



# JUSTICIA AMBIENTAL

Revista Peruana Especializada en la Protección Jurídica del Ambiente del Poder Judicial

Vol. 3, n.º 3, enero-junio, 2023, 71-91

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2810-8353 (En línea)

DOI: 10.35292/justiciaambiental.v3i3.724

## El derecho ambiental del enemigo: un estudio de la ilegalidad y una nueva (y necesaria) tendencia del derecho ambiental

The environmental law of the enemy: a study of illegality and  
a new (and necessary) trend in environmental law

O direito ambiental do inimigo: um estudo da ilegalidade e  
uma nova (e necessária) tendência no direito ambiental

DIEGO SAN MARTÍN VILLAVERDE

Universidad César Vallejo

(Lima, Perú)

Contacto: [dsanmarv@gmail.com](mailto:dsanmarv@gmail.com)

<https://orcid.org/0000-0002-0541-3758>

### RESUMEN

La ilegalidad sigue cobrando muchas víctimas, mientras daña el ambiente y se beneficia en el mercado negro, dejando zozobra anticipándose al Estado. Como tal, emergen a modo de «enemigos» del Estado de derecho, para lo cual este debe contestar no solo con más norma, sino con acciones inteligentes y estratégicas que supriman al enemigo y detengan el acto ilegal. El «Derecho ambiental del enemigo» se presenta como una teoría que sostiene sólidamente un régimen de prevención que implica contar con tecnología que incorpore recursos en quienes tutelan el ambiente y sus componentes para evitar la realización de actividades ilegales. Este estudio abarca la ilegalidad, el

pensamiento de las comunidades, la definición de «enemigo» y la justificación para sostener una nueva tendencia del derecho ambiental.

**Palabras clave:** derecho ambiental; enemigo; ilegalidad; Jakobs; justicia; tendencia.

### ABSTRACT

Illegality continues to claim many victims, while damaging the environment and profiting on the black market, leaving anxiety anticipating the State. As such, they emerge as “enemies” of the rule of law, for which it must respond not only with more rule, but with intelligent and strategic actions that suppress the enemy and stop the illegal act. The “Environmental Law of the Enemy” is presented as a theory that solidly supports a prevention regime that implies having technology that incorporates resources in those who protect the environment and its components to avoid the realization of illegal activities. This study covers illegality, the thinking of communities, the definition of “enemy” and the justification for sustaining a new trend in environmental law.

**Key words:** environmental law; enemy; illegality; Jakobs; justice; tendency.

### RESUMO

A ilegalidade continua a fazer muitas vítimas, ao mesmo tempo que prejudica o ambiente e lucra no mercado negro, deixando a ansiedade a antecipar o Estado. Como tal, eles emergem como “inimigos” do Estado de Direito, pelo qual ele deve responder não apenas com mais regras, mas com ações inteligentes e estratégicas que reprimam o inimigo e detenham o ato ilegal. O “Direito Ambiental do Inimigo” é apresentado como uma teoria que sustenta solidamente um regime de prevenção que implica ter tecnologia que incorpore recursos em quem protege o meio ambiente e seus componentes para evitar a realização de atividades ilegais. Este estudo aborda a ilegalidade, o pensamento das comunidades, a definição de “inimigo” e a justificativa para sustentar uma nova tendência no direito ambiental.

**Palabras-chave:** direito ambiental; inimigo; ilegalidade; Jakobs; justiça; tendência.

**Recibido:** 22/02/2023

**Revisado:** 23/05/2023

**Aceptado:** 29/05/2023

**Publicado en línea:** 30/06/2023

**Financiamiento:** Autofinanciado.

**Conflicto de interés:** El autor declara no tener conflicto de interés.

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho ambiental es una rama jurídica (aún) bastante novedosa. Este se define de varias formas, desde el plano disciplinario, de limitaciones, de hacer y no hacer, entre otras tantas precisiones al respecto. Sin perjuicio de ello, podemos hallar criterios interesantes siempre, y es que el derecho ambiental está en constante evolución, pues se nutre de otras ciencias y viceversa. Esta es una característica esencial que posee: la interdisciplinariedad.

Es así que aspectos como la tecnología hacen que el significado del derecho ambiental esté en continuo cambio y, necesariamente, se tenga que ajustar, por lo que no es estático, es fluido y su rol o puesta en uso están en constante definición. Por ende, no existen (ni deben existir) criterios absolutos. En esa línea de pensamiento, puesto que el sujeto jurídico protegido es el ambiente y sus componentes, su aplicación deviene en imperativa cuando analizamos temas vinculados a la ilegalidad en sectores claves para la economía nacional, como la minería.

El efecto de la minería ilegal en el Perú es devastador. La Amazonía y otras áreas del Perú han sido arrasadas por este tipo de minería, que permanece impune, salvo operativos liderados por diversas instituciones como el Ministerio Público, el Ministerio de Defensa, el Ministerio del Interior, entre otros. La justificación a su impunidad no obedece a la inexistencia de normativa, que de hecho existe y expone abundantemente sobre los tipos penales involucrados en el accionar que causa daños al ambiente, sino en su realización por la propia sociedad que debe repudiarla. Es por ello que planteamos

una nueva teoría como acción/reacción frente a la ilegalidad, amparada en la supuesta necesidad de ciertos sujetos, que denominamos: «derecho ambiental del enemigo».

