



**PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE
ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS**

Expediente : **00028-2019-3-5002-JR-PE-03**
Jueces superiores : Salinas Siccha / Guillermo Piscocoya / **Angulo Morales**
Ministerio Público : Fiscalía Superior Coordinadora del Equipo Especial
Imputados : Julio Ricardo Rioja Vallejos y otro
Delito : Negociación incompatible
Agravado : El Estado
Especialista judicial : Ximena Gálvez Pérez
Materia : Apelación de auto de excepción de improcedencia de acción

Resolución N.º 3

Lima, veintitrés de mayo
de dos mil veinte

VISTOS y OÍDOS: En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de los investigados Julio Ricardo Rioja Vallejos y Dionicia Lucy Murillo Manrique contra la Resolución N.º 4, de fecha diez de enero de dos mil veinte, emitida por el juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que declaró infundada la solicitud de excepción de improcedencia de acción deducida en la investigación preparatoria que se les sigue por la presunta comisión del delito de negociación incompatible en agravio del Estado. Interviene como ponente el juez superior **ANGULO MORALES**, y **ATENDIENDO:**

I. ANTECEDENTES

1.1 Con fecha siete de noviembre de dos mil diecinueve, la defensa técnica de los investigados Julio Ricardo Rioja Vallejos y Dionicia Lucy Murillo Manrique dedujo excepción de improcedencia de acción en el proceso penal instaurado en su contra por la presunta comisión del delito de negociación incompatible.

1.2 El juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, mediante Resolución N.º 4, de fecha diez de enero de dos mil veinte, declaró infundado el aludido medio técnico de defensa y dispuso continuar con el trámite de la investigación en el estado en que se encuentre.



1.3 Con fecha dieciséis de enero del mismo año, los procesados Rioja Vallejos y Murillo Manrique impugnaron la decisión adoptada en primera instancia; concedido el recurso, se elevó el cuaderno respectivo a esta Sala Superior. Es así que, mediante Resolución N.º 2, se señaló como fecha de audiencia el siete de febrero del presente año, acto procesal en el que se escucharon los argumentos del representante del Ministerio Público, de la defensa técnica de los imputados y de la defensa material de la investigada Murillo Manrique. Luego de la correspondiente deliberación, se procede a emitir la presente resolución en los siguientes términos:

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 El *a quo* señala que los puntos controvertidos sobre los cuales se delimita su resolución son los siguientes: **i)** durante el tiempo de la comisión del delito, los investigados no habrían ostentado la condición de funcionarios públicos, **ii)** no participaron en la celebración del contrato de concesión porque se realizó con anterioridad al informe y **iii)** no se habría acreditado el interés indebido.

2.2 En lo referido al primer extremo, el *a quo* sostiene que la naturaleza de la excepción de improcedencia de acción está en función de determinar si el hecho no constituye delito o si no es justiciable penalmente. El fundamento señalado por los recurrentes es la falta de tipicidad, por lo que considera que cualquier fundamento ajeno debe desestimarse. Sobre la ausencia de la cualidad especial que deben tener los autores del delito de negociación incompatible (funcionario o servidor público), señala que la defensa no ha precisado en específico qué normas sustentarían dicha ausencia de vinculación funcional. En tal sentido, desestimó este extremo.

2.3 En cuanto al segundo punto, la defensa alega que la conducta que se les atribuye a los investigados no constituye delito. El juez considera que se debieron de cuestionar los elementos objetivos del tipo penal de negociación incompatible; sin embargo, la defensa de los investigados solo menciona una circunstancia de temporalidad que, a su juicio, no es necesario analizar.

2.4 Finalmente, el juez argumenta que el tercer extremo, referido a que el perjuicio económico no tendría respaldo en la utilización indebida de un procedimiento técnico, carece de sustento. Considera que son alegaciones que requieren de actividad probatoria, para lo cual se necesita la intervención técnica de un experto que explique esas circunstancias. En consecuencia, también desestimó este extremo. Por dichas consideraciones, declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica de los investigados Rioja Vallejos y Murillo Manrique.



