



**DEFENSORIAS REGIONALES
MINUTA REGIONAL**

**LICITUD DEL USO Y PORTE DE LA HOJA DE COCA:
UN CASO DE INVOCACIÓN Y APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

N° 1/2008/Mayo

Consulta sobre la versión oficial de este documento a:
estudios@defensoriapenal.cl

**Licitud del uso y porte de la hoja de coca:
Un caso de invocación y aplicación judicial del Derecho Internacional de los
Derechos Humanos.**

Ignacio Barrientos Pardo*

Sumario: La hoja de coca ha sido usada y consumida en el mundo andino desde tiempos inmemoriales. Los distintos usos han sido profusamente documentados. En la actualidad están presentes en las prácticas cotidianas y rituales de los pueblos indígenas de Los Andes. Como contrapartida los Estados de la zona han suscrito compromisos internacionales tendientes a la erradicación y represión del cultivo y uso de la hoja de coca. En consecuencia, las legislaciones y reglamentaciones han proscrito, sin excepciones, la hoja de coca. El presente trabajo relata y analiza un caso¹ en que el debate judicial se centró, precisamente, en la licitud o ilicitud del uso y consumo de la hoja de coca y cuya resolución absolvió a dos ciudadanas bolivianas de origen quechua del cargo de tráfico ilícito de estupefacientes, aplicando in *bonam partem* una norma de la Ley Indígena, pese a la nacionalidad de las acusadas, apoyándose implícita e impensadamente en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, en especial su artículo 36.1. A su vez, el fallo que rechazó el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público aplicó, para ratificar la absolución, el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

I.- Introducción.

La hoja de coca es una especie vegetal empleada milenariamente por aymaras, quechuas y atacameños, en sus distintos espacios geográficos y socioculturales, con finalidades religiosas y medicinales². Su uso tradicional es común y cotidiano en todas las familias andinas, tanto en labores agropecuarias como en reuniones y ceremonias. La masticación de la hoja de coca es una actividad habitual en la altiplanicie de Chile, Bolivia y Perú, donde aún se concentra parte de los descendientes de los antiguos habitantes de

* Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Valparaíso. Asesor Jurídico de la Defensoría Regional de Antofagasta. Diploma de Estudios Avanzados, Programa de Doctorado Derechos Fundamentales, Universidad Autónoma de Madrid. Diplomado en Estudios Amerindios, Casa de América de Madrid-Universidad Complutense de Madrid.

Como siempre quiero expresar mi gratitud a mis colegas de la Defensoría Regional de Antofagasta por el apoyo y comentarios recibidos. Especialmente agradezco a Pedro Casanueva, Loreto Flores, Mario Fuentealba, Hernán Díaz, Roberto Vega e Ivan Centellas. También mis agradecimientos para Julia Arriagada por la edición de este artículo.

¹ El juicio que da origen a este trabajo se tramitó ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, y en él la defensa estuvo a cargo del defensor local don Hernán Díaz Verdugo, quien al igual que el autor fue abogado de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. La defensa en sede de nulidad fue asumida por el autor. La defensa en esta causa es una demostración de que los mejores resultados son obra del trabajo en equipo.

² Belmonte, Eliana; Ortega, Marieta; Arévalo, Patricia *et al.*, "Presencia de la Hoja de Coca en el Ajuar Funerario de Tres Cementerios del Periodo Tiwanaku", *Chungará (Arica)* V .33 N°1, enero 2001, pp. 125-135.

la zona. Asimismo, la venta de la hoja de coca se realiza en ferias o mercados de los pueblos altiplánicos, especialmente en las cercanías de la frontera entre Bolivia y Chile.³

En los últimos treinta años se ha acentuado un proceso migratorio desde localidades fronterizas bolivianas y desde los sectores más altos de la Región de Antofagasta (especialmente desde la Comuna Ollagüe)⁴ hacia distintos centros urbanos. Esta migración se ha producido en forma variable según los momentos históricos y áreas de proveniencia. En todo caso, fruto de este proceso, durante las últimas décadas se ha modificado la composición de las comunidades agrícolas, originándose una redistribución de la población rural regional con el consiguiente surgimiento de un segmento de población quechua y atacameña urbana. Como consecuencia de ello, muchos miembros de los pueblos quechua y atacameño catastrados en esta región residen actualmente en la ciudad de Calama⁵ y otros pueblos cercanos. Sin embargo, pese a este flujo migratorio las tradiciones y ritos indígenas se han mantenido relativamente intactos, cobrando importancia la celebración de determinadas fiestas patronales en los antiguos pueblos. Así también, la creación de redes comunitarias ha facilitado que en el espacio urbano los indígenas migrantes continúen con esas tradiciones y ritos, incluido el uso y consumo de hoja de coca.

La información anterior tiene relevancia para el caso que se analizará, pues precisamente las acusadas son migrantes quechuas que, no obstante su residencia en la ciudad de Calama, mantienen vínculos con su lugar de proveniencia y recrean sus tradiciones culturales y religiosas en las festividades locales.

Por otra parte, existe suficiente evidencia antropológica que en el mundo andino se produjo un proceso de selección y adaptación de formas y significados simbólicos cristianos-católicos. Este proceso de *sincretismo religioso* ha provocado el surgimiento de lo que se denomina “catolicismo andino indígena”⁶, una de cuyas manifestaciones es la

³ Me he basado, en esta parte, para hacer esta sucinta introducción en el informe del perito don Elías Ticona Mamani, contratado por la defensa en la causa que motivo el juicio contra las ciudadanas bolivianas.

