

3° SALA PENAL DE APELACIONES - SEDE CENTRAL
EXPEDIENTE: 0112-2014-0-0401-JR-PE-01
ESPECIALISTA: NESTOR CACERES TRUJILLO.
INVESTIGADO: GERMAN TORRES CHAMBI Y OTRO
DELITO: OTORGAMIENTO ILEGAL DE LICENCIAS
AGRAVIADO: ESTADO

SENTENCIA DE VISTA N° - 2017- 3SPAA

Resolución N° 08

Arequipa, nueve de octubre
de dos mil diecisiete.

I. ATENDIENDO: Al recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público, en contra de la Sentencia S/N del ocho de marzo del dos mil diecisiete, que resuelve absolver a German Torres Chambi y Aniceto Arturo Cabrera Vargas, por el delito de contra el Medio Ambiente, en la modalidad de incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos, ilícito previsto y penado en el artículo 306° primer párrafo del Código Penal, en agravio del Estado representado por el Procurador Especializado en delitos ambientales del Ministerio del Ambiente; el objeto de la apelación es que se declare **Nula** la sentencia por los siguientes fundamentos:

- La sentencia es inhibitoria respecto a los medios de prueba, es decir, en juicio se ha actuado prueba y esta no ha sido valorada por el Juez en la sentencia. (no ha realizado ninguna valoración probatoria, pese a haberse actuado en juicio oral.
- El juez de juzgamiento ha retrotraído el análisis de un caso únicamente a la imputación contenida en la acusación escrita, es decir sostiene que si el fiscal está acusando por un delito en “comisión por omisión” [artículo 13 del Código Penal] lo ha tenido que poner en su imputación y no lo ha hecho. Sin embargo, no ha tomado en consideración que este cuestionamiento a la comisión por omisión ya ha sido objeto de un pronunciamiento, en el que se ha determinado que el proceso siga su curso y no se sobresea la causa sin realizar actividad probatoria.

II. CONSIDERANDO que:

PRIMERO: Objeto de Juzgamiento y congruencia recursal.

1.1. La imputación concreta por delito contra el Medio Ambiente, en la modalidad de incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos, en contra de Germán Torres Chambi y Aniceto Arturo Cabrera Vargas; en síntesis es el siguiente:

German Torres Chambi en calidad de Alcalde de la municipalidad distrital de Miraflores y Aniceto Arturo Cabrera Vargas, en su calidad de Gerente de servicios a la Ciudad, del municipio de Miraflores, quienes además de tener pleno conocimiento y avalar el establecimiento y la disposición de residuos sólidos de un botadero no autorizado por el municipio Provincial, fueron exhortados hasta en dos oportunidades por la Fiscalía del Medio Ambiente para que cumplan con celebrar el convenio con el Municipio Provincial de Arequipa y dar inicio al plan de cierre y recuperación de la zona afectada, funciones que les compete llevar a cabo conforme al ROF y MOF del propio municipio de Miraflores; al alcalde como órgano ejecutivo del municipio distrital

de Miraflores, obligado a realizar el convenio correspondiente, y el gerente de servicios a la Ciudad como órgano executor de la misma, obligado a ejecutar el proyecto y convenio conforme el marco normativo vigente.

Se habría determinado que en merito a la última intervención policial como a la inspección de la Dirección Ejecutiva de la Salud Ambiental, realizadas en el botadero materia de la presente, que dicha zona es aprovechada por algunos segregadores, permitiendo el municipio de Miraflores, dicha irregularidad tal como lo señala la DESA, en su informe técnico fundamentado, ello en omisión al cumplimiento de sus funciones como son las contempladas en el numeral 3, art. 80 de la Ley Orgánica de Municipalidades, que señala que es función exclusiva de las municipalidades distritales "Proveer del servicio de limpieza pública determinando las áreas de acumulación de desechos, rellenos sanitarios y el aprovechamiento industrial de desperdicios. Regular y controlar el aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales, industriales, viviendas, escuelas, piscinas, playas y otros lugares públicos locales." Así como las señaladas en el artículo 08 del D.S. N° 057-2004-PCM (Reglamento de la ley General de Residuos Sólidos), que señala que "La municipalidad, tanto provincial como distrital, es responsable por la gestión y manejo de los residuos de origen domiciliario, comercial y de aquellos similares a estos originados por otras actividades.

