

EXPEDIENTE : 04128-2018-48-0401-JR-PE-05
IMPUTADO : OSCAR GONZALES ROCHA
DELITO : TRÁFICO ILEGAL DE RESIDUOS PELIGROSOS
AGRAVIADA : EL ESTADO REP. POR EL PROCURADOR ESPECIALIZADO EN DELITOS AMBIENTALES
PROCEDE : SEGUNDO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL SEDE CENTRAL - JUEZ JUAN PABLO HEREDIA PONCE

Delito de Tráfico Ilegal de Residuos Peligrosos.

Sumilla:

En la sentencia apelada se ha incurrido en deficiencias en la justificación externa, pues el juez de primera instancia en su razonamiento lógico deductivo, para llegar a la conclusión de que no existe prueba suficiente que determine la tipicidad de la conducta del imputado Óscar Gonzáles Rocha, específicamente en lo referido al elemento subjetivo, ha partido de la premisas que no han sido confrontada o analizada debidamente respecto de su validez fáctica y jurídica considerando que la judicatura no ha valorado correctamente todos los elementos probatorios actuados en juicio de primera instancia; todo lo cual trasgrede el derecho de la debida motivación de las resoluciones judiciales, así como, el derecho a la tutela jurisdiccional, por lo que, corresponde declarar la **NULIDAD** del extremo absolutorio arribado en la recurrida.

Por otro lado, corresponde **CONFIRMAR** el extremo impugnado referido a la reparación civil.

Palabras Clave: Tráfico Ilegal de Residuos Sólidos, escoria, actividad minera, debida motivación.

SENTENCIA DE VISTA N° 049 – 2022

RESOLUCIÓN N° 19 – 2022

Arequipa, diecinueve de mayo
de dos mil veintidós.-

Vistos y Oídos: En la audiencia virtual (a través de Google Meet), los recursos de apelación interpuestos y sustentados por: (i) El representante del Ministerio Público; (ii) la defensa del imputado Oscar Gonzáles Rocha; (iii) la defensa del tercero civil Souther Perú Copper Corporation Sucursal del Perú; y (iv) el abogado de la Procuraduría Pública especializada en delitos ambientales del Ministerio del Ambiente (constituido en actor civil).

I. PARTE EXPOSITIVA:

PRIMERO: OBJETO DE LA ALZADA.

Es materia de alza¹ la **Sentencia Nro. 99 - 2021, de fecha 29 de abril de 2021**, que resolvió:
1) Absolver a Óscar Gonzáles Rocha, como presunto autor del delito de Tráfico Ilegal de Residuos Peligrosos tipificado en el artículo 307° del Código Penal, en agravio del Estado (representado por la Procuraduría del Ministerio del Ambiente); en consecuencia, **dispone** la cancelación de los antecedentes penales y judiciales y de toda medida de coerción real y

¹ El artículo 139° inciso 3), de la Constitución Política del Perú como principio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, así como en su inciso 6 se consagra el derecho a la pluralidad de instancia.

personal que este proceso hubiera generado. 2) **Declarar fundada en parte la pretensión civil.** En consecuencia, **dispone** que **Óscar Gonzáles Rocha**, de manera solidaria con el tercero civilmente responsable Southern Perú Copper Corporation Sucursal del Perú paguen por concepto de reparación civil la suma de S/ 1'000,000.00 (un millón de soles), a favor del agraviado, que deberá destinarse a la mejora del medio ambiente en la ciudad de Ilo; entre otros puntos.

SEGUNDO: PARTES APELANTES, SU PRETENSIÓN Y SUS FUNDAMENTOS.

2.1. **Formula apelación el representante del MINISTERIO PÚBLICO²**, quien ratificándose en su escrito impugnatorio³, invoca como pretensión que se declare la **NULIDAD** de la sentencia apelada **en el extremo absolutorio**, y en consecuencia se disponga la realización de nuevo juicio oral. A tal efecto, ha señalado resumidamente los siguientes agravios:

- La sentencia recurrida contiene una **motivación sustancialmente incongruente**, por lo siguiente:
 - a) En el fundamento 6.2.7 de la recurrida, sobre la responsabilidad del imputado, el juez concluye que *no se ha logrado acreditar que el acusado haya tenido dominio directo sobre las consecuencias de la ejecución del contrato de compraventa de escoria de cobre*, introduciendo una tercera hipótesis que no han sido introducidas por las partes en juicio oral, lo cual constituye una flagrante violación al derecho de defensa y a la tutela jurisdiccional efectiva.
 - b) Que, la tesis planteada por el juzgador es incompleta, toda vez que el *A quo* traslada la elaboración y ejecución del contrato a otras áreas del departamento Legal y departamento de servicios ambientales de la empresa SPCC, sin precisar quienes serían los presuntos responsables de estas áreas, cuando la imputación es clara en señalar que el autor directo es el procesado, que en su calidad de presidente suscribió bajo puño y letra el contrato de compra y venta de escoria de cobre; así mismo, no se ha dispuesto la remisión de copias para que las personas implicadas presuntamente a juicio del juzgador, sean procesados por el delito tráfico ilegal residuos peligrosos.
 - c) Asimismo, la tesis del juez es errónea, pues considera que para la infracción atribuida en este proceso, resulta aplicable la teoría de infracción del deber, centrando sus fundamentos en los alcances de la *Casación 455-2017 Pasco - Contaminación ambiental*, donde se desarrolla los alcances del tipo penal de Contaminación ambiental y la participación del agente para este delito; sin embargo, el delito que se le atribuye al procesado es de Tráfico ilegal de residuos peligrosos y su participación es eminentemente doloso y lo que corresponde es aplicar la teoría de dominio del hecho; para tal efecto se debe tener presente la Casación N° 367-2011-Lambayeque, sobre la participación del Autor y el Cómplice, y la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp N° 00704-2018-2-3301-JR-PE-03.
 - d) Debe tenerse en cuenta que el delito en cuestión es de naturaleza dolosa, en todo caso se debe tener dominio del hecho, dominio de la propia acción, y conforme a la tesis del Ministerio Público, el procesado tuvo dominio del hecho al disponer residuo tóxico y peligroso - escoria de cobre, por que participó directamente en su calidad de presidente de la empresa SPCC en el contrato de compra y venta de escoria de cobre residuo tóxico y peligroso (acto por el cual el vendedor se obliga a entregar la cosa que vende, y el comprador a pagar el precio convenido por ella), del contrato se ha demostrado que es el acto de comercializar el residuo y de acuerdo a los alcances la norma técnica de la LGRS, la disposición es el acto de comercializar el residuo sólido sea tóxico o no.
 - e) También la tesis planteada por el juez es una tesis inconclusa, pues no hace mención de qué normas internas institucionales de la empresa le exigen la obligación o deber de determinación del contenido de la excoria como tóxico y peligroso, dejando de lado el texto expreso del Reglamento y la Ley de residuos sólidos el cual señala:
 - *Artículo 25.- Obligaciones del generador; El generador de residuos del ámbito no municipal está obligado a: (...) 5. Almacenar, acondicionar, tratar o disponer los residuos peligrosos en forma segura, sanitaria y ambientalmente adecuada, conforme se establece en la Ley, el Reglamento y, en las normas específicas que emanen de éste (...).*
 - *Artículo 27.- Calificación de residuo peligroso; La calificación de residuo peligroso se realizará de acuerdo a los Anexos 4 y 5 del presente reglamento. El Ministerio de Salud, en coordinación con el sector competente, y mediante resolución ministerial, puede declarar como peligroso a otros residuos, cuando presenten alguna de las*

² A la audiencia virtual de apelación concurrió el representante del Ministerio Público, Fiscal adjunto al Superior de Moquegua Zoilo Paul López Del Carpio.

³ Escrito de fecha 10 de mayo del 2021.

características establecidas en el artículo 22 de la Ley o en el Anexo 6 de este Reglamento, o en su defecto declararlo no peligroso, cuando el residuo no represente mayor riesgo para la salud y el ambiente.

- El Artículo 30 del Reglamento.- Señala que: (...) cuando el tratamiento o disposición final de los residuos se realice fuera de las instalaciones de la unidad generadora, estos deberán ser manejados por una EPS – RS que esté Autorizada.
- El anexo 4 del Reglamento.- Establece lo siguiente: Lista A: Residuos Peligrosos.- Los residuos enumerados en este anexo están definidos como peligrosos de conformidad con la Resolución Legislativa N° 26234, Convenio de Basilea, el cual no impide para que se use el anexo 6 del presente Reglamento con el fin de definir que un residuo no es peligroso. A1.0 Residuos metálicos o que contengan metales. A1.1 Residuos metálicos y aquellos que contengan aleaciones de cualquiera de los elementos siguientes: I. Antimonio; II. Arsénico; III. Berilio; IV. Cadmio; V. Plomo; VI. Mercurio; VII. Selenio; VIII. Telurio; y IX. Talio. (...)
- El Anexo 5 del Reglamento.- Establece lo siguiente: Lista B: Residuos no peligrosos, Residuos que no están definidos como peligrosos de acuerdo a la Resolución Legislativa N° 26234, Convenio de Basilea, a menos que contengan materiales o sustancias, que son establecidos en el anexo I del Convenio de Basilea, en una cantidad tal que les confiera una de las características del anexo 6 del Reglamento. (...) B1.10 Residuos que contienen metales resultantes de la fusión, refundición y refinación de metales: IX. Escorias de la elaboración del cobre destinado a una elaboración o refinación posteriores, que no contengan arsénico, plomo o cadmio en cantidad tal que les confiera las características peligrosas (...).
- El Anexo 6 del Reglamento.- Establece lo siguiente: Anexo 6 Lista de características peligrosas (...) 7. Tóxicos (venenos) Agudos Sustancias o residuos que pueden causar la muerte o lesiones graves o daños a la salud humana, si se ingieren o inhalan o entran en contacto con la piel.

- f) Así, el procesado se encontraba en la posibilidad de determinación del contenido de la escoria como tóxico y peligroso, no tan sólo por el marco normativo vigente hasta ese momento, sino además por que conforme se actuó en juicio, en la declaración de los trabajadores de la empresa SPCC, abogado Wilfredo Santillán del departamento legal, señaló que hasta antes de la suscripción del contrato el Señor Oscar González Rocha recibía todo el asesoramiento técnico de las demás áreas (*Incluidas la del departamento Legal y ambiental*), tal afirmación fue corroborado en la declaración del ingeniero Oviedo Alarcón del departamento ambiental que señaló, para el inicio de las operaciones de disposición le informó en todo momento al procesado sobre los alcances del mismo, aunado a ello el mismo contrato que señala en una de sus cláusulas el contenido de la escoria, con la indicación de los elementos químicos que la contienen y el porcentaje de los mismos; siendo que, dentro de ellos se puede apreciar el símbolo químico del **Plomo y Arsénico**, es más el mismo contrato señala cual es la cantidad de la escoria que se estaba comercializando, esto es la venta de cinco millones 5'000,000 de toneladas métricas de residuos sólidos – escoria de cobre, que conforme a los análisis desarrollados en los informes de los especialistas de OEFA (Informe N° 5 complementario al N° 5 y N° 24) objetivamente trasladado el contenido de metales a miligramos por kilo, se resalta la gran cantidad de escoria y metales de plomo, arsénico, cadmio y mercurio que se habría dispuesto a través del contrato de compra y venta.
- g) Por otro lado, debe considerarse que el procesado actuó en representación de la Empresa SPCC, ello conforme a la postulación del Ministerio Público, para tal efecto se tuvo en cuenta lo establecido en el Artículo 314-A del CP, el cual establece que *los representantes legales de las personas dentro de cuya actividad se cometan los delitos previsto es este título será responsables penalmente de acuerdo con las reglas establecidas en el Artículo 23° y 27° del Código penal*, quedando demostrado que aquél tenía la calidad de presidente ejecutivo de la empresa con los asientos de la partida registral 03025091, en el cual se detalló el poder amplio y general, para que el procesado actúe en representación de la sociedad como representante legal permanente de la sucursal peruana de la sociedad en todas sus actividades, asuntos, negociaciones, operaciones mineras y comerciales en Perú, de igual manera con el contrato de compra y venta (acto de comercialización de la empresa), donde se demostró que el procesado actuó como presidente ejecutivo de la empresa SPCC, la cual no ha sido cuestionado por la defensa, de igual manera tal actuar del procesado fue corroborado por los trabajadores de la empresa SPCC, quienes en juicio han señalado Abog. Santillán: que dada la envergadura del contrato (cantidad de residuo y monto a cancelar por la venta de este), fue suscrito por el procesado y no se le delegó a través de algún poder especial a otro funcionario de la empresa, además que en línea jerárquica el procesado es el máximo representante de la empresa SPCC. Por lo que, queda acreditado que el procesado cometió en forma directa el delito Tráfico ilegal de residuos peligrosos al disponer mediante el contrato de compra y venta residuos tóxicos y peligrosos - escoria de cobre, en su calidad de presidente ejecutivo de la Empresa SPCC a favor del Consorcio Virgencita de Copacabana quién no contaba con las autorizaciones por parte de DIGESA.
- La sentencia recurrida también contiene una **motivación aparente**, por lo siguiente:
 - h) Respecto de los argumentos esbozados por el juzgador y en concreto respecto de la responsabilidad a título de autor de los hechos imputados del acusado, el Ministerio Público considera que el *A quo*, no ha cumplido con analizar la conducta imputada, ni mucho menos con esgrimir razones suficientes para concluir que son otras personas las responsables del delito de tráfico ilegal de residuos peligrosos y no el imputado.
 - i) Conforme aparece de la acusación fiscal, se imputa al Señor Oscar González Rocha, en su calidad de presidente ejecutivo y representante legal de la empresa Southern Perú Cooper Corporation Sucursal Perú (en adelante Southern), haber dispuesto mediante la venta de residuos sólidos tóxicos y peligrosos consistentes en escoria de cobre, la cual es generada como resultado del proceso de producción de cobre de la Empresa Southern, advirtiéndose que tal disposición se realizó a través del Consorcio Virgencita de Copacabana, el mismo que no contaba con la autorización correspondiente de la autoridad del sector esto

es la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), para ser consideradas como Empresas Prestadores de Residuos sólidos EP-RS o empresas comercializadoras de residuos sólidos peligrosos EP-RS.

- j) Que, respecto a la conducta típica, citando a Percy García Caverro en su obra Derecho penal económico parte especial (2015), que es la de realizar mediante un acto de disposición de los residuos tóxicos o peligrosos. Conforme al Artículo 19 de la LGRS, la comercialización de residuos sólidos que van a ser objeto de reaprovechamiento para la obtención de productos de uso humano directo o consumo indirecto, debe ser efectuado exclusivamente por empresas comercializadoras (EC-RS), debidamente registradas ante la autoridad de Salud. Para conseguir el registro que les autoriza a operar deben cumplir con diversos requisitos que la normativa sobre residuos sólidos impone; siendo así el delito se configurará, si los actos de disposición de los residuos peligrosos se hacen por una persona que no reúne los requisitos exigidos para operar como una EC-RS.
- k) Al respecto, el *A quo* por un lado señala que, se ha acreditado que el procesado como presidente ejecutivo de la empresa SPCC, dispuso mediante la venta al Consorcio Virgencita de Copacabana de residuos tóxicos de escoria de cobre resultantes del proceso de producción y por otro lado, que no se acredita que el procesado sea responsable en la ejecución del contrato, esto que la escoria haya sido trasladada por empresas no inscritas en el registro correspondiente y no se ha acreditado que el procesado tuviera el control sobre la manera en cómo se ejecutó el contrato posteriormente, lo cual no es de recibo toda vez que como se ha venido sosteniendo el acto de disposición llevada a cabo por el procesado en representación de la empresa SPCC, es el de comercialización a través del contrato de compra y venta 14 de diciembre de 2012 y sus distintas adendas realizadas hasta el mayo de 2013.
- l) Asimismo, no es de recibo, que el procesado no tenga conocimiento que las empresas que participaron en el consorcio Virgencita de Copacabana no cuenten con la debida autorización o registro como EC-RS, toda vez que el contrato primigenio de fecha 14 de diciembre de 2014 en una de sus cláusulas hace mención que las consorciadas eran las responsables para la obtención de los permisos ante la DIGESA, esto quiere decir que hasta ese momento las consorciadas no contaban con la autorización correspondiente y era de conocimiento del procesado; aunado a ello, se tiene que el procesado tenía pleno conocimiento de tal circunstancia toda vez que con la última adenda de mayo de 2013, suscritas por éste y el Consorcio se incorporó a la empresa Ecoplin - Planeta Limpio que tenía autorización para comercializar y exportar residuos sólidos pero no para transportar el residuo cuestión dentro del casco urbano, nótese que hasta la última fecha de adenda de contrato de compra y venta, ya se había iniciado el retiro de la escoria de cobre de la fundición a diferentes puntos de la provincia de Ilo, esto quiere decir que el procesado hasta la suscripción de la última adenda de contrato tenía conocimiento pleno que las consorciadas no se encontraban inscritas como EC-RS y menos contaban con autorización de DIGESA, por ello que se incorporó a la empresa citada que aparentemente contaba con el permiso correspondiente. Esto corroborado con otros medios de prueba actuado en juicio como los reportes de DIGESA que dan cuenta que las empresas consorciadas y la empresa Ecoplin no se encontraba registrada como EC y EP de Residuos Sólidos, de igual manera las otras empresas que participaron en el retiro de la escoria a nombre de las Consorciadas no contaban con el registro correspondiente.
- m) Por otro lado, el *A quo* fundamenta que el procesado no podía tener conocimiento de la forma en cómo se realizaría los actos de disposición posterior como es el retiro del residuo escoria de la fundición de la empresa SPCC por parte de la Consorciada, sin embargo, como lo ha venido sosteniendo el Ministerio Público, el procesado tenía conocimiento de las operaciones que se venían realizando para el retiro de la escoria, toda vez que el Señor Oviedo Alarcón del departamento de medio ambiente, sostenía reuniones mensuales con el procesado donde se le informaba sobre las operaciones del retiro de escoria de cobre y otras operaciones relevantes, lo cual guarda congruencia con la tesis fiscal en el extremo que al ser informado el procesado que la Consorciada no contaba con el permiso por parte de la DIGESA, suscribió el contrato de adenda en mayo de 2013 para la incorporación de la empresa ECOPLIN que presuntamente contaba con permiso para comercializar y exportar, más no para transportar residuos sólidos.
- n) El *A quo*, no ha respondido a las pretensiones realizadas por el Ministerio Público, en el extremo de la responsabilidad que se le atribuye al procesado Oscar González Rocha y menos ha realizado una correcta valoración de los medios de prueba actuados en juicio oral para desvirtuar la presunción de inocencia del antes mencionado, toda vez que existe abundante medios de prueba de cargo y de descargo que dan cuenta de la participación directa del procesado en la disposición del residuo tóxico el cual no ha sido valorado.

2.2. También formula apelación el abogado defensor⁴ del IMPUTADO OSCAR GONZÁLEZ ROCHA, quien ratificándose en su escrito impugnatorio⁵, invoca como

⁴ A la audiencia virtual de apelación concurrió el abogado Nicolás Bellido Clavijo.

⁵ Escrito de fecha 12 de mayo del 2021.

pretensión que se **REVOQUE** la sentencia apelada únicamente en el extremo civil; y en consecuencia solicita se deje sin efecto cualquier monto por concepto de reparación civil, a tal efecto, ha señalado concretamente los siguientes argumentos:

- a) Se ha otorgado la reparación civil a pesar de que en la sentencia se señala que el hecho investigado es atípico, al no haberse podido establecer la responsabilidad penal del imputado en el caso concreto, pues el Juzgado ha tenido por probado que el recurrente no tuvo dominio directo sobre los hechos atribuidos como delictivos, no existiendo de su parte ninguna violación a deberes de vigilar y dirigir la empresa, pues fueron “*otras áreas*” de la empresa las que habrían intervenido en el suceso dañoso.
 - b) Los fundamentos de la sentencia son explícitos, en declarar que la conducta del recurrente no configura la acción típica, por tanto, no se puede atribuir responsabilidad penal por el delito imputado. Consiguientemente, queda establecido que la conducta del recurrente, consistente en la suscripción del contrato de compraventa de residuos sólidos con el Consorcio Virgencita de Copacabana, no resulta suficiente, desde un punto de vista fáctico y lógico jurídico, para afirmar que incurrió en una conducta jurídicamente ilícita.
 - c) Sin embargo, por razones absolutamente equivocadas y que contradicen el análisis de la ajenidad de la conducta del recurrente respecto a los hechos por los que se le imputó erradamente responsabilidad penal, se concluye que sí existiría responsabilidad civil del mismo imputado, pese a que no existe otro análisis fáctico, ni prueba distinta de aquella que llevó al juzgador a concluir que no se ha configurado la acción típica.
 - d) No estando configurada la conducta del recurrente, estuvo limitada a la suscripción de un contrato como representante legal de SPCC, no puede ser la causa de ningún daño, ni de ninguna responsabilidad civil, por la razón de que se ha establecido con toda certeza que su conducta resulta totalmente ajena a los hechos y circunstancias por las que se pretende atribuirle responsabilidad civil extracontractual.
 - e) Que, los actuados judiciales permiten acreditar que no se cumple con ninguno de los requisitos previstos en la ley civil para la declaración de responsabilidad civil extracontractual: (i) la existencia de un daño injusto; (ii) la existencia de un nexo causal entre la conducta del autor y el daño; y, (iii) la existencia de un factor de atribución subjetivo de responsabilidad, ninguno de los requisitos antes señalados se presenta en el caso sub materia. En la Sentencia, no existe ninguna explicación o fundamento que acredite la ocurrencia de un daño indemnizable, sino que simplemente se afirma su existencia. Tampoco se explica ni acredita cómo es que la conducta del imputado resulta siendo la causa adecuada de ese daño no probado. Y finalmente ante la ausencia de una conducta, que sea la causa de un daño inexistente, resulta inútil analizar si esa conducta se dio con dolo o culpa.
- **Sobre la no existencia del daño probado**
- f) El Juzgado sostiene que el daño causado por el recurrente se acreditaría con las siguientes tres premisas: (i) Que las escorias son un residuo sólido tóxico peligroso; (ii) Que SPCC permitió que las escorias sea transportada dentro del casco urbano de la ciudad de Ilo por empresas que no contaban con autorización para transporte de residuos sólidos, por lo que no se puede garantizar que el transporte de la escoria se haya realizado adecuadamente; y por lo tanto, (iii) Que el transporte de las escorias pudo generar un daño a la salud de las personas del lugar y causar cambios en distintos componentes ambientales. Sin embargo, dichas premisas carecen de sustento fáctico y lógico-jurídico.
 - g) *Con relación a la toxicidad de las escorias*, ha quedado demostrado que las escorias que fueron transportadas desde las instalaciones de SPCC, no pueden ser calificadas como un residuo sólido tóxico y peligroso, sino únicamente como un residuo sólido cuyo transporte o movilización no representa riesgo ni daño alguno para las personas o el medio ambiente. Así pues, como las escorias transportadas desde las instalaciones de SPCC no han sido caracterizadas como un residuo sólido peligroso, no cabe sostener que existió riesgo o peligro en el traslado, menos aún que se produjo alguna clase de daño, lo que quedó acreditado, principalmente, con el mérito de la Resolución Directoral No. 1026- 2013/DEPA/DIGESA/SA y su Informe Adjunto No. 2448-2013/DEPA/DIGESA.
 - h) Así pues, específicamente, la Sección A.1.1 del Anexo 4 del Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos (RLGRS) señala que “*Son excluidos [como residuos peligrosos] los residuos que figuran específicamente en el anexo 5 del Reglamento*”. Es decir, no pueden ser definidos como peligrosos aquellos residuos que han sido específicamente incluidos en el Anexo 5 del RLGRS como es el caso de las ESCORIAS que fueron recogidas en el literal B1.10 ix del listado B del referido Anexo 5. El Anexo 5 del RLGRS considera a las escorias como residuos no peligrosos a pesar de que puedan contener elementos como arsénico, cadmio o plomo. Si bien dichos elementos pueden encontrarse contenidos en las escorias, éstas seguirán siendo un residuo no peligroso, a menos que se demuestre que las cantidades de arsénico, cadmio y plomo le

confieren características de peligrosidad. ¿Y a quién le competía definir esas cantidades? ¿Y cómo debía hacerlo? Pues el artículo 27°.1 del RLGRS era claro en el sentido de que se exigía que la condición de residuo peligroso sea declarada formalmente a través de una norma legal [resolución ministerial] que declare al residuo como tal. En tanto no exista una resolución ministerial que así lo establezca, las escorias -o cualquier otro residuo que se quiera catalogar como peligroso, en adición a los listados en el Anexo 4- deben continuar siendo reconocidas como residuos no peligrosos.