## 2. SITUACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL

Podemos sostener varias definiciones de derecho ambiental, todas interesantes y dotadas de explicaciones sobre cada término empleado. Para nosotros, una de las definiciones más prácticas es la que brinda Patrick Wieland (2017), la cual parte de Lanegra y Alenza García: «Es el subsistema jurídico que regula las actividades humanas que inciden en el ambiente [...] con la finalidad de eliminar o minimizar su influencia negativa, así como para fomentar actividades reparadoras y respetuosas del ambiente» (p. 20).

Esencialmente, el carácter regulatorio es el que permite enfocar las actividades a un marco legal preestablecido. Por tanto, si estamos frente a una conducta dañosa, acudimos a la normativa básica para diferenciar legalidad de ilegalidad, lo cual debería ser objetivamente sencillo, pero cuando la prueba es el factor determinante, un delito de índole ambiental es complejo a la hora de determinarlo e individualizarlo, en especial si es cometido por mafias o sectores oscuros que transan en los mercados negros. Analizar un delito ambiental es difícil, es más arduo de determinar porque también es un tema técnico, lo cual requiere de muchísimo tino y especialización.

Muchos vinculan una afrenta contra el ambiente con las faltas administrativas, esto es, inicialmente, en la esfera del derecho administrativo. La Administración pública, en el quehacer de su función de policía, somete a un administrado por la contravención de una norma, una obligación a la que voluntariamente se sometió, etc.; sin embargo, cuando relaciona la magnitud de la acción que envolvió al daño, entonces permite que se fije atención en la sanción penal.

Es claro que lo penal configura la *ultima ratio* de aplicación de la justicia, precisamente por las consecuencias que podría tener, como lo es una pena privativa de la libertad, pues para el ser humano, ser privado de su libertad constituye el acto más antisocial posible.

En consecuencia, la reclusión, el encierro o el encarcelamiento van en contra de la naturaleza social del ser humano; por lo que privarlo de libertad es el mecanismo disuasivo más duro (sobre todo cuando la condena es a perpetuidad). Actualmente, algunos estados de Estados Unidos de América y ciertos países aplican la pena de muerte. Esta es, en efecto, «una sanción penal que supone la de la vida, el bien jurídico más fundamental para el ser humano, así como la violación de otro conjunto de derechos fundamentales» (Valiente, 2019, p. 85).

Empero, un delito ambiental no conlleva una pena tan severa como la pena de muerte o la cadena perpetua. Aunque advertimos que en algún momento de nuestra historia se empezará a vincular la protección del ambiente con la salvaguarda de la vida (de todos los seres vivos). Es una predicción que tiene sentido. Sin un ambiente sano y adecuado, la vida no sería posible. Por tanto, si entendemos que la vida es el bien jurídico más importante, entonces el ambiente, que la hace posible, debe ser tan o más relevante.

Por supuesto, configurar tipos penales es sumamente atrayente para muchos pensadores, filósofos y juristas, y es que, en el plano internacional, desde hace algunos años, ya se habla de la necesidad de incorporar un quinto tipo de crimen en el marco de la competencia de la Corte Penal Internacional: el ecocidio.

El ecocidio se entiende como cualquier acto ilícito o arbitrario, realizado con pleno conocimiento de que existe una probabilidad sustancial de causar daños graves que sean extensos o duraderos al ambiente (Fundación Stop Ecocidio, 2021). Para que se considere al ecocidio con un nuevo tipo de crimen internacional, a la par del genocidio y los crímenes de lesa humanidad, se requeriría enmiendas varias al Estatuto de Roma (1998).

Ahora bien, comprender que la protección ambiental es sinónimo de preservar la vida conlleva aristas y mucho que sortear. Hoy, los temas ambientales aún no son significativos para el derecho penal internacional, tanto así que el rol de este último ha sido limitado e inexistente (Iglesias, 2020, p. 92) en cuanto al tratamiento de delitos ambientales se refiere, como la contaminación por derrames de petróleo en los océanos y demás cuerpos hídricos o el impacto negativo severo de la minería ilegal.

El derecho ambiental en la actualidad sigue siendo comprendido desde el derecho administrativo, lo cual es muy acertado, porque trasciende de modo constante y continuamente nos hallamos definiéndolo, criticándolo y encausándolo. De hecho, Ramón Martín Mateo (2005) lo enfoca así:

El Derecho Administrativo, que tiene una sensibilidad enorme a la política y a las circunstancias ambientales, se resiste a toda clase de definiciones que nos lo quieran presentar con validez intertemporal e interespacial, puesto que los caracteres históricos de este Derecho, de sus formas de actuación, impregnan su propia sustancia. (p. 62)

Sin perjuicio de ello, la dinámica sigue variando y ya encontramos autonomía en el derecho ambiental, pues se van conociendo nuevas formas de extracción de recursos minerales. Desde mayor tecnología a disposición de las empresas a métodos no convencionales y dañinos utilizados, sobre todo, por los ilegales. Es ante el accionar dañino que la sociedad debe actuar.