⁴ El Informe Final del Grupo de Trabajo del Pueblo Quechua (sin fecha), p. 398, afirma que: “Hacia 1970 la Comuna de Ollagüe contaba con 911 habitantes, ya desde esa fecha se notaba un decrecimiento poblacional progresivo, acentuándose esta situación de manera dramática a fines de 1992, con el cierre definitivo de la última mina de azufre en explotación, tal como se señaló en los antecedentes históricos (ver Tabla 2). En la actualidad los saldos migratorios resultan negativos, proporcionando una tasa de crecimiento de la población que para 1993 era de – 47%. (Romo 1998)”. Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato de los Pueblos Indígenas de Chile.

⁵ Calama, capital de la Provincia del Loa, es una ciudad enclavada en el altiplano chileno a 2.200 metros de altura, cuya población de más 200.000 habitantes se dedica principalmente a actividades mineras y de servicios.

⁶ El Informe Final del Grupo de Trabajo del Pueblo Quechua, p. 395, citando un trabajo de los antropólogos Gundermann y González (*Estudio de diagnóstico Comuna de Ollagüe, 1993*), señala que: “Actualmente, la Comunidad Quechua de Ollagüe, se caracteriza por poseer manifestaciones culturales propias que le otorgan

fusión producida en algunas zonas de Los Andes entre el culto a la Pachamama y la Virgen María.⁷

No obstante la existencia de los antecedentes históricos y antropológicos reseñados previamente – y probablemente contra ellos –, el caso que motiva este trabajo no es el primero que se presenta en la historia judicial chilena. Uno de los más recordados es el del yatiri (curandero) atacameño Juan Cutipa Morales, quien fue encausado por un juzgado del crimen de la austral ciudad de Punta Arenas por el delito de tráfico de estupefacientes. En este caso se dictó finalmente sentencia absolutoria.⁸ Otro caso es el que afectó a Jacinto López Vilca y Felix Salvatierra Salvatierra, ciudadanos bolivianos, quienes fueron condenados por el Primer Juzgado del Crimen de Calama a las penas de 5 años y un día y tres años y un día, respectivamente, por tráfico de estupefacientes.⁹

¿Debe el Ministerio Público tener en cuenta el contexto cultural para decidir sobre la persecución penal? ¿Basta con acreditar la trasgresión formal de una norma penal, esto es, acreditar que se han ejecutado conductas contempladas en la Ley de Drogas, sin que importe la finalidad ritual o tradicional? ¿Se puede afirmar, como lo hace el Ministerio Público, que “la intención o finalidad inocente no cuenta”? ¿Cuál es la conducta esperable de los jueces frente a un proceso penal en que se plantee un conflicto normativo referido a la realización de conductas que trasgrediendo el ordenamiento penal

especificidad como grupo, éstas son parte de una cultura campesina de comunidades pastoriles de altas montañas, originada en la síntesis cultural colonial que desde el siglo XVII tomó forma por la región andina. La expresión más conocida de estos sistemas culturales es el catolicismo andino indígena, resultante de la imbricación de aportes culturales propiamente amerindios y elementos peninsulares”. Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato de los Pueblos Indígenas de Chile. A lo anterior podemos agregar que la migración se realizó en forma variable según los momentos históricos y áreas de proveniencia. Durante esas décadas se modificó la composición de las comunidades agrícolas, se redistribuyó la población rural regional y empieza a hacerse visible un segmento de población quechua, aymará, quechua y atacameña urbana.

⁷ Para una mayor información, ver: Szeminki, Jan, “La transformación de los significados en los Andes Centrales (Siglos XVI-XVII)” y Marzal, Manuel “Sincretismo y Mundo Andino: Un puente con el otro”, en Gary H. Gossen/J. Jorge Klor de Alva, Manuel Gutiérrez Estévez y Miguel León-Portilla (eds.), *De Palabra y Obra en el Nuevo Mundo*, .3. *La formación del otro*, Siglo Veintiuno de España Editores S.A., 1° edición, Madrid, 1993, pp. 181-230 y pp. 231-250, respectivamente; Marzal, Manuel, “Persistencia y transformación de ritos y sacerdocio andinos en el Perú”, en Gutiérrez E., Manuel, *Mito y Ritual en América*, Editorial Alhambra S.A., 1° edición, España 1988, pp. 263-285.

⁸ La causa contra Juan Cutipa Morales tenía asignado el Rol N° 70.375-C, del Primer Juzgado del Crimen de Puntas Arenas. El fallo se dictó por la juez doña Beatriz Ortíz Aceituno, el 7 de enero de 2003. En la sentencia, después reconstruir la historia del acusado y del uso de la hoja de coca en el contexto andino, señala la juez que de los antecedentes del proceso se desprende que las hojas de coca eran usadas para fines rituales y medicinales.

⁹ A la causa contra Jacinto López Vilca y Felix Salvatierra Salvatierra se le asignó el Rol N°164-93. Se les incautó la cantidad de 42 kilos de hojas de coca; cantidad que fue ingresada desde Bolivia. La Corte Suprema (Rol N° 30.985-94), conociendo un recurso de casación promovido por el Consejo de Defensa del Estado, estimó que la cantidad era indiciaria del propósito de tráfico ilícito. No existe mención, en las sentencias a las que se accedió, que existiesen precursores, que los condenados tuviesen la finalidad de producir estupefacientes o de proveer de hoja de coca a quien tuviese esas sustancias (Sentencia de 11 de abril de 1995).

se sustentan en costumbres y tradiciones indígenas inmemoriales? ¿Con qué herramientas cuenta la defensa para hacer frente a una persecución penal insensible o ciega ante la diferencia cultural? ¿De qué forma se puede resolver la colisión entre la Ley de Drogas y el derecho a mantener prácticas rituales que impliquen el uso de sustancias prohibidas? ¿Tienen los indígenas de origen andino un legítimo derecho a portar y usar la hoja de coca, esto es, existe en alguna parte del ordenamiento jurídico vigente en nuestro país una norma que contemple, como lícito, el uso tradicional de esta sustancia? A estas preguntas se intentará responder en este trabajo.