- i) En el presente caso, no existe ninguna resolución ministerial u otra norma legal que haya establecido qué cantidades de arsénico, plomo o cadmio debe tener las escorias para ser consideradas un *“residuo peligroso”*.
- j) Como el RLGRS se encuentra hoy derogado, a la luz de las reglas vigentes a la fecha, tampoco existe ninguna declaración formal de peligrosidad de este por parte del Estado. En efecto, conforme a la prueba documental oralizada en juicio dada por el Informe No. 00149-2020-MINAM/VMGA/DGC de fecha 2 de octubre del 2020, emitido por la Dirección General de Calidad Ambiental del Ministerio del Ambiente (“MINAM”), se declara que a efectos de determinar si un residuo sólido es peligroso o no, se debe solicitar la opinión técnica definitiva de peligrosidad al MINAM. En el caso concreto eso no existe. Lo que sí existe (como ha quedado establecido en el devenir del juicio oral) son opiniones expresadas sin ningún tipo de rigor científico por parte de los órganos de prueba ofrecidos por el Ministerio Público.
- k) En efecto, las principales pruebas del Ministerio Público para *“acreditar”* que las ESCORIAS son un residuo peligroso son los informes del Organismo de Fiscalización Ambiental (“OEFA”) No. 005-2017-OEFA/DFSAI-COFEMA, el complementario No. 05-2017-A-OEFA/DFSAI y el fundamentado No. 024-2018-JDLS, documentos que contienen conclusiones ilegales que exceden el marco funcional del OEFA. En efecto, el MINAM ha determinado que OEFA no tiene la competencia para determinar la peligrosidad o no de un residuo, siendo que la opinión técnica definitiva se encuentra reservada para el propio MINAM.
- l) No solo está acreditado que las escorias no son un residuo sólido peligroso, sino que, en base a dicho razonamiento, el imputado no tendría cómo saber que sí lo eran. Primero porque la norma es clara y expresa al indicar que las escorias no son residuo sólido peligroso y, en segundo lugar, porque existe la Resolución Directoral No. 1026-2013/DEPA/DIGESA/SA emitida por DIGESA. Que, entonces deviene en un imposible fáctico y jurídico y constituye una premisa equivocada la existencia de daño en el caso sub materia, y siendo que, al desaparecer la posibilidad de daño, no existe deber de indemnización alguno, y no existe sustento fáctico ni jurídico que permita al Juzgado imputar responsabilidad civil extracontractual al recurrente.
- m) El Juzgador ha desarrollado una *“justificación”* que constituye una mera conjetura sin ningún sustento probatorio, fáctico, ni lógico jurídico; por cuanto, como lo afirma el Juzgado, no existe prueba alguna que acredite la existencia de los daños que habrían sido causados a los pobladores de Ilo o al medio ambiente. El Juzgado recurre a presunciones no verificables y que, claramente, no han sido corroboradas con la numerosa prueba actuada en este proceso. Por lo tanto, la sentencia no sustenta por qué cabría atribuir responsabilidad al recurrente si es que no ha existido daño comprobado.
- n) Que, debe tenerse presente que la responsabilidad civil extracontractual tiene por función el resarcimiento de daños efectivamente causados y no está destinada a resarcir potenciales daños, así está claramente regulado en el artículo 1969° del Código Civil; por lo que, se requiere de la existencia de un daño efectivo y verificable para poder determinar la responsabilidad civil que corresponde al causante de dicho daño. Que la existencia del daño no se presume, ésta debe ser acreditada por el agraviado.
- o) Como se desprende de la sentencia no existe evidencia alguna de que: (i) Las escorias transportadas se hayan dispersado durante el traslado; y que (ii) tal situación haya generado un daño efectivo y verificable a los pobladores de la ciudad de Ilo y al medio ambiente. Es decir, no cabe duda de que el daño no ha sido acreditado, lo que impide atribuir responsabilidad civil alguna al recurrente. Más aun, se contraviene así lo señalado en reiterada jurisprudencia pues *“la reparación civil debe fijarse en función del daño irrogado y no en términos generales”*.
- p) El recurrente rechaza la argumentación del Juzgado al invocar el principio precautorio y el principio de prevención regulados en la Ley General del Ambiente para justificar la imputación de responsabilidad civil, pues, los principios invocados, no están destinados a determinar la responsabilidad civil del causante de un daño, sino a evitar, prevenir o mitigar posibles daños que puedan ser causados al medio ambiente, mediante la adopción de medidas idóneas para tal fin. Los principios señalados no pueden ser utilizados para determinar la responsabilidad civil extracontractual, ni para sustituir la falta de prueba de un daño efectivo. Y que, en el presente caso, el uso que pretende darle el Juzgador, es como una suerte de presunción de la existencia de un daño.

- q) Asimismo, se rechaza la justificación del monto indemnizatorio otorgado por el Juzgado, ya que no existe sustento alguno sobre la cuantía de la indemnización establecida por el Juzgado y los criterios utilizados para su determinación. Así, el Juzgado pretende justificar la indemnización en la aplicación de: (i) los criterios establecidos en la Casación 189-19 Lima Norte en el que se establece como criterio para la determinación de la indemnización el aprovechamiento indebido obtenido por los sujetos responsables; y (ii) el principio de internalización de costos recogido en la Ley General del Ambiente. Sin embargo, los criterios establecidos en la Casación No. 189-19 Lima Norte no son aplicables, pues versan sobre un delito cometido contra la administración pública, y el caso sub materia, como lo ha reconocido el propio juzgador, no versa sobre tal delito.
- r) El Juzgado, pretende justificar su aplicación alegando la inexistencia de criterios específicos en materia ambiental, pero omite señalar que para la determinación de la indemnización resultan de aplicación las disposiciones contenidas en el artículo 1985 del Código Civil. Así pues, para determinar la cuantía de la indemnización debe primero determinarse la extensión del daño, para luego determinar el monto indemnizatorio que permita resarcir dicho daño, tanto el daño emergente, como el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. No hay pues deficiencia en la ley que impida establecer con grado de certeza la indemnización correspondiente a un daño antijurídico.
- s) La Sentencia importa una clara infracción al derecho al debido proceso del imputado y del tercero civilmente responsable, al haberse fijado una cantidad indemnizatoria arbitraria, sin sustento de cuáles serían los conceptos que, concretamente, deben pagar como daño emergente, daño a la persona y daño moral. El Juzgado no analiza la extensión del daño, ni la naturaleza del mismo por una sencilla razón: el daño no existe y no puede ser acreditado, por lo que resulta imposible cuantificar su extensión, requisito indispensable para determinar la cuantía de la indemnización. El Juzgado pretende salvar esta insuperable situación recurriendo a criterios que son inaplicables.
- t) Que, el supuesto beneficio alegado por el Juzgado, habría sido obtenido por SPCC y no por el Sr. Óscar González Rocha que es la parte a quien se está atribuyendo indebidamente responsabilidad civil extracontractual en el caso sub materia. No existe ninguna justificación, ni se explica cómo es que la cuantía del daño podría fijarse en función al beneficio obtenido por una persona distinta al supuesto causante del daño. Resulta evidente que el criterio utilizado por el Juzgado deviene en inaplicable puesto que el imputado, el supuesto causante del daño, no ha obtenido beneficio alguno y, en consecuencia, resulta imposible determinar la cuantía de la indemnización sobre la base de un beneficio inexistente.
- **Sobre la no existencia del nexo causal**
 - u) Conforme al artículo 1969° y 1985° del Código Civil, constituye un requisito esencial para la declaración de responsabilidad civil extracontractual que se establezca una relación de causalidad adecuada entre la conducta del autor del daño y el daño causado. En el caso sub materia no existe tal relación de causalidad.
 - v) Es incuestionable que la única conducta identificable en el recurrente fue la de suscribir el contrato de compraventa como representante legal de SPCC con el Consorcio Virgencita de Copacabana. Ahí terminó toda su intervención con relación a ese contrato. En la Sentencia refiere que el imputado no participó en la ejecución de dicho contrato. Por lo tanto, ésa es la conducta que habría que analizar para establecer si hay una relación de causalidad entre ella y el supuesto y negado daño producido.
 - w) La conducta del recurrente, consistente en la suscripción de un contrato no puede admitirse como la causa usual de daños al ambiente por contaminación. La suscripción de un contrato no es usual y normalmente la causa de los daños a que se refiere la Sentencia. Y, por lo tanto, no podría considerarse que es la causa adecuada de tales daños.
 - x) No hay duda de que el recurrente no eligió a las empresas que realizaron el traslado de los residuos sólidos por cuenta del Consorcio Virgencita de Copacabana, ni participó en forma alguna en ese traslado, ni tuvo injerencia ni control alguno en cualquiera de las acciones relacionadas con la ejecución de un contrato que, como representante legal de SPCC, debió suscribir. Por lo que, no hay relación de causalidad alguna entre la conducta del recurrente y los hechos declarados por el Juzgador como las causas del daño supuestamente causado al ambiente o a la población de Ilo. La conducta del imputado es ajena a tal supuesto daño, lo que determina que no se le pueda considerar como autor o causante en los términos de los artículos 1969° y 1985° del Código Civil, por lo que no lo corresponde ninguna responsabilidad civil extracontractual como la atribuida por el Juzgador en la Sentencia.
 - **Sobre la no existencia del factor de atribución**
 - y) Que, resulta irrelevante establecer si el recurrente, actuó con negligencia o dolo, pues no hay conducta antijurídica que pueda ser calificada de esa manera. La suscripción del contrato con el Consorcio Virgencita de Copacabana, única acción a cargo del imputado, no puede ser calificada como dolosa o negligente pues no es la causa de ningún daño indemnizable.

- z) El juzgador señala que SPCC habría incurrido en incumplimiento de disposiciones legales pues no habría entregado los residuos sólidos a empresas autorizadas para ese manejo. Esa atribución de responsabilidad es indebida pues está demostrado que los residuos sólidos no son peligrosos, y correspondería en cualquier caso a SPCC y no al recurrente, al punto que en la propia Sentencia se exime explícitamente al recurrente de cualquier infracción al deber de vigilancia o de diligencia.
- aa) Está plenamente admitido en la sentencia que el recurrente no infringió ningún deber de conducta que pueda ser calificado como dolo o culpa, en el ejercicio de sus funciones, lo que sumado a su ajenidad causal a los hechos considerados como causa del daño (negado), determinan que no se verifique el factor de atribución previsto en el artículo 1969 del Código Civil para establecer su responsabilidad civil extracontractual como indebidamente ha considerado el Juzgado.

2.3. Así también, formula apelación el abogado defensor del TERCERO CIVIL SOUTHER PERÚ COPPER CORPORATION SUCURSAL DEL PERÚ, quien solicita la REVOCATORIA de la sentencia apelada en el extremo civil, esencialmente por los siguientes fundamentos:

- a) El juzgado ha considerado que existen 03 conductas antijurídicas: la disposición de la venta de escorias sin autorización, la permisión de movilización de residuos peligrosos por empresas no registradas y desperdigar material particulado que pudo haber sido ingerido por personas.
- **Sobre la inexistencia de una conducta antijurídica**
- b) El juzgado partió de una premisa equivocada al asumir que la escoria es un residuo sólido peligroso, ya que por definición legal estos residuos están catalogados como no peligrosos conforme la regulación legal sobre la peligrosidad del residuo del convenio de BASILEA sobre el control de movimientos de transporte de desechos peligrosos y su denominación, norma que es aplicable al Perú, de acuerdo a la Resolución Legislativa N° 26234 mediante el Decreto Supremo N° 0554-2007 Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos vigente al momento de los hechos. Así, el anexo 04 señala que los residuos que contengan antimonio, arsénico, cadmio, plomo, mercurio, selenio y talio son peligrosos, pero son excluidos los residuos que figuren específicamente en el anexo 05 del Reglamento.
- c) Es por ello que, no basta con verificar la sola presencia de estos elementos químicos y que la empresa reconozca que la escoria contiene estos elementos químicos, sino que se debió conferir una característica de peligrosidad y la cantidad que le otorga esa condición, lo cual no fue respondido por los especialistas convocados en el juicio.
- d) Las escorias no son un residuo sólido peligroso, pero existe la posibilidad que estos residuos puedan ser catalogados de forma distinta siempre y cuando la escoria contenga arsénico, plomo o cadmio en una cantidad tal que les confiera las características de peligrosidad; es decir, se requiere que exista un límite cuantitativo para determinar objetivamente que las escorias pueden tener una connotación de peligrosidad.
- e) Conforme al artículo 27 del Reglamento, DIGESA debió establecer las metodologías y las técnicas para la clasificación de los residuos peligrosos cuando no este indicado en la norma; pero, no existe un documento o instrumento normativo donde se especifiquen las cantidades de arsénico, plomo, cadmio que debe tener la escoria de cobre para catalogarla de peligrosa, así el Informe N° 1277-2017/DCA/DIGESA, actuado en el plenario, indicó como conclusión que no es posible determinar la clasificación del residuo escoria como residuo peligroso, siempre que no existan criterios para determinar a qué concentraciones de los elementos (arsénico, plomo o cadmio) la escoria adquiriría características de explosividad, corrosividad, toxicidad, radioactividad o patogenicidad.
- f) El juzgado concluyó en el considerando 6.2.5 que la peligrosidad se dio básicamente por el contenido de sustancias tóxicas (entre ellas el arsénico, mercurio, cadmio y plomo), pese a que el ingeniero Darwin López Soria no explicó cuál sería el valor conforme al cumplimiento señalado en el anexo 05 y anexo 03, e indicó que el Reglamento no establece un valor, utilizando su leal saber y entender de las cantidades considerables, pero no hay un valor legalmente establecido; asimismo, el ingeniero Waldir Vásquez Calderón indicó que le da el nombre de peligroso al residuo por contener elementos como cadmio, arsénico y plomo. Fue por esa razón que al juez le bastó que la escoria tenga presente en su composición estos elementos químicos, siendo un error de la sentencia concluir que ambos peritos llegaron a la conclusión de que la escoria es peligrosa por la sola existencia de metales en sus composición química, ya que se ha reiterado que no basta verificar la existencia de estos metales dentro de escoria, sino que se tiene que determinar qué cantidad de estos en términos cuantitativos se debían encontrar para catalogarla como peligrosa, circunstancia objetiva que fue obviada de manera tendenciosa por esos profesionales.

- g) La defensa planteó cuestionamientos respecto a la existencia o inexistencia a la metodología para las pericias acreditadas por el juzgado, u el mismo juzgado concluyó que el perito solamente ha realizado la evaluación de los análisis anteriores y en base a ellos llegó a su conclusión, tal como se verifica de la declaración del ingeniero Darwin López Soria quien respondió que la metodología fue tomar los resultados del análisis de la muestra de la supervisión de 02 de abril de 2018 por Dirección de Supervisión y en base a esos resultados se elaboró el informe técnico, y utilizó la norma de la Ley de Residuos Sólidos N° 27314 y su Reglamento. En lo que respecta al ingeniero Waldir Vásquez Calderón, en la audiencia del 08 de enero de 2021, dijo en relación a la metodología que se dio por la comparación de resultados con norma de nuestros sistemas y por experiencia propia de uno mismo.
- h) Debe tenerse en cuenta que se trata de profesionales de amplia experiencia y en el caso del perito Waldir Vásquez se ha acreditado que trabajó en el sector minero por 14 años y está familiarizado con la escoria de cobre, ya que analizó las fotografías y pudo observar las escorias de manera directa cuando visitó las instalaciones de esa empresa hace años atrás, por lo que el profesionalismo y la experiencia suple al principio de una debilidad penal; incluso, el propio juzgado ha admitido que no hay un límite para determinar las concentraciones que determinarían a la escoria características de peligrosidad y relega un aspecto científico a criterios subjetivos contraviniendo lo determinado en los anexos 04 y 05 del Reglamento de Ley de Residuos Sólidos aprobado por el Decreto Supremo N° 0554-2007.
- i) En el considerando 6.2.3 el juzgado analizó la emisión de material particulado y la peligrosidad indicando que el perito Waldir Vásquez Calderón señaló que el material de escoria puede producir un riesgo a la salud de las personas, así como, un cambio en las características del ambiente; pero, por congruencia procesal, la acusación en lo referente a la pretensión penal y civil solo delimitó la presencia de metales; sin embargo, la sentencia evidencia que el perito presume que el transporte no fue encapsulado y que podría haberse dado emisiones de material particulado. A ello se adiciona que no han existido medios probatorios que acrediten que el transporte de las escorias por parte del Consorcio se realizó en vehículos descubiertos, no se ha realizado ninguna pericia para determinar si la escoria emite o no material particulado y que esta nueva característica de peligrosidad no contenida en la Ley de Residuos Sólidos y su Reglamento fue introducida por el juzgado en base a estas presunciones.
- j) No ha quedado acreditado con los propios argumentos de juzgado que las escorias de cobre son residuos sólidos peligrosos, sumado a que existen informes técnicos y resoluciones emitidas por las autoridades estatales que delimitan expresamente que las escorias de cobre son residuos sólidos no peligrosos, dado que en el juicio se sometieron a debate una serie de documentos postulados por la defensa que no fueron adecuadamente valorados ni analizados por el juzgador como son la Resolución Directoral N° 1026-2013/DEPA/DIGESA que señala que las escorias de cobre objeto de control no son residuos sólidos peligrosos; Informe Técnico N° 2448-2013/DEPA/DIGESA, documento que es coetáneo al periodo de tiempo en el cual se vino ejecutando el contrato de compra venta de escorias con el Consorcio Virgencita de Copacabana, este pronunciamiento califica a la escoria como residuo no peligroso según el colegio b1-10 IX además se especifica el análisis realizado sobre la escoria; el Informe Técnico N° 1227-2017/DCEA/DIGESA establece que la fiscalía solicita informar si el material residuo escoria es considerado como residuo sólido peligroso o no y DIGESA define que los residuos sólidos no peligrosos requieren contar con valores límites de cadmio, plomo y arsénico que le otorgan característica de peligrosidad, por lo que para determinar la clasificación de la escoria se debe evaluar el contenido de cadmio presentes en la escoria de cobre y establecer los valores límite de concentraciones que harían la escoria de cobre como residuo sólido peligroso; el Informe de Supervisión N° 558-2017/OEFA señaló que las escorias son residuos sólidos no peligrosos; el Informe Técnico N° 007-2016-APN/DOMA emitido por la autoridad portuaria nació de un requerimiento fiscal que delimita una opinión técnica sobre la escoria de concentrado de cobre en el puerto de ENAPU en Ilo y APN cataloga que la escoria no es una mercancía peligrosa; en ese sentido la escoria de concentrado de cobre no se encuentra comprendida dentro del listado de producto de la Organización Especializada de la ONU del transporte marítimo, por consiguiente no aplica medidas de tratamiento para el almacenamiento, se considera que los cuestionamientos del fiscal y el magistrado son señalar que este pronunciamiento no es válido porque las escorias son residuos y no mercancías; por ello, la convención de BASILEA y la APN señalaron que las escorias no se encuentran listadas como mercancías peligrosas, además el almacenamiento de embarque fue autorizado por Dirección Ambiental del MTC. En conclusión, la escoria de cobre no es un residuo sólido peligroso según lo ha manifestado oportunamente DIGESA, OEFA y APN.

• **Sobre la disposición de la venta de escorias sin autorización**

- k) La fiscalía ha determinado que la disposición se ha materializado con la inscripción del contrato de compra venta entre Southern Perú y Consorcio Virgencita de Copacabana, y ello fue asimilado por el juez como una disposición, pero no se tuvo en cuenta que no se necesitaba autorización previa para el contrato de compra venta, por lo cual el juzgado no pudo llegar a esa conclusión.

