

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