Este artículo persigue, en primer lugar, describir brevemente los hechos de la causa y analizar las sentencias judiciales recaídas en el caso. Luego, se indagará acerca de la licitud del uso de la hoja de coca en el derecho interno y la posible aplicación de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. En tercer lugar, me ocuparé de la normativa internacional aplicable al caso, con una referencia a la posibilidad de aplicar normas de derecho internacional consuetudinario. Enseguida, analizaré el derecho a la libertad religiosa como fundamento que excluya la punición. Finalmente, procuraré sostener que es posible construir una regla de prevalencia condicionada que, más allá del caso particular, sirva para excluir cualquier tipo de sanción en casos similares.

II.- Los hechos tras el conflicto jurídico penal.

El 18 de diciembre de 2006 dos ciudadanas bolivianas, de origen quechua¹⁰ y residentes en Chile, fueron detenidas en el terminal terrestre de Calama por detectives de Investigaciones de Chile. Se encontró entre su equipaje la cantidad de 5 kilos 440 gramos de hoja de coca.¹¹ Las mujeres, desde el primer minuto, señalaron que las hojas se las había encargado una persona para la fiesta de la Virgen del Rosario de Cosca, que se realiza anualmente el día 25 de diciembre en el pueblo de Cosca.¹²

¹⁰ Las acusadas son indígenas quechuas, dedicadas al comercio minorista, que migraron desde el altiplano boliviano. En todo caso previo a la chilenuzación del territorio que constituye hoy la Región de Antofagasta su familia era originaria del poblado de Ayquina (Chile).

¹¹ Esta planta se encuentra dentro de un listado de sustancias prohibidas, de acuerdo al Decreto Supremo N°867 del 8 de agosto de 2007, que aprueba el reglamento de la Ley Núm. 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópica (publicado en el Diario Oficial el 19 de febrero de 2008). El nombre científico de la coca es Erithroxylon, originaria de América, su cultivo data desde hace unos 4.000 años. Geográficamente se extendía por una gran parte del continente, desde la actual Nicaragua hasta Chile.

¹² Cosca, es un pueblo ritual, actualmente sin habitantes permanentes, que se encuentra en el altiplano de la Región de Antofagasta, a 30 kilómetros de Ollagüe y a una altitud superior a los 3.000 metros.

El Ministerio Público sostuvo que la conducta de las acusadas configuraba el delito de tráfico ilícito de estupefacientes¹³. La defensa postuló la existencia de error de prohibición, falta de dolo y la existencia de un contexto cultural especial.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama¹⁴, basado en el hecho acreditado que las hojas de coca estaban destinadas a una festividad religiosa¹⁵, concluyó que la conducta que se atribuía a las acusadas no tenía como finalidad el tráfico de estupefacientes y que ellas estaban amparadas por la causal de justificación denominada “ejercicio legítimo de un derecho”.¹⁶

La Corte de Apelaciones de Antofagasta¹⁷ rechazó el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público. La defensa en sede de nulidad, para fundar la causal de justificación aplicada por el Tribunal, invocó el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP), la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) (en adelante, la Declaración) y la Convención de Viena contra el Tráfico de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas (1988) (en adelante, la Convención de 1988). La Corte acogió la aplicación de la primera de las normas indicadas, sin pronunciarse explícitamente sobre las restantes.

III.- Las razones de una sentencia absolutoria.

¹³ Según el Ministerio Público, los hechos descritos configuran el delito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas previsto y sancionado en el artículo 3º en relación al 1º inciso 2 de la ley N° 20.000, en grado de consumado, siendo consideradas la acusadas como autoras ejecutoras. El ente persecutor solicitó la aplicación de una pena de 4 años de presidio menor en su grado máximo, más multa de 200 unidades tributarias mensuales. Las acusadas permanecieron privadas de libertad cerca de 4 meses.

¹⁴ El Tribunal Oral dictó sentencia el día 6 de octubre de 2007 y estuvo integrado por los jueces Marcela Mesías Toro, Carlos Muñoz Sepúlveda y Franco Repetto Contreras. El redactor del fallo fue el segundo de los jueces nombrados. Se asignó a la causa el Rol N° 66-2007 (RUC 0600900213-6).

¹⁵ Ver: Informe Final del Grupo de Trabajo del Pueblo Quechua (sin fecha), Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, p. 396. El informe expresa que: “En esta se conjugan tanto los aportes del catolicismo andino con ciertas prácticas con correlato prehispánico. Esta festividad, que crece año tras año, también es un espacio de encuentro de las familias que han migrado. Esta celebración se organiza alrededor de cuatro pasantías: la de un *alférez* de la Virgen de Andacollo, un *mayordomo* de una segunda Virgen de Andacollo, un *pasante de la Otava* y un *pasante llamero*, cada uno con su sala. La jerarquía o importancia de las pasantías estaría dado en el orden descrito. El día 24 se efectúan costumbres que corresponden a *pagos* a la tierra y a las divinidades, estos son oficiados por un *Auki* (viejo, anciano o sabio en lengua quechua). El día 25, de la *víspera* se sacrifican cuatro llamas blancas, machos, uno por cada patrocinante.”

¹⁶ El Código Penal chileno señala en el art. 10 que: “Están exento de de responsabilidad penal: 10. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.”

¹⁷ La Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, integrada por la Ministra Gabriela Soto Chandía, el Fiscal Judicial Rodrigo Padilla Buzada y el Abogado Integrante Bernardo Julio Contreras, dictó sentencia el día 30 de noviembre de 2007. La redacción se encargó al tercero de sus miembros. Se asignó al recurso el Rol Interno N° 250-2007.

