprende la realidad de una serie de inconsistencias en la documentación, sino un tratamiento administrativo irregular –con vulneración de la Directiva, cuya vigencia y obligatoriedad está claramente definida, siendo la disposición legal que guía los deberes funcionales de los imputados–, que ha dado pie a la apropiación de combustible –así incluso fluye con detalle de la declaración de quien fuera el Inspector General del Ejército, general EP Vargas Vaca, el mismo que incluso señaló las interferencias de Reinoso Díaz, Vértiz Cabrejos, Torrejón Riva y Donaire Gotzch–.

∞ Es relevante que en ese año dos mil seis, entre septiembre y octubre, se produjo una “regularización” documental en este rubro, lo que sin duda fue aprovechado para introducir cantidades de combustible, pagadas pero no utilizadas en sus propios fines, que no correspondían a la realidad. Tales cambios se originaron en el SINTE –Cusi Najarro llegó a afirmar que él propuso tal modificación– y por orden del comandante general del Ejército, aceptados por los jefes sucesivos, se impusieron a todos los oficiales y suboficiales que de uno u otro modo intervenían en la tramitación de los nuevos documentos –obran declaraciones, ya expuestas, que tal práctica se extendió a otras dependencias del Ejército–. Las declaraciones en este sentido son abundantes y



uniformes –es de destacar la declaración de Torrejón Riva, el más alto cargo que aceptó tales ilicitudes y sindicó como quien las ordenó al comandante general del Ejército Reinoso Díaz–. Ello significa, entonces, que más allá de que se trató de asignación ordinaria o extraordinaria –se incluye la figura impropia de “completamiento”–, siendo lo propio que se trató de lo segundo (así consta de la documentación analizada y de la declaración de los funcionarios militares de la DILOGE), hubo efectivo apoderamiento de combustible solicitado y pagado a Petroperú, el cual se desvió del canal regular de distribución y entrega a las Unidades correspondientes; no de otra forma se explica la presión indebida a los efectivos del Ejército para que firmen nuevos documentos en reemplazo de los originales, y toda la actividad desplegada al efecto precisamente antes del ingreso de la Contraloría General de la República a la institución.

∞ Existe, pues, prueba directa y, en concurrencia complementaria, prueba por indicios. Personal militar que, en la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y en la Región Militar Sur declaró que se les obligó a firmar documentos pre datados en un solo acto ulterior incorporando montos de combustible excesivos –que no eran los que canalizaron o, en su caso, recibieron–, acreditado incluso con prueba grafotécnica, así como se dio pase a una destrucción de documentos sustanciales vía incineración, lo cual está completamente prohibido; y, personal civil que advirtió falsificaciones de su firma o que señaló que el grifo de su propiedad no podía albergar los galones de combustible que indicaban los documentos, así como el descubrimiento de camiones cisternas que en un mismo momento se encontraban descargando combustible en lugares distintos. Como quedó enfatizado, la prueba pericial de auditoría gubernamental y pericial contable, revela en partes esenciales del iter criminal seguido la afectación patrimonial al Ejército.

**DUODÉCIMO.** Que, fijado probatoriamente el marco fáctico del caso, corresponde realizar el análisis dogmático del tipo penal de peculado por apropiación, desde las exigencias del asunto concreto y las pretensiones impugnativas, así como la subsunción normativa correspondiente.

∞ El citado tipo penal, ex artículo 387 del Código Penal, en su primer párrafo estipula que: “*El funcionario o servidor público que se apropia [...], en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido...*”.

∞ Se requiere: *(i)* que el sujeto activo sea funcionario o servidor público –no cabe duda, en el caso de miembros del Ejército en actividad–; *(ii)* que la conducta del agente público importe una apropiación –disponga de los bienes públicos como si fueran parte de su propio patrimonio o, mejor dicho, aparte los bienes públicos del ámbito de custodia de la Administración pública–; y, *(iii)* que el agente tenga la disponibilidad del bien dentro de la órbita funcional –que es lo que se denomina disponibilidad o custodia jurídica–, a título de percepción, administración o custodia –debe respetarse el nexo funcional que ha de mediar entre el sujeto activo y el bien

público, de suerte que varios funcionarios o servidores públicos pueden tener disponibilidad jurídica de los mismos, “[...] siempre que hubieren tenido el deber de actuar en algún eslabón del acto complejo y que hubiesen sustituido por su conducta los postulados del reglamento que contemplan tal deber” (Corte Suprema de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia de veintitrés de setiembre de dos mil tres)–.

∞ En esta última perspectiva, es de enfatizar que en la administración, percepción y custodia –según nuestro Código Penal– “[...] se involucra una compleja actividad en donde se combinan no sólo la disponibilidad material sino la jurídica” (Corte Suprema de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia de nueve de mayo de dos mil trece). Más allá de los encargos reglamentarios específicos del agente en la entidad pública donde presta servicios respecto de los bienes públicos, “[...] basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que ‘concretamente y efectivamente’ realizare el sujeto como integrante del órgano público; lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos sometidos a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente público o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso o de la práctica administrativa dentro de aquella estructura” (Sentencia del Tribunal Supremo Español 615/2007, de doce de junio). Es suficiente, pues, que de hecho se tenga tal percepción, administración o custodia; y, como recalca la Sentencia del Tribunal Supremo Español de veintiséis de diciembre de dos mil dos, basta con que la posibilidad de disposición se deba a una situación de hecho derivada de la costumbre o práctica que se da dentro de una estructura administrativa [ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO y otros: *Lecciones de Derecho Penal – Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 317].

∞ El bien jurídico tutelado en este delito es, a final de cuentas, “[...] el correcto funcionamiento de los servicios públicos en base al mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y a una correcta gestión del patrimonio público” [MIR PUIG, CARLOS: *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 288]. Lo expuesto –la criminalización de estas conductas y su entidad punitiva en lo atinente a los bienes públicos– importa un mayor nivel de protección respecto de los bienes privados, en razón de los intereses generales afectados.

