

# CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

## SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1500-2021/PASCO  
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título. Contaminación del ambiente. Juicio de apelación. Condena del absuelto

**Sumilla 1.** Por la naturaleza del agravio, primero, se resolverán las causales vinculadas al quebrantamiento de un precepto procesal, sea de jerarquía constitucional u ordinario; y, segundo, si y solo si se desestiman estos motivos, se resolverán las causales referidas a la infracción de un precepto material o sustancial. **2.** Existe doctrina jurisprudencial consolidada, emitida por este Supremo Colegiado, en orden a la denominada “condena del absuelto”, más aún si la Sala Constitucional y Social de este Tribunal Supremo en dos sentencias consideró que esta potestad de la Sala Penal Superior no vulnera el derecho al recurso y, en términos más generales, la garantía genérica del debido proceso. Por lo demás, es de tener presente que, al respecto, existe norma expresa que así lo autoriza: ex artículo 425, apartado 2, literal b), del Código Procesal Penal -en adelante CPP-. **3.** Las garantías de la segunda instancia, vinculadas al debido proceso, tutela jurisdiccional y defensa procesal, se respetarán, siempre y cuando está en discusión cuestiones de hecho y se requiere examinar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia –en términos procesales, claro está–, en tanto en cuanto se celebre una audiencia de apelación en forma con la presencia del imputado y, si correspondiere, en atención al aspecto defendido alegado, con la intervención de testigos y peritos, para someterlos, junto a la declaración del imputado, al respectivo debate contradictorio, siempre que la hipótesis defensiva o resistencia defensa de este último dependa de sus testimonios o explicaciones –no es, pues, un problema derivado del principio de inmediación, sino del de contradicción–. Solo así se podrán revalorar los hechos como datos decisivos para la determinación de la culpabilidad. **4.** Desde la organización del Ministerio Público, en apelación interviene el fiscal superior. Éste, sin embargo, no puede variar la pretensión impugnatoria (*causa petendi* y *petitum*), pues el que la introduce es el fiscal provincial a través del escrito de apelación y es éste el que es materia de la concesión del citado recurso por el juez penal y, luego, de su declaración de bien concedido por el Tribunal Superior. Conforme al artículo 424, apartado 2, del CPP, el fiscal superior solo tiene opción para desistirse total o parcialmente de la apelación –es decir, en este último caso, de extremos de ella cuando las causas de pedir son varias– o, por el contrario, para ratificarse de los motivos de la alzada –la *causa petendi*–. Lo que no puede hacer es alterar los términos del objeto impugnatorio: introducir nuevos motivos, limitar –sin desistirse– el contenido fáctico y jurídico del recurso o variar el *petitum*, salvo claro está si se está ante un error patente, de denominación o subsunción.

### –SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, cuatro de julio de dos mil veintidós

**VISTOS;** en audiencia pública: los recursos acumulados de casación, por las causales de inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal, violación de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial, interpuestos por el encausado LUIS ENRIQUE OSORIO VERÁSTEGUI y el Tercero Civilmente Responsable, VOLCAN COMPAÑÍA MINERA SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA, contra la sentencia de vista de fojas novecientos sesenta y dos, de veintitrés de abril de dos mil veintiuno, que revocando la sentencia de primera instancia, de fojas ochocientos dieciocho, de trece de enero de dos mil veinte, condenó a Luis Enrique Osorio Verástegui como autor del delito de contaminación del ambiente en agravio del Estado – Ministerio del Ambiente a

cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de dos años, y quinientos días multa, así como al pago solidario con Volcan Compañía Minera Sociedad Anónima Abierta de un millón quinientos mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que la respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

## FUNDAMENTOS DE HECHO

**PRIMERO.** Que la sentencia de vista declaró probado que el encausado LUIS ENRIQUE OSORIO VERASTEGUI, como ex jefe de Asuntos Ambientales, transgredió su deber de garante en la protección del ambiente durante su ejercicio como organizador, planificador y controlador de la gestión ambiental de la Unidad de Producción Cerro de Pasco de VOLCAN COMPAÑÍA MINERA, por cuya conducta dolosa en varios momentos específicos (del cuatro al ocho de octubre de dos mil ocho, del tres al seis de diciembre de dos mil ocho, del siete al ocho de mayo de dos mil nueve, del veinticuatro al veintisiete de agosto de dos mil nueve, del seis al nueve de octubre de dos mil nueve y, el último espacio conocido, del tres al seis de diciembre de dos mil nueve) provocó en contra del ecosistema de influencia un aumento relevante de riesgo al descargar por el efluente minero metalúrgico doscientos dos (Unidad de Procesos Metalúrgicos), el efluente minero metalúrgico doscientos tres (Planta de Neutralización), y efluente minero metalúrgico doscientos cuatro (Servicio de Mina) aguas de difusa calidad, cuya potencialidad dañosa conoció y no adoptó medidas suficientes y relevantes para frustrarlo.