Corresponde a la distrital: a) Asegurar una adecuada prestación del servicio de limpieza, recolección y transporte de residuos en su jurisdicción debiendo garantizar la adecuada disposición final de los mismos. Debe asimismo determinar las áreas a ser utilizadas por la infraestructura de residuos sólidos en su jurisdicción en coordinación con la municipalidad provincial respectiva y en sujeción a la ley y al Reglamento..." Asimismo conforme aparece del Reporte de Registro y Control de Ingreso al Botadero Controlado, Quebrada Honda por parte de los municipios distritales, como del consolidado de municipalidades distritales del mes de octubre del año 2013, se tiene que el municipio de Miraflores en el mes de octubre del 2013 no ha hecho ningún ingreso al botadero controlado, es decir no ha depositado en todo el mes de octubre sus residuos sólidos en el lugar designado por el Municipio.

SEGUNDO: Imputación concreta y omisión impropia.

2.1. La construcción de la imputación concreta de un delito comisivo, es lógicamente diferente a la construcción de la imputación concreta de un delito omisivo impropio. La configuración de la imputación de un delito comisivo tiene como eje central la proposición fáctica que realiza el verbo típico rector; así todos los elementos del tipo son construidos en forma positiva, y tiene como límite los dispositivos normativos de la parte especial¹.

Sin embargo, la construcción de la imputación concreta de un delito de **omisión impropia** tiene como base normativa el artículo 13 del Código Penal² –parte general-. Solo con base a la configuración concreta de sus elementos y necesaria equivalencia en un dispositivo normativo de la parte especial, adquiere significado típico un comportamiento omisivo. No hay otra forma de construcción de la imputación concreta de un delito de omisión impropia. En ese orden, una imputación concreta por delito de omisión impropia exige la realización de los elementos configuradores siguientes: **i)** posición de garante y **ii)** equivalencia jurídica con un delito de comisión.

Sin embargo, para construir una imputación concreta de un delito de omisión impropia, es necesario descomponer analíticamente esos dos elementos generales; así: **a) Posición de garante**, que exige a su vez tres componentes: i) fuente habilitante de posición de garante, ii) situación fáctica concreta y iii) deber concreto que emerge de esa posición de garante; **b) Equivalencia jurídica con un delito de**

¹ No se debe confundir el tipo penal con el dispositivo normativo; el primero es un construcción dogmática; en tanto, que el segundo sirve de base para su construcción.

² **Artículo 13.-** El que omita impedir la realización del hecho punible será sancionado: "1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo." 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada.

comisión, que exige: i) la omisión concreta equivalente a la acción típica, ii) nexo de evitación, iii) resultado típico³.

a) Posición de garante:

La fuente habilitadora solo condiciona la posición de garante, sin embargo es con la situación fáctica concreta que se configura una específica posición de garante [posición de dominio]; de esta posición emerge un deber penal específico para evitar la producción de un resultado típico potencial).

- La imputación concreta debe presentar una proposición fáctica que describa **la fuente habilitante** que condiciona la configuración de una **posición de garante**. La doctrina predominante propone una clasificación material, que considera el contenido y los límites de la posición de garante; así se diferencia entre: i) posición de garante en virtud de un deber de defensa de determinados bienes jurídicos (relaciones familiares, relaciones de comunidad y aceptación voluntaria) y ii) posición de garante en virtud de supervigilancia de fuentes de peligros (hecho precedente – injerencia-, ámbito de dominio, y conducta de terceras personas⁴)
- **Una situación fáctica concreta** que es determinante en la configuración de una posición de garante concreta; en efecto, desde la perspectiva del realismo normativo no es aceptable una *posición de garante difusa y general*; en ese orden, la posición de garante debe ser siempre concreta y, por tanto, para su configuración requiere de la determinación de una situación fáctica concreta.
- **El deber penal** de impedir la realización del resultado es específico, y emerge directamente de una concreta **posición de garante**⁵. Se trata de un deber específico de realizar una conducta concreta que impida o evite la realización del resultado típico⁶; sin la concreción y determinación de la conducta ordenada, no existe imputación concreta de un delito omisivo impropio.

b) La equivalencia jurídica con un delito de comisión:

La estructura de un delito comisivo de resultado exige la configuración de una acción típica vinculada causalmente a un resultado; estos tres elementos de la estructura comisiva deben tener una equivalencia valorativa en los delitos de omisión impropia. La exigencia de la equivalencia es la única forma de salvar el cuestionamiento a la afectación del principio de legalidad en los delitos de omisión impropia.