III. AGRAVIOS FORMULADOS POR LA DEFENSA TÉCNICA DE LOS INVESTIGADOS

3.1 En su escrito de apelación, la defensa técnica de los referidos investigados señala como agravios que con la resolución recurrida se han vulnerado las garantías constitucionales de la tutela jurisdiccional efectiva y del debido proceso, así como la debida motivación de las resoluciones judiciales.

3.2 Sostiene que el *a quo* ha manifestado que no se cuestionaron los elementos objetivo del tipo penal ni se precisaron a cabalidad qué normas sustentarían la ausencia de la vinculación funcional. Esto no coincide con la verdad, pues la razón de la interposición del presente medio técnico de defensa estuvo enmarcada en que los investigados no tenían ni tienen vínculo funcional con la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML), sino con la Contraloría General de la República (CGR), para lo cual se han ofrecido las resoluciones de nombramiento y la normatividad correspondiente.

3.3 También formula como agravio que el juez ha obviado emitir pronunciamiento expreso respecto de los elementos de convicción ofrecidos en el debate para que se admita su pretensión. Estos elementos son las resoluciones de la CGR y de la Subgerencia de la MML, así como la normativa establecida en los artículos 16, 18 y 19 de la Ley N.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República; y 15, 16 y 18 de la Resolución de Contraloría N.º 459-2008-CG. Con lo anterior, afirma que se habría generado indefensión en sus patrocinados.

3.4 Por otro lado, refiere que nunca hubo detrimento, pues si bien sus patrocinados elaboraron el informe en el 2012; sin embargo, el contrato fue celebrado en el 2009, esto quiere decir que, hasta la fecha de elaboración del informe, el concedente todavía no hacía cobro alguno de los peajes, por lo que no se produjo perjuicio alguno. Agrega que todo ha sido de carácter teórico y que, a la fecha de la elaboración del informe, el detrimento sería de 427 millones de soles; en cambio, en proyección a la fecha de culminación del contrato (2030), el perjuicio dinerario sería de 1500 millones de soles aproximadamente. Manifiesta que el Ministerio Público considera que la última cantidad es la correcta porque solo ha hecho una mera operación matemática de resta, además de que, de manera ligera, ha señalado que no se indicaron con precisión los montos citados.

3.5 Finalmente, alega que los investigados no tienen ni han tenido poder para intervenir en la celebración del contrato de concesión, de fecha doce de noviembre de dos mil nueve, ya que ese acto no se encontraba dentro de sus funciones, por lo cual la conducta atribuida deviene en atípica.



IV. ARGUMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1 El representante del Ministerio Público manifestó en audiencia que la excepción de improcedencia de acción cumple dos funciones: **i)** en el ámbito *procesal*, cuando permite revisar si en la formalización de investigación preparatoria se ha observado o no un presupuesto de perseguibilidad del hecho imputado; y **ii)** en el ámbito *sustantivo*, cuando su función es contribuir con los principios de legalidad y culpabilidad.

4.2 Refiere que cuando se señala que el hecho no constituye delito se puede cuestionar la ausencia de algún elemento de tipicidad objetiva o la falta de elementos de autoría; sin embargo, la defensa no ha cuestionado esta última. Dicho lo anterior, afirma que es indiferente que los investigados hayan ejecutado los actos atribuidos como funcionarios de la MML o de la CGR y que la defensa cuestione la falta de relación normativa de los imputados con el hecho debido a la ausencia de alguna competencia funcional. Por lo tanto, estima que lo mencionado por los recurrentes es incorrecto, pues la condición de autor de un delito de infracción de deber no se asienta en la calidad de funcionario público, sino en la infracción de un deber especial de naturaleza penal. Recalca que los investigados, independientemente de haberse desempeñado como funcionarios de la MML o de la CGR, han infringido deberes que los vinculaban con los intereses de la entidad edil. Igualmente, insiste en que no puede prosperar la excepción de improcedencia de acción por ausencia de elementos de autoría ni por la falta de relación normativa entre los imputados y el hecho.