∞ Estas concentraciones de contaminantes han podido casuar perjuicio sobre la calidad ambiental del lado norte del lago Chinchaycocha –naciente del río Mantaro– en el impacto de las concentraciones contaminantes arrastrados primero por el río Ragro (o Ragra) ex Quebrada Quiulacocha, y luego traídos por el río San Juan en aproximadamente catorce kilómetros y medio de recorrido, contado desde los puntos de descarga. Después que OSINERGMIN traspasó sus atribuciones ambientales a la OEFA, este último emprendió en noviembre de dos mil diez, noviembre de dos mil once, mayo de dos mil doce y julio de dos mil doce supervisiones regulares de la evaluación de la calidad del agua; y, advirtió exceso de sólidos suspendidos en las dos primeras y exceso de zinc, hierro y plomo en los últimos, respectivamente. Ello permitió inferir que el manejo inadecuado de los efluentes persiste como práctica empresarial reprochable por el Derecho penal.

**SEGUNDO.** Que la causa se ha desarrollado como a continuación se señala:

1. Llevado a cabo el control de acusación, se emitió auto de enjuiciamiento de fojas setenta y cuatro, de veintiuno de septiembre de dos mil dieciséis. Tras el juicio primigenio el encausado fue absuelto el veintitrés de agosto de dos mil diecisiete. El Ministerio Público y la Procuraduría interpusieron recurso de apelación. El Tribunal Superior dictó la sentencia de vista de nueve de

mayo de dos mil dieciocho que anuló la sentencia de primer grado y dispuso la celebración de nuevo juicio oral.

2. Culminado el segundo juicio oral, público y contradictorio, el Juzgado Penal dictó la sentencia de fojas ochocientos dieciocho, de trece de enero de dos mil veinte, que absolvió a Luis Enrique Osorio Verástegui de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de contaminación del ambiente en agravio del Estado – Ministerio del Ambiente, y desestimó el pago de la reparación civil.

\* Consideró que, si bien está probado que el encausado Osorio Verástegui, cuando los hechos, era jefe de medio ambiente de Volcan Compañía Minera durante el periodo del uno de febrero de mil novecientos ochenta y nueve al treinta de noviembre de dos mil diez, así como en los años en dos mil ocho y dos mil nueve, ante las supervisiones efectuadas por la autoridad administrativa competente, superó los límites máximos permisibles en los vertimientos de los efluentes como consecuencia de su actividad minera, lo que generó que ésta abriera proceso administrativo sancionador, no está probada la existencia de daño o peligro concreto contra el ambiente –en este caso sobre el cuerpo receptor sobre el denominado Río Ragra o Río Ragra–; que, en efecto, aun cuando el informe 94-2013-DFSA/COFEMA, de veintisiete de agosto de dos mil trece, concluyó que solo se califican indicios de un posible riesgo ambiental, el autor del informe expresó que no puede afirmar que existió un daño, solo que hubo superación de los límites máximos permisibles, donde sí pudo haber afectación al cuerpo receptor; que los tres informes técnico legales de supervisión, llevados a cabo en las visitas del cuatro al ocho de octubre de dos mil ocho, del tres al seis de diciembre de dos mil nueve, precisaron que el cuerpo receptor de estas descargas de efluentes en los puntos doscientos dos, doscientos tres y doscientos cuatro se realizó en la laguna de Yanamate, donde se habría generado un impacto negativo, lo que no es concordante con lo señalado en el requerimiento de acusación y desarrollo del juicio, que tiene como cuerpo receptor al río Ragra; que, por tanto, no está probado que haya existido daño real ni peligro concreto contra el ambiente, en este caso en el cuerpo receptor denominado río Ragra o Río Ragra; que, según el perito Valverde Espinoza, median doce componentes para establecer los límites máximos permisibles, y en cuanto a cada uno de los seis informes técnico legal solo se puede concluir que la superación de límites máximos permisibles no es constante ni permanente, es ocasional y no se verifica en la mayoría de los turnos de monitores, ni menos en la mayoría de los componentes objeto de medición, lo que lleva a concluir que la existencia de vertimientos que presentaron en algunos casos de superación de los límites máximos permisibles solamente para algunos componentes, por lo que no se puede calificar como grave afectación al ambiente, máxime si el cuerpo receptor es el denominado río Ragra o río Ragra, que es un canal colector de los residuos domésticos o aguas servidas de la localidad de Cerro de Pasco y cuya calidad no ha sido objeto de medición; que el cuerpo receptor que podría ser afectado por los vertimientos con componentes que

superan los límites máximos permisibles, no es otra cosa que un canal recolector de las aguas servidas de la ciudad de Pasco, como se acredita con el oficio 684-22013-ANA-OAJ, de veinticuatro de octubre de dos mil trece, emitido por el director de la Oficina de Asesoría Jurídica, corroborado con la documental Resumen de calidad sanitaria Río San Juan 2007-2008; que el encausado Osorio Verástegui no tenía deber de garantía porque no podía ordenar la paralización de actividades mineras, solo de dar alerta al área donde operaban las actividades mineras, quienes tomaban las acciones de corrección.