- l) Así, el transporte es una conducta específica establecida por el tipo penal que no fue materia de acusación, lo único que se imputó fue la disposición, pero no se ha infringido ninguna norma con la sola suscripción del contrato y no puede decirse que este acto en sí mismo sea ilícito.
 - m) Se desestima el planteamiento fáctico porque no fue Southern Perú o el procesado Oscar Gonzales Rocha quienes colocaron las escorias de cobre fuera de sus instalaciones, sino que el retiro, traslado y depósito en diversos almacenes fue por parte del Consorcio Virgencita de Copacabana porque era el propietario de las escorias del presente proceso.
 - n) El fiscal cuestionó que el consorcio Virgencita de Copacabana no tenía autorizaciones para el traslado de las escorias, pero no incluyó a los representantes legales de este Consorcio en su acusación, a pesar que el tipo penal también sanciona a quien traslade sin autorización.
- **Sobre la permisión la movilización de residuos peligrosos por empresas no registradas**
 - o) La conducta jurídica atribuida fue la disposición al haber suscrito contrato de compra venta, no el de movilización ni traslado que no fue materia de la acusación ni imputación civil por parte del procurador; en ese sentido, no se puede pretender encajar una conducta no postulada por las partes en sus actos ya que Southern Perú suscribió un contrato donde transfirió la propiedad de las escoria materias del proceso al Consorcio, y esta última señaló claramente que contaba con las autorizaciones para el traslado y comercialización y riesgo bajo sus propios criterios, sin consultar o tener injerencia con Southern Perú, pues es una entidad independiente.
 - p) La participación de Southern Perú fue controlar las cantidades, ya que el contrato establecía un límite material de tonelaje, entonces solo se verificó la ejecución contractual de acuerdo a las prácticas comerciales.
 - q) El Consorcio no es un dependiente de Southern Perú, por lo que el traslado es su exclusiva responsabilidad en ejecución del contrato.
 - **Sobre el acto de desperdigar material particulado que pudo haber sido ingerido por personas**
 - r) La conducta antijurídica atribuida fue desperdigar material particulado y el supuesto daño a las personas ocasionado por el transporte, pero eso no fue materia de acusación y tampoco existe material o medio de prueba que acredite la existencia de material particular o un supuesto daño a las personas, ya que dicha dispersión nace de una presunción y no de una prueba en concreto.
 - s) Se señaló que se habría incumplido el PAMA porque Southern Perú puso las escorias en un lugar distinto al establecido en dicho documento, pero debe precisarse que no trasladó las escorias fuera de sus instalaciones con fines de disposición según la Ley de Residuos Sólidos, lo que se hizo fue suscribir un contrato con un tercero donde se le transfiere la propiedad del mismo, teniendo la facultad este último de tomar las decisiones que mejor considere a partir de la economía contractual, asumiendo la responsabilidad en el traslado y almacenamiento.
 - t) Se debe tener en cuenta que el PAMA se aprueba mediante la Resolución Directoral N° 042-97-EM/DGM, donde se establecen una serie de compromisos asumidos por la empresa, en este documento se señalan los lugares de disposición final de las escorias que vienen siendo cumplidos, pero en ninguna parte califica a estas como un residuo sólido peligroso, por el contrario, se le da el tratamiento de residuos sólidos no peligrosos.
 - u) Es un error de concepción asumir que el PAMA no regula relaciones comerciales no establecía una autorización para la venta de escorias; por lo tanto, esta exigencia carece de sustento legal.
 - **Sobre la inexistencia del daño**
 - v) En el noveno considerando de la sentencia se sostuvo que el supuesto daño causado por Oscar Gonzales Rocha estaría acreditado porque las escorias son un residuo sólido peligroso, Southern Perú permitió que las escorias sean transportadas dentro del campo urbano por empresas que no contaban con autorización, y porque el transporte pudo generar un daño a la salud de las personas y causar cambios en distintos componentes ambientales.
 - w) Con relación a la supuesta toxicidad y peligrosidad de las escorias se ha señalado que no hay normativa que pueda llegar a concluir que estas escorias son residuos sólidos peligrosos, está demostrado que las escorias no pueden ser calificadas como residuos sólidos peligrosos sino únicamente como residuos sólidos ordinarios cuyo transporte o movilización que fue realizado por un tercero no representa un riesgo ni daño para las personas o el medio ambiente; ya que, no se ha sometido a debate ningún medio que prueba objetivo; entonces, al desaparecer la posibilidad de daño en este punto no existe deber de indemnización alguno y no existe sustento fáctico ni jurídico que permita imponer una responsabilidad civil extracontractual.
 - x) Para superar la imposibilidad de la ocurrencia del daño, el juzgador desarrolló una justificación que resulta casi imposible en atención a la casi indivisibilidad del material articulado y que los efectos tóxicos

de esos elementos no se manifiestan de manera instantánea, sino, pueden presentarse después; por lo que, no existe prueba alguna que acredite la existencia de daños y que habrían sido causados a los pobladores o al medio ambiente. El juzgador recurrió a presunciones que no son verificables y no han sido corroboradas con la prueba actuada en el proceso, la sentencia no sustenta por qué cabría atribuir responsabilidad al recurrente si es que no existió daño comprobado.

• **Sobre la inexistencia de un nexo causal**

- y) No existe un nexo causal porque cuando se absolvió a Oscar Gonzales Rocha se sustentó fundamentalmente en que no existe un conocimiento, acción o comisión a su cargo que coincida en la ejecución del contrato; siendo su única acción figurar como representante legal en el contrato, lo que evidentemente por sí solo no tienen potencialidad de causar daño alguno.
- z) La sentencia sostuvo que el imputado no participó en la ejecución del contrato; por lo tanto, si a partir de la ejecución del contrato se han producido las circunstancias que ameritan una reparación civil, no se explica como si el imputado no ha participado en estos hechos puede generar responsabilidad civil extracontractual.

2.4. Asimismo, formula apelación el señor Procurador Público Especializado en Delitos Ambientales del Ministerio del Ambiente (constituido en ACTOR CIVIL), quien ratificándose en su escrito impugnatorio, invoca como pretensión la *Revocatoria* de la sentencia apelada: *i*) en el extremo penal, se condene a Oscar Gonzáles Rocha como responsable (autor) del delito de Tráfico Ilegal de Residuos peligrosos en agravio del Estado Peruano representado por la Procuraduría Especializada en Delitos Ambientales; y *ii*) en el extremo civil, sólo en el punto cuantificatorio de la sanción indemnizatoria y se declare fundado en todos sus extremos imponiendo a Oscar Gonzáles Rocha y el Tercero Civil Southern Perú, la suma de dos millones de soles como reparación civil, por los fundamentos resumidamente siguientes:

• **Respecto al extremo absolutorio penal:**

- a) Se concuerda con las premisas fácticas establecidas inicialmente por el juzgador, pues conforme se ha demostrado ampliamente en juicio, Southern vendió poco más 73 mil toneladas del residuo escoria de cobre a un consorcio que carecía de las autorizaciones para movilizar estas, pues conforme a las características del residuo y su contenido en metales (arsénico, cadmio, mercurio, plomo, y bario), esta posee caracterización de tóxico lo que la hace calificar conforme a las normas vigentes como residuo peligroso; asimismo Southern tuvo pleno rol de supervisión con respecto a esta movilización, la cual se realizó desde las instalaciones de esta empresa hasta los almacenes de ENAPU – SERCENCO atravesando el caso urbano de la ciudad de Ilo, esto en aproximadamente 2440 viajes, lo evidentemente a razón del material particulado ha generado una deliberada puesta en peligro del bien jurídico medio ambiente y sus componentes, máxime si esta empresa minera era responsable del adecuado manejo de este residuo por ser su generador y conforme a sus compromisos ambientales - PAMA; razonamiento que decanta en atención estricta a lo ampliamente explicado por el juzgador en la sentencia y que fluye de lo actuado en juicio oral.
- b) Empero, la discrepancia fluye en torno a la responsabilidad penal de Oscar Gonzales Rocha, quien a letra del juzgador: No se ha acreditado que Óscar Gonzales Rocha haya sido responsable de que, en la ejecución del contrato, la escoria haya sido trasladada por empresas no inscritas en el registro correspondiente y no se ha acreditado que tuviera control sobre la manera cómo se ejecutó el contrato posteriormente y los efectos de la escoria sobre el ambiente. No se ha acreditado una infracción de deber del acusado de manera directa sobre la forma del traslado y destino dado a la escoria; es decir que no estamos frente a una acción típica.
- c) Razonamiento que colisiona con premisas que esgrimió esta parte y el MP, y que a su vez son el juzgador propias del juzgador (sic), esto es: Entonces, si bien el acusado, como representante máximo de SPCC, tiene responsabilidad por las acciones de la empresa, ya que sin su participación en la celebración del contrato no se hubiera realizado el traslado de la escoria, la prueba actuada no ha logrado establecer una relación suficiente –y en grado de certeza para atribuir responsabilidad penal al acusado a título de autor directo, como imputó la fiscalía (Pag. 75).
- d) Es decir, la participación de Oscar Gonzales Rocha es predominante en la acreditada disposición ilegal de residuo peligroso por toxicidad – escoria de cobre; pues desde su posición de presidente ejecutivo de la empresa ordeno con manifestación de voluntad expresa (firma) que dicha disposición se realice.
- e) Si bien el procesado Gonzales Rocha no participó de forma directa en la ejecución del contrato, es decir en la movilización efectiva del residuo; es evidente que ello no lo aparta de su condición de autor, pues el tipo penal exige únicamente como verbo rector de la conducta imputada, el acto de DISPONER, y este acto fue el que justamente materializo Oscar Gonzales con su firma, dado que desde su posición *máxima*

funcionalmente en Southern- ningún otro funcionario podría oponerse a cumplir este mandato contenido en el contrato de venta.

- f) Por otro lado, en esa misma línea el juzgado señala con respecto de los deberes de Oscar Gonzales: No se ha acreditado una infracción de deber del acusado de manera directa sobre la forma del traslado y destino dado a la escoria.
- g) Razonamiento que esta procuraduría no comparte porque:
- h) Oscar Gonzales, era máximo ejecutivo de esta empresa desde el año 2004, aproximadamente ocho (08) años de los hechos, es decir tiempo suficiente para conocer los activos y pasivos de la operación de Southern, y en el extremo específico de las escorias de cobre, con mayor razón dado que es esta empresa es generador de la misma por sus labores de refinación de metales que extrae y luego comercializa.
- i) En el examen de Wilfredo Santillán Mosquera, Abogado de Gerencia Legal de Southern, se especificó que la elaboración del contrato (*que a su vez tiene las características del residuo y cantidad*) está a cargo de especialistas (*que conocen los compromisos ambientales de la empresa*) y que luego de estos informan al firmante, en este caso Oscar Gonzales Rocha; por tanto, pese a que podría ser un detalle que el procesado alegue desconocer ésta en posición suficiente de conocerla, y su negligencia no puede ser usada para beneficio de impunidad.
- j) En esa misma línea, es medular que se atienda que el hecho (Peligrosidad – Toxicidad del residuo) conocido por los funcionarios de Southern *Darío Oviedo Calderón* y *Judith Gonzales Salinas*, que en su examen en juicio explicaron que si conocían de estas características; y que a su vez informan a sus superiores de área, quienes a su vez tienen reuniones mensuales para informar al Presidente Ejecutivo Oscar Gonzales Rocha, el imputado, sobre las operaciones de la empresa; han dado cuenta que el procesado mantenía y mantiene aún posición privilegiada en dicha corporación para tomar conocimiento de la legalidad o ilegalidad de las operaciones que autoriza.
- k) Todo esto aunado a que Gonzales Rocha como directivo máximo de la Southern, tiene posición suficiente para conocer los compromisos ambientales de esta empresa, en estricto el PAMA que conforme ha sido actuado y valorado por el juzgador contiene el acuerdo de disponer de forma adecuada del residuo escoria de cobre que genera.
- l) Por lo tanto, es evidente que Oscar Gonzales Rocha, tenía plena posición para de conocer los efectos de su conducta, desde el punto de técnico y jurídico, y que a pesar de ello actuó dolosamente omitiendo cumplir:
- m) Su deber general de cuidado y respeto al medio ambiente, su sostenibilidad y la vida humana, atribuible a todo ciudadana nacional o extranjero en el Perú.
- n) Su deber específico positivo de adoptar de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente; toda vez que es el máximo ejecutivo *-con ocho años en el cargo al momento de los hechos-* de una empresa minera - *Southern Peru-*, cuya relación con el medio ambiente y la salud humana es intrínseca a su operación extractiva y de transformación de recursos minerales.
- o) Su deber específico negativo de no dañar o poner en peligro bienes jurídicos constitucionalmente tuteladas como el medio ambiente y la salud humana; toda vez que es el máximo ejecutivo *-con ocho años en el cargo al momento de los hechos-* de una empresa minera - *Southern Peru-*, cuya relación con el medio ambiente y la salud humana es intrínseca a su operación extractiva y de transformación de recursos minerales.
- p) Su pedido condenatorio (*pese a absolución en primera*), se ampara en la posibilidad procesal aperturada por la Corte Suprema en las Cas. 195-2012 Moquegua y Cas. 1379-2017-Nacional, que afianza dicha posibilidad.

• **Respecto al extremo civil, cuantificación del monto indemnizatorio:**

- q) En primer orden, esta procuraduría debe afirmar que comparte el razonamiento esgrimido por el A Quo en torno a la identificación del daño, su potencialidad y efectos, así como los fines de la reparación civil que se adoptó conforme al siguiente detalle: Entonces, la reparación civil, además de un aspecto reparador del daño, también responde a un fin de desincentivar conductas lesivas.
- r) Empero pese a compartir casi todos los argumentos en dicho extremo con el juzgador, encuentra discrepancia en la cuantificación que se realizó del monto indemnizatorio, sustentado por el magistrado en los siguientes términos: *Este Juzgado considera razonable que para cuantificar la reparación civil se valore cuál fue el beneficio obtenido por SPCC con la actividad infractora y, en consecuencia, corresponde fijar la indemnización en su equivalente aproximado al tipo de cambio, esto es en la suma de un millón de soles.*
- s) Vale precisar que esta procuraduría postuló una pretensión ascendente a dos millones de soles, sustentados en varios puntos objetivos a valorar y no solo en el beneficio económico obtenido por el responsable (*único ítem validado por el magistrado A Quo*).
- t) Habiendo en juicio acreditado todos estos elementos objetivos postulados y a su vez siendo casi todos estos absorbidos por el juzgador (*excepto la responsabilidad penal*); se considera que estos también deberían abonar a la

cuantificación de la indemnización, pues la importancia de cada uno de estos fluye desde su propio contexto y la necesidad de imponer una sanción verdaderamente desincentivadora se hace muy relevante pues estamos ante la afectación acreditada de un *derecho fundamental difuso*, el medio ambiente; el cual no agravia a determinado grupo de individuos sino a la colectividad humana por su supra - individualidad.

- u) Los parámetros objetivos acreditados a atender son los siguientes:
- v) El material movilizado denominado escoria de cobre, es un residuo resultante de procesos de fundición y refinación de mineral; actividad principal de esta empresa de la gran minería.
- w) La escoria de cobre, conforme al informe fundamentado de la OEFA, constituye un material altamente contaminante, peligroso y tóxico por su composición química en altas concentraciones de Arsénico, Bario, Cadmio, Mercurio y Plomo.
- x) El volumen total del material peligroso (escoria de cobre) que se pretendía comercializar ascendía a 5'000 000.00 (cinco millones) de toneladas métricas.
- y) El volumen del material peligroso movilizado efectivamente asciende a 73,194.45 toneladas métricas, de conformidad con las facturas de venta expedidas por la Empresa Southern Perú.
- z) El volumen del material peligroso depositado en los almacenes del Puerto de Ilo – ENAPU asciende a 68,273.76 toneladas métricas, según la información remitida por ENAPU; por lo que existe una diferencia de 4,920.69 toneladas métricas del residuo tóxico – peligroso del que se desconoce su ubicación.
- aa) La ubicación geográfica donde acaecieron los hechos, corresponde a la zona minera competencia de la empresa Southern Perú Cooper Corporation, y el Puerto de Ilo, competencia de ENAPU.
- bb) La dimensión geográfica que tiene ocupada este material en el puerto de ENAPU, es de aprox. 6000 m2.
- cc) La obligación y compromiso ambiental de la empresa minera Southern Perú, conforme a su Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), de disponer los residuos “escoria” en el interior de la empresa – fundición, mediante la utilización de ferrocarriles.
- dd) Nacional, atendiendo a que la disposición del material peligroso inició en el Distrito de Pacocha hasta el Puerto de Ilo, de donde se pretendía extraer al extranjero vía marítima.
- ee) Rol del agente principal, sujeto empresario extranjero, el imputado Oscar Gonzales Rocha, es de nacionalidad mexicana y ostenta el cargo de presidente ejecutivo y representante de la empresa Southern Perú Cooper Corporation, en cuyo marco de actividad empresarial ocurrieron los hechos.

CUARTO: ITER PROCESAL DE LA APELACIÓN.

Concedido los recursos de apelación presentados, se remitieron las actuaciones por ante esta Superior Sala Penal, siendo convocados para la respectiva audiencia virtual, a la que asistieron: El representante del Ministerio Público de la Fiscalía Provincial de prevención del delito de Ilo, la defensa del imputado Oscar González Rocha, la defensa del tercero civil Souther Perú Copper Corporation Sucursal del Perú y la defensa de la Procuraduría Pública especializada en delitos ambientales del Ministerio del Ambiente.

II. PARTE CONSIDERATIVA:

PRIMERO. - DISPOSICIONES NORMATIVAS.

- 1.1. El inciso 6 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la pluralidad de instancia.
- 1.2. En cuanto al delito de Tráfico ilegal de residuos peligrosos previsto en el artículo 307° del Código Penal que señala: *“El que ingrese ilegalmente al territorio nacional, use, emplee, coloque, traslade o disponga sin la debida autorización, residuos o desechos tóxicos o peligrosos para el ambiente, resultantes de un proceso de producción, extracción, transformación, utilización o consumo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con trescientos a cuatrocientos días-multa..”*
- 1.3. El artículo 93° del Código Penal, señala que: *“La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios”.*

- 1.4. El artículo 1985° del Código Civil menciona que “La indemnización comprende las consecuencias que derivan de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.”.
- 1.5. El artículo 1332° del Código Civil, prescribe: “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”.
- 1.6. El artículo 1970° del Código Civil, prescribe: “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.
- 1.7. El artículo 123° inciso 1 concordante con el artículo 394° numeral 3 del Código Procesal Penal prescriben el deber de la motivación en las resoluciones judiciales, las que deberán contener de forma clara, lógica y completa cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas y la valoración de la prueba que la sustenta, con intimación del razonamiento que la justifique.
- 1.8. El artículo 150° del Código Procesal Penal, literal d), señala: “No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser aún declarados de oficio, los defectos concernientes: (...) d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstas por la Constitución”.
- 1.9. El numeral 2 del artículo 425° prescribe que: “(...) 2. La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia”.
- 1.10. De conformidad con lo expresado por el artículo 409° del Código Procesal Penal, entendemos que el ámbito de impugnación en materia procesal penal se configura en base a los siguientes parámetros: a) en virtud del principio “*tantum appellatum quantum devolutum*” la Sala Superior debe reducir el ámbito de su pronunciamiento estrictamente a las cuestiones promovidas por los apelantes; b) Existe prohibición de pronunciarse en peor y también respecto de los no apelantes, salvo que la resolución les sea favorable; c) Excepcionalmente, la Sala puede analizar extremos no advertidos por las partes, cuando se verifica la existencia de un acto jurídico procesal viciado de nulidad absoluta o sustancial no advertidas por las partes y que tiene vinculación con el pronunciamiento a emitir.

SEGUNDO: SOBRE LA IMPUTACIÓN ACUSATORIA.

Imputación fáctica.

- 2.1. Según se desprende del requerimiento de acusación, se aprecia que al imputado OSCAR GONZÁLEZ ROCHA se le atribuye los siguientes hechos:

a. Circunstancias precedentes.

Conforme a lo establecido en la Ley General del Ambiente – Ley 28611, se tiene que:

Artículo 74: "Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás Impacto negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades, Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión".

Artículo 75.1: "El titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismo, así como las demás medidas de conservación y protección ambiental que correspondan a cada una de las etapas de sus operaciones..."

Artículo 113: "Toda persona natural o jurídica, pública o privada, tiene el deber de contribuir a prevenir, controlar y recuperar la calidad del ambiente y de sus componentes, son objetivos de la gestión ambiental. Son objetivos de la gestión ambiental en materia de calidad ambiental: Identificar y controlar los factores de riesgo a la calidad del ambiente" Finalmente el artículo 138° señala que "La responsabilidad administrativa

establecida dentro del procedimiento correspondiente es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse por los mismos hechos".

Artículo 144: "La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva asumir los costos contemplados en el artículo 142 presente, y los que correspondan a una Justa y equitativa Indemnización; los de la recuperación del ambiente afectado, así como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigarlos efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir".

Respecto al Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos (en adelante el reglamento), aprobado mediante Decreto Supremo 057-2004-PCM (de la Ley N° 27314, Ley General de Residuos Sólidos) vigente al momento de los hechos, se tiene que:

Artículo 10.- Todo generador de residuos debe acondicionar y almacenar en forma ambientalmente adecuado los residuos (...).

Artículo 25.- Obligaciones del generador; El generador de residuos del ámbito no municipal está obligado a: (...) 5. **Almacenar, acondicionar, tratar o disponer los residuos peligrosos en forma segura, sanitaria y ambientalmente adecuada, conforme se establece en la Ley, el Reglamento y, en las normas específicas que emanen de éste (...).**

Artículo 27.- Calificación de residuo peligroso

1. La calificación de residuo peligroso se realizará de acuerdo a los Anexos 4 y 5 del presente reglamento. El Ministerio de Salud, en coordinación con el sector competente, y mediante resolución ministerial, puede declarar como peligroso a otros residuos, cuando presenten alguna de las características establecidas en el artículo 22 de la Ley o en el Anexo 6 de este Reglamento, o en su defecto declararlo no peligroso, cuando el residuo no represente mayor riesgo para la salud y el ambiente; y,

2. La DIGESA establecerá los criterios, metodologías y guías técnicas para la clasificación de los residuos peligrosos cuando no esté determinado en la norma indicada en el numeral anterior. (...).

Artículo 30 del Reglamento. (...) cuando el tratamiento o disposición final de los residuos se realice fuera de las instalaciones de la unidad generadora, estos deberán ser manejados por una EPS - RS que esté Autorizada.

El anexo 4 del Reglamento establece lo siguiente:

LISTA A: RESIDUOS PELIGROSOS. Los residuos enumerados en este anexo están definidos como peligrosos de conformidad con la Resolución Legislativa N° 26234, Convenio de Basilea, el cual **no impide para que se use el anexo 6 del presente Reglamento con el fin de definir que un residuo no es peligroso.**

A1.0 RESIDUOS METÁLICOS O QUE CONTENGAN METALES

A1.1 Residuos metálicos y aquellos que contengan aleaciones de cualquiera de los elementos siguientes: I. Antimonio; II. Arsénico; III. Berilio; IV. Cadmio; V. Plomo; VI. Mercurio; VII. Selenio; VIII. Telurio; y IX. Talio. (...).

El anexo 5 del Reglamento establece lo siguiente:

LISTA B: RESIDUOS NO PELIGROSOS Residuos que no están definidos como peligrosos de acuerdo a la Resolución Legislativa N° 26234, Convenio de Basilea, a menos que contengan materiales o sustancias, que son establecidos en el anexo I del Convenio de Basilea, en una cantidad tal que les confiera una de las características del anexo 6 del Reglamento. (...)

B1.10 Residuos que contienen metales resultantes de la fusión, refundición y refinación de metales:

X. Escorias de la elaboración del cobre destinado a una elaboración o refinación posteriores, que no contengan arsénico, plomo o cadmio en cantidad tal que les confiera las características peligrosas (...);

Y el Anexo 6 del Reglamento establece lo siguiente:

ANEXO 6 LISTA DE CARACTERÍSTICAS PELIGROSAS

1. **EXPLOSIVOS** Por sustancia o residuo explosivo se entiende toda sustancia o residuo sólido o líquido (o mezcla de sustancias o residuos) que por sí misma es capaz, mediante reacción química, de emitir un gas a una temperatura, presión y velocidad tales que puedan ocasionar daño a la zona circundante.

2. **SÓLIDOS INFLAMABLES** Todo material sólido o residuos sólidos, distintos a los clasificados como explosivos, que en las condiciones prevalecientes durante el transporte son fácilmente combustibles o pueden causar un incendio o contribuir al mismo, debido a la fricción.

3. **SUSTANCIAS O RESIDUOS SUSCEPTIBLES DE COMBUSTIÓN ESPONTÁNEA** Sustancias o residuos susceptibles de calentamiento espontáneo en las condiciones normales del transporte, o de calentamiento en contacto con el aire, y que pueden entonces encenderse.