El Tribunal Oral absolvió a las acusadas estimando que a su respecto concurría la causal de justificación de ejercicio legítimo de un derecho. Se sostiene en el fallo que pese a que las acusadas realizaron una conducta típica constitutiva de tráfico de estupefacientes, en

“... un acercamiento al tema, muy general por cierto, ya nos permitiría no compartir el criterio fiscal, puesto que el propio ordenamiento nos permite recurrir a justificantes que eliminan el reproche, de manera tal que frente a un delito, como ocurre en este caso, perfectamente podemos arribar a un pronunciamiento absolutorio” (Considerando decimoctavo)

La reconstrucción fáctica que hace el Tribunal para arribar a la conclusión absolutoria es la siguiente

“Doña “xxx” le encarga a doña “yyy”, aprovechando un viaje de ésta a Bolivia, hojas de coca en cantidad indeterminada para ser utilizadas por aquella en la festividad religiosa de la Virgen de Andacollo de Cosca, lo que “yyy” cumple adquiriéndola en Ollagüe y con la cual es detenida junto a su hermana doña “zzz” en Calama, cuando funcionarios de la BICRIM las fiscalizaban por una entrada ilegal de fuegos artificiales. (Considerando decimoctavo)

En consecuencia, de acuerdo al Tribunal Oral, la conducta de tráfico de hoja de coca tuvo un fin claro y preciso: su utilización en una festividad religiosa. Esta finalidad, según los jueces, es la que le otorga sentido a la idea que las acusadas, sabedoras de la prohibición, efectuaran la conducta, puesto que los kilos de hojas de coca que transportaban no estaban destinados a su elaboración¹⁸ ni a su venta subterfugia en algún mercado local, sino que para ser utilizada en una festividad religiosa patronal.

Para respaldar la licitud de la finalidad de la conducta de las acusadas, el Tribunal recuerda que todos los peritos que declararon en el juicio se encargaron de evidenciar el rol de la hoja de coca en el seno de la comunidad atacameña y altiplánica.¹⁹

El fallo reconoce, además, dos cuestiones importantes. Por un lado, la existencia de una pugna entre las tradiciones indígenas y la Ley N° 20.000 (Ley de Drogas), cuyo reglamento proscribía la hoja de coca y, por otro, que el consumo de la hoja de coca se

¹⁸ El Tribunal excluyó tajantemente, mediante el testimonio policial y pericial (aportados por el Ministerio Público), la posibilidad que la hoja de coca fuera utilizada para producir cocaína. Uno de los policías recordó haberse dirigido al domicilio de las hermanas y no haber encontrado absolutamente nada relativo a un eventual tratamiento de las hojas que pudiera vislumbrar su elaboración. El perito reiteró que ni ácidos ni carbonatos se encontraron en la inspección policial.

¹⁹ En el mismo juicio se reconoció, por parte de tres peritos (dos de la defensa y uno del Ministerio Público), que desde tiempos inmemoriales se usa con distintos fines (curativos, agropecuarios, rituales-religiosos) la hoja de coca.

realiza en los poblados del Norte, no entre penumbras sino que abiertamente y, lo que es más, en forma abundante.²⁰

Ello ocurre, según el Tribunal, simplemente porque su uso en el seno de estas comunidades indígenas está absolutamente avalado, pues forma parte de su *ethos*. Así señala en forma expresa que

“... las acusadas, no obstante realizar una conducta reprochable, lo hicieron siguiendo las formas y simbolismos propias de su cultura, lo que significa que ellas, en su conciencia y fuero interno, no tuvieron la intención de traficar las hojas de coca, sino entregárselas a una persona que, como creyente, las iba a utilizar en una festividad religiosa. Ese es su convencimiento, no otro.” (Considerando decimoctavo)

La pugna entre tradiciones indígenas y el ordenamiento legal, la resuelve el Tribunal recurriendo a la Ley Indígena como un instrumento de validación de las manifestaciones culturales en las cuales se consume la hoja de coca. Así es como el Tribunal aplica el art. 1° de la referida ley, que contiene el reconocimiento estatal de las comunidades indígenas, y el artículo 54 inciso segundo, en cuanto concede valor a la costumbre indígena.

La afirmación del Tribunal en este *iter* de su argumentación es que si el

“... Estado Chileno las reconoce implícitamente [a las comunidades indígenas] lo está haciendo de sus tradiciones, aun cuando, en este caso, las acusadas sean bolivianas, puesto que del espíritu de la ley se desprende que el tratamiento y la interpretación de las normas deben abarcar a los pueblos colindantes.” (Considerando decimoctavo)

Finalmente, en un párrafo en el que se mezclan la falta de dolo, el error de prohibición²¹ y una justificante, el Tribunal señala que

²⁰ Creo que el Tribunal incurre en una contradicción cuando asevera que, por un lado, la hoja de coca no estaba destinada a su venta subterfugia y, por otro, señala que el consumo se hace abierta y abundantemente.

²¹ Debo expresar que la teoría del caso que menos me gusta es la que sostiene el error de prohibición, pues ella supone reconocer la existencia de una norma penal que sanciona una conducta y aceptar que la única posibilidad para quedar excluido de su ámbito de sanción es invocar el desconocimiento o ignorancia de la prohibición contenida en aquella norma, sin cuestionar su validez o su aplicación general. En mi opinión, en este caso, sí existen otras posibilidades para evitar la sanción penal. Sin embargo, no descarto que pueda ser una estrategia de defensa a explorar y asumir en un caso particular. Tanto es así que la Corte de Apelaciones señaló, aludiendo al error de prohibición, que: “Tal referencia permite a esta Corte coincidir con lo sustentado por el profesor Politoff, página 224 Derecho Penal, Editorial Conosur Tomo I, año 1997, quien tratando el tema II Conciencia de la ilicitud y error de prohibición, escribiera: “que no es dable formular un reproche al que no podía saber que su hecho estaba prohibido.” (Considerando cuarto).