3. El fiscal provincial por escrito de fojas ochocientos sesenta, de veintiocho de enero de dos mil veinte, interpuso recurso de apelación y requirió se revoque la sentencia de primer grado y se condene al encausado Osorio Verastegui. Asimismo, el Procurador Público Especializado en delitos ambientales del Ministerio del Ambiente por escrito de fojas ochocientos setenta y cinco, de treinta de enero de dos mil veinte, promovió recurso de apelación y solicitó la nulidad de la sentencia absolutoria por haber incurrido en violación del derecho de motivación.
4. Llevado a cabo el procedimiento impugnatorio, el Tribunal Superior dictó la sentencia de vista de fojas novecientos sesenta y dos, de veintitrés de abril de dos mil veintiuno, que revocando la sentencia de primera instancia condenó a Luis Enrique Osorio Verástegui como autor del delito de contaminación del ambiente en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de dos años, y quinientos días multa, así como al pago solidario con Volcan Compañía Minera Sociedad Anónima Abierta de un millón quinientos mil soles por concepto de reparación civil.

\* Estimó que la Autoridad de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA concluyó que el acusado Osorio Verástegui no tenía el deber de garante con relación a la fuente de peligro en razón de que no tenía capacidad o facultad de ordenar la paralización, cierre o suspensión de las actividades mineras para evitar la continuidad de los vertimientos; que, sin embargo, no se tiene en cuenta que la Corte Suprema en la Sentencia de Casación recaída justamente en un incidente del presente proceso, Casación 455-2017/Pasco, precisó que “es viable optar por la teoría de la infracción del deber, el cual se conceptualiza como la competencia de un agente que le viene otorgada por una norma jurídica para desenvolverse dentro de un espacio institucional: una compañía minera”; y, en el Fundamento 1.13.3 determinó que “sólo para éste (Osorio Verástegui) si el Ministerio Público logró establecer el nexo entre la conducta el deber que cumplía en la compañía Volcan y la conducta imputada”; que ha de optarse por emitir una sentencia condenatoria ya que este Colegiado (dos de cuyos Magistrados son los mismos) declaró la nulidad de la primera sentencia absolutoria; que el Juez *A quo* no observó los criterios descritos por el Superior, es más los minimizó; que la sentencia recurrida tiene extremos de conformidad por ambas partes, como es la superación de los Límites Máximos Permisibles y la condición del encausado Osorio Verástegui; que el tipo penal del artículo

304 del Código Penal prescribe que el comportamiento del autor cause o pueda causar daño, de suerte que solo se exige un daño potencial –además, el principio precautorio que rige la Ley ambiental no exige la acreditación del daño concreto; que la afirmación del Juez *A quo* al señalar “solo está acreditado la mera superación de los límites máximos permisibles y por tanto no se tiene ni el perjuicio al río Ragra o Ragra ni tan sólo el peligro concreto”, desconoce la definición de la legislación al respecto, pues los límites máximos permisibles son definidos como “la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos... que al ser excedido puede causar daños a la salud, bienestar humano y al ambiente”, la misma que está en función al Estándar de Calidad Ambiental (ECA) –que es la medida que establece el nivel de concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos o biológicos, presentes en el aire, agua o suelo, en su condición de cuerpo receptor–; que el Informe Fundamentado señaló que la concentración de sustancias o parámetros químicos (Límite máximo permisible) ha excedido los valores máximos establecidos para el plomo, hierro, cobre y zinc, y la evidencia científica tiene de referencia a la Organización Mundial de la Salud; que en el informe 094 el perito se limitó a recoger las conclusiones de los Informes fundamentados que dan cuenta de la superación o exceso de metales pesados en los efluentes verificados, esto es, superación de los límites máximos permisibles, e incluso hace descripciones de la nocividad de un mineral (véase el extremo que refiere sobre el plomo...) y cuando debe dar una opinión especializada del objeto de la pericia, sin rigor científico ni técnico ofrece una opinión personal de que “podría causar daño”, lo que no es una afirmación concluyente ni óptima respecto de lo que se espera de una opinión de un perito especializado en la materia; que esta dubitativa conclusión es refutada por los conocimientos de la ciencia, de modo que la OMS demostró que la presencia de determinadas sustancias (como las del zinc, hierro y plomo) en cantidades que superan los límites permisibles causan daños al ecosistema y al ser humano; que, en consecuencia, estos parámetros (mediciones) ya están establecidos en mérito a un conocimiento previo de su nocividad y la superación de éstos ya se conoce científicamente que causan daño –La OMS en sus guías de calidad de agua potable, tercera edición, proporciona valores de referencia a los peligros de origen químico, de suerte que el agua de consumo con concentraciones de zinc mayores a tres mg/l puede resultar inaceptable para los consumidores, las concentraciones de plomo en sangre de doce a ciento veinte hg/dl es tóxico para el sistema nervioso central, el cobre tiene efectos sobre la salud en 2mg/l, sin embargo se ha declarado en incertidumbre en relación a la respuesta entre el cobre y el agua y sus efectos gastrointestinales, el hierro en cantidades superiores a 1,0 mg/l afectarían notablemente la potabilidad del agua, valor de concentración máxima admisible–; que en la sentencia de primer grado, al analizar el ámbito de competencia de roles asumidos, prácticamente descartó la participación del gerente de operaciones (Teódulo Quispe Huertas) y más bien enfatizó el rol