4. **SUSTANCIAS O RESIDUOS QUE EN CONTACTO CON EL AGUA. EMITEN GASES INFLAMABLES** Sustancias o residuos que por reacción con el agua, son susceptibles de inflamación espontánea o de emisión de gases inflamables en cantidades peligrosas.
5. **OXIDANTES** Sustancias o residuos que, sin ser necesariamente combustibles, pueden, en general, al ceder oxígeno, causar o favorecer la combustión de otros materiales.
6. **PERÓXIDOS ORGÁNICOS** Las sustancias o los residuos orgánicos que contienen la estructura bivalente -O-O- son sustancias inestables térmicamente que pueden sufrir una descomposición autoacelerada exotérmica.
7. **TÓXICOS (VENENOS) AGUDOS** Sustancias o residuos que pueden causar la muerte o lesiones graves o daños a la salud humana, si se ingieren o inhalan o entran en contacto con la piel.
8. **SUSTANCIAS INFECCIOSAS** Sustancias o residuos que contienen microorganismos viables o sus toxinas, agentes conocidos o supuestos de enfermedades en los animales o en el hombre.
9. **CORROSIVOS** Sustancias o residuos que, por acción química, causan daños graves en los tejidos vivos que tocan, o que en caso de fuga, pueden dañar gravemente, o hasta destruir, otras mercaderías o los medios de transporte; o pueden también provocar otros peligros.
10. **SUSTANCIAS QUE LIBERAN DE GASES TÓXICOS EN CONTACTO CON EL AIRE O EL AGUA** Sustancias o residuos que, por reacción con el aire o el agua, pueden emitir gases tóxicos en cantidades peligrosas.
11. **SUSTANCIAS TÓXICAS (con efectos retardados o crónicos)** Sustancias o residuos que, de ser aspirados o ingeridos, o de penetrar en la piel, pueden entrañar efectos retardados o crónicos, incluso la carcinogénesis.
12. **ECOTÓXICOS** Sustancias o residuos que, si se liberan, tienen o pueden tener efectos adversos inmediatos o retardados en el medio ambiente, debido a la bioacumulación o los efectos tóxicos en los sistemas bióticos.
13. Sustancias que pueden, por algún medio, después de su eliminación, dar origen a otra sustancia, por ejemplo, un producto de lixiviación, que posee alguna de las características arriba expuestas.

El Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero, aprobado mediante Decreto Supremo N° 040-2014-EM, establece lo siguiente:

El Artículo 16 dispone que el titular de la actividad minera es responsable por las emisiones, efluentes, vertimientos, residuos sólidos, ruido, vibraciones y cualquier otro aspecto de sus operaciones, así como de los impactos ambientales que pudieran generarse durante todas las etapas de desarrollo del proyecto en particular de aquellos impactos y riesgos que excedan los límites máximos permisibles y afecten los estándares de calidad ambiental que les sean aplicables o afecten al ambiente y la salud de las personas.

El Artículo 20 establece como una de las obligaciones del titular de la actividad minera, la de asegurar la oportuna identificación y el manejo apropiado de todos los aspectos ambientales, factores y riesgos de sus operaciones que puedan incidir sobre el ambiente, considerando en particular, medidas orientadas a la protección del recurso de agua, aire, suelo, flora, fauna, ruido, radiaciones ionizantes, vibraciones, adecuada manipulación, almacenamiento, tratamiento y/o disposición de sustancias químicas y residuos, tanto industriales, como domésticos, y en general, todo menoscabo de la funcionalidad del ecosistema, biodiversidad, calidad ambiental, de la salud humana y de la sanidad animal y vegetal.

Y el artículo 50 establece que el plan de contingencia debe incluir las medidas de control y respuesta frente a situaciones de emergencia que puedan poner en riesgo al ambiente, la salud, la operación minera, así como bienes de terceros o de carácter público. Asimismo, deberá incluir un análisis de riesgo con Indicadores de alerta elaborado con una metodología reconocida que permita activar la Implementación de medidas de respuesta para evitar que se efectivice o magnifique el daño, así como mecanismos de corrección.

b. Circunstancias concomitantes.

Se le imputa al Señor Oscar González Rocha, en su calidad de presidente ejecutivo y representante legal de la empresa Southern Perú Cooper Corporation Sucursal Perú (en adelante Southern), haber dispuesto mediante la venta de residuos sólidos tóxicos y peligrosos consistentes en escoria de cobre, la cual es generada como resultado del proceso de producción de cobre de la Empresa Southern, advirtiéndose que tal disposición se realizó a través del Consorcio Virgencita de Copacabana, el mismo que no contaba con la autorización correspondiente de la autoridad del sector esto es la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), para ser consideradas como Empresas Prestadoras de Residuos sólidos EP-RS o empresas comercializadoras de residuos sólidos peligrosos EP-RS, ello bajo las siguientes circunstancias:

La empresa Southern, se encuentra ubicada en el distrito de Pacocha, provincia de Ilo y departamento de Moquegua y tiene como actividad principal la minería, en el rubro de gran y mediana minería y durante el proceso de producción, para obtener el concentrado de cobre (blíster de cobre) mediante la fundición y refinación, genera residuos sólidos identificados como escoria de cobre, las mismas que se encuentran almacenados en el interior de la fundición ubicada en el distrito y provincia antes señalada.

Con fecha 14 de diciembre del 2012 en la ciudad de Lima, el investigado Oscar Gonzales Rocha en su calidad de representante de la Empresa Southern, celebra un contrato de compra y venta con el Consorcio Virgencita de Copacabana (en adelante el Consorcio) constituido por las empresas Taller Mecánico. Transportes Ilo SRL, Empresa de Servicios MAFER EIRL, COTRITON. todo ello para la venta de cinco millones 5'000,000 de toneladas métricas de residuos sólidos - escoria de cobre, habiéndose entregado los residuos al Consorcio pese a que tanto el Consorcio como las empresas que la constituían no estaban consideradas como Empresas Prestadora y/o Comercializadoras de Residuos Sólidos.

La escoria de cobre fue entregada al Consorcio Virgencita de Copacabana en diferentes fechas y cantidades, tal como aparece de las facturas emitidas por la Empresa Southern a favor del Consorcio, con los N° 029-0027523 de fecha 08 de marzo del 2013 por una cantidad de 10,000 (diez mil) toneladas métricas; N° 029-0027580 de fecha 19 de marzo del 2013 por una cantidad de 10,000 (diez mil) toneladas métricas; N° 029-0027653, de fecha 27 de marzo del 2013 por una cantidad de 10,000 (diez mil) toneladas métricas; N° 029-0027693, de fecha 08 de abril del 2013 por una cantidad de 10,000 (diez mil) toneladas métricas; N° 029-0027814 de fecha 24 de abril del 2013 por una cantidad de 5,000 (cinco mil) toneladas métricas; N° 029-0027896 de fecha 09 de mayo del 2013 por una cantidad de 5,000 (cinco mil) toneladas métricas; N° 029-0027989 de fecha 30 de mayo del 2013 por una cantidad de 5,000 (cinco mil) toneladas métricas; N° 029-0027129 de fecha 18 de junio del 2013 por una cantidad de 5,000 (cinco mil) toneladas métricas; N° 029-0028539 de fecha 19 de julio del 2013 por una cantidad de 5,000 (cinco mil) toneladas métricas; N° 029-0028735 de fecha 14 de agosto del 2013 por una cantidad de 5,000 (cinco mil) toneladas métricas y de fecha 20 de noviembre del 2013 por una cantidad de 3,194.45 toneladas métricas.

En cumplimiento del contrato y de las facturas señaladas, se inicia el retiro de residuos escoria de la Empresa Southern, el día 11 de marzo del 2013 conforme aparece de la Guía de remitente camión N° 482602. el cual se detalla el punto de partida (fundición) y el punto de llegada (almacenes de ENAPU). luego es almacenado en la empresa Nacional de Puertos ENAPU (conforme a la solicitud de servicio portuario y el formato ingreso y almacenamiento de cobre), siendo que dicha disposición culmina el día 29 de enero del 2014, según Guía de remisión remitente N° 001-002884 el cual se detalla el punto de partida (fundición) y el punto de llegada (Almacenes SERCENCO) y luego se almacenó en la empresa de almacenes SERCENCO ahora JAS, todo ello conforme obran en el Anexo III - Guías de Remisión, el Reporte diario de Despacho de escoria emitido por la Empresa Southern y las Actas de constatación fiscal de fecha 30 de noviembre del 2016, 03 de marzo del 2017 y 02 de abril del 2018; y, el informe pericial contable. Conforme se pasa a detallar en el siguiente cuadro:

CUADRO N° 1. FECHA Y LUGAR DE EMBARQUE Y DESTINO (INFORME PERICIAL CONTABLE)

DESTINO DEL PRODUCTO			
EMBARQUE DESDE		DESEMBARQUE HASTA	
FECHA	PUNTO PARTIDA	FECHA	PUNTO DE LLEGADA
11/03/2013	FUNDICION ILO COSTANERA NORTE	05/04/2013	CALLE MATARA 104 ENAPU
06/04/2013	FUNDICION ILO COSTANERA NORTE	06/04/2013	KM 7 COSTANERA SUR-SERCENCO
06/04/2013	FUNDICION ILO COSTANERA NORTE	10/04/2013	CALLE MATARA 104 ENAPU
11/04/2013	FUNDICION ILO COSTANERA NORTE	12/04/2013	KM 7 COSTANERA SUR-SERCENCO
12/04/2013	FUNDICION ILO COSTANERA NORTE	01/06/2013	CALLE MATARA 104 ENAPU
02/06/2013	FUNDICION ILO COSTANERA NORTE	02/06/2013	KM 7 COSTANERA SUR-SERCENCO
03/06/2013	FUNDICION ILO COSTANERA NORTE	05/07/2013	CALLE MATARA 104 ENAPU
08/07/2013	FUNDICION ILO COSTANERA NORTE	08/07/2013	KM 7 COSTANERA SUR-SERCENCO
09/07/2013	FUNDICION ILO COSTANERA NORTE	20/07/2013	CALLE MATARA 104 ENAPU
22/07/2013	FUNDICION ILO COSTANERA NORTE	29/01/2014	KM 7 COSTANERA SUR-SERCENCO

Las empresas que participaron en el retiro fue el Consorcio Virgencita de Copacabana, a través de Contratistas Obras Ingeniería Minera y Servicios S.A.C. – COIWISER S.A.C; K.E.M. Transportes S.R.L; WIK&D E.I.R.L y SOCIEDAD MINERA J&A; la persona natural CARLOS LAU CHUNG (consulta RUC realiza Transporte de carga por carretera y mercancía) y la persona natural Saturnino Chambi Limache (según consulta RUC realiza Transporte de carga por carretera y mercancía), todas ellas identificadas según las el Anexo III Guías de remisión y el Informe Pericial Contable; siendo que, tales no tienen la calidad de empresas prestadores y/o comercializadora de residuos sólido, puesto que no contaban con la autorización de la autoridad competente del Sector, esto es la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA) ello conforme el Oficio N° 00977-2017/DSA/DÍGESA, el Informe N° 891-2017/DCEA/DIGESA y Consultas de Reportes Resoluciones de Empresas Prestadoras y Comercializadoras de Servicios (EPS-RS Y EC-RS) de DIGESA. Conforme se pasa a detallar en el siguiente cuadro:

CUADRO N° 1. FECHA Y LUGAR DE EMBARQUE Y DESTINO (INFORME PERICIAL CONTABLE)

TIPO DE GUÍA	RUC	EMPRESA TRANSPORTISTA
TRANSPORTISTA	10218074001	CARLOS LAU CHUNG/VIRGENCITA DE COPACABANA
TRANSPORTISTA	10046433268	CHAMBI LIMACHE SATURNINO/VIRGENCITA DE COPACABANA
TRANSPORTISTA	20455278760	COIMSER SAC/VIRGENCITA DE COPACABANA-DESTINATARIO
TRANSPORTISTA	20532820830	K.E.M. TRANSPORTES S.R.L/CONSORCIO VIRGENCITA DE COPACABANA
TRANSPORTISTA	20455652465	MK&D E.I.R.L/CONSORCIO VIRGENCITA DE COPACABANA
TRANSPORTISTA	20532545359	SOCIEDAD MINERA J&A/VIRGENCITA DE COPACABANA

La cantidad de residuo escoria que fue dispuesta y retirada de la empresa Southern, en físico fue un total de 68,273.76 toneladas métricas, detallándose ello en la Solicitud de Servicio de la empresa ENAPU N° 0250909 de fecha 11 de marzo del 2013 y N° 05970 de fecha 23 de abril del 2013, ambos por una cantidad en primer término

de 35,000 toneladas (que inicio el 11/03/2013 y terminó el 26/04/2013) y en segundo término de 24,273.76 (que inicio el 24 de abril del 2013 y terminó 20 de julio de 2013); y, la otra cantidad de 9,000.00 toneladas que fueron ingresados en la empresa de Almacenes SERCENCO, ello conforme se detalla en el Oficio N° 590-2016-ENAPU S.A. /TPILO/G emitido por la empresa ENAPU y Documento de fecha 29 de marzo de 2017 emitido por la empresa JAS.

Los residuos sólidos generados por la empresa Southern denominado como escoria de cobre son considerados residuos sólidos **peligrosos y tóxicos** por el contenido en la composición química del residuo producto del procesamiento para la obtención del cobre, del cual conforme los análisis de las muestras recogidas y los resultados de laboratorio realizado por parte del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), presenta metales tales como **Arsénico. Bario. Cadmio. Mercurio y Plomo**, ello corroborado con el Informe Fundamentos N° 005-2017-OEFAA/DFSAI-COFEMA y el Complementario al N° 005-2017-A-OEFA/DFSAI que obran en la carpeta fiscal. Conforme se detalla en los cuadros siguientes:

CUADRO N° 3

RESULTADO DE ANÁLISIS DE MUESTRAS DE ESCORIAS INFORME FUNDAMENTADO N° 005-2017-OEFAA/DFSAI-COFEMA					
PUNTO O ESTACIÓN DE MUESTREO	ARSÉNICO TOTAL (MG/KG)	BARIO TOTAL (MG/KG)	CADMIO TOTAL (MG/KG)	MERCURIO TOTAL (MG/KG)	PLOMO TOTAL (MG/KG)
	SR	SR	SR	SR	SR
ESP-01	18,3	5,21	22,7	0,07	2047
ESP-02	38,4	9,27	9,2688	0,05	204

CUADRO N° 4

RESULTADO DE ANÁLISIS DE MUESTRAS DE ESCORIAS INFORME FUNDAMENTADO COMPLEMENTARIO N° 005-2017-OEFAA/DFSAI-COFEMA					
PUNTO O ESTACIÓN DE MUESTREO	ARSÉNICO TOTAL (MG/KG)	BARIO TOTAL (MG/KG)	CADMIO TOTAL (MG/KG)	MERCURIO TOTAL (MG/KG)	PLOMO TOTAL (MG/KG)
	SR	SR	SR	SR	SR
ESP-01 (FUNDICIÓN)	9,4	3,00	0,0007	0,03	70,3

Además de presentar tales metales, la escoria de cobre presenta la característica de toxicidad, conforme a las conclusiones arribadas por el OEFA en el Informe fundamentado N° 024-2018-JDLS, el mismo que ha desarrollado lo siguiente:

"Fundamentos y conclusión:

21. del cuadro precedente se desprende que la escoria tiene Arsénico, Cadmio, Mercurio y Plomo, en algunos casos en altas concentraciones. Todos estos elementos se encontraban categorizados como tóxicos en el Reglamento de la LGRS. Es decir, la escoria cumple con las condiciones para ser declara como un residuo sólido peligroso, por su caracterización tóxica.

22. Adicionalmente, las muestras de escoria en la estación ESP-1 (dentro de la fundición), reportaron una concentración elevada de Plomo (1164 mg/kg). El cual está clasificado como peligroso conforme a la Lista A del Anexo 4 del Reglamento de la LGRS. Además, de las pruebas de ensayo de Plomo total reportaron concentración elevada de esta sustancia en las escorias de la estación ESP-4 (Almacén JAS).

23. En adición a lo señalado, en el cuadro anterior se advierte que las escorias de la estación ESP-4 (Almacén JAS), reportaron una concentración elevada de Arsénico total (As) = 276 mg/kg, el cual califica como peligroso de acuerdo a lo señalado en la Lista A del Anexo 4 del Reglamento.

24. Es preciso señalar que también se han encontrado concentraciones elevadas de Aluminio, Cobre, Hierro y Zinc totales en las estaciones ESP-3 (ENAPU) y ESP-4 (JAS). Sin embargo, estos elementos no se encuentran consignados como peligrosos en la Lista A del Anexo 4 del Reglamento.

25. En consecuencia, de los resultados de análisis de las muestras de escoria se desprende que tiene concentraciones de Arsénico. Cadmio. Mercurio y Plomo, elemento toxicidad, que le brindan a este residuos la categoría de residuo peligroso (...)"

Conforme se detalla en el cuadro siguiente:

CUADRO N° 5

RESULTADO DE ANALISIS DE MUESTRAS DE ESCORIAS INFORME FUNDAMENTADO COMPLEMENTARIO N° 024-2018-JDLS1					
PUNTO DE MUESTREO	UNIDAD	ESP-1 DEPOSITO DE ESCORIA 5 1/2 (FUNDICIÓN)	ESP-2 DEPÓSITO DE ESCORIA - ZONA 4	EPS-3 ALMACENES ENAPU	ESP-4 ALMACENES JAS
ALUMINIO (Al) TOTAL	mg/KG	2046	3950	3950	3238
ARSÉNICO (As) TOTAL	mg/KG	57	60	60	276
CADMIO (Cd) TOTAL	mg/KG	22,47	14,19	14,19	12,12
COBALTO (Co) TOTAL	mg/KG	90,5	31,1	31,1	53,5
COBRE (Cu) TOTAL	mg/KG	>10000	7180	7180	>10000
HIERRO (Fe) TOTAL	mg/KG	>100000	>100000	>100000	>100000
MANGANESO (Mn) TOTAL	mg/KG	423	267	267	234

MERCURIO (Hg) TOTAL	mg/KG	0,007	<0,03	<0,03	0,11
PLATA (Ag) TOTAL	mg/KG	3,52	3,17	3,17	19,1
PLOMO (Pb) TOTAL	mg/KG	1164	171	171	519
TITANIO (Ti) TOTAL	mg/KG	1040	1171	1171	634
ZINC (Zn) TOTAL	mg/KG	7079	3396	3396	3386

En el presente caso se debe considerar el imputado tuvo conocimiento que la escoria de cobre que produce la empresa a su cargo, presentaba en su composición química cadmio, arsénico, plomo, bario y mercurio, lo cual representaba un carácter tóxico y peligroso en razón que dicho contenido es catalogado como peligroso conforme a lo establecido en los anexos del Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos; así mismo, debe tenerse en cuenta que la empresa a su cargo asumió obligaciones ambientales en el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental - PAMA, donde respecto a la disposición de residuos escoria, la empresa se comprometió a que la disposición de estos en el interior de la empresa - fundición, así se ha establecido en el Resumen Ejecutivo del PAMA, aprobado mediante Resolución Directoral N° 042-97-EM/DGM "disposición de escorias; la disposición de escoria fundida se realiza mediante ferrocarril en las áreas de disposición ubicadas al Norte y al Sur de la Fundición. El área de disposición de la vía férrea para el área Norte se encuentra en mantenimiento. La disposición de escorias es de aproximadamente 73,000 toneladas por año, En base a la evaluación realizada por Southern respecto a las áreas accesibles por tren cercanas a la fundición la capacidad restante del área de disposición de escorias es suficiente para uno 25 años de operaciones a las tasas actuales de producción lo que se corrobora a su vez en el Informe fundamentado N° 005-2017-A-OEFA/DFSAI que señala expresamente "Se advierte que Southern se comprometió a disponer la escoria en dos áreas ubicadas en la zona norte y zona sur de la fundición, asimismo construiría una escollera para prevenir la erosión de la escoria y mitigar su migración fuera del botadero (...)".

Así mismo, el imputado Oscar González Rocha al momento de suscribir el contrato de compra y venta de escoria de cobre, permitió de manera directa la disposición y/o entrega de la escoria de cobre hacia un consorcio de empresas que no contaban con la autorización para ser considerado como una Empresa Prestadora de Residuos Sólidos EPS-RS y/o una empresa Comercializadora de Residuos Sólidos EC - RS, transgrediendo con lo establecido en el Reglamento de la Ley de Residuos Sólidos - D.S. 057-2004-PCM, en el artículo 10 que establece "Obligaciones del generador: Previa entrega de los residuos a la EPS - RS o EC ~ RS, Todo generador está obligado a acondicionar y almacenar en forma segura, sanitaria y ambientalmente adecuada los residuos, previo a su entrega a la EPS - RS o a la EC - RS o municipalidad, para continuar con su manejo hasta la disposición final" y el artículo 30 que establece: "cuando el tratamiento o disposición final de los residuos se realice fuera de las instalaciones de la unidad generadora, estos deberán ser manejados por una EPS - RS que esté Autorizada. (...)".

Lo cual nos lleva a concluir que el delito de Tráfico Ilegal de Residuos Peligrosos se configura si los actos de disposición de los residuos se hacen a través de una persona natural o jurídica que no tiene la autorización por parte de la Dirección General de Salud Ambiental - DIGESA para ser consideradas como EP y EC - RS; en el presente caso la Empresa Southern Perú dispuso residuos sólidos peligrosos a través del Consorcio Virgencita de Copacabana que no cuenta con la autorización correspondiente por parte de la DIGESA ello conforme al Oficio N° 00977-2017/DSA/DIGESA y el Informe N° 891-2017/DCEA/DIGESA, precisando además que la empresa Southern Perú de acuerdo a las actividad que realiza se encuentra dentro del ámbito de la gran y mediana minería conforme al Informe Fundamentado y complementario N° 005-2017-OEFAA/DFSAI-COFEMA, por ello solo cuenta con la autorización para efectuar tales actividades, más no la de disponer los residuos peligrosos a empresas no autorizadas por DIGESA, autoridad que tiene competencia para emitir tal autorización.

c. Circunstancias posteriores.

A consecuencia de la disposición de escoria realizada por la Empresa Southern, a través de empresas que no tienen la calidad de empresas prestadores y/o comercializadora de residuos sólidos, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental mediante la Resolución Directoral 1319-2016-OEFA/DFSAI de fecha 31 de agosto del 2016, ha sancionado a la empresa Southern Perú, señalando en sus fundamentos y parte resolutive lo siguiente "(...) conforme al hecho detectado durante la supervisión regular 2013 personal de Dirección de Supervisión dejó Constancia de que se vendría realizando la disposición y el transporte escorias desde la Unidad Minera Fundición y Refinería de Cobre - Ilo, hasta el puerto de Ilo, por empresas que no se encuentran inscritas en el registro de Empresas Prestadoras de Servicios de Residuos Sólidos y Empresas Comercializadoras de Residuos Sólidos (...). En consecuencia, dicha conducta infractora puede ser pasible de sanción, por lo que corresponde declarar la existencia de responsabilidad administrativa de Southern en este extremo (...)".