³ **Felipe Viravencencio** sintetiza la fuente, la posición de garante y el deber de impedir el resultado en uno solo; empero, una analítica comparativa exige que para efectos de la construcción de la imputación concreta se precise cual es la fuente de donde emerge la posición de garante; otra proposición que describa la concreta situación fáctica de posición de garante y una tercera proposición fáctica que describa el deber específico de impedir el resultado.

⁴ **La Conducta de terceras personas**, está referida a la consideración de la obligación de responder respecto de los peligros creados por otras personas que están dentro del ámbito de influencia del omitente. Aquí se puede mencionar el caso de los funcionarios públicos respecto de sus subordinados. **Ejemplo:** el funcionario de policía o el militar que no intenta seriamente impedir el exceso de sus subordinados respecto de los bienes o interés de particulares responde indudablemente como si hubiera causado él mismo esos resultados.

⁵ **La posición de garante:** Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podría ser impedido, abandona la posición de garante.

⁶ Dado que se trata de una ampliación de tipo es necesario una interpretación restrictiva a efecto de que no se considere como elemento del tipo de omisión impropia deberes generales, sustentados en normas extrapenales (ROF MOF).

- **La omisión concreta equivalente⁷ a la acción típica.** Si para la configuración de la proposición fáctica se realiza el verbo típico rector de la acción típica que exige concreción, con mayor razón es exigible la descripción de la debida conducta omitida. No se trata de describir una omisión genérica y difusa, sino de presentar una proposición que precise *una determinada conducta omitida*. Esto es así porque en una situación concreta de posición de garante, se trata de establecer cuál es la única y determinada conducta debida para impedir la realización de resultado; la omisión de esa determinada conducta debida será determinante en la producción del resultado, pues si esta conducta exigida se realizaría entonces se interrumpiría el suceso fáctico que realice el resultado. Por esa razón es necesario considerar una hipotética acción que interrumpa el suceso causal y, para luego sobre su base establecer el comportamiento omisivo típicamente relevante.
- **Nexo de evitación,** es el equivalente al nexo de causalidad que corresponde a los delitos comisivos de resultado; empero, en los delitos omisivos para determinar el nexo de evitación se requiere aplicar la fórmula de adicionar hipotéticamente una acción ordenada por el deber específico, así; si hipotéticamente se realiza esa conducta ordenada y con ello desaparece el resultado, entonces la omisión de realizar esa conducta concreta determinó **el resultado**.
- **El resultado típico,** este resultado está determinado por la no realización de la conducta ordenada, como deber que corresponde a un sujeto que se encuentra en una concreta situación fáctica de posición de garante. Este resultado típico supone a su vez la afectación de un determinado bien jurídico.

TERCERO: Análisis del caso concreto:

3.1. De la imputación fiscal se desprende:

*“(…) German Torres Chambi en calidad de Alcalde de la municipalidad distrital de Miraflores y Aniceto Arturo Cabrera Vargas, en su calidad de Gerente de servicios a la Ciudad, del municipio de Miraflores, quienes además de tener pleno conocimiento y avalar **el establecimiento y la disposición** de residuos sólidos de un botadero no autorizado por el municipio Provincial, fueron exhortados hasta en dos oportunidades por la Fiscalía del Medio Ambiente para que cumplan con celebrar el convenio con el Municipio Provincial de Arequipa y dar inicio al plan de cierre y recuperación de la zona afectada, funciones que les compete llevar a cabo conforme al ROF y MOF del propio municipio de Miraflores; al alcalde como órgano ejecutivo del municipio distrital de Miraflores, **obligado a realizar** el convenio correspondiente, y el gerente de servicios a la Ciudad como órgano ejecutor de la misma, obligado a ejecutar el proyecto y convenio conforme el marco normativo vigente (...).”*

Conforme a la analítica de un delito omisivo impropio corresponde analizar si en la imputación fiscal cumple con presentar las proposiciones fácticas que configuran todos los elementos típicos.