del jefe de Asuntos Ambientales (encargado del monitoreo de los vertimientos industriales minero-metalúrgicos después de las operaciones mineras), así como precisó en el acápite 1.13.3 “solo una persona, el representante del Ministerio Público, sí logró establecer el nexo de deber que cumplía en Volcan Compañía Minera y la conducta imputada”; que, estando a las labores encomendadas al encausado Osorio Verástegui, omitió realizar una actuación debida para controlar el peligro de dicha actividad de riesgo desarrollada el ámbito de su competencia (por la gran diversidad de sustancias químicas que se utilizan, que pueden producir resultados potencialmente lesivos al bien jurídico protegido), por lo que infringió una ley dispositiva (dispositivos medioambientales) y una prohibitiva (no contaminar); que el citado encausado tenía el deber de vigilar una fuente de peligro determinada, constituida por los impactos negativos, como son los vertidos a través de los efluentes, los que luego de ser evaluados se determinó que superan los límites máximos permisibles; que su sola afirmación, de que cumplió con informar de los monitoreos de los efluentes y que no tenía la facultad de paralizar las actividades de la minera, no lo exculpan de la delicada labor que se le encomendó, pues tenía el deber de vigilar una fuente de peligro constituida por los impactos negativos; que el cumplimiento de sus funciones también exigía el cumplimiento de los reportes ante las autoridades de minería, no bastando los reportes internos por correo, por lo que, al ser obligaciones de carácter administrativo, su incumplimiento no sólo acarrea responsabilidad administrativa, sino que habiendo causado daño al medio ambiente genera responsabilidad penal; que la alegación de la defensa de que estas fuentes de peligro eran controladas por los funcionarios de operaciones ha sido descartada por la Casación 455-2017/Pasco.

\* Respecto al tercero civil puntualizó que se está frente a un delito de naturaleza omisiva, lo cual es acorde a la imputación fáctica que pesa contra el encausado Osorio Verástegui en el ejercicio de sus labores como empleado de Volcan Compañía Minera, empresa que como tercero civilmente responsable asume las consecuencias del delito en el extremo de la responsabilidad civil, pues con ocasión del desarrollo de sus actividades de extracción minera se omitió realizar una actuación debida para controlar el peligro de dicha actividad de riesgo desarrollada en el ámbito del dominio de dicha persona jurídica –por la gran diversidad de sustancias químicas que se utilizan, que puede producir resultados potencialmente lesivos al bien jurídico protegido–, de modo que infringió una ley dispositiva (dispositivos medio ambientales) y una prohibitiva (no contaminar); por tanto, como tenía el deber de vigilar la fuente de peligro determinada, constituida por los impactos negativos como son los vertidos a los Ríos Ragra, San Juan y Quebrada de Quiulacocha, y aunado a la falta de implementación de las medidas para la correcta eliminación de residuos, a pesar que conocía de la propia situación generadora del deber, como de la posibilidad de realización de la acción debida, ocasionó el vertimiento de metales pesados por encima de los límites máximos permisibles, al no

Ragra o San Juan, con las implicancias perjudiciales que ello acarrea; que, en consecuencia, estando acreditada la materialidad del delito y la responsabilidad del autor, también lo está la responsabilidad civil solidaria con Volcan Compañía Minera, debe estimarse el pedido de resarcimiento del actor civil, en presentación del Estado, en la suma solicitada; que el daño del medio ambiente causado por estos vertimientos es un detrimento al ecosistema por partida doble, pues por una parte se pierde la biodiversidad, que es una riqueza potencial, y además se pone en peligro la salud de los seres vivos que viven en ese entorno, por lo que se ha afectado un interés humano como consecuencia de un hecho humano, a raíz de la realización de actividades mineras; que esta responsabilidad civil no solo consideran daños patrimoniales –daño al ecosistema en términos de cuantificación económica y como bien que implica un activo ambiental–, sobre todo daños no patrimoniales, como la afectación al derecho de todo ser humano a vivir en un ambiente equilibrado y la preservación del mismo; que se acreditó el nexo causal entre la conducta y el resultado en términos de responsabilidad ambiental, en tanto que los daños y perjuicios no solo son directos e inmediatos sino a mediano o largo plazo, daños consistentes en el menoscabo o modificación de las condiciones químicas, físicas o biológicas de la flora y fauna silvestre, del paisaje, suelo y subsuelo y en general de la afectación a la estructura y funcionamiento del ecosistema y afectación a la integridad de la persona es la introducción no consentida en el organismo humano de uno o más contaminantes, la combinación o derivación de ellos que resulte directa o indirectamente de la exposición a materiales o residuos y de la liberación, descarga desecho, infiltración o incorporación ilícita de dichos materiales o residuos en la atmosfera, en el agua, en el suelo o en cualquier medio o elemento natural.