∞ El perjuicio patrimonial es inherente al tipo penal. Pero éste se configura cuando se separa el bien público de la esfera de la Administración Pública –el resultado típico es la pérdida contable de bienes públicos [ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: *Los delitos contra la Administración pública*, Editorial Palestra, Lima, 2003, pp. 354-355], que requerirán la correspondiente Auditoría Gubernamental o, en su defecto, una pericia contable. Es, por consiguiente, un delito de resultado [ROCA AGAPITO, LUIS: *El delito de malversación de caudales públicos*, editorial Bosch, Barcelona, 1999, p. 174].

**DECIMOTERCERO.** Que, de otro lado, es de afirmar que el delito de peculado es uno de infracción de deber –no es un delito de dominio–. Se construye sobre la base de deberes que se imponen a determinadas personas que, por su vinculación

institucional con ciertos bienes jurídicos, tienen una obligación específica de mantener una situación social determinada –el legislador optó por contraer la autoría a un determinado ámbito de personas que tienen una especial posición de deber, cuya infracción hace surgir en su conducta un plus disvalorativo [ROCA AGAPITO, LUIS: *Ob. Cit.*, p. 162]–.

∞ Así las cosas, el dato relevante no es el dominio del hecho del autor o si el obligado coadyuvó para la producción del resultado típico, sino el quebrantamiento de los deberes que le impone la institución positiva [SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 133]. Por tanto, lo que debe demostrarse es si el funcionario público competente cumplió o no con su deber positivo y, asimismo, que materialmente llevó a cabo la realización de la conducta exigida por el tipo delictivo –realización típica en sentido material– [CARO JOHN, JOSÉ ANTONIO: *Recensión a Ricardo Robles Planas (dir.), La responsabilidad en los delitos especiales*. En: Revista INDRET, Barcelona, Enero 2015, p. 23].

∞ En el tipo penal de peculado por apropiación es indispensable comprobar que este no corresponda a la situación que se busca instaurar o mantener con la imposición del deber en cuestión. La vinculación es de índole específicamente normativa y desempeña un papel menor el hecho que sea la materialización del peligro prohibido creado o aumentado por el agente [HURTADO POZO, JOSÉ: *Compendio de Derecho Penal Económico*, Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial, Lima, 2015, p. 152].

∞ Es claro, además, que la lesión del deber en un delito de infracción de deber es algo personalísimo e independiente, por lo que no es posible admitir la coautoría entre los obligados especiales. Cuando en un hecho típico han intervenido más dos obligados o sujetos especiales, cada uno será autor y, entre ellos, en su caso, se configura el supuesto de autores paralelos, porque ellos han incumplido su deber especial –que, como se anotó, es personalísimo e independiente– y realizado por su cuenta el tipo penal. No hay lugar a deberes conjuntos, pero ello no significa que dentro de estructuras complejas pueda explicarse y tener lugar la intervención de varios sujetos especiales; cada uno de ellos responde, siempre de forma individual, y teniendo en cuenta su deber personalísimo que tiene de tutelar el patrimonio estatal.

**DECIMOCUARTO.** Que, asimismo, y desde una perspectiva distinta, es de tener presente que se está ante un delito cometido en el seno del Ejército, que como toda actividad compleja organizada o estructura jerárquicamente organizada se nutre de las reglas de jerarquía y de la división del trabajo –con la nota propia de una gran rigidez y formalismo en una institución donde la disciplina y jerarquía son esenciales y máximos referentes de su funcionamiento interno–, de suerte que el punto de partida de cualquier consideración acerca de la responsabilidad penal de sus miembros por los delitos cometidos en su seno con repercusiones para terceros –el Estado: el patrimonio público y la correcta gestión del mismo desde los intereses



generales– es la noción de competencia. En efecto, es el círculo de deberes concretamente asumido por un sujeto el que determina la existencia o no de responsabilidad. Ello conduce ya a importantes consecuencias tanto en el plano vertical como en el plano horizontal [ROBLES PLANAS, ROBERTO: *Principios de imputación en la empresa*. En: Delito y Empresa (RAMÓN RAGUÉS I VALLÉS – RICARDO ROBLES PLANAS, Directores), Editorial Atelier, Barcelona, 2018, p. 23].

**DECIMOQUINTO.** Que en esta perspectiva y siguiendo al referido autor, es de rigor efectuar las siguientes puntualizaciones.

∞ Respecto de las capas inferiores de las líneas de intervención competencial –de la cadena sucesiva de actuaciones de un mismo objeto, por ejemplo–, por el limitado alcance de las competencias asumidas no es habitual fundamentar la responsabilidad en esta clase de funcionarios subalternos: ellos no son garantes de que se cometan delitos en este ámbito de actividades, y es en donde pueden hallarse múltiples conductas neutrales. Ellos no son en lo absoluto garantes de impedir que se cometan delitos en la institución, incluso aunque tengan conocimiento de la producción del delito y aparezcan en alguna medida causalmente relacionados con él [ROBLES PLANAS, ROBERTO: *Ob. Cit.*, p. 24].

∞ Otra cosa sucede a medida que se sube en la escala jerárquica y se identifican posiciones de deber caracterizadas por la obligación de mantener libres de determinados riesgos el ámbito en que actúan (por ejemplo, el planeamiento, distribución, entrega y uso del combustible).

∞ En la escala mayor, sin duda, recae una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad –más aún si se trata de un delito de infracción de deber–, sin perjuicio de adoptar perspectivas que tengan en cuenta los fundamentos generales de la responsabilidad (por organización) y las estructuras de la imputación de ellos derivadas en el contexto de la interacción de diversos sujetos con ámbitos de competencia diferenciados en un mismo marco de actuación. Consecuentemente, la posición de los agentes en la escala mayor habrá de girar regularmente –aunque no siempre– en torno a la noción de “autoría no ejecutiva”, sin más. Y ello porque éstos son los máximos competentes de evitar que la determinación delictiva de un subordinado se traduzca en una realización típica. Y, por el otro, porque esa máxima competencia, incluso ejercida activamente, no se corresponde con la idea de instrumentalización frente a sujetos autorresponsables –no es una responsabilidad por el comportamiento de otro, sino se trata de una responsabilidad por el propio ámbito de organización que ha resultado ampliado mediante la incorporación de otros sujetos que operan en él y para él– [ROBLES PLANAS, ROBERTO: *Ob. Cit.*, pp. 26-27].