“... en la conciencia de las acusadas su conducta no resultaba atentatoria a derecho, ya que es habitual que en su etnia sea corriente que en ese tipo de festividades se consuma y use las hojas de coca, lo que tiene gran importancia para el pueblo aymará tanto para su desarrollo cultural como para su idiosincrasia, máxime cuando aquello le es reconocido legalmente, mediante las normas señaladas. En consecuencia, las acusadas actuaron creyendo equivocadamente que se encontraban amparadas en la causal de justificación del artículo 10 N° 10 del Código Penal, por el ejercicio legítimo de un derecho, lo que obsta a la existencia de la conciencia de la ilicitud de su conducta, por lo que debe entenderse que su actuación en el hecho del juicio, con ser una acción típica y antijurídica, no es culpable, toda vez que falta el elemento de la conciencia de la ilicitud de su proceder; lo que en la especie, en relación a lo obrado por las acusadas, no se dio, por lo que al no existir la culpabilidad, componente aquella de ésta, no hay delito”. (Considerando decimoctavo) (Subrayado del autor)

La sentencia comentada se inclina, al aplicar el art. 10 N° 10 del Código Penal, por establecer la falta de antijuridicidad de la conducta de las dos ciudadanas bolivianas.

Una conducta es antijurídica, según Sergio Politoff, desde un punto de vista formal cuando está en contradicción con los mandatos y prohibiciones del orden jurídico, lo que se puede afirmar no tan sólo por hallarse definida en un tipo legal, sino que además por la ausencia de una causal de justificación. Por su parte, la antijuridicidad material está vinculada con la dañosidad social de la conducta prohibida. Esto quiere decir que una conducta no es antijurídica por el simple hecho de estar prohibida, sino que está prohibida porque es materialmente antijurídica (dañosa socialmente hablando).²²

El mismo autor enseña que generalmente la confrontación entre la norma prohibitiva o imperativa que resulta de la existencia de un tipo legal y el permiso excepcional para realizar la conducta lesiva de un bien jurídico tiene lugar porque ésta realiza, en el caso concreto, un resultado juzgado más valioso por el orden jurídico, o lo que es lo mismo su dañosidad social es menor que el daño causado con la realización típica.²³

Existe consenso que para la determinación de la antijuridicidad material y la existencia de una causal de justificación se puede recurrir a la totalidad del orden jurídico, en sus diversas ramas. Se sostiene que no puede pretenderse un elenco completo de causas de justificación, ya que los permisos significan que la prohibición que se infiere de

²² Politoff Lifschitz, Sergio y Ortiz Quiroga, Luis, (Coord. Jean Pierre Matus Acuña), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, Libro Primero- Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2002, p.96.

²³ *Ibíd.*

la realización de un tipo legal puede aparecer permitida por otro sector del ordenamiento.²⁴

Este es, en nuestra opinión, el caso. En efecto de diversas normas del ordenamiento nacional e internacional se puede inferir una respuesta afirmativa acerca de la existencia de una causal de justificación que permite excluir el reproche y persecución penal frente al uso de la hoja de coca en la vida cotidiana de la población indígena del Norte de Chile.

IV.- ¿El uso de la hoja de coca constituye el ejercicio legítimo de un derecho? Argumentos de derecho interno y el art. 36.1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

El artículo 1° de la Ley Indígena establece que el

“El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones, humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.

El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aymará, Rapa Nui o Pascuences, la de las comunidades Atacameñas Quechuas y Collas del norte del país las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yamana o Yagan de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores

Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.”

Asimismo, el art. 54 de la misma ley señala que

²⁴ Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *Las causas de justificación*, Ed. Hammurabi, Argentina, 1995, pp.69 y 79; Bustos Ramírez, Juan, *Obras Completas, Tomo I, Derecho Penal, Parte General*, ARA editores, Perú, 2004, p.925; Politoff Lifschitz, Sergio y Ortiz Quiroga, Luis, (Coord. Jean Pierre Matus Acuña), ob. citada, p. 97. Politoff sostiene que: “La mayor parte de la doctrina penal conviene en que la formulación amplia del N° 10 (ejercicio legítimo de un derecho...) revela que el catálogo de causas de justificación no se cierra nunca, ya que lo que esté permitido por otra rama del ordenamiento jurídico (civil, administrativo, etc.) no puede ser ilícito para el derecho penal.”

“La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”.

En estas disposiciones fundó el Tribunal Oral, la aplicación de la causal de justificación. En la sección anterior nos hicimos cargo brevemente del concepto de antijuridicidad y del razonamiento del tribunal para llegar a una decisión absolutoria. Ahora, nos ocuparemos de los argumentos de derecho interno esgrimidos para sostener la tesis absolutoria. Asimismo, incidiremos en la argumentación sostenida por la defensa ante la Corte de Apelaciones.

El Tribunal señaló que desde el momento en que el Estado Chileno reconoce la existencia de las comunidades indígenas está también reconociendo sus tradiciones, aún cuando las acusadas sean bolivianas, puesto que del espíritu de la ley se desprende que el tratamiento y la interpretación de las normas deben abarcar a los pueblos colindantes.

La objeción que el Ministerio Público formuló en relación a la aplicación del art. 54 de la Ley Indígena es que dicha disposición no se puede aplicar a indígenas extranjeros, pues al definir que se entiende por indígena, el legislador exige, en el art. 2° de dicha ley²⁵, la nacionalidad chilena. El Ministerio Público cuestionó en su recurso de nulidad, la aplicación del art. 1 y 54 de la Ley Indígena, pues el mismo Tribunal reconocía que las acusadas eran de origen boliviano. No obstante, el Tribunal partiendo de la idea del reconocimiento legal de las costumbres indígenas, hizo extensible la aplicación del art. 54 de la Ley Indígena a las acusadas. Esto constituía, según el Ministerio Público, un error de derecho.