5. Contra la sentencia de vista, la defensa del encausado OSORIO VERÁSTEGUI y el tercero civil responsable Volcan Compañía Minera interpusieron recursos de casación. Sus escritos corren a fojas mil treinta y uno, de trece de mayo de dos mil veintiuno y a fojas mil catorce, de quince de mayo de dos mil veintiuno, respectivamente.

**TERCERO.** Que el tercero civil responsable, VOLCAN COMPAÑÍA MINERA, en su escrito de recurso de casación de fojas mil catorce, de doce de mayo de dos mil veintiuno, invocó como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 2 y 5, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–). Sostuvo que no se explicó razonadamente la fundamentación acerca de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual; que se quebrantaron los artículos 409 y 425, numeral 2, del CPP, sobre la congruencia impugnatoria y las características de la valoración de la prueba en segunda instancia; que se apartó del Acuerdo Plenario 6-2006 y de la sentencia casatoria 413-2014/Lambayeque.

**CUARTO.** Que el encausado OSORIO VERÁSTEGUI en su escrito de recurso de casación de fojas mil treinta y uno, de trece de mayo de dos mil veintiuno, invocó como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal e infracción de precepto material (artículo 429, incisos 1, 2 y 3, del CPP). Razonó que el Tribunal Superior vulneró la pluralidad de la instancia; que dos jueces superiores, erróneamente, intervinieron en la decisión anulatoria anterior; que se interpretó incorrectamente el artículo 304 del Código Penal pues se le analizó como si fuera un delito de peligro abstracto, cuando es un delito de peligro concreto; que la condena del Tribunal de Apelación importó una decisión ajena a la materia impugnada.

∞ Introdujo como justificación para el acceso excepcional del recurso de casación la falta de uniformidad jurisprudencial respecto a la condena del absuelto en segunda instancia y las exigencias del tipo delictivo del artículo 304 del Código Penal.

**QUINTO.** Que, por Ejecutoria Suprema de once de febrero de dos mil veintidós del cuaderno de casación 1500-2021/Pasco, esta Sala declaró bien concedido el recurso de casación del tercero civil, por las causales de **vulneración de la garantía de motivación, quebrantamiento de precepto procesal y apartamiento de doctrina jurisprudencial**. Se examinará el presunto incumplimiento de la garantía de motivación, es decir, si se realizó una subsunción correcta entre las exigencias legales de la responsabilidad extracontractual y los hechos materia de la causa, así como los aspectos vinculados a la congruencia impugnatoria y a los límites de la valoración probatoria en segunda instancia.

**SEXTO.** Que por Ejecutoria Suprema, de veintidós de julio de dos mil veintiuno, recaída en la Queja 549-2021/Pasco, se concedió el recurso de casación del encausado Osorio Verástegui. Será del caso controlar la regla jurídica de la condena del absuelto y, en su caso, de sus requisitos para imponerla. Asimismo, si la valoración de la prueba vulneró las reglas de la sana crítica; y, si el deber de garante es necesario en el presente caso, así como si ha sido correcta la interpretación del tipo delictivo. Los motivos del recurso son los de inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal e infracción de precepto material.

**SÉPTIMO.** Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –sin la presentación de alegatos ampliatorios por alguna de ellas–, se expidieron los decretos de los respectivos cuadernos de casación 1500-2021/Pasco y 2885-2021/Pasco, de trece de junio del año en curso, respectivamente, que señalaron fecha para la audiencia de casación para ambas causas el día lunes veintisiete de junio de este año.

**OCTAVO.** Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la defensa del encausado Osorio Verástegui, doctor Luis Fernando Iberico Castañeda, y la defensa del tercero civil Volcan Compañía

Minera, doctora Ana Cecilia Hurtado Huaila, y el abogado delegado de la Procuraduría Pública del Ministerio del Ambiente, doctor Jorge Javier Pisfil Montalván.

Los abogados del imputado Osorio Verástegui y de Volcan Compañía Minera y el abogado delegado de la Procuraduría Pública del Estado dieron su conformidad para la acumulación de las causas. En tal virtud, se acumularon ambos recursos en la Casación 1500-2021/Pasco; debiendo anularse el ingreso de la Casación 2885-2021 en el Sistema Integrado Judicial.

**NOVENO.** Que, cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Que el análisis de la censura casacional, se circunscribe, desde las causales de vulneración de la garantía de motivación, quebrantamiento de precepto procesal y apartamiento de doctrina jurisprudencial, a determinar, de un lado, los aspectos vinculados a la procedencia de la condena del absuelto y a la congruencia impugnatoria, así como a los límites de la valoración probatoria en segunda instancia y la racionalidad de la motivación; y, de otro lado, a la interpretación y aplicación del tipo delictivo del artículo 304 del Código Penal, los concretos criterios de imputación objetiva y subjetiva, y las exigencias legales de la responsabilidad civil extracontractual.