∞ En el plano horizontal, el principio de competencia puede conducir, igualmente, a amplios espacios de neutralidad fruto del juego de la división del trabajo. Ello es especialmente así en los niveles inferiores, por lo que lo que le incumbe a un garante no le incumple a quien no lo es.



∞ Esta situación de partida puede, no obstante, reconfigurarse a través de dos mecanismos: la delegación por competencias (en el plano vertical) y la especialización (en el plano horizontal). Mediante la delegación el delegante transfiere su competencia al subordinado delegado, de tal forma que éste asume la garantía originalmente detentada por el delegante. Con la especialización se alude al reparto del trabajo de forma que se asignan cada uno funciones específicas.

∞ En el caso de la delegación, si bien el delegado pasaría a recibir la posición de garantía, el delegante pasaría a tener, respecto de éste, el deber de vigilancia y control; la delegación está presidida por el principio de desconfianza –el fundamento de este principio sería, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, el potencial criminógeno de la institución como estructura, que generaría en sus miembros “sesgos cognitivos” que merman la autorresponsabilidad inicial [*Fundamentos de Derecho Penal de la Empresa*, 2da. Edición, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2016. pp. 269-278–. En el campo de la especialización rige, por el contrario, el principio de confianza, en cuya virtud el garante primario podría confiar en el correcto desempeño de la actividad del garante especializado, por lo que carecería del deber de vigilar su desempeño, a menos que si advirtiera el comportamiento delictivo del delegante especializado y se mantiene pasivo, entonces, responderá por la no evitación [ROBLES PLANAS, ROBERTO: *Ob. Cit.*, pp. 30-31].

**DECIMOSEXTO.** Que, ahora bien, *(i)* es de partir de la noción de que el delito de peculado es uno de infracción de deber, que en el presente caso se construye sobre la base de deberes que se imponen a determinadas personas vinculadas a la asignación, reparto y utilización de combustible en la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y en la Región Militar Sur.

∞ Asimismo, *(ii)* es de reconocer que los miembros del Ejército recurrentes han actuado dentro de una estructura compleja, que, a su vez, explica y tiene lugar la intervención de todos ellos como sujetos especiales, en los que cada uno, en su propio ámbito organizacional, tiene la obligación específica de mantener la incolumidad, no solo de los trámites reglamentariamente afirmados, sino específicamente de la adecuada o correcta asignación, trámite y utilización del combustible.

∞ *(iii)* Es de realzar, entonces, como criterio de imputación, la necesaria existencia de un quebrantamiento de los deberes que le impone la institución positiva dentro de esta estructura compleja, en cuya virtud la actuación de cada sujeto especial puede explicarse.

∞ Igualmente, como se trata de una institución militar, el Ejército, y de un delito contra la Administración pública, referido a la administración desleal de su patrimonio institucional –del combustible, concretamente–, *(iv)* es de tener en cuenta, de un lado, que la asignación de funciones –lo que a cada uno corresponde– tiene un carácter normativo estricto impuesto por el Derecho objetivo –no corresponde a una decisión libre de una autoridad superior– y, de otro, que el ámbito específico del

combustible está regulado por una Directiva institucional determinada por pautas claras e imperativas. Estas disposiciones jurídicas son las que fijan el principio de competencia, las competencias en los planos verticales y horizontales, e incluso, normativamente, los marcos por delegación y por especialización.

**DECIMOSEPTIMO.** Que, a partir de lo hasta ahora anotado, y en función de las capas inferiores de las líneas de intervención competencial acerca del combustible –de toda la cadena sucesiva de actuaciones en orden al combustible– se encuentra el encausado Robles Moreano, Suboficial Técnico de Tercera Ejército Peruano. A él le correspondía, como delegado del SINTE, controlar que el combustible que se obtenía de la central de Conchán de Petroperú ingrese correctamente a los grifos de la capital y a dos grifos de provincias. Las actas de entrega y recepción examinadas por los órganos de investigación, empero, no reflejan lo realmente adquirido por el Ejército: hubo, por tanto, un desvío del combustible. Esas actas fueron confeccionadas con posterioridad y se le ordenó firmarlas, como a muchos otros miembros del Ejército intervinientes en la cadena documental –un gran sector de los inicialmente imputados han sido absueltos–.

∞ Sus competencias son, pues, limitadas; es decir, tienen un reducido alcance. Es evidente que estuvo en condiciones de conocer el origen ilícito de la confección y contenido de las actas cuestionadas –sabía de lo ilícito de esa orden, y, además, de las actas mismas pudo advertir que el combustible realmente entregado a las Unidades era inferior–, pero ello por su nula intervención en el propio proceso delictivo de apropiación que tuvo lugar –que no estaba a su alcance hacerlo, dado su grado (personal auxiliar del Ejército) y funciones–, más allá de que *ex post* aportó su contribución para ocultar documentalmente la apropiación (encubrimiento y falsedad ya prescrita) –que se erige desde la perspectiva procesal en un indicio posterior para probar la apropiación anterior–, no puede atribuírsele competencia para imputarle el delito de peculado.