4.3 Señala que efectivamente existe el interés indebido, ya que a la fecha de la realización del informe (2012), el contrato de concesión ya había sido suscrito y se encontraba en la fase de ejecución. Al respecto, refiere que sí es posible que el funcionario denote el interés indebido en esta fase, para lo cual cita al profesor Castillo Alva y la Casación N.º 18-2017/Junín. Alega que el interés habría residido en minimizar el desequilibrio financiero que produjo la celebración de ese contrato, pues ha determinado un perjuicio mucho menor al que realmente habría existido. Precisa que, pese a que en el informe se ha observado el perjuicio, eso no implica la inexistencia de un interés indebido, toda vez que el menoscabo consignado es inferior al que debieron haber advertido.

4.4 Por otro lado, manifiesta que cuando un funcionario que desempeña funciones de fiscalización pretende beneficiar a una parte y perjudicar a otra, no solamente esa intención consistiría en la no advertencia de un perjuicio, sino también podría darse con la consignación de un perjuicio inferior al que realmente se ha producido. No se incrimina la conducta por haber emitido una observación –que evidentemente



hicieron–, lo que se cuestiona es que la observación realizada fue menor a la que se debió hacer. El hecho como tal es típico, por lo que la excepción de improcedencia de acción no puede prosperar. Agrega que invalidar el informe no afecta negativamente el aspecto probatorio en los procesos conexos porque solo cumpliría una función específica y concreta de determinar que existió colusión entre los funcionarios de la MML y la empresa OAS.

4.5 Argumenta que lo concreto es que, en un asunto complejo como este, no se puede determinar *a priori* si existe irregularidad o no en la actuación de los funcionarios de la Contraloría General, porque ello escapa a la capacidad cognitiva del fiscal y requiere de exámenes periciales. Por ende, refiere que el Ministerio Público decidió que se desplegara la investigación preparatoria para poder corroborar si la tesis de la defensa era sostenible o no desde el punto de vista probatorio. Precisa que pretender sobreseer la causa por falta de elementos probatorios a través de una excepción de improcedencia de acción no es correcto. Por esas razones, solicita que se confirme la resolución materia de grado.

V. ARGUMENTOS DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA *AD HOC*

5.1 La abogada de la Procuraduría Pública *ad hoc*, sostuvo que la resolución apelada delimitó su objeto en tres puntos controvertidos que no han sido cuestionados por la defensa. Respecto de la presunta vulneración de la tutela jurisdiccional efectiva, el debido proceso y el derecho de defensa, expone que en la recurrida sí se valoró en torno al investigado Rioja Vallejos su condición de inspector general y jefe del Órgano de Control Institucional, así como en el caso de la investigada Murillo Manrique su calidad de auditora supervisora. Resalta los numerales 21 y 26 de la recurrida.

5.2 Sobre la segunda controversia, asociada a que la defensa ha alegado una circunstancia de temporalidad, debido a que el contrato de concesión se celebró el 2009 y el informe tres años después, afirma que los hechos atribuidos no versan sobre el referido contrato, sino que tienen que ver con la operación que habrían realizado los funcionarios como miembros de la comisión auditora, quienes emitieron el Informe N.º 01-2012-2-0434-OCI, lo cual evidentemente cumple con el elemento del tipo penal de negociación incompatible.

5.3 Finalmente, en cuanto a la presunta vulneración de la debida motivación, señala que en la resolución cuestionada sí se han sustentado oportunamente cada uno de los puntos controvertidos delimitados como objeto central de la discusión. Por lo expuesto, considera que la resolución expedida se encuentra conforme a ley, por lo que debe confirmarse.



VI. DEFENSA MATERIAL DE DIONICIA LUCY MURILLO MANRIQUE

6.1 En audiencia, la imputada Murillo Manrique expresó que el informe fue realizado en el marco de un plan de control anual de la CGR. Por lo tanto, estaban sujetos a criterios objetivos determinados. No realizaron el informe para definir aspectos del contrato, solamente evaluaron las cláusulas que se habían considerado y las confrontaron con la normativa vigente para señalar si eran favorables o no para la MML. Incluso se emitió un primer informe donde se observó el contrato con OAS. La Fiscalía, mediante la Disposición Fiscal N.º 10, entendió el tema y señaló que los auditores habían actuado en favor de los intereses del municipio y que carecen de carácter delictivo las acciones realizadas por estos. Además, advierte que en la citada disposición se habla de un valor total durante los 30 años de duración del contrato (\$ 1 576 000 000.00); no obstante, en el informe se consigna el valor en el 2012 (\$ 427 000 000.00), por lo que se trata de dos montos en diferentes periodos.