∞ Siendo así, por la naturaleza de los agravios, primero, se resolverán las causales vinculadas al quebrantamiento de un precepto procesal, sea de jerarquía constitucional u ordinario; y, segundo, si y solo si se desestiman estos motivos, se resolverán las causales referidas a la infracción de un precepto material o sustancial.

**SEGUNDO.** Que, en principio, existe doctrina jurisprudencial consolidada, emitida por este Supremo Colegiado, en orden a la denominada “condena del absuelto”, más aún si la Sala Constitucional y Social de este Tribunal Supremo en dos sentencias consideró que esta potestad de la Sala Penal Superior no vulnera el derecho al recurso y, en términos más generales, la garantía genérica del debido proceso [vid.: Sentencias 2491-2010/Arequipa, de catorce de septiembre de dos mil diez; y, 15852-2014/Junín, de veintidós de octubre de dos mil quince]. Por lo demás, es de tener presente que, al respecto, existe norma expresa que así lo autoriza: ex artículo 425, apartado 2, literal b), del CPP.

∞ Lo más relevante es advertir, primero, el tipo de recurso de apelación asumido por el sistema procesal penal nacional (con un claro carácter sustitutivo cuando se trata de resoluciones de fondo ilegales o injustas);

segundo, que la doble instancia exige un segundo conocimiento del mismo objeto procesal, dentro de los límites del recurso, por el Tribunal Superior (doble conocimiento del mismo asunto respecto del hecho y del derecho) –la noción del “doble conforme” está referida a la necesidad de limitar el acceso a múltiples apelaciones contra una misma resolución, no a imponer que debe haber dos resoluciones en un mismo sentido para garantizar su licitud constitucional–; y, tercero, que la decisión superior solo podrá ejercer esta potestad si el juicio de apelación, en cuanto a sus garantías y alcances, se cumple acabadamente.

∞ Como ya se expuso, esta Sala de Casación se ha pronunciado recientemente sobre este tema, por lo que es de rigor remitirse a los argumentos expuestos con mayor amplitud [vid.: Sentencias casatorias 1897-2019/La Libertad, de veinticinco de agosto de dos mil veintiuno; y, 539-2020/Nacional, de quince de noviembre de dos mil veintiuno]. Es de conocimiento, por otro lado, de la existencia de sentencias del Tribunal Constitucional con una opción restrictiva del recurso de apelación y los poderes de revisión del Tribunal Superior; empero, de ellas no deriva un planteamiento que niegue los argumentos planteados en las sentencias de casación antes enunciadas –recuérdese que, por ejemplo, en casos semejantes el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no impide la condena del absuelto [así, desde el caso Constantinescu contra Rumanía, STEDH de veintisiete de junio de dos mil] –potestad aceptada por la legislación comparada europea, en especial de Italia y Alemania, así como por la Corte Penal Internacional–; y, el Comité de Derechos Humanos de Derechos Humanos, cambiando de posición, ni siquiera considera que el recurso de casación –el modelo español específicamente, siendo el modelo peruano más amplio–, es insuficiente para una revisión efectiva del fallo, posición que siempre asumió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [vid.: STEDH Krombach vs. Francia, de trece de febrero de dos mil uno].

**TERCERO.** Que las garantías de la segunda instancia, vinculadas al debido proceso, tutela jurisdiccional y defensa procesal, se respetarán, siempre y cuando esté en discusión impugnativa cuestiones de hecho y se requiere examinar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia –en términos procesales, claro está–, en tanto en cuanto se celebre una audiencia de apelación en forma con la presencia del imputado y, si correspondiere, en atención al aspecto defendido alegado, con la intervención de testigos y peritos, para someterlos, junto a la declaración del imputado, al respectivo debate contradictorio, siempre que la hipótesis defensiva o resistencia defensa de este último dependa de sus testimonios o explicaciones –no es, pues, un problema derivado del principio de inmediación, sino del de contradicción–. Solo así se podrán revalorar los hechos como datos decisivos para la determinación de la culpabilidad [vid.: Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Spinuc c. Rumanía, de veintinueve de julio de dos mil ocho; Lajos Kiss c. Hungría, de veintinueve de septiembre de dos mil nueve; y, Almenara Vásquez c. España, de veinticinco de octubre de dos mil once. ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL: *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Editorial

Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 33-37]. La STEDH Bazo González c. España, de dieciséis de diciembre de dos mil ocho, enfatizó que es de tener en cuenta el conjunto del procedimiento y el rol atribuido a la jurisdicción de apelación en el ordenamiento jurídico interno, así como que cuando se debe decidir cuestiones de hecho, por motivos de equidad del proceso es menester tener una percepción directa de las declaraciones del acusado que sostiene que no ha cometido el acto considerado como infracción penal. Por lo demás, si el órgano de apelación realiza una nueva interpretación de los hechos declarados probados en el juicio, y los ha reconsiderado, se está ante una cuestión que va más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas [STEDH Igual Coll c. España, de diez de marzo de dos mil nueve].