**DECIMOCTAVO.** Que en esta misma perspectiva la teniente Ejército Peruano Sánchez Lavado era jefa de Sección de la Clase III del SINTE. Como tal le correspondía, en último término, luego de la decisión de las capas superiores e intermedias del Ejército, recibir los vales de combustible para Lima y, para provincias, faxearles las cantidades de combustible que les correspondía, para que pudieran retirar el combustible de las plantas de Petroperú. Ella, igualmente, en el presente caso, reconoció que las planillas de combustible que se hacían se suplantaron por actas y recibo de entrega de vales. La orden para este cambio, empero, no podía proceder de ella, pues no era de su competencia, correspondía en una línea inmediata a la plana superior del SINTE. Las funciones que desempeñaba, como oficial subalterna, no eran directivas ni tenía un ámbito propio de configuración –no podía modificarlo–.

∞ El cuestionamiento, en el *sub-lite*, estriba en que, desde el SINTE, se fraguaron documentos y consignaron datos en los cuadros sucesivos elaborados que no reflejan

la realidad y que, en todo caso, ocultaban el desvío de combustible. Una información sustancial, al respecto, la formuló, por ejemplo, el empleado civil Miñano Barreda, encargado de la recepción de vales de combustible de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, quien dijo que se le proporcionó diez documentos falsos en reemplazo de los anteriores, con cantidades de combustible no recibidos, así como que en los documentos falsos figuraba la firma de la encausada Sánchez Lavado.

∞ La referida encausada, por su cargo y competencias, no tenía el control documental ni podía dar órdenes, siquiera con relativa autonomía, o ella misma modificar la documentación generada –en este ámbito tuvo una intervención neutral–. Con posterioridad, empero, cumplió una orden ilícita para alterar la documentación regular y con ello ocultar la realidad de una apropiación de combustible. Los efectivos actos ilícitos que realizó, como se anotó, fueron *ex post* y estaban en función a conductas de falsedad documental y de encubrimiento, ya prescritos, cuya evitación le correspondía en atención a su competencia.

∞ Siendo así, es de concluir que, por el limitado alcance de sus competencias, no se le puede atribuir el delito de peculado por apropiación –no es garante de impedir que se cometan delitos por sus superiores–.

**DECIMONOVENO.** Que, finalmente, el mayor Ejército Peruano Aburto Sánchez en dos mil seis era jefe de la Compañía de Intendencia de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y, además, director de Abastecimiento de aquélla (alimentos, vestimenta y combustible). A la Compañía de Intendencia le correspondía recibir los vales de combustible en el SINTE, gestionar el depósito del combustible en el propio grifo de la Brigada y efectuar la distribución conforme al “Cuadro de Asignación”. Reconoció, no obstante, que ante la inminente auditoría de la Contraloría General de la República cumplió las órdenes del Jefe de Abastecimiento del SINTE, Cusi Najarro, y del comandante general de la Brigada, general EP Torrejón Riva, a instancias del comandante general del Ejército, Reinoso Díaz, para firmar a posteriori, en reemplazo de las originarias, actas, vales y pecosas, con una cantidad superior al combustible efectivamente recibido.

∞ Es claro que en la línea de recepción y distribución de combustible para la Primera Brigada de Fuerzas Especiales –y solo para ella– la posición del encausado Aburto Sánchez es de una dimensión parcialmente descollante. Pero, en la cadena global de adquisición, asignación, recepción, distribución y utilización del combustible, ocupa un nivel de injerencia menor. El control de la corrección de la documentación derivada de esas acciones, ya indicadas en el primer párrafo de este fundamento jurídico, desde luego, se afectó con su conducta ulterior de cumplir una orden ilícita de “reemplazo” documental, que implicó la comisión de los delitos de falsedad documental y de encubrimiento real ya prescritos –y que, en todo caso, constituyen indicios posteriores de comisión del delito de peculado–. El punto, empero, es si el encausado Aburto Sánchez intervino, de uno u otro modo, en la apropiación del



combustible asignado a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, violando sus deberes funcionales.

∞ Toda la prueba de cargo se sitúa en su intervención en el “reemplazo” documental, incluso, bajo las líneas de mando superior, el imputado Aburto Sánchez impuso al conjunto de militares bajo su mando que tenían competencia en la suscripción de documentos que cumplan con efectuar los reemplazos, a sabiendas de su ilicitud y de que no reflejaban la realidad del combustible efectivamente entregado. No hay duda de que esta conducta fue ilícita, pero no es un acto de apropiación. No se acreditó que desvió el combustible recibido y, siguiendo a las escalas jerárquicas superiores, no consta prueba que revele que contribuyó a que terceros a él se apropien del combustible del Ejército asignado a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales. Su competencia institucional no llegaba a la producción del delito, tanto más si otros oficiales de mayor graduación, como se analizará, tenían una mayor competencia, de definición.

∞ De conformidad con los criterios señalados en los dos anteriores fundamentos jurídicos, es de concluir que el imputado Aburto Sánchez no cometió el delito de peculado por apropiación.

**VIGÉSIMO.** Que, en cuanto al encausado Robertson Cáceres, coronel Ejército Peruano, jefe del SINTE de marzo a diciembre de dos mil seis, se tiene que al SINTE, bajo su dirección, le correspondía la distribución del combustible conforme a la Directiva; que cuando se emite el Cuadro Global de Combustible, el jefe de Abastecimiento traía los faxes remitidos por las Regiones Militares y Grandes Unidades, y, previa constatación, debía firmarlos –aprobaba estos faxes– y autorizar que Petroperú entregue el combustible –su firma estaba autenticada por Petroperú–.

∞ Por consiguiente, es el SINTE, como eslabón intermedio, pero decisivo, el que tenía el control de la distribución de combustible y, como tal, tenía el dominio de la documentación generada –de su firma, registro y archivo–. Desde el SINTE, a partir de las decisiones de la capa superior del Ejército, necesariamente se consolidó el esquema de “regularización” que permitió el desvío del combustible adquirido por el Ejército. En consecuencia, se le atribuye el conjunto de irregularidades descubiertas por el Equipo Especial de la Contraloría General de la República, tanto más si partió del SINTE, y a partir de órdenes superiores, el esquema de ocultamiento de la apropiación de combustible con el cambio del modelo de recepción y firma de las planillas por las actas de entrega, que él también firmó ulteriormente; y, que, además, incluyó la coacción al personal subalterno y la falsificación de firmas (véase, al respecto, la declaración de Otori Otori).