²⁵ Art. 2. Se considerarán indígenas para efectos de esta ley, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos: a) Los que sean hijos de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva; Se entenderá por hijos de padre o madre indígena a quienes descendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el artículo 12, números 1 y 2. b) Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena; Un apellido no indígena será considerado indígena, para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones, y c) Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de normas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos casos, será necesario, además, que se auto identifiquen como indígenas.

La afirmación del Tribunal tiene mucha fuerza y, además, cuenta con soporte normativo, aunque no lo haya explicitado, pues supone la aplicación del art. 36 de la Declaración, que señala

- “1. Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros así como con otros pueblos a través de las fronteras.
2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y garantizar la aplicación de este derecho.”

Si bien la sentencia no se refiere explícitamente a la Declaración, el Tribunal usa precisamente, como pauta de interpretación, el criterio asentado por ella en relación con los pueblos indígenas divididos por fronteras internacionales.

No hay que olvidar que la Declaración fue aprobada con el voto favorable del Estado de Chile y, no obstante que se cuestione su fuerza vinculante, nadie podría discutir que es una manifestación de voluntad del Estado emitida a través de sus órganos constitucionales ante organismos de la comunidad internacional. La actuación del Estado chileno reafirma, en este sentido, los pasos dados hacia la creación de una norma de derecho internacional consuetudinario.

Aunque los jueces del Tribunal Oral hayan desconocido la existencia del art. 36 de la Declaración, su sentencia es fruto del mismo razonamiento de quienes intervinieron en la redacción de la primera. Las fronteras internacionales no tienen el poder suficiente para escindir a los miembros de un mismo pueblo originario en cuanto a sus prácticas y manifestaciones culturales. Los pueblos indígenas constituyen una sola unidad independientemente de las fronteras estatales que los separan, cuyos miembros, sin considerar su nacionalidad estatal, tienen derecho a practicar, profesar o usar, en común con los otros miembros, su cultura, religión o idioma.

Por ello, el Tribunal al recurrir a los artículos 1 y 54 de la Ley indígena emplea dichos preceptos, como pauta de validación de manifestaciones culturales, independientemente de la nacionalidad de las acusadas. La conclusión que se puede derivar es la siguiente: las acusadas, indígenas de origen quechua deben ser tratadas como se trataría a un indígena quechua de nacionalidad chilena, pues además de ser la única forma de asegurar el pleno respeto al principio de igualdad, constituye el modo de hacer realidad el carácter unitario de las expresiones culturales indígenas.

El Tribunal Oral al usar, impensadamente, el criterio contenido en el art. 36 de la Declaración, aplica el 54 de la Ley Indígena *in bonam partem*²⁶, lo que le permite recurrir a la costumbre indígena como antecedente para la aplicación de una eximente de responsabilidad penal, incluso respecto de dos indígenas quechuas bolivianas.

La posición de la defensa en el alegato ante la Corte fue que dichas normas (el art. 1 y 54 de la Ley Indígena), eran efectivamente extensibles a los pueblos indígenas colindantes, por aplicación del art. 27 del PIDCP y del art. 36 de la Declaración. En la sección siguiente se explica el fundamento de esta alegación.

La sentencia de la Corte, en sede de nulidad, se pronuncia sobre la aplicación de la causal de justificación a los indígenas de origen altiplánico, sin distinción acerca de su nacionalidad, con lo que encarna también, sin explicitarlo, la orientación del art. 36.1 de la Declaración. La Corte al resolver el punto afirmó que

“... no es superfluo acotar que, en la comunidad residente en Calama y todo su entorno inmediato al altiplano de la hermana República de Bolivia, un indesmentible principio de primacía de la realidad determina el respeto y cultivo de tradiciones propias e intransferibles de su propia cultura y modo de amar y sentir la vida diaria.” (Considerando octavo)

V.- La licitud del uso de la hoja de coca y el Derecho Internacional Público.

Hoy se levantan, en nuestro país, muchas voces demandando la legalización del uso de la hoja de coca²⁷. No se puede desconocer lo conveniente que, en términos de seguridad jurídica, resultaría la existencia de una norma legal en tal sentido.

²⁶ Sobre la aplicación de la analogía en *bonam partem* para ampliar los espacios de libertad de las personas, reconociendo circunstancias de justificación o de atenuación de responsabilidad con fundamento en principios generales del derecho o aspectos normativos teleológicamente entendidos, ver: Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal, Parte General Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p.36-38.

²⁷ Al respecto se puede ver la edición taquigráfica de la Sesión 87^a, (Legislatura 354^a especial), 23 de enero de 2007, Senado de la República de Chile, especialmente las intervenciones de los senadores J. Gazmuri y A. Navarro. La CONADI ha instado por la legalización del uso de la hoja de coca debido a su significado cultural. Los diarios nacionales han dado a conocer la propuesta de la CONADI para despenalizar el uso y consumo de

Sin embargo, en mi opinión, para afirmar la licitud del uso de la hoja de coca bastaría con recurrir a algunas normas de derecho internacional que han sido incorporadas a nuestro sistema a través de la suscripción y ratificación de tratados internacionales. Esta fue la posición de la defensa en la vista del recurso de nulidad.