### 3. BREVES PRECISIONES SOBRE DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, SEGÚN JAKOBS

La postura de Günther Jakobs permitió un nuevo objeto del estudio para el derecho penal, el mismo que fue admirado por muchos, y criticado y rechazado por otros tantos. En puridad, el derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*) es el opuesto al del ciudadano. Si bien se precisa que la mención del primero fue en un congreso de penalistas alemanes en 1999, ya en 1985 se había hecho referencia a la distinción antes señalada; sin embargo, la de 1999 tiene mayor consenso, pues en esta Jakobs fue más crítico.

Así, la reducción de las garantías en determinados tipos de la criminalidad, por ejemplo, con respecto a la criminalidad organizada y al terrorismo, es algo que, desgraciadamente, ha venido ocurriendo. Pero esa no fue la polémica. Lo que en realidad lo fue es que Jakobs, en su exposición en contra del carácter descriptivo, confirió una justificación de reducción de garantías, al negarles el carácter de persona a los enemigos, a partir de un concepto de

persona acorde con su teoría de pena, asociada a la prevención general positiva y a la defraudación de las expectativas de un comportamiento conforme a derecho (Llobet, 2021, pp. 18-19).

Entonces, básicamente, otorgarles el significado de «enemigo» a quienes infringen la ley en determinados supuestos, es negarles el principio de dignidad en su calidad de persona, algo inherente a las personas por más que hayan cometido algún delito sin respetar el derecho de otros. Y eso justamente argumentan quienes criticaron su postura, pero Jakobs (2000) puntualiza que el «derecho penal del enemigo» no sugiere que todo esté permitido, sino que «es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad potencial, de tal modo que en la lucha contra él no se pueda sobrepasar la medida de lo necesario» (p. 31).

Lo que hace Jakobs es una sólida diferencia entre el ciudadano y el enemigo. En lo particular, esa distinción sigue siendo importante de analizar toda vez que la sociedad se involucra en defensa y otras en contra de aquello que, económicamente, le conviene, pero que socialmente critica y aduce disparidad e injusticia en la repartición de ganancias y trato.

Esto último es algo constante en Perú (y seguramente en otros países de la región), pues no hay excepción en cuanto a aprovechamiento de recursos, por los más poderosos, se refiere; y es que si la extracción de recursos minerales no la hacen las grandes corporaciones, entonces ¿quién podría hacerlo (mejor)? ¿El Estado? ¿Puede hacerlo? Podría, en efecto, pero no cuenta con los recursos económicos para realizar una actividad tan técnicamente compleja y especializada; su presupuesto se agotaría solo en esto, dejando de lado sectores como educación, salud, entre otros, que son de necesario abordaje constante y aún en estos perdura su falta de gestión, conocimiento, ausencia de estabilidad profesional y directiva, etc.

Sería mucho más directo incidir en la actividad empresarial (el Estado y la empresa convertidos en aliados), fijarse en su crecimiento y en el de los pueblos y las comunidades en su radio de acción. Al mismo tiempo, el Estado debe prestar atención al rol de los gobiernos locales y regionales en la inversión de las ganancias que, por ley, recibe por la actividad minera y de otras actividades económicas.

Cuando el ciudadano opta por tomar una decisión que sobrepasa el límite legal, ¿es correcto llamarlo delito? En teoría, si cumple con los criterios para un tipo penal determinado, sí. Si, por ejemplo, bloquea una carretera, sí, es un delito. Si hace lo último con la finalidad de que el Gobierno escuche sus demandas porque la minera aledaña no le da o reconoce más beneficios por la comercialización del concentrado que obtiene, entonces conoce qué está haciendo, sabe que está actuando fuera de la ley al bloquear el camino para la salida de los camiones cargados de concentrado. Bajo ese criterio, si aun así lo hace, es porque pretende justificar que su necesidad es mayor que una norma que le impide tomar un acto de fuerza y que califica de necesario.

Si una sociedad o un grupo de personas respalda un acto ilegal conforme a las leyes de un país, como la minería ilegal, ¿se convierte en un «enemigo»? Veremos esto en el siguiente apartado.

Por tanto, si utilizamos el término «enemigo» para quienes realizan acciones nefastas, crímenes de grandiosa consecuencia, estamos elevando la figura a una más que simple transgresor de norma. Sería como una jerarquía, en la que la pena más dura es para el enemigo. Sin duda, quedan aún muchos cuestionamientos. Y cierto es que «enemigo» viene de un estudio de Carl Schmitt en el que sostiene que «la distinción específica, aquella a la que pueden reducirse todas las acciones y los motivos políticos, es la distinción amigo-enemigo» (Delgado, 2011, pp. 177-178).