Finalmente, el residuo escoria ha sido retirada de manera irregular, sin cumplir con las medidas de seguridad que requiere el transporte de un residuo peligroso y actualmente se encuentran depositas en los almacenes de la Empresa Nacional de Puerto (ENAPU) y en la empresa de Almacenes JAS (SERCENCO), con medida cautelar - incautación, desde el 05 de enero de 2015, ordenada mediante resolución Judicial N° 02 de fecha 30 de diciembre del 2014, por el proceso seguido en contra del Consorcio de Virgencita de Copacabana por el delito de Fraude a la Administración de Personas Jurídicas.

Imputación jurídica.

- 2.2. Bajo estos hechos, la Fiscalía atribuye al procesado **Oscar Gonzales Rocha** el título de autor por la comisión del delito de **Tráfico ilegal de residuos peligrosos** previsto en el artículo 307° del Código Penal.

TERCERO: DELIMITACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN.

- 3.1. Conforme lo alegado por las partes en esta instancia superior [audiencia de apelación de fechas 20/04/2022; 22/04/2022; 28/04/2022; 29/04/2022; 05/05/2022], concordante con lo que se desprende de la sentencia apelada, el juez *A Quo* – **no acogió la pretensión formulada por el Ministerio Público**, respecto a la responsabilidad penal del acusado por el delito de **Tráfico ilegal de residuos peligrosos**, emitiendo así sentencia absolutoria, y declaró fundada en parte el monto de pretensión civil solicitado a favor de la parte agraviada, **decisión que ha sido objeto de impugnación** por parte del representante del Ministerio Público de la Fiscalía Provincial de prevención del delito de Ilo, la defensa del imputado Oscar González Rocha, la defensa del tercero civil Souther Perú Copper Corporation Sucursal del Perú y la defensa de la Procuraduría Publica especializada en delitos ambientales del Ministerio del Ambiente (constituida en actor civil), cuyos petitorios son los siguientes:

- El representante del Ministerio Público solicita se declare la **NULIDAD del extremo absolutorio**.
- La defensa del imputado Oscar González Rocha solicita se **REVOQUE del extremo de la reparación civil**.
- La defensa de la Procuraduría Publica especializada en delitos ambientales del Ministerio del Ambiente (constituida en actor civil) solicita se **REVOQUE el extremo absolutorio, así como, el *quatum* de la sanción indemnizatoria**.
- La defensa del tercero civil Souther Perú Copper Corporation Sucursal del Perú, solicita se **REVOQUE el extremo de la reparación civil**.

- 3.2. Bajo este contexto, corresponde a esta instancia, analizar los argumentos y agravios alegados por las partes apelantes, dentro de las competencias que se otorga al Tribunal revisor, previstas en el artículo 409° del Código Procesal Penal, y en observancia al principio de autolimitación que rige en materia recursiva.

CUARTO: ANÁLISIS DEL EXTREMO ABSOLUTORIO.

§ 1) RESPECTO A LOS AGRAVIOS FORMULADOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO

- 4.1. En atención a los argumentos expuestos por el representante del Ministerio Público y, remitidos a un reexamen de la sentencia recurrida en el extremo que decidió absolver al imputado Oscar González Rocha del delito de Tráfico ilegal de residuos peligrosos, **este Colegiado Superior verifica al efecto vicios de nulidad trascendentes e insalvables; siendo que, al amparo del artículo 409.1 y el artículo 150, literal d) del**

Código Procesal Penal, corresponde declarar la nulidad de la apelada, por las razones que se pasarán a exponer en los considerandos siguientes.

- 4.2. En principio, cabe precisar que conforme lo prevé el artículo 409°, inciso 1, del Código Procesal Penal, dentro de las competencias excepcionales que se le confiere al Tribunal Revisor es la de declarar la nulidad –aún de oficio- en casos de ‘nulidad absolutas o sustanciales’, entendiéndose a éstas como ‘aquellos vicios muy graves que afectan actos procesales que no son susceptibles de ser convalidables’. En esa misma línea, la Corte Suprema se ha pronunciado en la **Casación N° 413 -2014- Lambayeque**, de fecha 07 de abril del 2015, señalando que *“El Magistrado del Tribunal Revisor tiene la capacidad de declarar de oficio, una nulidad absoluta, incluso cuando la misma no sea parte del ámbito de impugnación, pues este tipo de nulidad puede conllevar a que otros actos procesales puedan ser viciados al ampararse en ella. Por tanto, atendiendo al rol de garante que cumple el Magistrado al interior del proceso penal, está facultado normativamente a intervenir en estos casos”*.
- 4.3. Así pues, el artículo 150° del Código Penal adjetivo, regula como vicios graves sancionados con nulidad absoluta aquellos defectos concernientes como: “a) A la intervención, asistencia y representación del imputado, o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia; b) al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas; c) A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieren su intervención obligatoria; y, d) **A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución**”. Tal como, se denota de los supuestos preceptuados en la norma acotada y conforme a lo expresado por la Corte Suprema, en la ya mencionada Casación N° 413-2014, “el criterio seguido en esta definición es que la protección de los derechos fundamentales es parte de la esencia del ordenamiento jurídico y, por tanto, labor del Magistrado. Entonces podemos señalar que una grave afectación a los mismos será entendible como un vicio grave que acarrea la nulidad del acto procesal que la originó”.
- 4.4. Considerando al marco normativo y jurisprudencial precedido, se advierte en el caso particular que **los argumentos expuestos por la parte apelante se encuentra dirigidos a cuestionar vicios sustanciales de nulidad con afectación al derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones judiciales**, la cual encuentra resguardo constitucional conforme a lo establecido en el artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política del Estado, como manifestación del derecho a un debido proceso consagrado, a su vez, en el artículo 139, inciso 3, de la Ley Fundamental.
- 4.5. Respecto al *derecho a la ‘debida motivación de las resoluciones judiciales’*, el Tribunal Constitucional⁶, ha señalado que éste es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.
- 4.6. Así, el Tribunal Constitucional en la causa recaída en el Exp. N° 728-2008-PHC/TC ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en el siguiente supuesto: **“Deficiencias en la motivación**

⁶ Se puede confrontar en la STC expedida en el Exp N.º 728-2008-PHC/TC, fundamento jurídico 7.

externa; justificación de las premisas”, exponiendo que “(...) El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez (...).”

- 4.7. En el caso de autos, se advierte que lo que se atribuye en concreto al señor Oscar González Rocha es que en su calidad de presidente ejecutivo y representante legal de la empresa Southern Perú Cooper Corporation Sucursal Perú (en adelante Southern), haber dispuesto mediante la venta de residuos sólidos tóxicos y peligrosos consistentes en escoria de cobre, la cual es generada como resultado del proceso de producción de cobre de la Empresa Southern, advirtiéndose que tal disposición se realizó a través del Consorcio Virgencita de Copacabana, el mismo que no contaba con la autorización correspondiente de la autoridad del sector, esto es, la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), para considerarla como Empresas Prestadoras de Residuos Sólidos EP-RS o empresas comercializadoras de residuos sólidos peligrosos EP-RS.
- 4.8. Frente a tales hechos y valorada la prueba actuada en el plenario, el juez de primera instancia se pronuncia, en la sentencia apelada, absolviendo al imputado Oscar González Rocha de los cargos postulados en su contra, arribando a las siguientes conclusiones:

- En el numeral 6.3, indica textualmente:

“Sin embargo, no se ha acreditado la responsabilidad directa del acusado Óscar Gonzáles Rocha ya que, si bien él suscribió el contrato como representante de la empresa SPCC, la prueba actuada **no ha acreditado que el acusado conociera** más allá de lo que era informado, y por lo tanto, no se ha acreditado que tuviera control sobre la manera cómo se ejecutó el contrato posteriormente y los efectos de la escoria sobre el ambiente”.

Por tanto, se puede CONCLUIR que:

Se ha acreditado que Óscar Gonzáles Rocha, como presidente ejecutivo de la empresa Southern Perú, dispuso mediante la venta al Consorcio Virgencita de Copacabana de residuos sólidos tóxicos de escoria de cobre resultantes del proceso de producción de cobre.

No se ha acreditado que Óscar Gonzales Rocha haya sido responsable de que, en la ejecución del contrato, la escoria haya sido trasladada por empresas no inscritas en el registro correspondiente y no se ha acreditado que tuviera control sobre la manera cómo se ejecutó el contrato posteriormente y los efectos de la escoria sobre el ambiente”.

- Luego, en el séptimo considerando, numeral 7.2, señala:

En el presente caso, se ha acreditado que la empresa Southern Perú Copper Corporation dispuso mediante la venta, de residuos sólidos consistentes en escoria de cobre resultantes del proceso de producción de cobre, los que son tóxicos.

Sin embargo, si bien se ha determinado que, mediante el contrato suscrito por el acusado, Southern Perú Copper Corporation dispuso de 73,194.45 toneladas de escoria de cobre, residuo sólido peligroso, y permitió que se realizara el retiro de la escoria y transporte a los almacenes de ENAPU y SERCENCO, **no se ha acreditado en grado de certeza que el acusado tuviera conocimiento** de la falta de autorización del Consorcio, ni que tuviera control sobre la manera cómo se ejecutó el contrato posteriormente y los efectos de la escoria sobre el ambiente; por lo que conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, por tanto, es necesario que se tenga acreditado el elemento subjetivo, el dolo.

En ese sentido, estando a los fundamentos esbozados precedentemente, se concluye que **no se ha acreditado la concurrencia de los elementos requeridos por el tipo penal**, por lo que, en estricta observancia y respetuosos

del principio constitucional a la presunción de inocencia, cabe resolver conforme a derecho, siendo innecesario proseguir con la formulación de los juicios de antijuridicidad penal ni culpabilidad.

- Finalmente, en el considerando octavo, se consigna:

8.4. De las actuaciones probatorias, se ha acreditado la existencia de un suceso que efectivamente infringió la regulación y medidas de prevención para la disposición de residuos sólidos con componentes tóxicos; sin embargo, **no se ha acreditado una infracción de deber del acusado** de manera directa sobre la forma del traslado y destino dado a la escoria; es decir que **no estamos frente a una acción típica**.

8.5. Por lo tanto, en el presente caso no se ha desvirtuado la presunción de inocencia y por ende no está acreditada la responsabilidad penal del acusado por el delito de tráfico ilegal de residuos sólidos, ya que **del análisis de las pruebas aportadas estas son insuficientes para acreditar que el acusado tuviera conocimiento** al momento de celebrar el contrato de compraventa que las empresas encargadas de ejecutar el transporte del residuo de escoria no contarían con la autorización correspondiente, ni que tuviera control personal establecido normativamente dentro de la empresa, sobre la manera cómo se ejecutó el contrato posteriormente y los efectos de la escoria sobre el ambiente. Por lo tanto, ante tal insuficiencia probatoria, corresponde dictar sentencia absolutoria.

- 4.9. Tal como se puede advertir la judicatura de primera instancia termina absolviendo al imputado por no haberse demostrado el elemento subjetivo del tipo penal, esto es, que el imputado al momento de celebrar el contrato de compraventa de las escoria de cobre haya tenido conocimiento de que las empresas encargadas de ejecutar el transporte del residuo de escoria no contarían con la autorización correspondiente ni que tuviera control de cómo se ejecutó el contrato posteriormente y de los efectos de la escoria sobre el ambiente; incluso se denota que el juzgador se pronuncia sobre la falta de probanza de la infracción de deber del acusado sobre la forma del traslado y el destino de la escoria.
- 4.10. Sin embargo, para este Tribunal resulta cuestionable la validez del razonamiento efectuado por el juez *a quo*, por cuanto al revisar los fundamentos que han sostenido las conclusiones glosadas anteriormente, se verifica que el juez no ha analizado en su completitud los alcances del contrato de compraventa del 14 de diciembre de 2012 y las distintas adendas realizadas hasta mayo de 2013 suscritas por el imputado, medios probatorios cuyo contenido incluso se halla consignados en la propia sentencia recurrida, pues como lo ha referido el representante del Ministerio Público, del *contrato primigenio de fecha 14 de diciembre de 2012* se aprecia que en una de sus cláusulas se hace mención que las consorciadas eran las responsables para la obtención de los permisos ante la DIGESA lo que daría a conocer que efectivamente hasta ese momento las consorciadas no contaban con la autorización correspondiente, situación que no podría ser ajeno al conocimiento del imputado por el cargo que precisamente éste ostentaba como Presidente Ejecutivo de la Empresa Southern, y considerando la envergadura que representaba el contrato a firmar que era más de 20 millones de dólares como así lo ha *declarado el testigo Wilfredo Santillán Mosquera* (abogado senior de la empresa Southern), además que de acuerdo a la *declaración del testigo Darío Oviedo Calderón* (ingeniero químico de la empresa Southern), se reportaba a la presidencia ejecutiva, en este caso del imputado González Rocha, sobre aspectos relevantes de la parte ambiental, además que normalmente tienen reuniones con las direcciones una vez al mes y que en esa reunión cada dirección informa al ingeniero González los aspectos más relevantes que tienen en cada área. **Indicios que demostrarían que el imputado al momento de celebrar el contrato en cuestión sí tendría conocimiento de que las empresas que participaron en el Consorcio Virgencita de Copacabana no contaban con las respectivas autorizaciones para para considerarla como Empresas Prestadoras de Residuos Sólidos EP-RS o empresas comercializadoras de residuos sólidos peligrosos EP-RS.**, pues de no ser así el imputado no habría suscrito la

última adenda de mayo de 2013, en la que se incorporó a la empresa Ecoplin - Planeta Limpio que aparentemente contaba con los permisos correspondiente; indicios que en todo caso merecían una respuesta por parte de la judicatura a efecto de corroborar si concurría o no el elemento subjetivo dolo, postulado por la Fiscalía; pero ello no se advierte de la recurrida.

- 4.11. Por otro lado, se aprecia también que el juzgador para arribar a las conclusiones antes referidas, ha indicado dentro de sus fundamentos lo siguiente [Cfr. numeral 6.2.7, pág. 74]:

“Asimismo, para la infracción atribuida en el este proceso, resulta de aplicación la teoría de la infracción del deber, como la desarrolló la Corte Suprema en la casación 455-2017 Pasco, de 19 de junio de 2018, para materia ambiental (delito de contaminación), “*el cual se conceptualiza –en términos amplios– como la competencia de un agente que le viene otorgada por una norma jurídica para desenvolverse dentro de un espacio institucional –verbigracia: una compañía minera*”; y como brota de lo analizado, **no se ha acreditado la normatividad dentro del ámbito institucional de la empresa SPCC que le imponga al acusado el deber de determinación del contenido de la escoria –tóxico o no–, que se producen en enormes cantidades y que incluso podrían variar de composición con el tiempo; tampoco de evaluar los términos contractuales, pues eso lo realizó el área legal; ni de la ejecución del contrato, en tanto expendio y control del traslado de la escoria para la colocación en un lugar distinto, sino que más este deber le correspondía a otras áreas, como la dirección de servicios ambientales. Áreas que realizan sus actividades de acuerdo a la normativa de la empresa –según brota de lo declarado por los testigos de la defensa–, sin que el acusado Gonzales Rocha ejerza dominio o control directo de sus actividades, que configure una infracción de su deber de supervigilar y dirigir**”⁷.

- 4.12. Empero, la judicatura en el razonamiento expuesto no ha considerado que la disposición realizada mediante el contrato de compraventa de las escorias de cobre resulta ya resultaba una contravención a los compromisos que asumió en el PAMA (Programa de Adecuación y Manejo Ambiental) la empresa Southern Perú Copper Corporation, que fue aprobado mediante Resolución Directoral 042-97/EM, conforme al cual se verifica que la empresa Southern no preveía la comercialización de dichos residuos de escoria de cobre, tal como así lo ha dado por acreditado el propio juzgador en el numeral 6.2.6 de la recurrida; situación que se entiende conocía el imputado por el cargo que tenía dentro de la empresa Southern y porque conforme a la ya citada *declaración del testigo Darío Oviedo Calderón* se ha acreditado que se reportaba a la presidencia ejecutiva, en este caso del imputado González Rocha, sobre aspectos relevantes de la parte ambiental. Por lo que, este indicio también concurriría a determinar el dolo con el cuál habría procedido el imputado al momento de suscribir el contrato en cuestión, pero que tampoco fue materia de un debido análisis por parte del juez *a quo*.
- 4.13. Tal como se puede advertir, en la sentencia apelada se ha incurrido en deficiencias en la justificación externa, pues el juez de primera instancia en su razonamiento lógico deductivo, para llegar a la conclusión de que no existe prueba suficiente que determine la tipicidad de la conducta del imputado Óscar Gonzáles Rocha, específicamente en lo referido al elemento subjetivo, ha partido de la premisas que no han sido confrontada o analizada debidamente respecto de su validez fáctica y jurídica considerando que la judicatura no ha valorado correctamente todos los elementos probatorios actuados en juicio de primera instancia; todo lo cual trasgrede el derecho de la debida motivación de las resoluciones judiciales, así como, el derecho a la tutela jurisdiccional.
- 4.14. Consecuentemente, este Tribunal considera que con los defectos advertidos en el análisis valorativo realizado en la sentencia recurrida no se puede considerar que la decisión absolutoria resulte ajustada a derecho. Por tanto, en atención a sendos

⁷ La negrita es nuestra.

pronunciamientos de la Corte Suprema – Cfr. R.N. N° 2602-2014/LIMA; R.N. N° 1928-2016/AYACUCHO-, se aprecia que en el caso concreto se ha incurrido en causal de nulidad por trasgresión absoluta de la garantía de la debida motivación, al haberse vulnerado el derecho a la prueba (se ha presentado deficiencias en la justificación externa de la recurrida).

EN CONCLUSIÓN.

- 4.15. Bajo las consideraciones expuestas y conforme lo prescribe el artículo 139° inciso 3 y 5 de la Constitución Política del Perú, que establecen que la observancia del debido proceso y el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales son garantías del justiciable frente a la arbitrariedad judicial, concordante además con lo establecido en el artículo 150. d) del Código Procesal Penal, corresponde **DECLARAR LA NULIDAD** de la sentencia en el extremo absolutorio apelado, debiendo el juez de primera instancia, llamados por ley, previa renovación de la audiencia respectiva, emita nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho.

§ II) RESPECTO A LOS AGRAVIOS FORMULADOS POR EL ACTOR CIVIL

- 4.16. En principio, debe precisarse que habiéndose amparado la apelación del Ministerio Público con relación a su pretensión nulificante de la sentencia apelada en el extremo que absolutorio del acusado Óscar González Rocha por el delito de Tráfico Ilegal de Residuos Peligrosos tipificado en el artículo 307 del Código Penal en agravio del Estado representado por la Procuraduría del Ministerio del Ambiente, disponiéndose se renueve el acto de juicio oral y se emita nueva decisión; no corresponde emitir pronunciamiento de fondo en esta parte del recurso impugnatorio del Actor Civil.
- 4.17. Sin embargo, el Tribunal estima pertinente pronunciarse respecto de:
- 4.17.1. El *Control de Admisibilidad del extremo penal del recurso impugnatorio*:

El señor abogado del acusado Oscar González Rocha y el Tercero Civil Responsable solicitó se declare inadmisibile el recurso de apelación en el extremo penal, fundamentando en esencia que el Actor Civil no se encuentra facultado para impugnar la acción penal, en concordancia con los artículos: 388 inciso 2 y 407 del Código Procesal Penal.

Al respecto, el Tribunal considera que -en efecto-, en estricta observancia de las normas contenidas en los citados artículos: 159 inciso 5 de la Constitución, IV inciso 1 del Título Preliminar y 11 inciso 1 del Código Procesal Penal -que se sustentan en el principio *Acusatorio*- la titularidad de la acción penal es privativa y exclusiva del Ministerio Público mas no del Actor Civil. En el presente caso, se advierte que la pretensión del recurrente -consignada en su recurso impugnatorio-, se extiende al extremo de la acción penal habiendo solicitado que se revoque la sentencia apelada y condene al procesado.

Empero, el Actor Civil como parte procesal tiene como facultades las dispuestas en los artículos 104 y 105 del Código Procesal Penal, pero además también tiene las que se le reconoce al agraviado previstas en el artículo 95 del Código en mención; esto es,

entre otras, el derecho a impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria -claro está-, con la limitación que no le está permitido pedir sanción (criterio que guarda concordancia con lo expuesto en la *Casación número 1089-2017-AMAZONAS*⁸).

En ese sentido, se advierte que el Ministerio Público también formuló apelación contra la Sentencia número 99-2021/FD-2JPU en la parte que absolvió al acusado Oscar Gonzáles Rocha. Es decir, expresó su disconformidad con la decisión absolutoria impugnada, por lo que -de conformidad con la *Casación número 413-2014-LAMBAYEQUE*⁹ y en cautela de los derechos de: Pluralidad de Instancia, Debida Motivación de las Resoluciones Judiciales y Tutela Jurisdiccional-, esta Sala Superior sí se encontraba expedita para analizar la sentencia impugnada en su extremo absolutorio en base a los argumentos expresados por el Actor Civil recurrente, con la salvedad que únicamente correspondía una revisión externa que comprendía verificar la existencia de nulidades sustanciales o insubsanables.

Consecuentemente, deviene en infundado el control de admisibilidad postulado por el señor abogado del acusado y el Tercero Civil Responsable. A lo que se adita que conforme a las facultades otorgadas por el referido inciso 2 del artículo 421 del Código Procesal Penal, el Colegiado no rechazó de plano el recurso de apelación en tanto no se apreció que incurriera en causal alguna de inadmisibilidad; lo que tampoco se observa en esta etapa procesal, dentro de los alcances del referido inciso 3 del artículo 405 del Código Procesal Penal y la *Casación número 347-2013-AREQUIPA*¹⁰.

4.17.2. La **Condena del Absuelto**: Considera este Colegiado Superior, conforme al criterio asumido también en casos anteriores, que la pretensión revocatoria del Actor Civil correspondía rechazarla de plano, porque -en caso de estimarse- ello implicaría una condena en segunda instancia del absuelto que se encuentra proscrita en concordancia con la *Casación número 454-2014-AREQUIPA*¹¹, que, en la parte pertinente de sus **FUNDAMENTOS DE DERECHO, ha establecido como doctrina jurisprudencial**, que:

4.15. Con lo anterior expuesto, se concluye que si bien esta Sala Suprema tiene mayor jerarquía y rango que la Sala Penal de Apelaciones, siendo por tal razón un órgano judicial distinto: sin embargo, esta máxima instancia judicial no tiene competencia para poder realizar una revisión integral, independientemente de la denominación que se le pueda dar al recurso, ya que su competencia resolutoria está limitada producto de la interposición y fundamentación del recurso extraordinario de la casación penal, no siendo este último recurso uno de carácter eficaz para el caso en concreto por limitarse al análisis de los aspectos formales y legales

⁸ Emitida el 10 de setiembre del 2020 por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República [CONSIDERANDO VIGÉSIMOCTAVO].