∞ Su conducta no fue neutral. Vulneró sus deberes funcionales que dieron lugar al desvío de combustible. No puede alegar desconocimiento de lo sucedido, pues toda la lógica de distribución efectiva del combustible pasaba por su control y los documentos falsos se generaron en el SINTE, cuya jefatura ejercía. Por su jerarquía y



competencia no solo se le atribuye conocimiento de lo sucedido sino que, además, estaba en la posibilidad de oponerse y evitar la desviación de combustible.

**VIGESIMOPRIMERO.** Que, en lo atinente al encausado Cusi Najarro, comandante Ejército Peruano, jefe del Departamento de Abastecimiento del SINTE en dos mil seis, le correspondía concretar el abastecimiento del combustible según lo dispuesto por la DILOGE, a través de los “Cuadros de Asignación Mensual” que emitía esta última, mediante órdenes de entrega y vales de carburantes, así como coordinar con los servicios de transporte para el recojo de combustible en la planta de Petroperú y su entrega a los grifos designados de la Institución –mediante un “Acta de Entrega y Recepción” se consolida la entrega–. De él partió la idea –que dio cuenta al jefe del SINTE– para cambiar el procedimiento de las planillas por “Actas de entrega de Vales” y que todos los delegados las firmaran, lo que se efectuó entre agosto y septiembre de dos mil seis y comprendió las entregas de combustible desde enero de ese año. Precisamente, a partir de este esquema es que se elaboraron documentos que contenían cifras de combustible superiores a las que efectivamente recibieron las Regiones y Grandes Unidades del Ejército. Por lo demás, el citado encausado despachaba directamente con el comandante general del ejército, como han dado cuenta el Director de la DILOGE y el comandante general de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, así como intervino directamente en exigir a los militares de la cadena de documentación la firma de los nuevos documentos con fecha pre-datada –según numerosos testimonios de militares que debían firmarlos–.

∞ En función al cargo que desempeñaba no le era ajeno el destino del combustible y, además, tenía el control del proceso de asignación y de documentación. Es imposible que no supiera lo que sucedía con el combustible y su desvío, al punto que personalmente intervino en presionar a los cuadros inferiores de la cadena de distribución de combustible para que firmen documentos falsos respecto de la entrega efectiva de combustible. Por su nivel de injerencia y su competencia específica estaba en condiciones de advertir e impedir lo sucedido con el combustible. Violó sus deberes funcionales e intervino, de uno u otro modo, dado su control de este proceso, en el desvío del combustible.

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que, en lo concerniente al encausado Torrejón Riva, comandante general de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales, en el ámbito del combustible le correspondía controlar la asignación de combustible a la Gran Unidad bajo su mando, solicitar en su caso asignaciones excepcionales de combustible y disponer la distribución de combustible a las Unidades de la Brigada. Afirmó el citado encausado que, con posterioridad al combustible efectivamente percibido, por orden del comandante general del Ejército, firmó y obligó a firmar nuevos documentos con una mayor cantidad de combustible supuestamente realizada entre los meses abril-octubre de dos mil seis.

∞ Es de destacar que es en la Primera Brigada de Fuerzas Especiales donde se afirmó que no se recibió combustible excepcional –cuyas inconsistencias detalló el Informe de Verificación respectivo (folio veinte)– fue producto de una “regularización” ordenada por los estamentos superiores del Ejército. El combustible se compró y fue proporcionado por Petroperú, pero parte de él no ingresó a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales. Nada indica que se entregó a otras entidades del Ejército. Por tanto, no cabe otra conclusión de que fue desviado y apropiado por efectivos militares vinculados a su dominio.

∞ La dimensión de los hechos, el grado que ostentaba y las funciones que ejercía en la Brigada el encausado Torrejón Riva, determina que estaba en condiciones de supervisar y cuidar de la asignación de combustible, así como evitar cualquier conducta que pueda lesionar su debida distribución interna, al punto que tenía que firmar determinada documentación formalmente necesaria para consolidar lo anterior. El argumento de que, a posteriori, por orden del comandante general del Ejército, aceptó y dispuso variar y cambiar la documentación necesaria para insertar otra con cifras de combustible muy superiores –nunca recibidas–, no puede aceptarse íntegramente. Tan alto nivel de variación solo pudo acordarse previa y concertadamente. El comandante general del Ejército debía contar con él tanto para evitar negativas ulteriores o denuncias –un acto notoriamente ilícito podía ser respondido por el inferior y generar cismas, sanciones consiguientes y actos de revelación públicos–, cuanto, asimismo, para convencer o acallar a su personal de confianza en la Primera Brigada de Fuerzas Especiales.

∞ En tal virtud, no solo es que el encausado Torrejón Riva tuvo una intervención post delictiva a través de actos de encubrimiento, falsedad documental y coacción, sino que, por su nivel superior en el eslabón del combustible, tuvo que intervenir necesariamente en los actos de apropiación –el diseño o *modus operandi* del delito pasaba por él–. Sin él tal apropiación no podía concretarse; además, desde una perspectiva indiciaria, es de tener en cuenta el indicio posterior de obstrucción ante la actuación de la Inspectoría General del Ejército, según dio cuenta el Inspector General de ese entonces, general Ejército Peruano Vargas Baca.

**VIGESIMOTERCERO.** Que, en lo que respecta al encausado Vértiz Cabrejos, general de brigada EP, director general de la DILOGE en dos mil seis, le correspondía el planeamiento para la asignación ordinaria de combustible, cumplir con disponer la asignación excepcional de combustible dispuesta por el comandante general del Ejército y proceder conforme lo dispuesto por la Directiva. Él expresó que para veinte Unidades del Ejército el comandante general, en dos mil seis, dispuso asignación excepcional de combustible –éste cada mes le hacía llegar, por intermedio de su coencausado Cusi Najarro, un cuadro, sin firmas, de asignación excepcional de combustible–.