Con todo, no es simple el otorgar esta definición a un transgresor de normas. Es interesante el presupuesto, por el cual la esencia del «derecho penal del enemigo» «constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico, ante un problema de seguridad contra individuos especialmente peligrosos» (Palacios, 2010, p. 21). Si cuestionamos la denominación, debemos también preguntarnos quién decide quién es enemigo. Bajo la óptica de que tal es quien cometió crímenes tan horribles y de consecuencias nefastas, podríamos a bien suponer que, en mérito a la competencia de la Corte Penal Internacional, en función de su trascendencia, estos deben contar con criterios tales como la ocurrencia «en un [...] contexto colectivo de comisión y requiere, por tanto, además de los actos individuales, un elemento

internacional o contextual adicional» (Palacios, 2010, p. 26)<sup>1</sup>. Este último es según Palacios Valencia (2010):

el que complementa la tradicional imputación individual, cuando concurren las condiciones de la teoría del delito, es decir, que exista una conducta punible, típica, antijurídica y culpable que se le pueda atribuir al acto delictivo, para poder imputarse ante la Corte Penal Internacional, en razón de su competencia *ratione materiae*. (p. 26)

El gran señalamiento al pensamiento de Jakobs fue la asociación de su «derecho penal del enemigo» con el régimen nazi. Él aclaró enfáticamente que eso está lejos de ser cierto, pero el tema siempre fue (y es) la negación del carácter de personas<sup>2</sup> a los enemigos (Llobet, 2021, p. 110). Por lo que la crítica es pertinente en el sentido de que si hay enemigos, también hay amigos. ¿Quiere decir que si hay amigos la norma no les aplica? ¿Tienen impunidad para hacer lo que quieran? ¿En un Estado democrático, el «derecho penal del enemigo» es viable si parte del hecho de que quien es enemigo no tiene carácter de persona? Estas interrogantes promueven mucha más investigación.

## 4. EL «DERECHO AMBIENTAL DEL ENEMIGO»

### 4.1. Regulación y realidad

El derecho ambiental representa el medio, no solo para proteger el ambiente y sus componentes, sino para viabilizar actividades humanas y económicas que implican un impacto en el ambiente sin causar efectos dañinos prolongados, irremediables o irreparables.

---

1 La competencia de la Corte Penal Internacional, al amparo del Estatuto de Roma (1998), se dirige a genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión.

2 Como bien expresa Llobet (2021): «Debe considerarse que el régimen nazi, partía de la negativa del carácter de persona a grupos enteros de la población, dentro de los que sobresalían los judíos, como los más enemigos, entre los enemigos» (p. 74).

Mucho se cuestiona sobre la regulación cuando se siente que privilegia más a uno que a otro. En el marco de la supervisión y la fiscalización de obligaciones ambientales, por ejemplo, se argumenta que la entidad de fiscalización ambiental nacional (el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental [OEFA]) tiene la oportunidad de hacer una labor bastante estructurada por el hecho de que su actividad se centra en las empresas debidamente reconocidas y ubicables; pero eso no es exacto. Esta entidad también tiene que sortear denuncias anónimas, acudir a los lugares aducidos y encontrar que las actividades que se realizan en este son absolutamente ilegales, encontrar que el predio no tiene un dueño determinado y hasta ser víctimas de actos que amenazan su integridad física.

En la práctica, es diferente acudir a una unidad minera, correspondiente a una empresa, que cuenta con certificación ambiental y demás títulos habilitantes, que acudir a un área donde no sabemos quién opera, cómo está distribuida la labor, no tener alguna especie de hoja de ruta para guiarse, etc. En el primer caso, un equipo de especialistas puede planear adecuadamente su trabajo, distribuir tareas entre ellos, sabe que al llegar a la operación tendrán las facilidades para realizar sus funciones (en teoría), estimar un tiempo determinado para tener todo listo porque ya tienen identificado al administrado, y en caso este incumpla o les impida realizar sus funciones, será sancionado; en el segundo caso, todo es una incógnita y puesto que está frente a una operación ilegal no existe alguien a quien pedir información, a quien notificar. Lo anterior básicamente connota que la operación no cuenta con certificación ambiental u otra relacionada y da cuenta a la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental (FEMA) correspondiente (Ministerio Público).

El aspecto procedimental es burocrático, por lo que explicarlo es ahondar en una dinámica frustrante para poder describir por qué es tan complejo que las autoridades enfrenten exitosamente la ilegalidad. Resumirlo sería señalar que la ilegalidad desestabiliza el orden creado y anticipado por el ordenamiento jurídico vigente y que para impedir que siga haya que volver al tablero y (re)diseñar normativa específica, así como para sugerir más presupuesto a fin de adquirir herramientas y recursos. Eso no asegura el éxito de una medida, pues se trata de hacer planes a muy largo plazo en los cuales debe prevalecer

la inteligencia entendida como recursos tecnológicos, personal altamente capacitado, operativos y seguimientos confidenciales, etc.

## 4.2. Comunidades: conflicto, tierras e inembargabilidad

Contrario a lo que muchos puedan pensar, las comunidades (campesinas, nativas, indígenas, etc.) no son enemigos. Esos «muchos» representan a quienes ven a las comunidades como el principal obstáculo para sacar adelante un proyecto minero o de otro sector. Pero no son enemigos, puesto que tienen todo el potencial por ser aliados (o amigos para seguir la analogía). Así, las comunidades y quienes realizan actividades ilegales son sujetos distintos en gran dimensión.

La situación de conflictividad del Perú no es nueva, pero se ha tornado cada vez más violenta y lamentable, debido a que las protestas (con ocasión de conflictos socioambientales y demás) están generando muertes de civiles y de personal de la Policía Nacional del Perú y miembros del Ejército nacional.