⁹ Expedida el 7 de abril del 2015 por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República [FUNDAMENTOS DE DERECHO: VIGÉSIMO PRIMERO.- Estando a lo expuesto, se debe tener en consideración que emitida una sentencia absolutoria, y leída la misma en audiencia pública o privada (según el caso), cuando el único impugnante sea el Actor Civil, y el Fiscal Provincial exprese su conformidad con la misma, deberá verificarse si, el Fiscal Superior al momento de llevarse a cabo la audiencia de apelación, reitera su conformidad con la sentencia absolutoria. VIGÉSIMO SEGUNDO.- Siendo ello así, este Supremo Tribunal considera que la Sala de Apelaciones no tiene más que confirmar la absolución; toda vez que, el inciso cinco del artículo ciento cincuenta nueve de la Constitución Política del Estado, establece que corresponde al Ministerio Público ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, mientras que el artículo catorce del Decreto Legislativo número cero cinco dos, de la Ley Orgánica del Ministerio Público, señala que sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba, y el artículo once de la precitada norma regula que el titular de la acción penal es el representante del Ministerio Público; aunado a ello, se debe tener presente que el artículo quinto de la Ley Orgánica aludida, establece la autonomía del Ministerio Público y preceptúa que están jerárquicamente organizados y deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores. VIGÉSIMO TERCERO.- Ahora bien, este Supremo Tribunal considera que no puede sostenerse el cumplimiento del principio Acusatorio cuando el Fiscal Superior en la audiencia de apelación -sin tener la condición de impugnante, sino parte del proceso- discrepa con la sentencia absolutoria emitida en primera instancia; en tal situación, el Tribunal de Apelación está expedito para analizar el fondo del asunto en los términos de los agravios expresados por las partes procesales recurrentes en su escrito impugnatorio].

¹⁰ Emitida el 21 de febrero del 2014 por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República [CONSIDERANDO SEXTO: En tal sentido, el hecho que el Colegiado Superior corra traslado de la apelación interpuesta y luego, tras la audiencia de apelación, la declare improcedente y nulo el concesorio, no vulnera, necesariamente, el debido proceso ni la tutela judicial efectiva, pues existe permisibilidad legal para ello, siempre y cuando, claro está la resolución desestimatoria se encuentre debidamente motivada].

¹¹ Pronunciada el 20 de octubre del 2015 por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

de la Sentencia expedida, esto es, de control de constitucionalidad y de legalidad, así como de unificación jurisprudencial. 4.16. Asimismo, bajo la línea jurisprudencial anotada y con el objeto de garantizar el derecho a impugnar el fallo -toda vez que con ello se protege el derecho de defensa en la medida que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado-, mientras no se implemente ninguna de las propuestas dadas por este Supremo Tribunal -órgano jurisdiccional capaz de revisar la condena del absuelto-, corresponde anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia para que si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación. Línea jurisprudencial contenida también en las *Casaciones números: 194-2014-ANCASH*¹² y *722-2014-TUMBES*¹³; y la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el *Expediente número 861-2013-PHC/TC*¹⁴; ratificada también en forma reciente en el *Expediente número 1604-2021-PHC/TC-LA LIBERTAD*¹⁵.

QUINTO: ANÁLISIS DEL EXTREMO DE LA REPARACIÓN CIVIL.

5.1. Como ya se ha precisado anteriormente, tanto la defensa del imputado, como la del actor civil y del tercero civil Souther Perú Copper Corporation Sucursal del Perú han cuestionado el extremo de la reparación civil de la sentencia recurrida, agravios que procederemos a absolver a continuación.

¹² Emitida el 27 de mayo del 2015 por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República [IV. FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL: 4.8. En el fondo, no se debate si condenar en segunda instancia es posible, pues sí lo es, pero se exige que si esa posibilidad existe, el condenado por primera vez en segunda instancia tenga a su disposición un recurso devolutivo donde el jugador tenga facultades amplias de control. En esencia, se ha determinado que el derecho a la doble instancia, que gozan toda parte procesal, tiene un contenido especial en el caso de la parte que actúa como defensa. Dicho contenido es el derecho de impugnar el fallo condenatorio ante un tribunal superior que goce de amplias facultades de control. 4.9. En este escenario, alguien podría sostener que se garantiza ese derecho a la instancia plural de quien es condenado en segunda instancia mediante un recurso de casación. Sin embargo, esta posibilidad ya ha sido descartada... Y en consecuencia el tribunal de casación no goza de esas amplias facultades de revisión con las cuales debe contar el tribunal que revise el fallo condenatorio].

¹³ Expedida el 18 de mayo del 2016 por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República [FUNDAMENTO DE DERECHO: OCTAVO. En consecuencia, el consenso de la doctrina jurisprudencial establece que frente a una sentencia de vista que revoca una absolutoria de primera instancia, condenando al absuelto; corresponde declarar nulas ambas, ordenando se lleve a cabo un nuevo juicio oral, en primera, para salvaguardar el derecho al recurso del procesado; y por tanto, la revisión de su sentencia por un tribunal superior, respetando de esta manera la normatividad nacional e internacional].

¹⁴ Pronunciada el 23 de enero del 2018 [FUNDAMENTO 16: En el caso de autos, el Tribunal Constitucional considera que permitir que una sentencia de segundo grado pueda condenar a la persona absuelta en primera instancia, conforme al artículo 425, inciso 3, literal "b" del Nuevo Código Procesal Penal, y de otro lado no se habilite un medio impugnatorio eficaz que permita que una instancia distinta pueda efectuar una revisión plena e integral de la corrección de dicha sentencia condenatoria, donde se analicen los hechos, las pruebas u otras cuestiones jurídicas, contraviene el derecho a la pluralidad de instancia].

¹⁵ Emitida el 14 de setiembre del 2021 en sesión del Pleno del Tribunal Constitucional 853/2021 [FUNDAMENTOS: 7. Este Tribunal, con relación al contenido del derecho a la pluralidad de instancia, tiene establecido que se trata de un derecho fundamental que "tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal" (Sentencias 03261-2005-PA/TC, 05108-2008-PA/TC, 05415-2008-PA/TC, 00607-2009-PA/TC). En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental de defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución. 8. El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución (Sentencias 01243-2008-PHC/TC, 05019-2009-PHC/TC y 02596-2010-PA/TC). 9. Asimismo, el Tribunal Constitucional, en las Sentencias 00861-2013-PHC/TC, 04374-2015-PHC/TC y 01075-2018-PHC/TC, ha considerado que el que se permita condenar a la persona absuelta, conforme a lo dispuesto en el artículo 425, inciso 3, literal "b", del nuevo Código Procesal Penal, vulnera el derecho a la pluralidad de instancia, en tanto no se permite que la sentencia condenatoria pueda ser objeto de revisión por una segunda instancia en la que se analicen los hechos, las pruebas u otras cuestiones jurídicas. 10. En la Sentencia 04374-2015-PHC/TC, también determinó que nuestro marco legal contempla el derecho del favorecido a interponer el recurso excepcional de casación, conforme con lo dispuesto en el artículo 429, incisos 1 y 2 del nuevo Código Procesal Penal, por inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal o material o por una indebida o errónea aplicación de dichas garantías y por inobservancia de normas de carácter procesal sancionadas con nulidad; o por la causal excepcional establecida en el artículo 427, inciso 4, del precitado código. Sin embargo, precisó que el recurso de casación es uno de carácter extraordinario, que no permite que la Corte Suprema actúe como órgano superior con la facultad de realizar una revisión integral de la primera sentencia condenatoria, en los mismos términos en que actuó la Sala penal emplazada, al conocer de la apelación contra la sentencia absolutoria. 11. En la Sentencia 04374-2015-PHC/TC se estableció que en el caso de que se considere que la sentencia absolutoria carece de fundamentos que sustenten una decisión en ese sentido, se deberá declarar la nulidad de esta última, a fin de que se realice un nuevo juicio en el que se debata nuevamente la responsabilidad penal del procesado, para que, en el supuesto de que se le encuentre responsable de los cargos que se le atribuyen, este tenga el derecho de impugnar dicho fallo condenatorio. 12. Sin embargo, este Tribunal considera pertinente precisar que con la finalidad de garantizar el derecho de pluralidad de instancias en los términos precedentemente expuestos, y en tanto nuestro sistema procesal no contemple el derecho de recurrir la condena del absuelto ante un órgano jurisdiccional que esté facultado a revisar de manera integral la recurrida, la sentencia condenatoria debe ser anulada y corresponderá reponer el proceso al estado en que se emita nuevo pronunciamiento y, de ser el caso, el órgano judicial correspondiente sea el que determine realizar un nuevo juicio, en el que se debata nuevamente la responsabilidad del penado. 13. Cabe precisar que ello no ocurre porque dicha sentencia sea la que vulnera el derecho fundamental alegado, sino porque la falta de previsión del legislador ordinario impide la revisión de la sentencia que condena al favorecido en segunda instancia, afectando el derecho fundamental a la pluralidad de instancias de aque].

§ I) RESPECTO A LOS AGRAVIOS FORMULADOS POR EL IMPUTADO

- 5.2. En Principio, corresponde absolver los agravios postulados por la defensa del imputado Oscar González Rocha.
- 5.2.1. Así pues, concentrando los argumentos de apelación, se puede advertir que, como primer punto el imputado cuestiona que se la haya atribuido responsabilidad civil sobre los hechos imputados a pesar que en la sentencia se ha señalado que el hecho investigado es atípico.
- 5.2.2. Al respecto, debe considerarse que, como ya se ha podido denotar en el considerando precedente, el juez de primera instancia en la sentencia recurrida absolvió al imputado pero sólo por no haberse probado el elemento subjetivo del tipo penal incoado, tanto es así, que en el párrafo final del apartado 6.2.7 de la apelada se expuso que el acusado sí tiene responsabilidad por las acciones de la empresa ya que sin su participación en la celebración del contrato no se hubiera realizado el traslado de la escoria.
- 5.2.3. Aclarado dicho punto, corresponde pronunciarnos sobre el otro cuestionamiento planteado por la defensa referido a que no se cumple con ninguno de los requisitos previstos en la ley civil para la declaración de responsabilidad civil extracontractual: (i) la existencia de un daño injusto; (ii) la existencia de un nexo causal entre la conducta del autor y el daño; y, (iii) la existencia de un factor de atribución subjetivo de responsabilidad, ninguno de los requisitos antes señalados se presenta en el caso sub materia. En la Sentencia, no existe ninguna explicación o fundamento que acredite la ocurrencia de un daño indemnizable, sino que simplemente se afirma su existencia. Tampoco se explica ni acredita cómo es que la conducta del imputado resulta siendo la causa adecuada de ese daño no probado. Y finalmente ante la ausencia de una conducta, que sea la causa de un daño inexistente, resulta inútil analizar si esa conducta se dio con dolo o culpa.
- 5.2.4. Sobre el particular, en cuanto al extremo civil [reparación civil], debemos precisar que, a través de ello, la parte civil [víctima y/o perjudicado] pretende dentro del proceso penal lograr el restablecimiento del daño sufrido por parte de quien considera autor de la comisión del ilícito causado.
- 5.2.5. Ahora bien, para poder reputar responsable a un sujeto, de un hecho dañoso [que origina responsabilidad civil] debe probarse que la conducta del demandado originó o motivó la causa determinante y eficiente del daño; por consiguiente, quien demande un daño [por responsabilidad contractual o extracontractual] deberá acreditar fehacientemente los elementos constitutivos de la responsabilidad civil como son: **a)** el hecho ilícito, **b)** el daño ocasionado; **c)** la relación de causalidad y **d)** los factores de atribución, ello conforme lo establece la doctrina consolidada en materia civil, así como la Casación N° 657-2014- CUSCO¹⁶.
- **Primer Elemento:** El ‘HECHO ILÍCITO’ o la ‘ANTI JURIDICIDAD’.
- 5.2.6. En cuanto al primer presupuesto, esto es el ‘*hecho ilícito*’ [o conducta antijurídica], la referida Ejecutoria Suprema la define como “aquella conducta humana que contraviene el orden jurídico y constituye a su vez, delito. Esta manera de obrar permite reconocer dos mecanismos para vulnerar la norma jurídica: 1) violación de

¹⁶ Publicada el 9 de noviembre del 2016, en el diario oficial El Peruano.

deberes que tiene su origen en relaciones jurídicas ya existentes entre el autor y la persona afectada, y 2) violaciones de deberes de carácter general”.

5.2.7. En el caso concreto, se encuentra acreditado –lo cual además no ha sido desvirtuado por parte de la defensa del encausado-, que el hecho ilícito causante del daño, está constituido precisamente por la conducta del imputado Oscar González Rocha, quien en su calidad de presidente ejecutivo y representante legal de la empresa Southern, dispuso mediante la venta de escoria de cobre, permitiendo que empresas no registradas como EPS-RS o EC-RS movilizaran el residuo peligroso escoria fuera del lugar destinado conforme al PAMA para su disposición final, generando de esta manera material particulado, el que ha podido ser ingerido por las personas de la ciudad de Ilo.

• **Segundo Elemento: El ‘DAÑO OCASIONADO’.**

5.2.8. Como se señala en la Casación N° 657-2014-CUSCO, el daño ocasionado se define como aquel perjuicio generado a consecuencia del hecho ilícito, sea patrimonial o extramatrimonial. Así pues, dicha Ejecutoria suprema citando a Lizardo Taboada Córdova, entiende que el daño es “todo menoscabo contra los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el Derecho ha considerado merecedores de la tutela legal”.

5.2.9. Ahora bien, de los argumentos de impugnación, se aprecia que la parte recurrente en resumidas cuentas cuestiona que no existe un daño causado, por cuanto no se habría demostrado que las escorias puedan ser calificados como un residuo sólido tóxico y peligroso conforme al Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, y además porque no existe una resolución ministerial u otra norma legal que declare qué cantidades de arsénico, plomo o cadmio debe tener las escorias para ser consideradas un “residuo peligroso”, pues de acuerdo al Informe No. 00149-2020-MINAM/VMGA/DGC de fecha 2 de octubre del 2020, emitido por la Dirección General de Calidad Ambiental del Ministerio del Ambiente (“MINAM”), se declara que a efectos de determinar si un residuo sólido es peligroso o no, se debe solicitar la opinión técnica definitiva de peligrosidad al MINAM, pero que ello no se tiene en el caso concreto.

5.2.10. Sobre el particular, debe considerarse que, de la sentencia objetada, conforme al análisis de prueba contenida en el numeral 6 literal n), la evaluación de la escoria como un residuo peligroso fue contemplado dentro del Informe N° 006791-2016/DSA/DIGESA de fecha 24 de noviembre de 2016, el cual precisó que para calificar si la escoria de fusión de concentrado de cobre es un residuo peligroso o no, se aplicó el ítem 1 del artículo del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, siendo que en contraste con los anexos 04 y 05 del mencionado Decreto Supremo se cotejó que el código B1.10 (referido a residuos que contengan metales resultantes de la fusión, refundición y refinación de metales) y el ítem IX (escorias de la elaboración de cobre destinados a una elaboración o refinación posteriores que no contengan arsénico, plomo o cadmio en cantidad que les confiera las características peligrosas como se señala en el anexo 03); fue por ello que, bajo esta calificación se pudo concluir que la escoria de fusión de concentrado de cobre sí es clasificada como residuo peligroso, más aún cuando el destino final de eliminación era el relleno de seguridad autorizado, sumado a que es obligación del generador evaluar las características de peligrosidad

indicadas en el anexo 03 del Reglamento de la Ley de Residuos Sólidos según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 27 del mencionado Reglamento.

- 5.2.11. En esa línea también se advierte que en base a la declaración prestada por el perito José Darwin López Soria -sesión de fecha 30 de diciembre de 2020 al minuto aprox. 17:38- señaló que para la elaboración de su informe técnico tomó como base normativa de la metodología la Ley de Residuos Sólidos N° 27314 y su Reglamento 057-2004-PCM junto a la muestra de la supervisión de 02 de abril de 2018 por Dirección de Supervisión. De igual forma, la declaración prestada por el perito Waldir Vásquez Calderón -sesión de fecha 08 de enero de 2021 al minuto aprox. 11:29- señaló que la metodología aplicada se dio en base a la documentación remitida en gabinete, comparación de resultados con normas por el MINAM en relación a las ECAs y por experiencia propia, a lo cual, refirió con mayor precisión -minuto aprox. 18:25- que esta característica de residuo peligroso se dio bajo lo previsto en el Decreto Legislativo N° 278, al Reglamento de materiales y residuos de la Ley de la Residuos Sólidos y también del ECA aprobado en el año 2013.
- 5.2.12. Ahora bien, de la información introducida por estos órganos de prueba, se tiene que ambos peritos refirieron que la sola presencia de residuos de cobre como tal no figuraban como sustancia peligrosa en la normativa vigente, sin embargo, en el caso en concreto, en estos residuos se hallaron concentraciones de plomo, cadmio y bario que permitieron catalogarlos de tipo peligroso y tóxico, es por ello que la presencia de las escorias si son posibles de ser enmarcadas como peligrosas.
- 5.2.13. Así pues, este Tribunal concuerda con la posición del juzgador al indicar que si bien la opinión dada por los peritos respecto a la peligrosidad de la escoria no se encuentra refrendada por algún dispositivo que regule de manera objetiva cuál es la concentración de cada elemento para ser calificado como peligro, debe tenerse en cuenta que se trata de profesionales de amplia experiencia. Además, contrario a lo sostenido por el recurrente, las opiniones de los peritos en cuestión sí cuentan con rigor científico, como se puede apreciar de la metodología que utilizaron para la evaluación de las muestras obtenidas, usando parámetros y referencias contenidos en las normas respectivas (Ley de Residuos Sólidos 27314 y su Reglamento 057-2004-PCM junto a la muestra de la supervisión de 02 de abril de 2018 por Dirección de Supervisión); no advirtiéndose que la declaración de los referidos especialistas haya sido desacreditada por parte de la defensa del encausado con algún elemento de prueba que cuenta con el mismo rigor técnico.
- 5.2.14. Por otro lado, si bien se aprecia que el recurrente también ha hecho alusión al Informe No. 00149-2020-MINAM/VMGA/DGC de fecha 2 de octubre del 2020, emitido por la Dirección General de Calidad Ambiental del Ministerio del Ambiente (“MINAM”), señalando que en este documento se declara que a efectos de determinar si un residuo sólido es peligroso o no, se debe solicitar la opinión técnica definitiva de peligrosidad al MINAM, pero que ello no se tiene en el caso concreto; sin embargo, dicho argumento tampoco es de recibo, pues como se puede desprender de la recurrida [Cfr. pág. 66], el juzgador ha dado respuesta a tal cuestionamiento, señalando que el referido informe surge de una consulta técnica genérica sobre la calificación del residuo escoria; además que se realiza en base del Decreto Legislativo 1278, norma que no se encontraba vigente al momento de ocurrido los hechos; razones que no han sido desacreditadas por el apelante, lo cual no es propio de un acto de impugnación que se basa en la crítica razonada de la resolución recurrida.

- 5.2.15. En otro punto, el impugnante insiste en señalar su posición respecto a que las escorias no constituyen un residuo sólido peligroso, citando para ello Resolución Directoral No. 1026-2013/DEPA/DIGESA/SA emitida por DIGESA; no obstante, debe tomarse en cuenta que la referencia de este documento sobre la no peligrosidad de la escoria como residuo no peligroso sí fue estimada, y sobre este punto cabe precisar que dicho documento se dirige a autorizar la exportación de la escorias y no para realizar actividades de transporte de la escoria; pero, en todo caso, ello no resta los demás elementos de prueba que determinan la existencia de otros metales en la composición de la escoria en una concentración elevada y que han aportado una característica de peligrosidad que varíe su inicial denominación.
- 5.2.16. Asimismo, la defensa del imputado alega –en otro punto- que no existe prueba alguna que acredite la existencia de los daños que habrían sido causados a los pobladores de Ilo o al medio ambiente, pues conforme a lo regulado en el artículo 1969° del Código Civil se requiere la existencia de un daño efectivo y verificable y no de un daño en términos generales.
- 5.2.17. Sin embargo, lo argumentado no es atendible dado que de la prueba actuada y como se advierte de la apelada, se ha verificado la existencia de un daño de tipo potencial que ha contado con un respaldo normativo de la naturaleza del delito y sus efectos previstos en la Ley General del Ambiente, en el artículo 142 y 144, en los cuales se concibe como daño ambiental al menoscabo actual y potencial que pueda sufrir el medio ambiente; siendo que al no exigir la norma la existencia de un medio de prueba cierto que evidencie este daño y dada su concepción de naturaleza potencial, es posible mantener la decisión del juez de primera instancia.
- 5.2.18. De otro lado, refuta la defensa que en le recurrida se ha considerado indebidamente los alcances de la Casación 189-19 Lima Norte, cuando dicha casación no es aplicable al presente caso pues versa sobre un delito contra la administración pública. Sin embargo, como se desprende de la apelada, el juzgador ha explicado que si bien la citada casación versa sobre un delito contra la administración pública, no obstante, la utilidad de la misma se justifica pues hace referencia a un criterio para determinar el alcance del daño causado como es el *‘aprovechamiento obtenido’ ya que el grado de ventaja o ganancia conseguida es un factor a considerar, pues cuando mayor sea esta mayor debe ser el monto indemnizatorio*, ello en el entendido que la cuantificación del daño ambiental es de difícil evaluación; lo cual, resulta válido si consideramos que incluso el artículo 1332° del Código Civil, autoriza que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa; por lo que, los criterios aplicados para tal fin, mientras sean razonables son estimables.
- 5.2.19. Cabe precisar, que conforme se desprende de la apelada, para la determinación del monto indemnizatorio no solo se ha utilizado el ya citado criterio, sino también se ha tomado en cuenta el Principio de Internalización de costos, el cual prescribe que toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente. El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos. En tal virtud, los argumentos del recurrente en el sentido de que se ha fijado una cuantía de la indemnización sobre la base de un beneficio inexistente, pues refiere que el

imputado no ha obtenido beneficio alguno, no es de recibo, considerando que también como se ha expuesto resulta aplicable el Principio de internalización de costos, principio cuya aplicabilidad no ha sido desmerecido por la parte recurrente.

5.2.20. En consecuencia, en el caso de autos sí se ha verificado la existencia de un daño potencial a la salud de las personas del lugar como a los componentes ambientales, que corresponde ser indemnizado.

• **Tercer Elemento: 'LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD'.**

5.2.21. Señala la defensa del imputado que la conducta del recurrente, consistente en la suscripción de un contrato no puede admitirse como la causa usual de daños al ambiente por contaminación. La suscripción de un contrato no es usual y normalmente la causa de los daños a que se refiere la Sentencia. Y por lo tanto, no podría considerarse que es la causa adecuada de tales daños. Que, no hay duda de que el recurrente no eligió a las empresas que realizaron el traslado de los residuos sólidos por cuenta del Consorcio Virgencita de Copacabana, ni participó en forma alguna en ese traslado, ni tuvo injerencia ni control alguno en cualquiera de las acciones relacionadas con la ejecución de un contrato que, como representante legal de SPCC, debió suscribir. Por lo que, no hay relación de causalidad alguna entre la conducta del recurrente y los hechos declarados por el Juzgador como las causas del daño supuestamente causado al ambiente o a la población de Ilo. La conducta del imputado es ajena a tal supuesto daño, lo que determina que no se le pueda considerar como autor o causante en los términos de los artículos 1969° y 1985° del Código Civil, por lo que no lo corresponde ninguna responsabilidad civil extracontractual como la atribuida por el Juzgador en la Sentencia.