∞ La labor directiva o competencia del director de la DILOGE en materia de asignación, adquisición y entrega del combustible a las entidades del Ejército es

clarísima. Lo que finalmente se aprobaba y se entregaba a las dependencias del Ejército dependía de él, de conformidad con las órdenes del comandante general del Ejército. La prueba pericial determinó las irregularidades en este ámbito y, finalmente, el respectivo perjuicio al patrimonio público –se entregó, en realidad, menos de lo que decían los documentos y, por ende, se desvió el combustible–. Además, con posterioridad, se produjo una manipulación documental estratégica –por lo menos, en la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y en la Región Militar Sur–, para “adecuar” lo adquirido y pagado con lo pedido, asignado y distribuido.

∞ Es imposible que no supiera lo que en realidad sucedía con el combustible. Él debía saber y, para ello, tenía a su cargo una red importante de funcionarios militares que le daban cuenta de lo que acontecía en las áreas de su competencia. Se le atribuye, en consecuencia, el conocimiento de los trámites y de lo que sucedía con el combustible, al punto que un organismo bajo su mando (el SINTE) fue el que tuvo a su cargo todo el proceso de “regularización” para ocultar documentalmente el desvío de combustible.

∞ Los actos de apropiación, en suma, se le imputan a título de autor. Violó su deber funcional de control del combustible asignado al Ejército (determinación de la asignación de combustible, distribución a las dependencias del Ejército y efectiva entrega a las mismas). La consecuencia de tal infracción funcional fue el desvío de combustible y el consiguiente perjuicio patrimonial al Ejército.

**VIGESIMOCUARTO.** Que, en lo que corresponde al encausado Donayre Gotzch, comandante general de la Región Militar Sur durante los meses de enero a agosto de dos mil seis, como tal, en el ámbito del combustible, le correspondía controlar la asignación de combustible a la Región Militar Sur bajo su mando, solicitar en su caso asignaciones excepcionales de combustible y disponer la distribución de combustible a las Unidades de la Región Militar Sur. Él firmó las actas de entrega y recepción de combustible, refrendó requerimientos de combustible al SINTE, asumió la presidencia del Comité de Entrega y Recepción de Combustible, y cursó varios oficios *ex post* para requerir más combustible; oficios que fueron remitidos en un solo tiempo y para “cuadrar” documentalmente que se recibió lo que se utilizó –lo que no fue así–. Además, ordenó *ex post* la “regularización” de documentos respecto de la cantidad y uso del combustible, y obstaculizó la investigación de la Inspectoría General del Ejército, según narró el Inspector General del Ejército Vargas Baca; asimismo, se incineró los vales de combustible recibidos.

∞ Está probado (*i*) que recibió combustible excepcional –más allá de discutir si era lo que realmente correspondía, que obligaba a un requerimiento para “completamiento”, no reglado por lo demás, y si la Región Militar Sur fue discriminada en la asignación general de combustible– (las declaraciones de Sanabria Kriete y Acosta Arias, así como los informes periciales dan cuenta de ello); y (*ii*) que tal combustible fue parcialmente desviado. No todo el combustible ingresó a las



Unidades de la Región Militar Sur –incluso un grifo, el “Italia”, que ganó la buena pro no tenía capacidad siquiera para recibir el combustible que se dice almacenó–. Los problemas que presentaba la documentación analizada por la Contraloría General de la República (facturas de combustible de Petroperú con las Actas de Entrega y Recepción de Combustible) no otorga certeza sobre el lugar de recepción y almacenamiento del combustible; igualmente, las solicitudes de mayor cantidad de combustible y su asignación para las Unidades de la Región, presentan inadecuado sustento, al igual que la distribución y uso de combustible por Dotación Complementaria [folio treinta y cinco del Informe de Verificación]. Esto último, sin duda, se vincula, desde el plan delictivo, conductas que inciden en una lógica de acreditación de los actos de apropiación del combustible.

∞ Dado su cargo y el hecho de ser la máxima autoridad militar de la Región Militar Sur no podía serle ajeno todo el proceso referido a la asignación, recepción y distribución del combustible. Los indicios posteriores de “regularización” documental y de obstaculización a la investigación de la Inspectoría General del Ejército, revelan, a partir de los hechos precedentemente expuestos, que intervino en actos no solo de encubrimiento, falsedad documental, coacciones y falsificación de firmas –actos posteriores– sino propiamente de apropiación de combustible. Él estaba en condiciones de evitar el desvío de combustible e impedir la actividad delictiva de los cuadros directamente bajo su mando involucrados en el mismo; así como, dada la ilicitud evidente de la orden –que comprometía el patrimonio institucional y la corrección de los procedimientos internos–, de no aceptar la orden del comandante general del Ejército en sentido contrario. Pero, intervino en la formulación de oficios pre datados, realizados en una misma oportunidad, para hacer creer de lo solicitado en materia de combustible, al punto que presentan inconsistencias con las respectivas Hojas Informativas [folios diez y doce del Informe de Verificación]. Luego, es razonable estimar, al integrar las capas superiores del Ejército, que se involucró en los actos de apropiación –sin su intervención no habría sido posible lo ocurrido en la Región Militar Sur–.

**VIGESIMOQUINTO.** Que, en cuanto al encausado Martos Rojas, comandante general de la Región Militar Sur en los meses de septiembre a noviembre de dos mil seis, él solicitó combustible adicional para octubre y noviembre de ese año, así como firmó cinco actas de entrega y recepción de combustible pese a no haber estado presente en ese acto. Los oficios para la aprobación de asignación adicional de combustible se realizaron en un solo acto escritural y reproducidas con impresora de inyección de tinta (conclusión siete del Informe de Verificación, folio once).

∞ Su lógica de actuación fue la misma que la de su predecesor en el cargo, general EP Donayre Gotzch. Por tanto, se aplican las mismas inferencias, aunque con un límite temporal menor.