Volviendo a las comunidades, su patrimonio más importante no es lo que ganan por la inversión de un proyecto aledaño, sino su tierra o territorio. Así, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley General de Comunidades Campesinas, Ley n.º 24656, las tierras de estas «son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables. Por excepción podrán ser enajenadas, previo acuerdo de por lo menos dos tercios de los miembros calificados de la Comunidad, reunidos en Asamblea General convocada expresa y únicamente con tal finalidad».

Pero esos criterios pueden ser una desventaja, como bien expresa Honda (2006), para quien

cuando se otorga la calidad de inembargabilidad a las tierras de la Comunidad, mayor es el daño que se infringe en contra de la propia Comunidad que el supuesto y aparente beneficio que se le otorga. La embargabilidad es [...] una facultad del bien que constituye una ventaja y no una carga para su propietario. (p. 187)

En la década de 1990 se posicionó un Gobierno que tuvo que tomar drásticas decisiones para impulsar la quebrada economía peruana, para lo cual flexibilizó la normativa (aunque es más preciso sostener que debilitó la primera norma ambiental peruana, el Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales), permitiendo así el ingreso de multinacionales y promoviendo lo más rico que tiene el Perú: sus recursos naturales<sup>3</sup>. Sin embargo, esa afirmación puede parecer negativa, pues da a entender una regresión de la normativa ambiental que de por sí tenía menos de un año en aplicación. No obstante, si volvemos la mirada a dicha década y nos concentramos en la dación de la Constitución Política de 1993, su capítulo económico es el que hasta el día de hoy se sostiene como el modelo más exitoso (económicamente hablando, si vale el énfasis).

### 4.3. Injusticia

La percepción de injusticia en este plano es el de la repartición de la riqueza, puesto que perdura la interrogante de aquel que vive en una comunidad y ve que los camiones de concentrado ingresan y luego salen cargados de concentrado, sabiendo que es el símbolo de beneficio máximo para quien opera la mina.

Lo que inmediatamente rescata la empresa frente a dicha afirmación es que ha pagado por las tierras, que ha tenido mucha inversión en explorar y luego construir, que contribuye con la comunidad, y que cumple las leyes nacionales y tributa; en contraposición a ello, la comunidad en diversos escenarios aduce que no ha crecido de la misma forma que la empresa, que aún no tiene agua y alcantarillado o carece de centros educativos o de acceso a la salud, considerando que está situada en una zona muy alejada, geográficamente hablando, por lo que reafirma su sentir de estar siendo vulnerada, engañada y disminuida, ya sea por las leyes, por el Estado o por la misma empresa.

---

3 Las consecuencias de cómo lo hizo merecen un análisis diferente, toda vez que se descubrió la gran corrupción, la manipulación de medios, etc., que abundó en el Gobierno de Fujimori, quien tuvo hasta tres mandatos presidenciales (el último culminó con su renuncia vía fax).

Podemos estar de acuerdo en que quien debe proveer de servicios básicos y fundamentales a la sociedad es el Estado, pero al no estar presente en las zonas más alejadas, se recurre a la empresa para que asuma el rol estatal, cuando eso no es pertinente. Empero, las condiciones suelen ser tan complicadas, como que el Estado destine profesores o personal médico permanente a zonas alejadas (incluimos actos de corrupción y delictivos por parte de funcionarios y empleados públicos de todos los niveles), que no hay otra forma de acceder a ello sin la presión como medio principal, lo cual, a la fecha, se ha exacerbado al punto de llegar a la violencia física.

A pesar de esto, la comunidad no es «enemiga» del Estado, de la empresa, ni de nadie. Sin perjuicio de ello, cuando la comunidad decide tomar actitudes radicales (muchas veces azuzada por terceros con intereses subrepticios), como tomar la mina, bloquear carreteras o ingresar en las instalaciones y causar daños a la propiedad y sus bienes, entonces estamos frente a un acto delictivo. Las medidas se adoptan, pero no solemos ver en los medios encarcelaciones de comuneros, sino de quienes perpetraron las ideas en ellos y ellas. Podría parecer que los comuneros y las comuneras son inimputables, pero no lo son. Entonces, dado el ejemplo, ya podemos conocer a los presuntos «enemigos»: no es la legión, sino los pensadores e ideadores del plan con matiz delictivo.

#### 4.4. Ilegalidad (la Hidra de Lerna)

Como hemos apuntado anteriormente, el derecho ambiental tiene hoy un rol fundamental porque acerca su finalidad a cuidar los activos más relevantes para la sociedad y para favorecerla en cuanto a su aprovechamiento.

El gran problema está en luchar contra la ilegalidad que es que la desvincula los conceptos de aprovechamiento y sostenibilidad. La formalidad garantiza más situaciones favorables porque está continuamente supervisada y fiscalizada por el Estado y, si acaso falla, es sancionada y cada paso que se sigue al respecto es comunicado en los medios y las redes sociales, lo cual asegura que afrontará la justicia.

La ilegalidad, por el contrario, no obedece al Estado de derecho. Bajo ningún criterio considera que seguir la ley le beneficiará y utilizará todo lo

que tenga a su alcance para seguir latente y extraer recursos naturales sin mayor cuidado por el ambiente, pues simplemente no le interesa la existencia de un marco normativo que limite su accionar. Evidentemente, no tributa, no conocemos quién o quiénes la realizan, se esconde en actividades falsas (pantalla) y tiene vínculos con mafias asociadas a su vez con la comisión constante de tipos penales como el narcoterrorismo, la trata, el lavado de activos, la explotación sexual, la corrupción, etc.