6.2 También refirió que su trabajo consistía en revisar la aprobación, adjudicación y contratación del proyecto Línea Amarilla hasta la firma del contrato. De esta forma, se observó la presentación de la iniciativa privada, mas no intervino en la ejecución de este. Adicionalmente se determinó una subestimación de los ingresos, pues en el informe financiero que sirvió para la sustentación del contrato se consideraron ingresos que no habrían sido reales, es decir, lo que se hizo fue recoger valores reales. En la proyección se observa el perjuicio para la municipalidad. Afirmó que sí ha tenido un interés, que consistió en revelar lo estrictamente objetivo que pudo encontrar durante la revisión del informe, dejando en claro que la situación era desfavorable para la MML. Por tanto, considera que se cumplieron estrictamente las normas.

VII. FUNDAMENTOS DEL COLEGIADO

DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

PRIMERO: De entrada, queremos destacar que en un Estado constitucional de derecho que contempla un proceso penal de corte garantista, resulta imprescindible y necesaria la existencia de determinados recursos que puedan hacer posible el correcto desempeño del derecho a la defensa en sus dos vertientes (técnica y material). Por ello, con la finalidad de fortalecer las garantías procesales, nuestro Código Procesal Penal (CPP) contempla medios técnicos de defensa, los cuales se “constituyen como el derecho de impugnar provisional o definitivamente el desarrollo de la relación procesal, denunciando algún obstáculo o deficiencia que se basa directamente en una



norma de derecho y no incide sobre el hecho que constituye el objeto sustancial de aquella”¹. A la vez, los medios técnicos de defensa, entre ellos, la excepción de improcedencia de acción, tienen por objeto atacar la acción penal o, con más precisión, la relación jurídico-procesal que surge con su ejercicio.

SEGUNDO: Sobre la excepción de improcedencia de acción, la Corte Suprema ha establecido que esta se sustenta en una noción de carencia material de una pretensión punitiva válida, ya que los hechos atribuidos al imputado no constituyen un injusto penal o no corresponde la aplicación de una pena, es decir, carecen de relevancia jurídico-penal. Este medio técnico de defensa, vinculado a la viabilidad de la causa penal, atañe a un cuestionamiento acerca del juicio de subsunción normativa, de puro derecho. Esto significa que solo se debe tener en cuenta lo expresado en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria o en la acusación fiscal –no puede negarse, agregarse, reducirse o modificarse ningún pasaje del relato inculpativo– y que las solicitudes probatorias están prohibidas. Se aceptan argumentos de justificación de las hipótesis planteadas y su sustento empírico si se encuentran en función de la propia exposición del acto de imputación fiscal².

TERCERO: Es ineludible destacar, para el presente caso, que la excepción de improcedencia de acción regulada en el literal b, artículo 6.1 del CPP constituye un medio de defensa frente a la imputación para evitar la prosecución de un proceso penal infructuoso o que carece de sentido jurídico penal. Se van a discutir los siguientes segmentos: **a)** la subsunción normativa de la conducta en el tipo legal –tipicidad del hecho que recoge los aspectos objetivos y subjetivos–, esto es, que la conducta inculpada no esté prevista como delito en el ordenamiento sustantivo; **b)** que el suceso no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada por el representante del Ministerio Público; o **c)** que no exista voluntariedad de la conducta, siempre que se manifieste con toda evidencia de los términos de la imputación. Este medio técnico de defensa, en consecuencia, tiene por finalidad remediar las consecuencias de una impropia apertura del proceso penal³ sobre hechos denunciados que no constituyen delito o que, no obstante encuadrar en un tipo delictivo, no son justiciables penalmente. En ese contexto, su ejercicio tiene como

¹ Casación N.º 581-2015-Piura, de fecha cinco de octubre de dos mil dieciséis, f. j. 6.1.

² Casación N.º 1307-2019/Nacional, de fecha doce de febrero de dos mil veinte, f. j. 4.