**VIGESIMOSEXTO.** Que, finalmente, en relación al encausado Reinoso Díaz, comandante general del Ejército en dos mil seis, a él le correspondía un papel rector en la definición de las asignaciones de combustible para las dependencias del Ejército. La DILOGE es una dirección que estaba bajo su mando y le rendía cuentas de sus actuaciones; y, además, le correspondía específicamente definir la asignación excepcional de combustibles a pedido de las Regiones y Grandes Unidades, y tener presente –administrar– el conjunto de peticiones y el abastecimiento de combustible para la institución. La relación funcional con el combustible es patente.

∞ Es verdad que las específicas tareas de planeamiento, asignación regular, distribución y entrega correspondían a un órgano de ejecución como la DILOGE, pero también es cierto que el director de la DILOGE le daba cuenta él de las incidencias respectivas, que se sirvió del SINTE –a través del jefe del Departamento de Abastecimiento, comandante Ejército Peruano Cusi Najarro–, y que, en relación al combustible, definía su asignación cuando se requería, al margen de lo ordinario. El comandante general del Ejército no es, pues, ajeno por completo a esta tarea; la delegación estaba controlada y era limitada, conforme a un organismo altamente jerarquizado y centralizado en el comandante general del Ejército. Además, la prueba personal actuada revela su particular y definida injerencia para ocultar y disfrazar la desviación de combustible, emitiendo órdenes manifiestamente ilícitas para “regularizar” la documentación y, de este modo, ocultar el desvío sistemático de combustible.

∞ Una orden de tal dimensión, que comprendió muchas dependencias del Ejército, en los marcos de una crítica pública sobre el tema y la ineludible intervención de la Contraloría General de la República, solo tenía el propósito de superar el control gubernamental, sin visos de ilegalidad, y consolidar la apropiación de combustible. Él era la máxima autoridad del Ejército, tenía una intervención normativa precisa respecto del manejo del combustible, y está probado que realizó conductas personales disfuncionales en desmedro del patrimonio institucional. Es, pues, responsable del delito de peculado por apropiación.

**VIGESIMOSÉPTIMO.** Que establecida la responsabilidad penal, en calidad de autores paralelos, de los imputados Reinoso Díaz, Donayre Gotzch, Martos Rojas, Vértiz Cabrejos, Torrejón Rivas, Robertson Cáceres y Cusi Najarro, solo cabe realizar los juicios de medición de la pena y de determinación de la reparación civil (artículo 92 del Código Penal).

∞ Desde el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, el criterio general, en clave de proporcionalidad, estriba en que: “*La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho*”. Y, conforme al artículo IX del Título Preliminar del citado Código: “*La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora*”.

∞ Asimismo, desde el criterio general anterior, la pena: (i) se determina dentro de los límites fijados por la ley, y (ii) se atiende a la responsabilidad (culpabilidad) y

gravedad (entidad) del hecho punible cometido, según dicta el artículo 45-A del Código Penal, según la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece.

∞ Cabe señalar que el artículo 387 del Código Procesal, según la ley vigente cuando se cometió el delito examinado, Ley 26198, de trece de junio de mil novecientos noventa y tres, establece que se impondrá una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años. Asimismo, el artículo 426 del mismo Código estatuye que también se impondrá la pena de inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del Código; y, el artículo 38 del citado Código prescribe que la pena de inhabilitación se extiende de seis meses a cinco años.

∞ El artículo 45-A del Código Penal (Ley número 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece) instituyó el sistema de tercios. En el presente caso se tiene, de un lado, que los imputados carecen de antecedentes penales (circunstancia de atenuación genérica: artículo 46, numeral 1, literal “a”, del Código Penal); y, de otro lado, que en el hecho medió la intervención de una pluralidad de agentes (circunstancia de agravación genérica: artículo 46, numeral 2, literal “c”, del Código Penal). En tal virtud, corresponde aplicar la regla prevista en el punto segundo, literal b), del citado artículo 45-A del Código Penal: la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio; es decir, en el presente caso, de cuatro años un día a seis años de pena privativa de libertad, y de dos años y un día a tres años y seis meses de inhabilitación.

∞ Dentro de este marco intermedio debe tenerse presente (*i*) el grado militar y las funciones que desempeñaban los imputados, (*ii*) el tiempo que marcó el proceso delictivo sistemático de apropiación de gasolina y su relación con el ejercicio de las funciones a su cargo, (*iii*) el nivel de afectación al servicio público militar –centrado en el combustible–, y (*iv*) la magnitud de la apropiación y su significado en el conjunto de la actividad y funcionamiento del Ejército.

∞ En esta perspectiva, sin duda, la máxima responsabilidad –primer nivel– radica en el comandante general del Ejército; el segundo nivel, reside en los generales que comandaron la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y la Región Militar Sur, así como la DILOGE; y, el tercer nivel, concierne a los jefes del SINTE y del Departamento de Abastecimiento del SINTE.

∞ En conclusión, corresponde a Reinoso Díaz –primer nivel– el máximo del tercio intermedio: seis años de privación de libertad. A los del segundo nivel: cinco años de privación de libertad, con la particularidad del encausado Martos Rojas, que solo estuvo en el cargo muy pocos meses, por lo que la pena sería de cuatro años y cuatro meses –es del caso, sin embargo, que se le impuso la pena condicional de cuatro años, que no fue impugnada por el Ministerio Público, por lo que, a tenor del principio de interdicción de la reforma peyorativa, no es legalmente posible aumentarle la pena: ésta debe permanecer como está–. Y, a los del tercer nivel, cuatro años y seis meses de privación de libertad. Esta misma lógica debe seguirse respecto de la pena principal de inhabilitación.