Por lo tanto, podemos ver diferencias cruciales cuando hablamos de una suerte de justificación para aquellos que sostienen un conflicto socioambiental de quienes realizan una actividad ilegal, esta última es la más perjudicial, pues no podemos detener a aquellos que no sabemos quiénes son en realidad. Podemos detener la actividad, tal como se ha demostrado en muchos operativos gracias a la acción del Ministerio Público, el Ministerio de Interior y el Ejército, pero eso no ha detenido a la minería ilegal, ni siquiera ha disminuido los números de hectáreas de selva que ha depredado con tal de hacerse con la actividad ilegal que practica. Es como el caso de los microcomercializadores de drogas. Si se retira a uno del medio, casi inmediatamente ese lugar es reemplazado por varios más<sup>4</sup>.

#### 4.5. ¿Quiénes son los «enemigos» en el marco de la protección ambiental?

Los enemigos (ambientales) configuran la clase más alta entre los transgresores de la normativa. La cúspide de un acto que puede poner en peligro a toda la población. El enemigo actúa conociendo eso y enfrentándose, tácita y directamente, al Estado de derecho y a todos los que se le opongan.

Cuando, en un conflicto socioambiental, las conversaciones se frustran y se toma, por el lado de la comunidad, una medida de fuerza como el bloqueo de una carretera, inmediatamente, teniendo como base la norma penal, sostenemos la comisión de un delito. Ese bloqueo representa el malestar de la población por diversos motivos, sea porque sus expectativas no fueron

---

4 Quizás la mejor analogía sea la de la Hidra de Lerna, de la mitología griega, a la que cada vez que se le cortaba una cabeza, surgían dos más.

satisfechas, pues están en contra de un acuerdo que la Directiva Comunal anterior suscribió con la empresa propietaria de una unidad minera, porque colectivamente se une a reclamos de un sindicato, etc. Pero cuando ese malestar se traduce en acciones violentas y desmedidas, la legitimación de los reclamos debe desaparecer; en caso contrario, todo lo que quisiéramos sería exigido por violencia, fuera del marco legal. Aún así, para nosotros, eso no la convierte en un «enemigo», por cuanto su accionar contiene un elemento que consideramos relevante: el pleno conocimiento.

Por tanto, decir que todos los que bloquean saben que lo que están haciendo es un delito, es relativo; muchos siguen a otros; otros, a sus líderes, etc. A veces, a un cierto grupo de la comunidad le dicen que el motivo del acto es A, a otros les dicen que es por B y así sigue. No es una actividad tan organizada si la pretendiéramos individualizar. Pero si detectamos a quienes dirigen a la población, a sus líderes, para que sigan una serie de acciones de las que ellos saben y el resto (o la mayoría, en todo caso) no, que son usados para fines diferentes a lo que están pensando, entonces eso le otorga una perversión precisa. Entonces, existe un lugar para los antimineros radicales porque estos nunca son condescendientes con lo que predicán. Es decir, si están en desacuerdo con la minería y, por consiguiente, con todo lo que esta produce, no deberían utilizar absolutamente nada de lo que provee.

Usar a una comunidad cercana a una mina para promover que no exista la actividad minera es condenarla al olvido y a la falta de atención estatal; lo hacen por motivos totalmente contrarios: obtener beneficios que de ninguna otra manera podrían tener. Al final del día, su interés tiene un fin económico.

Un caso sumamente distinto es el reclamar legítimamente a una unidad minera por no cumplir con acuerdos tomados con la comunidad o reclamarle por haber contaminado un componente fundamental y ellos están pagando el precio (externalidades). Para esto existen muchos medios de hacerlo pacíficamente. En realidad, todo tiene una respuesta pacífica, pero no se opta por esta porque se estima que sin subir el tono no se lograrán resultados. Eso es ya una forma de ver las cosas y, seguramente, amparada por actos políticos que más de uno conoce y en ello es evidente la figura amigo-enemigo que pensó Schmitt.

La ilegalidad que representamos en esta ocasión con minería ilegal es una cuya ejecución tiene resultados nefastos, arrastrando consigo la comisión de otros delitos y la depredación del ambiente, afectándolo irremediamente.

En la minería ilegal no existe legitimidad, porque nace de la absoluta oscuridad, como un ser contrario a todo lo que una democracia y un orden promueven. Lo más complejo del minero ilegal es que es, prácticamente, invisible. Solo sus tentáculos más lejanos son los que son capturados y entregados a la justicia. Si acaso a alguien se le ocurra ir en contra de la minería ilegal, sin mayor apoyo (policial o de las Fuerzas Armadas), correrá el peligro de perder la vida. Ellos no juegan, ejecutan. No tienen interés por nadie, mucho menos por el ambiente, por el territorio de una comunidad, por la salud, ni siquiera de sus secuaces; es una actividad peligrosa, sin compasión y que amenaza la vida y el tesoro que representa a un país: su gente, su cultura, sus tradiciones y su tierra.