- a. **Fuente habilitante de la posición de garante.** En el caso, la imputación fiscal expresa como fuente la calidad de Alcalde de German Torres Chambi y la calidad de Gerente Municipal de Aniceto Arturo

⁷ También denominada **equivalencia valorativa**, esta no solo se determina en el marco de una equivalencia material, pues es preciso además que la omisión sea **equivalente según el sentido del tipo penal**.

Cabrera Vargas; estos deberían cumplir con celebrar el convenio con el Municipio Provincial de Arequipa para dar inicio al plan de cierre y recuperación de la zona afectada; pues son funciones les compete llevar a cabo conforme al ROF y MOF del Municipio de Miraflores; también hace referencia a los numerales 3.1 y 3.2 del artículo 80 de la Ley Orgánica de Municipalidades⁸. Como se aprecia la base normativa extrapenal que atribuye competencia a estos funcionarios es una fuente genérica que condiciona – pero no determina- la específica posición de garante que tendrían ambos imputados. En todo caso, la fuente habilitadora de la posición de garante estaría referida al ámbito de competencia de los funcionarios municipales respecto de las acciones de otras personas; estas personas [los recolectores de basura, los segregadores⁹] están dentro del ámbito de su influencia funcional.

- b. **La situación fáctica concreta.** En virtud de este elemento exige que los imputados se encuentren en una situación específica concreta, de donde emerge una posición de garante; sin embargo, este extremo no ha sido desarrollado por la imputación, pues se ha limitado a señalar un deber extrapenal correspondiente al ámbito de su competencia funcional.
- c. **El deber penal de impedir la realización del resultado.** Solo con base a una situación fáctica los funcionarios municipales pueden asumir una posición de garante concreta y de esa posición de garante debe derivar un deber específico de una conducta; sin embargo, en el caso la no configuración de una posición de garante imposibilita que emerja *el deber* de realizar una conducta específica que impida la realización del resultado.

Es claro que las exigencias que corresponden a la imputación de un delito de omisión impropia, no están configuradas en la imputación fiscal, dado que se pretende sostenerse en los deberes funcionariales extrapenales y en hipotéticas participaciones de convenios con la Municipalidad provincial. La afirmación respecto a la mera condición de funcionarios públicos es muy genérica, pues de ser así responderían por todos los resultados lesivos a bienes jurídicos que se producirían dentro del ámbito de competencia de la Municipalidad.

3.2. El Ministerio Público, sostuvo que ya se habría determinado que el delito imputado es uno de omisión impropia con referencia al artículo 13 del Código Penal, pues ha sido materia de pronunciamiento por esta Sala Penal, mediante la resolución N° 22 del dos de junio del dos mil quince y por el señor fiscal en sus alegatos finales en la audiencia de juicio oral. Al respecto la Sala considera que:

- a. Lo que vincula al Juez para resolver un caso concreto es la acusación escrita, la que fue controlada o verificada en audiencia preliminar de la etapa intermedia; y es que su importancia está en que

⁸ **ARTÍCULO 80.- SANEAMIENTO, SALUBRIDAD Y SALUD:** Las municipalidades, en materia de saneamiento, salubridad y salud, ejercen las siguientes funciones: **3.** Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales: **3.1.** Proveer del servicio de limpieza pública determinando las áreas de acumulación de desechos, rellenos sanitarios y el aprovechamiento industrial de desperdicios. **3.2.** Regular y controlar el aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales, industriales, viviendas, escuelas, piscinas, playas y otros lugares públicos locales.

⁹ Conducta de terceras personas.

esta fija el objeto del proceso penal. En esa perspectiva, el juez no puede condenar por distintos hechos a los imputados en la acusación, es decir si en la acusación escrita no aparece facticos de un delito de omisión impropia, el Juez no puede inventarlos o completarlos; más aún se advierte que tampoco existe una calificación jurídica referida al artículo 13 del Código Penal.