∞ Es claro que el sistema legal de tercios y las reglas referentes a las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas –que definen la aplicación del concreto tercio

dentro del cual se determinará la pena concreta– entraron en vigor con posterioridad a la comisión del presente delito. Empero, es de acotar que se trata de reglas técnicas y valorativas que guían normativamente el proceso de determinación de la pena, y que, en el presente caso, han servido para una mejor concreción y justicia de la misma con respecto al principio de no agravación para el apelante –en tanto el Ministerio Público no recurrió en su contra–. Además, en el caso concreto, han sido útiles para redefinir la medición de la pena y disminuir la misma a la mayoría de los imputados, salvo a uno, a quien se le mantiene la pena privativa de libertad impuesta. Su utilización en clave de favorabilidad, en comparación con la pena impuesta en primera instancia, permite su aplicación *ex post facto* (artículos 103 y 139, apartado 11, de la Constitución y artículo 6 del Código Penal).

∞ La pena de multa no es de recibo en este delito de peculado. El principio de legalidad de las penas exige su anulación cuando se imponen a un delito no previsto por la ley (artículo II del Título Preliminar del Código Penal).

**VIGESIMOCTAVO.** Que la reparación civil sigue el principio del daño causado. La afectación patrimonial se circunscribió al combustible desviado o apropiado. Es de tomar en cuenta lo fijado en la pericia contable del Ministerio Público –con las indicaciones de los dos Informes de Verificación referidos a la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y a la Región Militar Sur–, sin perjuicio de asumir que los exámenes periciales fueron selectivos: no comprendió todas las Unidades de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y de la Región Militar Sur. También es de tener presente lo que se perdió con la desviación del combustible (costo de oportunidad) y los problemas internos generados como consecuencia de la falta de combustible.

∞ Así las cosas, los montos fijados por el Tribunal de Instancia no son incorrectos, son proporcionales. Por ende, deben ratificarse.

## DECISIÓN

Por estos motivos, de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal:

**I.** Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ochenta y un mil doscientos cincuenta y seis, de veintisiete de agosto de dos mil, aclarada a fojas ochenta y un mil quinientos cuarenta y nueve, en cuanto condenó a Ofir Gaudencia Sánchez Lavado y Ronald Víctor Aburto Sánchez, como autores, y a Carlos Nemesio Robles Moreano, como cómplice primario, del delito de peculado en agravio del Estado – Primera Brigada de Fuerzas Especiales a cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad (Aburto Sánchez) y cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años (Robles Moreano y Sánchez Lavado), así como tres años de inhabilitación y doscientos días multa; reformándola: los **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal por delito de peculado por apropiación



en agravio del Estado – Primera Brigada de Fuerzas Especiales. En consecuencia, **ORDENARON** el archivo definitivo de la causa respecto de ellos, **LEVANTARON** las órdenes de captura y toda medida de coerción dictada en su contra, y se **ANULEN** los antecedentes policiales y judiciales con relación a este delito y causa.

**II.** Declararon **NO HABER NULIDAD** en la propia sentencia en la parte que condenó a César Augusto Reinoso Díaz, Roberto Enrique Vértiz Cabrejos, Luis Rolando Cusi Najarro y Luis Alejandro Torrejón Riva como autores –se entenderá: autores paralelos, y no coautores– del delito de peculado en agravio del Estado – Primera Brigada de Fuerzas Especiales; y, a Alex Enrique Robertson Cáceres, Edwin Alberto Donayre Gotzch y Helí Gilberto Martos Rojas como autores del delito de peculado en agravio del Estado – Región Militar Sur; y, en cuanto impuso a César Augusto Reinoso Díaz seis años de pena privativa de libertad que vencerá el veintiséis de agosto de dos mil veinticuatro y tres años de inhabilitación, y a Helí Gilberto Martos Rojas cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y dos años y un mes de inhabilitación.

**III.** Declararon **HABER NULIDAD** en dicha sentencia en el extremo que impuso a Roberto Enrique Vértiz Cabrejos, Luis Alejandro Torrejón Riva, y Edwin Alberto Donayre Gotzch, cinco años y seis meses de pena privativa de libertad; y, a todos, tres años de inhabilitación y doscientos días multa; reformándola: les **IMPUSIERON** cinco años de pena privativa de libertad –que vencerá el veintiséis de agosto de dos mil veintitrés para los dos primeros encausados, salvo para el caso del encausado Donayre Gotzch quien por su condición de Congresista en este período congresal no ha podido ser detenido– y dos años y seis meses de inhabilitación.

**IV.** Declararon **NULA** la pena de multa impuesta a todos los encausados condenados.

**V.** Declararon **HABER NULIDAD** en el punto que impuso a Luis Rolando Cusi Najarro y a Alex Enrique Robertson Cáceres cinco años y seis meses de pena privativa de libertad y tres años de inhabilitación; reformándola: les **IMPUSIERON** cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad, que vencerá el veintiséis de febrero de dos mil veintitrés, y dos años y cuatro meses de inhabilitación.

**VI.** Declararon **NO HABER NULIDAD** en la parte que fijó en la suma de dos millones quinientos mil soles que deberán abonar solidariamente por concepto de reparación civil (setecientos ochenta mil soles a favor de la Primera Brigada de Fuerzas Especiales y un millón setecientos veinte mil soles a favor de la Región Militar Sur).

**VII.** Declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia del recurso.

**VIII.** **DISPUSIERON** se remita causa al Tribunal Superior para la ejecución procesal de la sentencia condenatoria por el órgano jurisdiccional competente.

**IX.** **MANDARON** se remita copia certificada de esta Ejecutoria Suprema a la Comisión de Levantamiento de Inmunidad de la Corte Suprema y al Congreso de la República, respecto del condenado Edwin Alberto Donayre Gotzch.



Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por impedimento del señor juez supremo Figueroa Navarro. **HÁGASE** saber a las partes personadas en esta sede suprema.

**Ss.**

**SAN MARTÍN CASTRO**

**PRÍNCIPE TRUJILLO**

**CASTAÑEDA ESPINOZA**

**SEQUEIROS VARGAS**

**CHÁVEZ MELLA**

CSM/ast