5.2.22. Al respecto, debe considerarse que a diferencia del ámbito contractual, en donde “la relación de causalidad” se entiende bajo la óptica de una ‘causa directa e inmediata’, en el ámbito extracontractual “la relación de causalidad” debe entenderse según el criterio de la ‘causa adecuada’, ello se desprende de lo estipulado en el artículo 1985° del Código Civil que prescribe “*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.*”.

5.2.23. Así pues, siguiendo la misma postura de TABOADA CÓRDOVA¹⁷, dicha “relación de causalidad” debe ser entendida en el sentido que “debe existir una relación de causa-efecto, es decir, de antecedente-consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existirá responsabilidad civil extracontractual y no nacerá la obligación legal de indemnizar. Esto significa que, el daño causado debe ser consecuencia de la conducta antijurídica del autor, para que se configure un supuesto de responsabilidad civil extracontractual”.

5.2.24. Bajo esa perspectiva, debe examinarse si en el caso particular se presenta esa relación de causalidad adecuada entre la conducta antijurídica del agente causante del daño, Oscar Gonzáles Rocha, y los daños causados.

¹⁷ TABOADA CORDOVA, Lizardo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Editorial Grijley, Lima 2001, pág. 75 y76.

5.2.25. Así pues, en el caso concreto se advierte que **sí existe una relación de causalidad adecuada**, pues conforme se ha determinado en la sentencia recurrida [Cfr. numeral 6.2.7 y considerando noveno de la recurrida], sin la participación del imputado en la celebración del contrato en cuestión no se hubiera realizado el traslado de la escoria y en consecuencia no se habría provocado el potencial daño a la salud de las personas del lugar, así como poder causar cambios en distintos componentes ambientales.

5.2.26. En tal virtud, este extremo cuestionado por el recurrente, tampoco resulta sostenible.

• **Cuarto Elemento: ‘LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN’.**

5.2.27. Finalmente, como último elemento de la responsabilidad civil, se tiene los denominados “factores de atribución”, que consisten en considerar a alguien como responsable del hecho antijurídico, ya sea a título de dolo o culpa o mediante un bien riesgoso o peligroso o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, advirtiéndose que en este extremo se refiere a institutos de naturaleza civil¹⁸.

5.2.28. Respecto a este extremo, se advierte que la defensa –en suma- cuestiona que está plenamente admitido en la sentencia que el recurrente no infringió ningún deber de conducta que pueda ser calificado como dolo o culpa, en el ejercicio de sus funciones, lo que sumado a su ajenidad causal a los hechos considerados como causa del daño (negado), determinan que no se verifique el factor de atribución previsto en el artículo 1969 del Código Civil para establecer su responsabilidad civil extracontractual como indebidamente ha considerado el Juzgado.

5.2.29. Sin embargo, lo alegado no es amparable, pues conforme al hecho antijurídico de autos se desprende que los daños [potenciales] que se han producido **ha sido en el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa (celebrar un contrato de venta de escoria en cuya composición presenta una concentración elevada de metales tóxicos como: arsénico, cadmio, mercurio y plomo, con un Consorcio que no contaba con las autorización respectiva para ser considerada como Empresas Prestadoras de Residuos Sólidos EP-RS o empresas comercializadoras de residuos sólidos peligrosos EP-RS)**, por lo que, estando a lo prescrito en el artículo 1970° del Código Civil que señala “*Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo*”, no será necesario examinar la culpabilidad del autor pues será igualmente responsable por haber causado el daño con su actividad riesgosa. Estamos así frente a lo que en doctrina se denomina ‘sistema objetivo de responsabilidad’.

5.2.30. En ese sentido, en el caso concreto, el factor de atribución para el señor Oscar González Rocha se encuentra determinado en función del sistema objetivo de responsabilidad en relación al daño potencial ocasionado [FACTOR DE ATRIBUCIÓN OBJETIVO].

EN CONCLUSIÓN. -

5.2.31. Bajo el análisis efectuado y habiéndose acreditado la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, **este Colegiado estima pertinente desestimar la pretensión impugnatoria solicitada por la defensa del imputado González Rocha.**

¹⁸ Conforme a la Casación N° 657-2014- CUSCO

**§ II) RESPECTO A LOS AGRAVIOS FORMULADOS POR EL
TERCERO CIVILE SOUTHERN PERÚ COPPER CORPORATION**

- 5.3. Finalmente, corresponde absolver los agravios postulados por la defensa del tercero civil Southern Perú Copper Corporation Sucursal del Perú, quien ha solicitado también se revoque la sentencia recurrida en el extremo de la reparación civil.

A. Sobre la inexistencia de una conducta antijurídica

- 5.3.1. La defensa del tercero civil, en este aspecto en esencia, señala que el juzgado partió de una premisa errada al asumir que la escoria es un residuo sólido peligroso, ya que estos residuos están catalogados como no peligrosos conforme la regulación legal sobre la peligrosidad del residuo del convenio de BASILEA sobre el control de movimientos de transporte de desechos peligrosos y su denominación, norma que es aplicable al Perú de acuerdo a la Resolución Legislativa N° 26234, mediante el Decreto Supremo N° 0554-2007 Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos vigente al momento de los hechos; siendo que, no basta con verificar la sola presencia de estos elementos químicos y que la empresa reconozca que la escoria contiene estos elementos químicos sino que se debe conferir una característica de peligrosidad y la cantidad que le otorga esa condición, lo cual no fue respondido por los especialistas convocados en el juicio, lo cual debe ser conforme al artículo 27 del Reglamento y DIGESA debe establecer las metodologías y las técnicas para la clasificación de los residuos peligrosos. Además, refiere el recurrente que, el juzgado concluyó en el considerando 6.2.5 que la peligrosidad se da básicamente por el contenido de sustancias tóxicas (arsénico, mercurio, cadmio y plomo) pese a que el ingeniero Darwin López Soria no explicó cuál sería el valor conforme el cumplimiento señalado en el anexo 05 y anexo 03, e indicó que el Reglamento no establece un valor y que utilizó en concreto su leal saber y entender las cantidades considerables, pero no hay un valor legalmente establecido; asimismo, el considerando 6.2.3 indicó que el ingeniero Waldir Vásquez Calderón le dio el nombre de peligroso al residuo por contener elementos como cadmio, arsénico y plomo; por ello, es un error concluir que ambos peritos llegaron a la conclusión de que la escoria es peligrosa por la sola existencia de metales en sus composición química, ya que se debió determinar qué cantidad de estos en términos cuantitativos se debían encontrar para catalogarla como peligrosa, circunstancia objetiva que fue obviada de manera tendenciosa por esos profesionales.
- 5.3.2. Al respecto, como ya se ha precisado precedentemente, se verifica que, de la sentencia objetada, conforme al análisis de prueba contenida en el numeral 6 literal n), la evaluación de la escoria como un residuo peligroso fue contemplado dentro del Informe N° 006791- 2016/DSA/DIGESA de fecha 24 de noviembre de 2016, el cual precisó que para calificar si la escoria de fusión de concentrado de cobre es un residuo peligroso o no, se aplicó el ítem 1 del artículo del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, siendo que en contraste con los anexos 04 y 05 del mencionado Decreto Supremo se cotejó que el código B1.10 (referido a residuos que contengan metales resultantes de la fusión, refundición y refinación de metales) y el ítem IX (escorias de la elaboración de cobre destinados a una elaboración o refinación posteriores que no

contengan arsénico, plomo o cadmio en cantidad que les confiera las características peligrosas como se señala en el anexo 03); fue por ello que, bajo esta calificación se pudo concluir que la escoria de fusión de concentrado de cobre sí es clasificada como residuo peligroso, más aún cuando el destino final de eliminación era el relleno de seguridad autorizado, sumado a que es obligación del generador evaluar las características de peligrosidad indicadas en el anexo 03 del Reglamento de la Ley de Residuos Sólidos según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 27 del mencionado Reglamento.

- 5.3.3. En ese sentido, se advierte que en base a la declaración prestada por el perito José Darwin López Soria -sesión de fecha 30 de diciembre de 2020 al minuto aprox. 17:38- señaló que para la elaboración de su informe técnico tomó como base normativa de la metodología la Ley de Residuos Sólidos N° 27314 y su Reglamento 057-2004-PCM junto a la muestra de la supervisión de 02 de abril de 2018 por Dirección de Supervisión; de esta manera, resulta correcta la afirmación efectuada por el A quo al precisar que -efectivamente- el perito Darwin López Soria sí contempló la normativa exigida por el tercero civil, siendo que su mención ha sido verificada de forma expresa como referencia metodológica invocada en juicio oral mediante el órgano de prueba. De igual forma, la declaración prestada por el perito Waldir Vásquez Calderón -sesión de fecha 08 de enero de 2021 al minuto aprox. 11:29- señaló que la metodología aplicada se dio en base a la documentación remitida en gabinete, comparación de resultados con normas por el MINAM en relación a las ECAs y por experiencia propia, a lo cual, refirió con mayor precisión -minuto aprox. 18:25- que esta característica de residuo peligroso se dio bajo lo previsto en el Decreto Legislativo N° 278, al Reglamento de materiales y residuos de la Ley de la Residuos Sólidos y también del ECA aprobado en el año 2013; por lo cual, se desprende la referencia a la base normativa y metodología usada por parte de este perito.
- 5.3.4. Ahora bien, de la información introducida por estos órganos de prueba, se tiene que ambos peritos refirieron que la sola presencia de residuos de cobre como tal no figuraban como sustancia peligrosa en la normativa vigente, sin embargo, en el caso en concreto, en estos residuos se hallaron concentraciones de plomo, cadmio y bario que permitieron catalogarlos de tipo peligroso y tóxico, es por ello que la presencia de las escorias si son posibles de ser enmarcadas como peligrosas.
- 5.3.5. En esa línea, la defensa del apelante ha cuestionado la inexistencia de términos cuantitativos que permitan catalogar estos residuos como peligrosos y que esta falta de objetividad en los profesionales resultaría tendenciosa al momento de emitir sus conclusiones; no obstante, esta Sala de revisión advierte que ello no resulta cierto, puesto que si bien los profesionales mencionados manifestaron que no existían cuantificaciones o límites en las cantidades ello no impidió que las muestras obtenidas puedan ser sometidas a la medición bajo los parámetros y referencias contenidos en las normas respectivas (Ley de Residuos Sólidos 27314 y su Reglamento 057-2004-PCM junto a la muestra de la supervisión de 02 de abril de 2018 por Dirección de Supervisión), incluso en todo momento se trajo a colación el Informe emitido por OEFA, en donde se dieron las emisiones de proporciones de residuos de metales hallados en las escorias y que ello fue tomado también como base, circunstancia que en ningún momento fue cuestionadas con algún otro baremo o alternativa de medición expuesta por la parte recurrente en el respectivo contrainterrogatorio que permita poner en cuestionamiento -válido y directo- las conclusiones, metodología o muestras utilizadas por los peritos con algún otro criterio o pronunciamiento de

similar índole; por lo que, la afirmación del A quo de que el residuo existente en las escorias halladas sí constituyen de tipo peligroso.

- 5.3.6. Asimismo, resaltamos que si bien ahora se cuestiona la contravención de los anexos que forman parte del Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, ello como tal no formó parte del debate al momento de examinarse a estos profesionales, al verificarse que las interrogantes no se orientaron a un análisis descriptivo de la conclusión en atención a los anexos, sino -centralmente- a la referencia de metodología usada, conllevando a que este argumento sea rechazado de plano por no condecirse con la información que se obtuvo en el interrogatorio y contrainterrogatorio efectivizado en juicio oral y fuera cometido a debate.
- 5.3.7. Por otro lado, señala el apelante que en el juicio se sometieron a debate una serie de documentos postulados por la defensa que no fueron adecuadamente valorados ni analizados por el juzgador como son la Resolución Directoral N° 1026-2013/DEPA/DIGESA que señala que las escorias de cobre objeto de control no son residuos sólidos peligrosos; Informe Técnico N° 2448-2013/DEPA/DIGESA, documento que es coetáneo al periodo de tiempo en el cual se vino ejecutando el contrato de compra venta de escorias con el Consorcio Virgencita de Copacabana, este pronunciamiento califica a la escoria como residuo no peligroso según el colegio b1-10 IX además se especifica el análisis se realiza sobre la escoria; el Informe Técnico N° 1277-2017/DCEA/DIGESA establece que la fiscalía solicita informar si el material residuo escoria es considerado como residuo sólido peligroso o no y DIGESA define que los residuos sólidos no peligrosos requieren contar con valores límites de cadmio, plomo y arsénico que le otorgan característica de peligrosidad; el Informe de Supervisión N° 558-2017/OEFA que señaló que las escorias son residuos sólidos no peligrosos; el Informe Técnico N° 007-2016-APN/DOMA que emitió la autoridad portuaria y nace de un requerimiento fiscal que delimita una opinión técnica sobre la escoria de concentrado de cobre en el puerto de ENAPU en Ilo y APN cataloga que la escoria no es una mercancía peligrosa. Por todo ello, se debió concluir que la escoria de cobre no es un residuo sólido peligroso según lo ha manifestado oportunamente DIGESA, OEFA y APN, ya que ninguna autoridad de forma institucional a la fecha a clasificado a la escoria de cobre de forma distinta.
- 5.3.8. Conforme lo indicado, de la sentencia objetada se observa que la Resolución Directoral N° 1026-2013/DEPA/DIGESA, el Informe Técnico N° 2448-2013/DEPA/DIGESA, Informe Técnico N° 1277-2017/DCEA/DIGESA, Informe de Supervisión 558-2017/OEFA e Informe Técnico N° 007-2016-APN/DOMA fueron pasibles de valoración individual y conjunta, siendo que la referencia de estos documentos sobre la no peligrosidad de la escoria como residuo no peligroso sí fue estimada, y sobre este punto cabe precisar que estas documentaciones señalan que los residuos no son peligrosos, sin embargo, debido a la existencia de otros metales en su composición significaron que ello aporte una característica de peligrosidad que varíe su inicial denominación, sumado a que estos documentos se dirigieron a autorizar la exportación de las escorias.
- 5.3.9. De esta forma, las invocaciones de la parte apelante solo se dirigen a amparar una mención general de los residuos, mas no a concatenar de forma conjunta la estimación general de las escorias con las características particulares de las muestras de escorias obtenidas en el caso presente, en las cuales su contenido evidenciaba la existencia de

metales que variaban la calidad de no peligrosidad inicial de los residuos; por lo cual, este argumento debe ser desestimado.

B. Sobre la disposición de la venta de escorias sin autorización

5.3.10. Indica el cuestionante que erradamente el juez asumió que la disposición se materializó con la inscripción del contrato de compra venta entre Southern Perú y Consorcio Virgencita de Copacabana, mas no se tuvo en cuenta que no se necesitaba autorización previa para el contrato de compra venta; así, no se ha infringido ninguna norma con la sola suscripción del contrato y no puede decirse que este acto en sí mismo sea ilícito, ya que no fue Southern Perú o el procesado Oscar Gonzales Rocha quienes colocaron las escorias de cobre fuera de sus instalaciones, sino que el retiro, traslado y depositó en diversos almacenes las escorias de cobre fue por parte del Consorcio Virgencita de Copacabana porque era el propietario de las escorias del presente proceso. Si se cuestionaba la falta de autorización para el traslado al Consorcio Virgencita debió incluirse a los representantes.

5.3.11. De modo palmario, debemos indicar que los hechos descritos en la acusación fiscal y recogidos en el punto 1.1 de la sentencia, señalan de forma expresa:

(...) en el presente caso la Empresa Southern Perú dispuso residuos sólidos peligrosos a través del Consorcio Virgencita de Copacabana que no cuenta con la autorización correspondiente por parte de la DIGESA ello conforme al Oficio N° 00977-2017/DSA/DIGESA y el Informe N° 891-2017/DCEA/DIGESA, precisando además que la empresa Southern Perú de acuerdo a las actividad que realiza se encuentra dentro del ámbito de la gran y mediana minería conforme al Informe Fundamentado y complementario N° 005-2017-OEFAA/DFSAI-COFEMA, por ello solo cuenta con la autorización para efectuar tales actividades, más no la de disponer los residuos peligrosos a empresas no autorizadas por DIGESA, autoridad que tiene competencia para emitir tal autorización.

5.3.12. De esta forma, queda claro que la atribución descrita no se orienta a afirmar la inexistencia de una autorización a Southern Perú para que pueda disponer de los residuos al Consorcio, sino que, conforme los hechos la responsabilidad atribuida a Southern Perú se da porque dicha empresa dispuso de los residuos al Consorcio Virgencita de Copacabana sin verificar si este último contaba o no con los permisos de transporte de residuos sólidos exigidos por DIGESA, al ser esta la única autoridad pasible de emitir esta autorización.

5.3.13. En adición a lo anterior, fue en ese sentido que se orientó el debate y tema probandum, esto es verificar si el Consorcio Virgencita de Copacabana contaba o no con la autorización de traslado de residuos; así, de la declaración de la perito Jenny Elizabeth Romero -en sesión de fecha 03 de diciembre de 2020- señaló que las empresas generadoras de residuos (Southern Perú) se encontraban sujetas al manejo y disposición de escorias bajo determinados compromisos ambientales de manejo y recojo de residuos sólidos, los cuales se encontraban vigentes a dicha fecha, indicando que ello incluía el encapsulamiento y su traslado a los depósitos de fundición.

5.3.14. Ahora bien, señala el recurrente que ni Southern Perú ni el procesado Oscar Gonzales Rocha colocaron las escorias de cobre fuera de sus instalaciones, sino que el retiro, traslado y depositó de la escoria en diversos almacenes fue por parte del Consorcio Virgencita de Copacabana porque era el propietario de las escorias del presente proceso; pero dicho argumento no resulta valido, toda vez que la responsabilidad

atribuida al tercero civil no se dio porque la empresa como tal o el imputado hayan movilizado personalmente los residuos, sino que la responsabilidad se genera por un incumplimiento de verificación de que el Consorcio Virgencita de Copacabana -al cual se le adjudicaba los residuos- contaba con la debida autorización de traslado de estos sólidos desde los almacenes de Southern Perú hacia su exportación, ya que conforme la normativa legal y compromiso al cual se encontraba obligado Southern Perú exigían que debía verificar la existencia de una autorización por parte de DIGESA sobre el adecuado manejo de los residuos generados por la actividad minera desplegada por Southern Perú.

- 5.3.15. Incluso, de la primera adenda adjunta al contrato de compra venta, se verifica que Southern Perú contaba con la facultad de impedir el retiro de los residuos de sus almacenes y verificar el incumplimiento de obtención de la autorización requerida para el manejo y traslado de residuos por parte del Consorcio Virgencita de Copacabana; con lo cual, es evidente que la empresa Southern Perú se encontraba en la facultad plena de supervisar la existencia de una autorización y en caso contrario podía no permitir la entrega de escorias de sus almacenes a favor del Consorcio, dado que la sola condición de propietario de este último no significaba un deslinde de responsabilidad absoluto e inmediato por parte de Southern Perú en la supervisión de su traslado conforme al cumplimiento de compromisos ambientales asumidos por su condición de empresa generadora de residuos; por lo cual, este cuestionamiento debe desestimarse.
- 5.3.16. En ese mismo sentido, corresponde rechazar también el argumento de incorporación al proceso a los representantes del Consorcio, ya que debemos precisar que por la condición particular de Southern Perú se encontraba sujeto al cumplimiento de compromisos atribuidos por su condición y actividad minera desarrollada, encontrándose dentro de estas obligaciones de cumplimiento de compromisos ambientales y su supervisión en la ejecución de sus actividades y disposición de los residuos generados; por lo cual, pretender ahora anular su responsabilidad mediante una transferencia a los representante del Consorcio no es posible, en atención a su condición personalísima a la que se encontraba obligado.

C. Sobre la permisión de la movilización de residuos peligrosos por empresas no registradas

- 5.3.17. La conducta jurídica atribuida no puede pretender encajar una conducta no postulada por las partes en sus actos postulatorios, ya que Southern Perú suscribió un contrato en donde transfirió la propiedad de las escoria materias del proceso al Consorcio, donde esta última señaló claramente que contaba con las autorizaciones para el traslado y comercialización de los mismos junto al traslado y riesgo bajo sus propios criterios, sin consultar o tener injerencia con Southern Perú, pues es una entidad independiente. La participación de Southern Perú fue controlar las cantidades, ya que el contrato establecía un límite material de tonelaje, entonces solo se verificó la ejecución contractual de acuerdo a las prácticas comerciales, más aún que el Consorcio no es un dependiente de Southern Perú, por lo que el traslado es su exclusiva responsabilidad en ejecución del contrato.
- 5.3.18. En mérito a lo postulado, al igual que el punto anteriormente cuestionado, la defensa del tercero civil ampara su argumento en el deslinde de responsabilidad de la empresa por la sola transferencia de propiedad de los residuos al Consorcio Virgencita de

Copacabana; sin embargo, ello ya fue objeto de pronunciamiento y desarrollo en el ítem 6.2.3.3 de la sentencia objetada, en la cual se indicó que en el objeto de contrato suscrito entre el Consorcio Virgencita de Copacabana y Southern Perú, este último era responsable del transporte del material y la contratación de un transportista debidamente calificado para realizar el servicio y bajo su responsabilidad que el transportista seleccionado utilice vehículos que cumplan en forma estricta y continuamente con el Reglamento Nacional de Vehículos, y toda otra regulación que fuera aplicable, incluso en la primera adenda de este contrato se precisó que Southern Perú podría supervisar aleatoriamente estas operaciones y se reserva el derecho a objetar los métodos, formas, implementos y medios que no considere adecuados para el adecuado transporte del material ya que el Consorcio debía remitir a Southern Perú su plan de contingencias, procedimientos de trabajo y recojo, certificados de inspección como empresa comercializadora de residuos sólidos ante DIGESA, y de su contratista transportista; por todo ello resulta correcto afirmar que Southern Perú poseía una facultad de supervisión que tenía.

- 5.3.19. Aunado a lo evidenciado del contenido de contrato de compra venta, se sumó también lo declarado por Judith Gonzales, quien indicó ser jefa de residuos sólidos y haber participado en el transporte y supervisión del traslado desde fundición hasta su destino y que se encontraban encargados de la revisión de la documentación que se presentaba para este proyecto.
- 5.3.20. De esta manera, la alegación de que la supervisión Southern Perú se limitó solo a controlar el tonelaje no es cierta, puesto que de las obligaciones descritas en el contrato de compra venta se evidencia que su intervención se daba más allá de este simple hecho, lo cual a su vez guarda amplia correspondencia con el sometimiento que la empresa debía cumplir en atención a los compromisos de tipo ambiental a los cuales se encontraba suscrito y obligado por disposición normativa; asimismo, tampoco es posible de admitir como argumento suficiente de refutación el hecho de que el Consorcio sea un ente independiente de Southern, pues las facultades de la empresa minera se extendieron más allá de la sola entrega de residuos.
- 5.3.21. En esa línea, debe confirmarse la conclusión del A quo en relación a que Southern Perú sí tuvo un rol de intervención y supervisión en el transporte de la escoria de cobre.