Existen dos tratados que pueden ser empleados en este intento. El primero, es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁸. El segundo, es la Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Convención de 1998).²⁹

1.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El art. 27 del PIDCP señala que

“En los estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha insistido sobre la amplitud de este mandato. El artículo 27 del PIDCP debe ser interpretado de forma tal que no se excluya de su aplicación a los ciudadanos de otros estados. Así lo ha reconocido el Comité en su Observación General N° 23 de 1994³⁰ al señalar que los términos usados por el artículo 27 no exigen que los individuos protegidos por esta disposición sean ciudadanos del Estado parte sobre el que pesa el deber impuesto y que éste no puede restringir los derechos establecidos en el art. 27 solamente a sus ciudadanos.³¹

La Corte de Apelaciones al hacer aplicación del art. 27 del PIDCP acogió lo planteado por la defensa y recordó que este precepto se inspira en la igualdad ante la ley, requiriendo una acción positiva del Estado en resguardo de los grupos minoritarios que existan, y que de hecho existen, en él. Para el Tribunal de alzada el aludido precepto

la hoja de coca. Ediciones de los días 28 y 29 de enero de 2008, Diario El Mercurio (edición nacional y regional).

²⁸ Publicado en el Diario Oficial de Chile el 29 de abril de 1989.

²⁹ Publicado en el Diario Oficial de Chile el 20 de agosto de 1990.

³⁰ Compilación de Observaciones y Recomendaciones Generales, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 a 38(1994).

³¹ Scheinin, Martin, “Indigenous Peoples’ Rights Under the International Covenant on Civil and Political Rights”, en Castellino, J. y Walsh L. (eds.), *International Law and Indigenous Peoples*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 3-15. Éste autor afirma que: “El Pacto se refiere a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas y se aplica incluso a grupos que han arribado recientemente o están temporalmente ubicados en el país en cuestión.”

“Fundamentalmente, se traduce en la obligación del respectivo Estado de permitir a las personas pertenecientes a dichos grupos manifestar sus diferencias de cultura e idioma. Ello es un derecho humano digno de total respeto y observancia en cualquier comunidad jurídicamente establecida”. (Considerando octavo) (Subrayado original)

El fundamento del fallo de la Corte llega más lejos y recurre a conceptos que lamentablemente no siempre están presentes en nuestra jurisprudencia. Partiendo de la evidencia que el art. 27 es claro y preciso en su sentido, la Corte asevera que, en consecuencia, a su solo mérito y amparo, el ente jurisdiccional llamado a acatarla y aplicarla tiene definido su alcance y ejecutoria. Así, afirma que

“Proviendo de un Tratado Internacional, al cual ha adherido soberanamente nuestro país, se produce lo que en Derecho Internacional Público se denomina la **autoejecutividad de tales convenciones** que rigen las relaciones interestatales en procura del bien común. De esa norma, que constitucionalmente se ha incorporado al orden jurídico interno, surge una conclusión obvia: **Del precepto invocado se deriva un derecho o interés legítimo e irrenunciable a favor de todo individuo -nacional o extranjero- y que es lo suficientemente específico para ser aplicado directamente por los llamados a hacer cumplidera la ley en su cabal sentido y alcance.** [...] Así, en la medida en que Chile es signatario del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su territorio, el precitado artículo 27 del mismo, es ley chilena, y conforme a ella las minorías tienen incorporado a su patrimonio el derecho al trato no discriminatorio en forma amplia y genérica para practicar su propia vida cultural, costumbres, ritos y usanzas cualesquiera sea la nacionalidad de ellas”. (Considerando séptimo) (Destacado en texto original)

Con esta formulación acerca de la aplicación directa del art. 27 del PIDCP, la Corte se alinea con connotados juristas nacionales y con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno.

Humberto Nogueira Alcalá señala, sobre la autoejecutividad de las normas de un tratado, que ésta consiste en la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en el derecho interno, sin necesidad de obtener un desarrollo legislativo previo. Esto significa que los jueces o la administración, a la hora de resolver cualquier asunto sometido a su consideración, deben aplicar en forma directa, las normas internacionales que establezcan un derecho en favor de la persona que tiene un interés legítimo en la

aplicación del precepto cuya protección es elegible al juez en sus resoluciones o a la administración en sus actuaciones administrativas.³²

Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional chileno en causa Rol 309-2000 (4 de agosto de 2000), en su considerando cuadragésimo octavo señala que:

“... Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina *"self executing"* y *"non self executing"*. Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. Las segundas, son aquéllas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado para que, en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva”.

2.- Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

Por su parte, la Convención de 1988 en su artículo 3° señala que

“Cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:
a) ii) El cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con el objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada”. (Subrayado del autor)

Se pueden enunciar dos observaciones en relación con el caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Antofagasta. La primera, se refiere a la falta de dolo: en la causa se descartó absolutamente el ánimo de producir estupefacientes (tanto por la cantidad como por la inexistencia de precursores)³³, y obviamente, también se descartó el dolo

³² Así señala Humberto Nogueira Alcalá que “... todos los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos son de autoejecutividad directa, a menos que exista una estipulación expresa en la norma que condiciona el cumplimiento de la norma al desarrollo de leyes subsecuentes”. Nogueira Alcalá, H., “Las Constituciones y los Tratados en materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile”, *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Año 6, N° 2, 2000, p. 247. En este sentido, el profesor Nogueira se hace eco de la posición de Germán Bidart Campos en cuanto a la existencia de un *principio de presunción de operatividad de las cláusulas de los tratados en materia de derechos humanos*, ya que sólo cuando de la redacción de la norma internacional surge en forma clara que es programática, ella lo será. Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ed. Ediar, B. Aires, 1995, p. 264.

³³ Ver cita N°10.

exigido por el tipo penal. En este caso, la finalidad inocente permite, a diferencia de lo que sostuvo el Ministerio Público, afirmar que sí se excluye el dolo.

El tipo penal por el que acusó el Ministerio Público exige dolo. Este dolo debe estar destinado a infringir el bien jurídico que protege el tipo penal de la Ley N° 20.000 y la interpretación de esta ley debe considerar la finalidad para la que se ejecuta la acción supuestamente delictiva.