La lucha contra el ilegal es un acto necesario, aunque siempre podemos hallar escenarios más difíciles. ¿Qué sucede cuando una población apoya la minería ilegal? Eso no tiene palabras, pero la justificación que se produciría estribaría en la necesidad, en que no hay trabajo cercano y solo queda dedicarse a, por ejemplo, operar una draga o llevar suministros para que la actividad se concrete.

Aquí falló el Estado porque su objeto es llegar a todos, y al no llegar, permitió que quien lo haga sea el ilegal, distorsionando todo aquello para lo cual un Estado de derecho está diseñado. Cuando esas personas, esa población, que no tiene a quién dirigir reclamos, asume su necesidad como justificación para dedicarse a una actividad ilegal (como quien decide ser un pandillero, un ladrón, un rufián, incluso un sicario) se dirige en contra de lo que es considerado pacífico, justo y «normal». Por lo que, poco a poco, se convierte, voluntariamente, en un enemigo.

En consecuencia, un «enemigo (ambiental)» es la mente que configura un delito tan grave, según nuestro parecer, como el de dañar el ambiente a tal magnitud que resulta irremediable y afecta a la sociedad, a la flora y la fauna silvestre, al punto de condicionar su existencia.

Un enemigo vulnera el marco legal, a sabiendas de su existencia, y ejecuta a quienes pretendan detenerlo, considerando que tiene incluso más

recursos para hacerse con beneficios ilegales y ser, en la práctica, inimputable porque es invisible. Para tal «enemigo» no puede haber acciones aisladas para detenerlo, sino toda una organización estatal que hasta requiera intervención de organismos internacionales, principalmente, por sus conocimientos en estrategias de guerra y de inteligencia y contrainteligencia.

El punto clave es que la actividad ilegal sea detenida y esto no es simple porque implica llegar al final del laberinto y capturar al villano. Si todo lo anterior pudiera ser concretado, entonces una utopía podría ser, finalmente, alcanzada. Pero semejante reto aún no ha sido abordado del todo y a medida que pasa el tiempo el laberinto solo se sigue extendiendo sin mayor control.

#### 4.6. Nueva tendencia del derecho ambiental

Los delitos ambientales<sup>5</sup>, que se encuentran tipificados en el Código Penal<sup>6</sup>, contienen pena privativa de la libertad, más si existen agravantes, pero en

---

5 Título XIII del Código Penal. Curiosamente, ninguno de los artículos que conforman este título describen qué es delito ambiental, sino que se limitan al de contaminación ambiental y sus formas agravadas, al de minería ilegal y agravantes, incumplimiento de normas relativas a residuos sólidos, tráfico ilegal de residuos peligrosos, tráfico ilegal de flora y fauna silvestre, responsabilidad funcional e información falsa, etc.

6 Particularmente, el delito de minería ilegal se encuentra en el artículo 307-A del Código Penal:

El que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa.

La misma pena será aplicada al que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos que se encuentre fuera del proceso de formalización, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad, no mayor de tres o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

ningún caso consideran la cadena perpetua o la pena de muerte. Por supuesto, habida cuenta del Pacto de San José, la pena de muerte no es ejecutable en el Perú.

La discusión sobre esta nueva visión o tendencia del derecho ambiental es un continuo debate por erradicar las actividades que más vulneran el ambiente y que amenazan la vida. Por tanto, un concepto tan amplio como el de delincuente, que puede ser cualquiera, merece una figura superior para aproximar una acción disuasiva ejemplar por parte del Estado.

Los elementos concretos, para ser enemigo ambiental, tienen que ver con el pleno conocimiento del acto (alevosía); con el impacto de este; manipulación (perversión) o amenaza; y la relación con otros tipos penales de repudio general y que aducen penas severas.

Es aún muy inicial abundar en cada elemento, pero es solo cuestión de tiempo e investigación lograr conectar todos porque, de por sí, la rama penal se inclina a estos.

No obstante, en lo social, la conexión de los elementos para que se configure el delito es más difícil, porque si se sostiene el criterio de necesidad para delinquir y cometer un crimen o delito, entonces chocamos contra una realidad de varias percepciones. Lo más sencillo es apuntar al beneficio que recibe la empresa que al perjuicio que causa el ilegal por el simple hecho de que no conocemos quién es este último y hasta puede que justifiquen su involucramiento porque no tiene a qué más dedicarse para obtener medios para vivir bien.

Así es como los «enemigos» desean que se piense: que no existe otro medio más que el de ellos. ¿Cómo luchar contra eso?, ¿cómo pretender que no piense así una comunidad o una población o toda una sociedad si a su alrededor no hay crecimiento económico u otra actividad productiva ni presencia del Estado más que la ilegalidad?

En respuesta a esas inquietudes, proponemos el «derecho ambiental del enemigo», que refleja una tendencia novedosa y una visión necesaria del derecho ambiental que va más allá de la aplicación de la norma, apuntando al motivo de existencia de una rama jurídica diseñada para proteger el ambiente, promover la sostenibilidad en la extracción de recursos naturales y luchar

contra la ilegalidad, mediante un acercamiento a la dinámica social que impera en las relaciones interpersonales.