³ Asimismo, debe considerarse que en el Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116 se ha señalado lo siguiente: “(...) en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnica para evitar un proceso en el que no se hayan verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese, por ejemplo, en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la prescripción ordinaria, si es que antes de la formalización de la investigación preparatoria se cumplió el plazo correspondiente”.



finalidad atacar la potestad represiva y evitar la prosecución del supuesto delito que se investiga, el cual tiene como fundamentos las normas constitucional y penal material.

CUARTO: En cuanto al supuesto “cuando el hecho no constituye delito”, se presentan dos condiciones claramente diferenciables que deben ser reiteradas por este Tribunal Superior: **a)** cuando la conducta imputada al sujeto activo no se encuentra prevista o descrita como delictuosa en la ley penal al momento del hecho comisivo⁴, o **b)** cuando el comportamiento humano acaecido en la realidad no se subsume totalmente (atipicidad absoluta) o parcialmente (atipicidad relativa) en el tipo penal imputado, es decir, no hay relación lógica entre la hipótesis del supuesto hecho atribuido y la norma penal invocada en la disposición de formalización de la investigación preparatoria⁵ o ulterior acusación de ser el caso. En síntesis, este supuesto se refiere a situaciones en las cuales, pese a que la conducta del investigado es meramente típica, antijurídica y culpable, no amerita una pena por la presencia de una excusa absoluta o por falta de una condición objetiva de punibilidad, tampoco en los casos de tentativa con desistimiento o arrepentimiento después de los actos ejecutados. Por tal motivo, ambas condiciones deben incidir independientemente en la formalización de la imputación fáctica y jurídica contenidas en la disposición de formalización de investigación preparatoria, como ocurre en el presente caso, y no con base en las versiones posteriormente incorporadas a la investigación o al juicio, por ejemplo, la pericia, las testimoniales, las declaraciones, los informes, etc., pues ello constituye el tema de fondo de la controversia sometida al proceso.

QUINTO: Desde este marco dogmático, es preciso citar al profesor César San Martín Castro, quien al desarrollar el empleo y análisis del referido medio técnico de defensa expone que cuando el imputado deduce una excepción procesal, realiza sin duda un acto de defensa al amparo de una norma procesal, en cuya virtud denuncia la ausencia de un presupuesto procesal. La excepción de improcedencia de acción busca impedir que el órgano judicial resuelva el conflicto mediante una resolución de fondo. Agrega que, mediante esta excepción, se evitan procesos innecesarios por falta de objeto o finalidad, pues de nada serviría la tramitación de un proceso largo y moroso para terminar sabiendo que no es posible imponer una sanción al procesado. Por otro lado, reafirma que no podemos sino calificar que la excepción de improcedencia de acción es

⁴ Por exigencia del principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), establecido en el artículo 2, inciso 24, literal d, de la Constitución, y desarrollado en el artículo II del Título Preliminar del CPP.

⁵ En suma, este medio de defensa no se refiere al fondo del caso (fundamentos de responsabilidad o argumentos de fondo), sino a hechos “nuevos” y ajenos al sujeto, los cuales eliminan la tipicidad de su comportamiento, por lo que no se debe confundir el no haber cometido un delito con no ser responsable del mismo (BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. “Error de tipo y excepción de naturaleza de acción”, en *Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional*, Revista Institucional N.º 7, AMAG, p. 29).



una defensa cualificada de fondo constitutiva sobre una causal privilegiada de sobreseimiento anticipado de la causa⁶.

ANÁLISIS DEL CASO

➤ DE LA IMPUTACIÓN CONTRA LOS RECURRENTES

SEXTO: Conforme aparece en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, Disposición N.º 13, de fecha quince de julio de dos mil diecinueve, el titular de la acción penal atribuye a los investigados Julio Ricardo Rioja Vallejos y Dionicia Lucy Murillo Manrique que, en su condición de auditores supervisores, habrían utilizado indebidamente el procedimiento técnico que dio sustento al Informe N.º 001-2012-2-0434 con el fin de suministrar al concesionario Línea Amarilla SAC (LAMSAC) una plataforma fáctica y normativa para que la recaudación dejada de percibir por la MML sea notoriamente inferior a la dejada de recaudar con la concesión y posterior administración del proyecto Línea Amarilla. En ese sentido, se les imputa a los procesados la comisión del delito de **negociación incompatible** (artículo 399 del Código Penal), en calidad de autores, dado que el investigado Rioja Vallejos como inspector general y jefe del Órgano de Control Institucional, y la investigada Murillo Manrique como auditora, habrían vulnerado su función de cautelar el cumplimiento de los lineamientos contenidos en las Normas de Auditoría Gubernamental (NAGU) y en el Manual de Auditoría Gubernamental aprobado por la CGR.