D. Sobre desperdigar material particulado que pudo haber sido ingerido por personas

- 5.3.22. Refiere la parte recurrente que la conducta antijurídica atribuida fue desperdigar material particulado y el supuesto daño a las personas ocasionado por el transporte, pero eso no fue materia de acusación, tampoco existe material o medio de prueba que acredite la existencia de material particulado o un supuesto daño a las personas ya que dicha dispersión nace de una presunción y no de una prueba en concreto; tampoco se estimó que Southern Perú no trasladó las escorias fuera de sus instalaciones con fines de disposición según la Ley de Residuos Sólidos, lo que se hizo fue suscribir un contrato con un tercero donde se le trasfiere la propiedad del mismo, asumiendo el Consorcio la responsabilidad en el traslado y almacenamiento, sumado a que el PAMA mediante la Resolución Directoral N° 042-97-EM/DGM en ninguna parte califica a estas como un residuo sólido peligroso, por el contrario, se le da el tratamiento de residuos sólidos no peligrosos, no existiendo una autorización para la venta de escorias.

- 5.3.23. Conforme lo expuesto, resulta cierto que el derrame de material particulado y daño a las personas no fue objeto de imputación en el extremo penal, pero, dicha conducta sí formó parte de la conducta objetiva descrita por el actor civil; así, precisó el actor civil que, para el daño ambiental no se requiere la concreción de un daño concreto, sino la potencialidad de daño, la cual se da al movilizar 5 mil millones de toneladas de recurso peligroso escoria de cobre; el nexo de causalidad es la vinculación objetiva se da entre el imputado Oscar Gonzales Rocha y la vinculación a la empresa Southern Perú; siendo el factor de atribución la culpa civil, indiferentemente sea dolo o culpa; y la antijuridicidad se sustenta al haberse infringido el artículo 2 numeral 22 de la Constitución Política, en el cual todas las personas tienen el derecho y deber de vivir en un ambiente sostenible.
- 5.3.24. De esta forma, se observa que la alegación de dispersión de material de residuo no nace de una sola presunción por el juzgado, sino que la misma fue invocada oportuna y válidamente por el actor civil, y ello también fue verificado mediante los resultados obtenidos de las muestras de escoria y los metales contenidos en su composición descritos en el Informe N° 005-2017-OEFAA/DFSALCOFEMA elaborado por Jenny Elizabeth romero y en el Informe Complementario N° 005-2017-A-OEFA/DFSAI elaborado por Eduardo Robert Melgar Córdova; asimismo, en ambos informes determinó que quien se encontraba bajo la supervisión del traslado de residuos era la empresa Southern Perú, siendo que la sola venta de residuos no excluía a la empresa generadora de residuos el deslindarse de su responsabilidad supervisadora conforme la Ley de Residuos Sólidos.
- 5.3.25. En ese sentido, si bien el recurrente indicó que la empresa Southern Perú actuó bajo la contemplación del PAMA mediante la Resolución Directoral N° 042-97-EM/DGM, ya que en ninguna parte se calificaba a estos residuos como peligrosos; este argumento por sí mismo no resulta amparable puesto que la misma empresa reconoció que al poseer un PAMA se encontraba comprometido con el Estado a ejecutar el manejo de residuos sólidos de escoria y su disposición; por lo cual, al ser aprobado el PAMA, se convierten en exigibles para el administrado todos los compromisos asumidos y una de las consecuencias de incumplimiento deviene en el inicio de procedimientos administrativos sancionadores y una posterior sanción; de esta forma, la empresa Southern Perú no estaba autorizada para disponer de la escoria fuera de sus instalaciones, solo tenía permiso o autorización a través del PAMA para disponerlo en la zona norte o zona sur de la fundición; por lo cual, existía una delimitación de supervisión en los residuos hacia la empresa y la disposición que sobre ellos se daba.
- 5.3.26. De esta forma, al haberse verificado la existencia de una dispersión de los residuos tras la toma de muestras en diversos puntos de ubicación, el daño ambiental al cual se hace referencia fue mencionado como uno de tipo potencial y no concreto, dado que la modalidad utilizada por parte de la empresa Southern Perú fue la falta de supervisión a la movilización de aproximadamente 5 millones de toneladas de escoria de cobre; por lo que, sí se verifica que la conducta de dispersión del residuo formó parte de la conducta atribuida en el extremo civil por el actor civil, generando que se desestime el agravio formulado en este extremo.

E. Sobre la inexistencia del daño

- 5.3.27. Indica el abogado del tercero civil como agravio que en el noveno considerando de la sentencia se sostuvo que el supuesto daño causado estaría acreditado porque las escorias son un residuo sólido peligroso, Southern Perú permitió que las escorias sean transportadas dentro del campo urbano por empresas que no contaban con autorización, pero que por eso no puede llegar a concluirse que estas escorias son residuos sólidos peligrosos; tampoco se ha sometido a debate ningún medio que pruebe objetivamente lo contrario, entonces desaparece la posibilidad de daño y no existe deber de indemnización alguno y no existe sustento fáctico ni jurídico que permita al juzgador imponer responsabilidad civil extracontractual.
- 5.3.28. Conforme se observa de la sentencia, el considerando noveno se halla dirigido a desarrollar la determinación de la reparación civil y en su análisis se hizo mención a que este delito constituía uno de peligro y conforme lo previsto en el Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116 su particularidad no lo excluye de la generación de un daño de tipo civil, es por ello que el A quo procedió a verificar si con la conducta civil atribuida se ha causado o no un daño; para ello, se partió de que la denominación se peligrosidad de los residuos de escoria se obtuvo tras la prueba actuada en juicio oral y su toxicidad se amparó en los porcentajes de presencia de cadmio, plomo, arsénico y mercurio en las muestras recogidas, todo esto junto al hecho de que la toxicidad de estos metales se manifiesta con el transcurso del tiempo y no de manera inmediata. Asimismo, el grado de afectación por la presencia de arsénico en el medio ambiente se dio por validado mediante la Resolución Ministerial N° 389-2011/MINSA se aprobó la Guía de práctica clínica para el diagnóstico y tratamiento de la intoxicación por arsénico.
- 5.3.29. En esa línea, al haber señalado el actor civil que el traslado de estos residuos se dio mediante la movilización por el casco urbano de la ciudad de Ilo en un periodo aproximado de 10 meses, lo que implicaba la dispersión de estos residuos en el ambiente, ya que se ha verificado que el Consorcio Virgencita de Copacabana no contaba con la autorización necesaria por DIGESA que lo habilite como empresa transportadora de residuos sólidos, más aún cuando estos residuos contenían altos niveles de mercurio que conllevaban a que su residuo sea estimado como de tipo tóxico.
- 5.3.30. Por ello, la potencialidad de afectación que dicha actividad pueda originar se halla ampliamente contemplada en la Ley General del Ambiente en el artículo 142 y 144, en los cuales se concibe como daño ambiental al menoscabo actual y potencial que pueda sufrir el medio ambiente; siendo que al no exigir la norma la existencia de un medio de prueba cierto que evidencie este daño y dada su concepción de naturaleza potencial, es posible mantener la decisión del A quo, ya que pese a no tenerse certeza de que estos residuos hayan podido ser ingeridos por alguna persona existe una alta posibilidad de que estos residuos se dispersaron por el trayecto que recorrió desde las instalaciones de la empresa Southern Perú hasta su destino final (no negado en juicio), toda vez que su trayecto se dio en gran extensión por la ciudad de Ilo y sobre ella recaerían los efectos negativos potenciales a consecuencia de un traslado sin la debida supervisión de manejo y movilización autorizado por DIGESA.
- 5.3.31. Ene se orden, el cuestionamiento debe ser rechazado al verificarse la existencia de un daño de tipo potencial que ha contado con un respaldo normativo de la naturaleza del delito y sus efectos previstos en la Ley General del Ambiente.

F. Sobre la inexistencia de un nexo causal

- 5.3.32. Refiere el apelante que no existe un nexo causal porque cuando se absolvió a Oscar Gonzales Rocha se sustentó fundamentalmente en que no existe un conocimiento, acción o comisión a su cargo que coincida en la ejecución del contrato; siendo su única acción figurar como representante legal en el contrato, lo que evidentemente por sí solo no tienen potencialidad de causar daño alguno; por lo tanto, si a partir de la ejecución del contrato se han producido las circunstancias que ameritan una reparación civil, no se explica como estos hechos pueden generar responsabilidad civil extracontractual a Southern Perú.
- 5.3.33. En relación al nexo causal, cabe precisar que es aquella unión entre el hecho generador y el daño que faculta la exigencia de una indemnización por parte del responsable a favor del perjudicado; así esta unión cumple diversas funciones, ya no solamente sirve para reconstruir los eventos y la cohesión entre daño y responsabilidad, sino también para seleccionar el área de los daños resarcibles; por ello, una cosa es emplear la causalidad con la finalidad de imputar un hecho a un sujeto y otra es emplear la causalidad para estimar el daño, es decir, para determinar la relevancia jurídica de las consecuencias desfavorables.
- 5.3.34. Ahora bien, cabe precisar que el análisis de los extremos penales y civiles si bien concurren en una sola causa, ambos obedecen a una naturaleza distinta que amerita que sus pretensiones sean evaluadas a la luz de criterios distintos; por ello, no puede ampararse la equiparación de la defensa en relación a la conducta y razonamiento expuesto en la sentencia sobre el fundamento absolutorio del procesado Oscar Gonzales Rocha con el fundamento -sobre el extremo civil- del tercero civil responsable Southern Perú, toda vez que en la causa en concreto a la parte ahora recurrente solo se le atribuyó una responsabilidad de tipo civil y ello en ninguna forma puede ser equiparado con el despliegue de una conducta penal como pretende el apelante.
- 5.3.35. Así, del análisis del cumplimiento de obligaciones por parte de Southern Perú, con la prueba actuada en juicio y precisada en líneas anteriores se ha podido verificar que la empresa se encontraba sujeta al cumplimiento de una conducta la cual - independientemente de la conducta desplegada por el procesado Oscar Gonzales Rocha- no fue desplegada conforme a los lineamientos normativos y compromisos a los cuales se encontraba sujeta y ello como tal ha conllevado a la generación de un daño potencial, existiendo así una conexión en una causa concreta y la potencialidad del daño generado.
- 5.3.36. De esta forma, el cuestionamiento formulado no es de recibo, toda vez que el apelante confunde la descripción de conductas y el análisis que distintamente se dio para el extremo penal como civil, siendo que la empresa Southern Perú solo se encontraba requerida por el extremo resarcitorio, fue en base a ello se analizó su responsabilidad en relación al potencial perjuicio que su falta de observancia conllevó.
- 5.3.37. **EN CONCLUSIÓN**, debemos señalar que al no haberse enervado las razones justificativas de la decisión absolutoria; **debe declararse infundado el recurso de apelación y confirmarse la imposición de una reparación civil al tercero civil responsable Southern Perú**, pues de los argumentos de la sentencia objetada -en ese extremo- se observa una motivación clara, lógica y completa, sustentada en la prueba

actuada y valorada en la sentencia; considerando además que la recurrida no presenta defectos en la motivación que invaliden el razonamiento del órgano de primera instancia.

§ III) RESPECTO A LOS AGRAVIOS FORMULADOS POR EL ACTOR CIVIL

- 5.4. En el recurso de apelación de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos Ambientales del Ministerio del Ambiente solamente se cuestiona el razonamiento aplicado por el Juzgador de primera instancia para cuantificar el monto de reparación civil que deberá abonar el procesado Oscar Gonzáles Rocha de manera solidaria con el Tercero Civil Responsable Southern Perú Copper Corporation.
- 5.4.1. Así, el recurrente sustenta que para la cuantificación debe considerarse los siguientes parámetros objetivos: *i)* El material movilizado escoria de cobre que es un residuo resultante de procesos de fundición y refinación de mineral; actividad principal de esta empresa de la gran minería. *ii)* La escoria de cobre, conforme al informe fundamentado de la OEFA, constituye un material altamente contaminante, peligroso y tóxico por su composición química en altas concentraciones de Arsénico, Bario, Cadmio, Mercurio y Plomo. *iii)* El volumen total del material peligroso (escoria de cobre) que se pretendía comercializar ascendía a 5'000 000.00 (cinco millones) de toneladas métricas. *iv)* El volumen del material peligroso movilizado efectivamente asciende a 73 194.45 toneladas métricas, de conformidad con las facturas de venta expedidas por la Empresa Southern Perú. *v)* El volumen del material peligroso depositado en los almacenes del Puerto de Ilo – ENAPU asciende a 68 273.76 toneladas métricas, de conformidad con la información remitida por ENAPU; por lo que existe una diferencia de 4,920.69 toneladas métricas del residuo tóxico – peligroso del que se desconoce su ubicación. *vi)* La ubicación geográfica donde acaecieron los hechos, corresponde a la zona minera competencia de la empresa Southern Perú Cooper Corporation, y el Puerto de Ilo, competencia de ENAPU. *vii)* La dimensión geográfica que tiene ocupada este material en el puerto de ENAPU, es de aprox. 6000 m². *viii)* La obligación y compromiso ambiental de la empresa minera Southern Perú, conforme a su Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), de disponer los residuos “escoria” en el interior de la empresa – fundición, mediante la utilización de ferrocarriles. *ix)* Nacional, atendiendo a que la disposición del material peligroso inició en el Distrito de Pacocha hasta en el Puerto de Ilo, de donde se pretendía extraer el extranjero vía marítima. *x)* Rol del agente principal, sujeto empresario extranjero, el imputado Oscar Gonzales Rocha, es de nacionalidad mexicana, y ostente el cargo de presidente ejecutivo y representante de la empresa Southern Perú Cooper Corporation, en cuyo marco de actividad empresarial ocurrieron los hechos.
- 5.4.2. En la sentencia apelada se han expresado de manera suficiente las razones por las que el A quo considera que la cuantificación del monto de reparación civil debe obedecer al beneficio económico obtenido por la empresa Southern Perú Copper Corporation con la venta y retiro de los residuos (escoria) materia de acusación, conforme se detalló en la parte pertinente de su *CONSIDERANDO NOVENO. DETERMINACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL* (páginas 84 y 85 de la apelada): “...Entonces, la reparación civil, además de un aspecto reparador del daño, también responde a un fin de desincentivar conductas lesivas. Asimismo, si bien no estamos ante un delito contra la administración pública, debe tenerse en cuenta que la cuantificación del daño ambiental es de

difícil evaluación, además que en nuestra legislación no existen criterios específicos para determinarse. Por lo tanto, el razonamiento utilizado por la Sala Penal Transitoria en la Casación 189-2019 para considerar que el aprovechamiento obtenido puede tomarse en cuenta como un criterio para determinar el alcance del daño, ya que 'el grado de ventaja o ganancia conseguida es un factor a considerar, pues cuan mayor sea esta mayor debe ser el monto indemnizatorio', también puede ser aplicado en el presente caso, toda vez que se ha acreditado que SPCC consiguió una ganancia por vender escoria sin cuidar por el correcto manejo de esta. Para la determinación del monto indemnizatorio, es preciso tener en cuenta además el principio de internalización de costos, el cual prescribe que toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente. El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos. En ese sentido, teniendo en cuenta que los residuos de escoria no estaban previstos como activos comercializables según el PAMA de la empresa SPCC, y que esta empresa indebidamente dispuso de estos residuos, autorizó que se retiren de la zona de almacén legalmente destinada para su disposición, y permitió que se continúen retirando pese a que conocían que los vehículos utilizados para esta actividad no pertenecían a empresas registradas para este fin; y que, en consecuencia, obtuvo un provecho ascendente a USD 304,488.91, conforme a las facturas oralizadas en juicio, este Juzgado considera razonable que para cuantificar la reparación civil se valore cuál fue el beneficio obtenido por SPCC con la actividad infractora y, en consecuencia, corresponde fijar la indemnización en su equivalente aproximado al tipo de cambio, esto es en la suma de un millón de soles; los que deberá pagar el acusado y el tercero civilmente responsable, empresa Southern Perú Copper Corporation, de manera solidaria...".

5.4.3. Analizados los parámetros de cuantificación postulados por el recurrente, no se advierte que constituyan criterios válidos y suficientes para reformar la decisión del A quo y aumentar del monto fijado como reparación civil, principalmente porque:

5.4.3.1. Para establecer el quantum resarcitorio por daño extrapatrimonial (como en el presente caso), especialmente cuando su determinación no resulta posible ser probado en un monto preciso, no se aplican fórmulas exactas o matemáticas sino el examen esencial se efectúa en base al principio de *equidad*, de conformidad con el artículo 1332 del Código Civil¹⁹. De igual modo, el principio de Proporcionalidad permite al Juez realizar una valoración equitativa o prudencial del daño. Criterio que guarda correspondencia con la *Casación número 189-2019-LIMA NORTE*²⁰.

5.4.3.2. La condición de material altamente peligroso y tóxico de la escoria de cobre (residuo), su cantidad o volumen comercializado y la zona geográfica donde acontecieron los hechos materia de juzgamiento, son circunstancias que fueron merituadas por el señor Juez de primera instancia para determinar la existencia del daño causado como elemento constitutivo de la responsabilidad civil. No teniendo incidencia directa con la determinación precisa del monto que por resarcimiento debe abonar el acusado y el Tercero Civil Responsable. De igual modo, la obligación y compromiso ambiental de la empresa minera Southern Perú Copper Corporation y la calidad del acusado como su presidente ejecutivo y representante, tampoco se erigen como situaciones concretas que permitan acrecentar la reparación civil.

5.4.3.3. Por lo contrario, un criterio objetivo que sí guarda debida correlación con el monto a fijar por reparación civil, como bien analizó el A quo teniendo en cuenta el principio de Internalización de Costos²¹ previsto en el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente número 28611, es el beneficio económico que logró la

¹⁹ **Código Civil, artículo 1332.-** Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

²⁰ Pronunciada el 17 de noviembre del 2020 por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República [CONSIDERANDO DECIMONOVENO].

²¹ **Ley 28611, Título Preliminar: VIII.-** (Primer párrafo) Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente. (Segundo párrafo) El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos.

empresa minera Southern Perú Copper Corporation por la venta de la escoria de cobre, permitiendo que empresas no registradas como Empresas Prestadoras de Servicios de Residuos Sólidos o Empresas Comercializadoras de Residuos Sólidos movilizaran este residuo peligroso que ha podido ser ingerido por las personas de la ciudad de Ilo, cuantificado en 304,488.91 Dólares Americanos (conforme a las facturas oralizadas en juicio oral), habiéndose efectuado un cálculo aproximado al tipo de cambio de un millón de Soles, equivalencia que no ha sido cuestionada por el recurrente.

- 5.4.4. Finalmente, debe precisarse que la fijación del monto de reparación civil que debe abonar el acusado y el Tercero Civil Responsable no responde a la necesidad de un castigo, sino que constituye un mecanismo eficiente para la realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales, dentro de los alcances de los artículos: 93 inciso 1 del Código Penal²² y 147 de la Ley General del Ambiente número 28611²³.
- 5.4.5. **Consecuentemente**, evidenciándose que la sentencia apelada contiene argumentos razonados y suficientes, expresando de manera correcta las razones que sustentan su decisión y no advirtiéndose vicios o defectos en su motivación, corresponde desestimar las alegaciones del Actor Civil en este extremo.

SEXTO: SOBRE LAS COSTAS.

- 6.1. Conforme lo prevé el artículo 497.3 del Código Procesal Penal a la parte vencida le corresponde el pago de las costas, pudiendo el Colegiado exonerarla, en forma total o parcial, cuando hayan existido razones serias y fundadas para hacerlo.
- 6.2. Así pues, en el caso de autos, estando a la revisión de los recursos impugnatorios planteado por la defensa del imputado Oscar González Rocha, como por la defensa del tercero civil Souther Perú Copper Corporation Sucursal del Perú, se verifica que se han expresado de manera razonable los motivos para plantear sus agravios, también se advierte que no se ha producido obstaculización, ni se ha procedido de mala fe procesal; por lo que, corresponde exonerársele de las costas de esta instancia.
- 6.3. Por otro lado, es de precisar que en cuanto al Ministerio Público y la Procuraduría Pública especializada en delitos ambientales del Ministerio del Ambiente; éstos se encuentran exentos del pago de costas por disposición expresa del artículo 499°. 1, del Código Procesal Penal.

Por tales consideraciones:

III. PARTE RESOLUTIVA.

²² **Artículo 93.-** La reparación comprende: **1.** La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y **2.** La indemnización de los daños y perjuicios.

²³ **Artículo 147.-** La reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes, y de la indemnización económica del mismo. De no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados. La indemnización tendrá por destino la realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales.

1. **DECLARAMOS: FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público.
2. **SIN MÉRITO A PRONUNCIAMIENTO**, en el extremo penal, el recurso de apelación formulado por el señor Procurador Público Especializado en Delitos Ambientales del Ministerio del Ambiente (Actor Civil), conforme lo señalado en el considerando cuarto, literal II) de la presente Sentencia de Vista.
3. **DECLARAMOS: NULA** la Sentencia Nro. 99 - 2021, de fecha 29 de abril de 2021, sólo en el extremo que resolvió: Absolver a Óscar Gonzáles Rocha, como presunto autor del delito de Tráfico Ilegal de Residuos Peligrosos tipificado en el artículo 307° del Código Penal, en agravio del Estado (representado por la Procuraduría del Ministerio del Ambiente); en consecuencia, **dispone** la cancelación de los antecedentes penales y judiciales y de toda medida de coerción real y personal que este proceso hubiera generado.
4. **DISPONEMOS: LA EXPEDICIÓN DE UNA NUEVA DECISIÓN JUDICIAL**, por el Juez llamado por ley, **sólo en el extremo absolutorio declarado nulo**, bajo renovación de la audiencia respectiva, cuidando de efectuar un adecuado e integral control, y de exponer de manera clara y coherente las razones de la determinación judicial a que arribe, con arreglo a derecho.
5. **DECLARAMOS: INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado Oscar González Rocha.
6. **DECLARAMOS: INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa del tercero civil SOUTHERN PERÚ COPPER CORPORATION Sucursal del Perú.
7. **DECLARAMOS: INFUNDADO** el control de admisibilidad postulado por el señor abogado del acusado Oscar Gonzáles Rocha y el Tercero Civil Responsable, respecto del extremo penal impugnado por el Actor Civil.
8. **DECLARAMOS: INFUNDADO en parte**, en el extremo civil, el recurso de apelación interpuesto por el señor Procurador Público Especializado en Delitos Ambientales del Ministerio del Ambiente (Actor Civil).
9. **CONFIRMAMOS: la Sentencia Nro. 99 - 2021**, de fecha 29 de abril de 2021, en el extremo que resolvió: Declarar fundada en parte la pretensión civil. En consecuencia, **dispone** que **Óscar Gonzáles Rocha**, de manera solidaria con el tercero civilmente responsable Southern Perú Copper Corporation sucursal del Perú paguen por concepto de reparación civil la suma de S/ 1'000,000.00 (un millón de soles), a favor del agraviado, que deberá destinarse a la mejora del medio ambiente en la ciudad de Ilo.
10. **ORDENAMOS:** Se devuelvan los autos al Juzgado de procedencia, para los fines pertinentes. Sin costas de la instancia. - **REGÍSTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUÉLVASE.** - Juez Superior Ponente: señor *Roger Pari Taboada.* -

SS

RODRIGUEZ ROMERO

PARI TABOADA

LUNA REGAL