Si bien Jakobs, con su «derecho penal del enemigo», plantea una reducción sustancial de garantías al enemigo, que involucraría suspender derechos fundamentales, el concepto que planteamos como «derecho ambiental del enemigo» es uno que fija su atención en quiénes idean los delitos (o crímenes) ambientales, permitiendo que el Estado y sus aliados (las empresas, las ONG, etc.) se hagan visibles a la sociedad que se siente olvidada y defraudada, demostrándoles que la ilegalidad trae perjuicios más que beneficios.

Ahora bien, ¿qué ocurre, según el «derecho ambiental del enemigo», con los «enemigos»?

No consideramos ideal plantear un régimen de limitación de garantías, sino uno de prevención porque tal es el encausamiento que le damos al derecho ambiental. Ese régimen de prevención implica que tengamos o consigamos tecnología que permita incorporar recursos en quienes tutelan el ambiente y sus componentes para evitar la promoción y la consecución de actividades ilegales. Este refleja una mirada más atenta a la sociedad y a qué se enfrenta, cuáles son sus necesidades principales y dónde están sus principales perjuicios. Esa prevención permite un trabajo más colaborativo y anticipado de la Administración pública con las autoridades que ejercen el control jurisdiccional.

En lo que a la acción para enfrentar al enemigo se refiere, es imperativo tener más recursos y medios para que quienes serán los encargados de someterlos cuenten con las facilidades y el conocimiento suficiente para actuar. Por tal motivo, tener un marco que les garantice ello es imperativo, y una vez sometida toda esa red criminal, contar con una justicia más celerante para lograr la condena que considerará el agravante de que es autor intelectual de un delito (o crimen) en contra de la vida en todo el sentido de la palabra.

## 5. CONCLUSIONES

El planteamiento de una nueva teoría es siempre objeto de crítica, como debe ser, para crecer, aprender y adecuarse, si viene al caso. El «derecho ambiental del enemigo» representa una teoría que se sustenta en casos reales como el

perjuicio sostenido de la minería ilegal en el Perú y en el resto del mundo. El avance sin tregua de los ilegales, que infectan la mente de comunidades, pueblos y sociedades, perjudica todo lo que toca, tal como se observa en las imágenes de Madre de Dios, de La Rinconada, etc.

Esta teoría sugiere un régimen de prevención dotado de inteligencia y de sometimiento cuando en una zona determinada abunde la ilegalidad, por lo que es crucial abordar la confidencialidad que deben tener las operaciones que se realizarán.

Ahora bien, todo esto es nuevo en el planteamiento, pero tenemos que empezar por idear las bases para definir a un enemigo e individualizarlo, de manera tal que podamos acercarlo a la justicia sin mayor demora, garantizando al mismo tiempo los derechos fundamentales, muy al contrario de lo que pensaríamos del enemigo que planteó Jakobs, si bien él confirió que este tendría una especie de personalidad de la que no podríamos abusar al momento de castigar.

En ese sentido, para conocer al enemigo, más cerca debemos tenerlo y, en estos tiempos, la mejor forma de acercar el mundo y de ampliar la visión es con la tecnología y las estrategias de inteligencia. Asimismo, si contamos con un marco legal punitivo más severo, no nos garantiza que ello será un disuasivo eficiente para evitar que la minería ilegal avance, por lo que tenemos que lograr el apoyo de la misma sociedad sometida o engañada por el ilegal. Si, en definitiva, logramos que la sociedad de la cual el ilegal se vale para sus actos, lo repudie, entonces no tendrá cómo avanzar y su sometimiento por parte de las autoridades será ejemplar, solo en ese caso podremos considerar que el marco legal ha tenido buenos resultados.

## REFERENCIAS

- Congreso de la República (1987). *Ley General de Comunidades Campesinas. Ley n.º 24656.*
- Delgado, M. C. (2011). El criterio amigo-enemigo en Carl Schmitt. El concepto de lo político como una noción ubicua y desterritorializada. *Cuaderno de Materiales*, (23), 175-183.

- Fundación Stop Ecocidio (2021, junio). *Panel de Expertos Independientes encargado de la definición de Ecocidio. Comentario acerca de la definición*. <https://stopecicidio.org/s/SE-Foundation-Commentary-and-core-text-ES-rev3.pdf>
- Honda, J. A. (2006). Legislando a favor de las comunidades campesinas. *Derecho & Sociedad*, (27), 185-189.
- Iglesias, D. (2020). La Corte Penal Internacional y la protección del medio ambiente frente a las actividades empresariales. *Seqüência (Florianópolis)*, (86), 89-122.
- Jakobs, G. (2000). *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Universidad Externado de Colombia.
- Llobet, J. (2021). *El derecho penal del enemigo de Günther Jakobs y el enemigo de Carl Schmitt y del régimen nazi*. Ediciones Olejnik.
- Martín, R. (2005). *Manual de derecho administrativo* (24.<sup>a</sup> ed.). Aranzadi.
- Palacios, Y. (2010, julio-diciembre). Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 21(2), 19-34.
- San Martín, D. (2022a). *El derecho minero*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- San Martín, D. (2022b). *El daño ambiental y la protección jurídica del ambiente. El caso de la actividad minera en el Perú*. Cenales.
- Valiente, L. (2019). La pena de muerte: situación actual desde una perspectiva internacional. *Inciso*, 21(1), 84-102. <https://doi.org/10.18634/incj.21v.1i.913>
- Wieland, P. (2017). *Introducción al derecho ambiental*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.