∞ En el CPP se exige, bajo una perspectiva amplia y conforme a lo dispuesto en los artículos 422 al 424, lo siguiente. En primer lugar, la presencia en la audiencia y efectiva intervención del imputado recurrido o recurrente; en segundo, someterlo a interrogatorio y que responda a los cargos, específicamente a los motivos del recurso de la parte contraria o de su propia parte –salvo, claro está, que elija su derecho a no declarar–; en tercero, que se actúen las pruebas solicitadas y admitidas en segunda instancia; en cuarto, que se reexamine o vuelvan a analizar, desde su debida oralización, las pruebas actuadas en primera instancia, con los límites ineludibles de la prueba personal –cuyas precisiones este Tribunal Supremo ha cumplido con establecer, sin perjuicio de que, en su caso, éstas se vuelvan a actuar siempre y cuando medió una actuación con vicios de legalidad o seriamente defectuosa a los fines de esclarecimiento en primera instancia–; y, en quinto, que su defensa intervenga en todos los períodos de la audiencia de apelación y el imputado, finalmente, haga uso de su derecho a la última palabra.

∞ Por tanto, no se trata de ilegitimar y censurar que el Tribunal Superior, revocando la sentencia absolutoria de primer grado, condenó al encausado Osorio Verástegui. Tema distinto es si su fallo cumplió con los requisitos para hacerlo y si, antes, respetó el principio de congruencia impugnatoria.

**CUARTO.** Que, ahora bien, contra la sentencia absolutoria de primer grado recurrieron tanto la fiscalía provincial como la Procuraduría Pública del Estado. Es de destacar que el señor fiscal provincial en su escrito de recurso de apelación de fojas ochocientos sesenta, veintiocho de enero de dos mil veinte, requirió que se reformule la sentencia de primer grado, consecuentemente, se declare nula y se emita una sentencia condenatoria contra Osorio Verástegui, enfatizando al respecto error en la apreciación de las pruebas e infracción de normas materiales (específicamente del artículo 304, primer párrafo, del Código Penal), aunque también cuestionó, citando textos legales y jurisprudencia, la inobservancia al debido proceso, a la defensa procesal y a la motivación, pero finalizó pidiendo la revocación de la sentencia de primer grado.

∞ En buena cuenta, más allá de la falta de claridad del recurso y de algunas confusiones en la concreción de la causa de pedir y, por tanto, además, de la petición impugnativa, es patente que el petitorio era revocatorio y que instaba la condena del absuelto. En todo caso, bajo una concepción amplia de las reglas

jurídicas que disciplinan el recurso de apelación, y como consecuencia de los alcances de la garantía de tutela jurisdiccional, corresponde interpretarlas flexiblemente y del modo más favorable a la eficacia del mismo (*pro actione*), por lo que es posible asumir que se estaba ante una pretensión principal: revocatoria, y una pretensión subordinada: anulatoria.

**QUINTO.** Que, pese a ello, en la audiencia de apelación, en su primer paso, el fiscal superior se ratificó en los términos del recurso de apelación del fiscal provincial, pero en el segundo paso, contradictoriamente, señaló que requería la nulidad de la sentencia de primer grado y se ordene nuevo juicio oral, lo que reiteró en su alegato final [vid.: sesiones de audiencia de veintiséis de marzo de dos mil veintiuno y de nueve de abril de dicho año].

∞ Es significativo resaltar que el Tribunal Superior entendió que el ámbito del recurso de apelación es de derecho (*sic*), por lo que se omitió el interrogatorio al encausado. En el juicio de apelación no se ofrecieron ni actuaron nuevas pruebas. Asimismo, en la sentencia de vista [folio cuatro, segundo fundamento] también se señaló que los recurrentes precisaron que los agravios en apelación discutían aspectos referidos a la indebida valoración de los medios probatorios actuados y a la falta de motivación de la sentencia. Por ello, en el primer punto, obviamente era del caso que se planteaba una redefinición de los hechos considerados en la sentencia de primer grado.

**SEXTO.** Que es evidente que no se entendió en su cabal dimensión el recurso de apelación del fiscal provincial –que también incidió en el recurso del actor civil–. Como ya se anotó, se cuestionó los hechos incidiendo en un error en la apreciación de las pruebas y, además, se afirmó que se había cometido el delito de contaminación ambiental, sin perjuicio de afirmar los defectos de motivación de la sentencia de primer grado, aunque los circunscribió a cómo se habían valorado las pruebas.

∞ Es verdad que, desde la organización del Ministerio Público, en apelación interviene el fiscal superior. Éste, sin embargo, no puede variar la pretensión impugnatoria (*causa petendi* y *petitum*), pues el que la introduce es el fiscal provincial a través del escrito de apelación y es éste el que es materia de la concesión del citado recurso por el juez penal y, luego, de su declaración de bien concedido por el Tribunal Superior. Conforme al artículo 424, apartado 2, del CPP, el fiscal superior solo tiene opción para desistirse total o parcialmente de la apelación –es decir, en este último caso, de extremos de ella cuando las causas de pedir son varias– o, por el contrario, para ratificarse de los motivos de la alzada –la *causa petendi*–. Lo que no puede hacer es alterar los términos del objeto impugnatorio: introducir nuevos motivos, limitar –sin desistirse– el contenido fáctico y jurídico del recurso o variar el *petitum*, salvo claro está si se está ante un error patente, de denominación o subsunción. Llama la atención que el fiscal superior, luego de ratificarse en el recurso de apelación del fiscal provincial –con lo que se cerró toda posibilidad de limitarlo–, lo alteró en sus alegatos preliminar y final. Ello, obviamente, importa una desnaturalización del

procedimiento con seria afectación a su regularidad y a la eficacia de la serie procedimental.