➤ PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LOS AGRAVIOS FORMULADOS POR LOS RECURRENTES

SÉTIMO: La defensa técnica de los recurrentes fundamenta que los hechos atribuidos a sus patrocinados no constituyen delito, pues considera que la imputación efectuada por el Ministerio Público no se adecúa al tipo penal de negociación incompatible, debido a que no se configuran algunos elementos objetivos del tipo (atipicidad relativa). En vista de ello, un primer aspecto que cuestiona la defensa es la relación funcional de sus patrocinados con el objeto del delito (contrato de concesión). Específicamente, alega que estos no tenían un vínculo funcional con la MML, sino con la CGR.

OCTAVO: Al respecto, conviene precisar que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo imputado a los apelantes prevé en su descripción

⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Lima, Grijley, 2.ª ed., vol. I, 2003, p. 398.



legal lo siguiente: “(...) funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier operación en que interviene por razón de su cargo (...)”. Se trata de un delito especial propio que tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones propias. En esa línea interpretativa, el tipo legal antes citado exige como requisito típico, en primer lugar, el estatus formal de funcionario o servidor público y, en segundo término, que la actuación realizada se efectúe en el ejercicio de su cargo (relación funcional específica o ámbito de su competencia funcional), condiciones que para el presente caso resultan ser hechos notorios y no susceptibles de ser probados, por cuanto los investigados tenían la condición de funcionarios de la CGR.

NOVENO: No obstante, es de subrayar que el presupuesto que exige el tipo penal de negociación incompatible vinculado a la relación funcional que debe existir entre el sujeto activo y los contratos u operaciones objeto del delito, implica una sanción al funcionario público que interviene por razón de su cargo. Esto significa que no puede ser autor cualquier funcionario, sino solo aquel que tiene facultades de decisión o manejo de las negociaciones u operaciones en las que interviene⁷. Dicho lo anterior, lo que define al autor de este delito es su intervención en los actos u operaciones materia de cuestionamiento.

DÉCIMO: En el caso que nos ocupa, se colige que los investigados Rioja Vallejos y Murillo Manrique, como miembros del Órgano de Control Interno, dependían funcional y administrativamente de la CGR⁸ y no de la MML. De este modo, elaboraron el Informe N.º 001-2012-2-0434, en el marco del Plan Anual de Control, el cual fue autorizado por la CGR. Si bien es cierto dicha actividad funcional estaba dentro de sus obligaciones, esto es, realizar el examen especial del proyecto de concesión en el que participaba la MML, no es menos verdad que, al no mediar relación funcional entre los procesados y la MML, tampoco es posible deducir la existencia de facultades o potestades de decisión, o el manejo de las negociaciones u operaciones en las que, dicho sea de paso, no intervinieron.

DÉCIMO PRIMERO: Sobre este punto, el representante del Ministerio Público, en audiencia, señaló que la condición de autor no se asienta en la calidad de funcionario público, sino en la infracción de un deber especial de naturaleza penal, que resultaría

⁷ Casación N.º 67-2017 Lima, de fecha once de julio de dos mil diecisiete, f. j. 46.

⁸ Resolución de Contraloría General N.º 459-2008- CG, publicada el treinta de octubre de dos mil ocho, artículos 12, 13, 14 y 15; y Ley N.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, artículos 17 y 18.



indiferente si los investigados se desempeñaban como funcionarios de la CGR o de la MML. Así, lo que realmente interesa es que hayan infringido deberes para con la comuna limeña. Sobre el particular, este Colegiado considera que en la conducta de los investigados no se evidencia la infracción de deber alegada, por cuanto con la elaboración del informe a cargo de los investigados –como miembros del Órgano de Control Interno de la MML– no se ha infringido deber especial alguno, ya que dicho informe fue aprobado en su momento por la CGR, ente máximo que se encarga de supervisar y evaluar el correcto funcionamiento de los órganos de control institucional⁹, siendo que el informe de contraloría ha servido, en todo caso, como un dato objetivo para que el Ministerio Público ostente un elemento de convicción relevante sobre la presunta comisión del delito en perjuicio de la entidad edil, empero en modo alguno atribuible a los investigados quienes ejercieron una labor profesional específica de conformidad a las normas de control vigentes.