- b. Los alegatos de apertura o de clausura, no pueden ser considerados de modo alguno, como un correctivo o aclaratorio de la acusación, pues no es función de los alegatos de apertura variar las calificaciones jurídicas o facticos propuestas en la acusación; su objeto es que el Fiscal exponga resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció; por tanto, su función es la presentación resumida de la imputación fáctica y jurídica contenida en la acusación. La corrección, aclaración o ampliación de la calificación jurídica debe efectuarse siempre por escrito; y, en el escenario del juicio oral, la única posibilidad de realizar esa nueva calificación es con un escrito complementario, conforme a los requisitos establecidos en el artículo 374.2 del CPP¹⁰, de lo contrario se afectaría el principio de contradictorio y congruencia procesal¹¹.

3.3. El representante del Ministerio Público, sostiene que la sentencia es inhibitoria respecto a la prueba actuada en juicio oral, pues no ha existido pronunciamiento de ningún medio de prueba. Al respecto la Sala considera que:

- a. La exigencia del Ministerio Público, para que el Juez de primera instancia, se pronuncie sobre la prueba actuada (valoración probatoria), no es atendible, pues para que el Juzgador realice un juicio de fundabilidad¹², tiene que existir como presupuesto un juicio de procedencia positivo¹³, misma que cumple dos finalidades básicas i) por un lado ordena el proceso con su núcleo – imputación-, ii) evita juicios inútiles si su objeto – la imputación- no está conformada idóneamente; en otras palabras, solo se puede realizar una valoración probatoria si se tiene una imputación concreta definida.
- b. En el caso concreto no existe una imputación concreta; en consecuencia, carece de objeto valorar medios probatorios, dado que estos últimos deben estar articulados, con base en proporciones fácticas en la estructura de la imputación concreta. En síntesis, si no existen proposiciones fácticas

¹⁰ Por excepción el artículo 374 inciso 2 del CPP establece que: “Durante el juicio el Fiscal, introduciendo un escrito de acusación complementaria, podrá ampliar la misma, mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en su oportunidad, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado”.

¹¹ **El principio de congruencia procesal** es parte del contenido esencial del debido proceso – artículo 8 de la CADH-, así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fermín Ramírez vs Guatemala*.

¹² **Juicio de fundabilidad:** el Juez al efectuar un juicio de fundabilidad – que tiene como presupuesto un juicio positivo de procedencia- emite una decisión sustentada sobre la base de la actividad y valoración de la prueba producida en juicio. Para ello realiza un juicio sobre la verificación de la ocurrencia de los hechos que fundamentan la pretensión punitiva. Por tanto el Juez decide en base a los fundamentos facticos y a las pruebas propuestas y debatidas por las partes en el plenario oral. ese es el contenido del juicio de fundabilidad y no otro. **MENDOZA AYMA, Francisco Celis “Pretensión Punitiva”** pg. 113. Editorial: libros Jurídicos San Bernardo El Juez, edición 2014

¹³ **Juicio de procedencia.-** tiene como objeto establecer la validez de una relación jurídica procesal.

que probar, consecuentemente no puedo desarrollarse actividad probatoria y menos valorarse. Por lo que, debe desestimarse este argumento.

CUARTO: Costas de la instancia.

El artículo 499.1 del Código Procesal Penal, establece que está exento del pago de costas los representantes del Ministerio Público. En consecuencia, no corresponde disponer su pago.

Por lo que;

III. RESOLVEMOS:

- a) **DECLARAR, INFUNDADA** la apelación de la Sentencia S/N del ocho de marzo del dos mil diecisiete. En consecuencia,
- b) **CONFIRMAMOS**, Sentencia S/N del ocho de marzo del dos mil diecisiete, que resuelve absolver a German Torres Chambi y Aniceto Arturo Cabrera Vargas, por el delito contra el Medio Ambiente, en la modalidad de incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos, ilícito previsto y penado en el artículo 306° primer párrafo del Código Penal, en agravio del Estado representado por el Procurador Especializado en delitos ambientales del Ministerio del Ambiente. Sin Costas de Instancia. **REGÍSTRESE Y HÁGASE SABER.** Juez Superior Ponente: Luis Alberto Rodríguez Pantigoso.

SS.

CORNEJO PALOMINO.-

CACERES VALENCIA.-

RODRIGUEZ PANTIGOSO.-