**SÉPTIMO.** Que, en tal virtud, si el propio Tribunal Superior limitó –aunque indebidamente– la audiencia de apelación a temas que no importaban una redefinición de los hechos analizados en primera instancia, si no abrió en la audiencia el paso de intervención del acusado recurrido dándole la oportunidad de declarar sobre los motivos del recurso del fiscal provincial, y si luego, rechazando el *petitum* anulatorio, se pronunció sobre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, dictando una sentencia revocatoria condenatoria, sin someter a la posibilidad de interrogatorio cruzado al imputado, es evidente que quebrantó el procedimiento impugnatorio de apelación y profirió un fallo incongruente con el propio alcance que dio al recurso acusatorio.

∞ Es indiscutible que el recurso del fiscal provincial incidía no solo en un entendimiento alternativo del tipo delictivo de contaminación ambiental y de los criterios de imputación objetiva y subjetiva respecto del comportamiento del encausado Osorio Verástegui, sino que además planteaba un error en la apreciación de la prueba de los hechos realizadas por el juez penal, lo cual demandaba, como se ha estipulado, una lógica de debate que incluía la versión del encausado en presencia del Tribunal Superior, algo más que la sola última palabra de él inmediatamente antes de finalizar la audiencia.

∞ El juicio de apelación y la sentencia de vista consiguiente incurrieron en causal de nulidad ante la desnaturalización del procedimiento y ante la emisión de una decisión que no respetó sus propios límites, los mismos que incluso no correspondían. La motivación en este último supuesto fue contradictoria.

**OCTAVO.** Que como se está ante un procedimiento de apelación insubsistente y ante una sentencia de vista nula, no queda otra que dictar una sentencia rescindente y reponer la causa al estado en que se produjo el vicio de actividad causante de la nulidad, tanto defecto de procedimiento como defecto estructural de sentencia (ex artículo 150, literal ‘d’, del CPP). Solo cabe amparar, en suma, los motivos de inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal y vulneración de la garantía de motivación, exclusivamente en los puntos examinados *up supra*.

∞ Ello impide ingresar a valorar, desde lo que corresponde al Tribunal de Casación, si los hechos declarados probados en segunda instancia contienen algún vicio de legalidad o racionalidad, y si, en efecto, la interpretación y aplicación (subsunción) del tipo delictivo de contaminación ambiental, así como si son aplicables las reglas de la responsabilidad civil extracontractual –en el que incidió la empresa considera tercera civil, Volcan Compañía Minera–. La unidad de decisión que se exige en los casos de acumulación de acciones penal y civil impide que esta última pueda tratarse al margen de la definición de lo penal.

∞ Los demás motivos de casación en orden al apartamiento de doctrina jurisprudencial y a los alcances de la legislación penal y civil, por lo expuesto, no pueden ser resueltos.

## DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** los recursos acumulados de casación, por las causales de **inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal y violación de la garantía de motivación**, interpuestos por el encausado LUIS ENRIQUE OSORIO VERÁSTEGUI y el Tercero Civilmente Responsable, VOLCAN COMPAÑÍA MINERA SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA, contra la sentencia de vista de fojas novecientos sesenta y dos, de veintitrés de abril de dos mil veintiuno, que revocando la sentencia de primera instancia, de fojas ochocientos dieciocho, de trece de enero de dos mil veinte, condenó a Luis Enrique Osorio Verástegui como autor del delito de contaminación del ambiente en agravio del Estado – Ministerio del Ambiente a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de dos años, y quinientos días multa, así como al pago solidario con Volcan Compañía Minera Sociedad Anónima Abierta de un millón quinientos mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que la respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista. **II. Y**, reponiendo la causa al estado que le corresponde: **ORDENARON** se realice nuevo juicio de apelación por otros jueces superiores, teniéndose presente para su inexcusable cumplimiento lo establecido en esta sentencia casatoria. **III. MANDARON** se transcriba la sentencia casatoria al Tribunal Superior, al que se le remitirán las actuaciones para los fines del juicio de reenvío; registrándose. **VI. DISPUSIERON** se lea la sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **INTERVINO** el señor juez supremo Núñez Julca por vacaciones del señor juez supremo Coaguila Chávez. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

**SAN MARTÍN CASTRO**

**ALTABÁS KAJATT**

**NÚÑEZ JULCA**

**SEQUEIROS VARGAS**

**CARBAJAL CHÁVEZ**

CSMC/YLPR