DÉCIMO SEGUNDO: En ese contexto, el procedimiento que dio origen al Informe N.º 001-2012-2-0434, realizado por los investigados, se ejecutó, reiteramos, en observancia de los lineamientos y normativas de la CGR en materia de control gubernamental. Frente a ello, inferimos que no puede considerar la conducta de los investigados como una injerencia o interés indirecto en el contrato materia de cuestionamiento por mediar una “operación” administrativa, ya que la actividad funcional de los recurrentes se ha materializado sobre el ámbito de un proceso de contratación estatal (concesión del Proyecto Línea Amarilla) a efectos de determinar la existencia o no de irregularidades en su ejecución, tal y como aconteció. En consecuencia, es posible concluir que a los investigados no les era posible tener participación alguna en las decisiones y negociaciones que posteriormente efectuó la MML con la empresa Línea Amarilla SAC. Es en base en esta realidad neutral, concreta y verificable, que consideramos que en el presente caso no se configura la relación funcional requerida para la consumación del delito de negociación incompatible, más aún si se tiene en cuenta que los referidos investigados fueron los funcionarios que advirtieron el presunto perjuicio económico en contra de la MML en el citado informe.

DÉCIMO TERCERO: Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, esta Sala Superior considera necesario pronunciarse sobre el segundo punto que cuestiona la defensa técnica, concerniente al interés indebido como elemento objetivo del tipo penal de negociación incompatible. Según la tesis de la Fiscalía, en el aludido informe, hay un desbalance de S/ 1 150 000 000.00; sin embargo, en dicho documento técnico se ha llegado a la conclusión que el contrato de concesión del Proyecto Línea Amarilla era

⁹ Resolución de Contraloría General N.º 459-2008-CG, artículos 28 y 29.



perjudicial para los intereses de la MML (con un desequilibrio económico de S/ 427 117 068.08), por lo que la negociación y posterior firma de la adenda por parte de la MML con la empresa Línea Amarilla SAC fue de exclusiva competencia de los funcionarios de la comuna limeña. Visto lo cual no se aprecia un acto que denote un interés de los investigados por el contrato de concesión materia de cuestionamiento. Siendo así, este Colegiado Superior concluye que en el presente caso, no se configuran los elementos objetivos exigidos por el tipo penal de negociación incompatible. Por lo cual corresponde amparar el medio técnico de defensa postulado, en tanto la conducta desplegada por estos no es susceptible de persecución penal y, consecuentemente, tampoco supone la imposición de reproche penal alguno, en ese entendido, en aplicación de lo prescrito en el artículo 6.2 del CPP debe decretarse el sobreseimiento definitivo en el extremo de los investigados Rioja Vallejos y Murillo Manrique.

DECISIÓN

Por los fundamentos fácticos y jurídicos precedentemente expuestos, los magistrados integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, en aplicación de lo prescrito en los artículos 6.b; 6.2; 409 y 419 del CPP, y demás normas procesales, **RESUELVEN:**

REVOCAR la Resolución N.º 4, de fecha diez de enero de dos mil veinte, emitida por el juez a cargo del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, y, **REFORMÁNDOLA**, declaran **FUNDADA** la solicitud de excepción de improcedencia de acción deducida por los investigados Julio Ricardo Rioja Vallejos y Dionicia Lucy Murillo Manrique, en el marco de la investigación seguida en su contra por la presunta comisión del delito de negociación incompatible en agravio del Estado. **DISPUSIERON** se archive el proceso definitivamente respecto de ellos y se anulen los antecedentes penales y judiciales que le fueron generados como consecuencia del presente proceso. ***Notifíquese y devuélvase.***

Sres.:

SALINAS SICCHA

GUILLERMO PISCOYA

ANGULO MORALES