En tres diferentes párrafos de la sentencia el Tribunal Oral reconoció que la finalidad de las acusadas no era cometer el delito de tráfico. Por ejemplo:

“... las acusadas, no obstante realizar una conducta reprochable, lo hicieron siguiendo las formas y simbolismos propios de su cultura, lo que significa que ellas, en su conciencia y fuero interno, no tuvieron la intención de traficar las hojas de coca, sino entregárselas a una persona que, como creyente, las iba a utilizar en una festividad religiosa. Ese es su convencimiento, no otro.” (Considerando decimoctavo) (Subrayado del autor)

“... a partir de los antecedentes de convicción aportados a juicio, surge la duda razonable en torno a si verdaderamente ellas tuvieron la intención positiva y directa de cometer el delito de tráfico”. (Considerando decimoctavo) (Subrayado del autor)

“... que falta el elemento de la conciencia de la ilicitud de su proceder; lo que en la especie, en relación a lo obrado por las acusadas, no se dio, por lo que al no existir la culpabilidad, componente aquella de ésta, no hay delito”. (Considerando decimoctavo)

El art. 3° de la Convención de 1988 no sólo exige la intencionalidad en la conducta de ilícita, sino que además, cuando se trata del cultivo del arbusto de coca, exige que el objeto de dicho cultivo sea producir estupefacientes en contra de la normativa emanada de las Naciones Unidas. En mi opinión, incluso si el Tribunal no hubiese aplicado la causal de justificación de ejercicio legítimo de un derecho, estaba igualmente forzado a absolver por la falta de finalidad delictiva. Como se verá, éste es un precepto que servirá para un argumento en favor de la impunidad general del uso de la hoja de coca.

La segunda observación se refiere a la existencia de una norma fundante de la causal de justificación, a la que pudieron recurrir tanto el Tribunal Oral como la Corte. No era necesario recurrir sólo al art. 54 de la Ley Indígena, sino que, por sobre todo, al art. 14.1 de la Convención de 1988, que prevé que las medidas que los Estados partes adopten para evitar o erradicar el cultivo ilícito del arbusto de coca

“... deberán respetar los derechos humanos fundamentales y tendrán debidamente en cuenta los usos tradicionales lícitos, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente”. (Subrayado del autor)

¿Cabe alguna duda a qué se refiere esta Convención cuando alude a “usos tradicionales lícitos”? ¿Puede alguien pensar razonablemente que, en un contexto internacional en que se discutía en la misma ONU un proyecto de declaración sobre derechos de los pueblos indígenas, la mención a “usos tradicionales lícitos”, no implicaba claramente excluir del ámbito penal los casos documentados de uso ritual y tradicional (medicinal) de la hoja de coca? ¿Acaso no existe evidencia histórica del uso tradicional de la hoja de coca?

Con la sola aplicación de esta Convención bastaría para configurar la causal de justificación aplicada por el Tribunal, ya que el art. 14.1 constituye un permiso para el uso tradicional lícito de la hoja de coca, sin ninguna distinción de nacionalidad.

3.- Otras normas internacionales aplicables.

Las anteriores normas internacionales no son las únicas que pueden servir para construir la causal de justificación de “ejercicio legítimo de un derecho”. Existen al menos tres textos internacionales que nos pueden auxiliar en nuestra tarea. Ellos son: a) La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (la Declaración)³⁴; b) La Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2007 (CDC)³⁵, y; c) La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 (CEFDR)³⁶.

A continuación analizaremos cada uno de ellos por separado, comenzando por el instrumento más reciente.

a) La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

³⁴ Esta declaración fue aprobada el 7 de septiembre de 2007 en la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas con el voto del representante chileno.

³⁵ El decreto promulgatorio de esta Convención fue publicado en el Diario Oficial de Chile el 27 de junio de 2007.

³⁶ Esta Convención fue ratificada por Chile el 20 octubre de 1971 y el decreto promulgatorio se publicó en el Diario Oficial el 12 de noviembre de 1971.

Todo lo expresado hasta aquí, para configurar la causal de justificación aplicada por el Tribunal y por la Corte, puede ser complementado con lo dispuesto en la Declaración.

El preámbulo de la Declaración contiene una afirmación que por sí sola es significativa al abogar por el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas.

Entre las normas más importantes de la Declaración, en relación con el objeto de este trabajo, están: el art. 9, que consulta el derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate, sin discriminación; el art. 11.1, que reconoce el derecho a practicar y revitalizar las tradiciones y costumbres culturales, incluyendo lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas; el art. 12.1, que contiene el derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar las tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; el art. 24.1, que establece el derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas, animales y minerales de interés vital desde el punto de vista médico; el art. 31.1, que reconoce el derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, etc.³⁷; el art. 34, que consulta el derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Por su importancia para el caso en estudio, he preferido separar el análisis del Art. 40 de la Declaración que establece que los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, expresando a continuación que

“En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”.

³⁷ El número 2 del art. 31 de la Declaración señala que: “Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos”.

Obsérvese la similitud de las expresiones empleadas por los redactores de la Declaración con las expresiones usadas en el art. 14.1 de la Convención de 1988 contra el Tráfico de Estupefacientes. La Declaración establece que en las decisiones de los conflictos entre los pueblos indígenas y el Estado (y el conflicto penal tiene ese carácter), se deberá considerar las costumbres y tradiciones indígenas y las normas de derecho internacional de derechos humanos. El art. 14 indicado señala que en la adopción de las medidas que adopten los Estados para evitar y erradicar el cultivo de la hoja de coca se deberán respetar los derechos humanos fundamentales y tendrán debidamente en cuenta los usos tradicionales lícitos, donde al respecto exista la evidencia histórica.

Comparo las normas anteriores para demostrar que estamos ante un sistema normativo que, en mi opinión, es consistente, tanto cuando reconoce los derechos indígenas como cuando establece normas para evitar el tráfico de drogas, en admitir la relevancia jurídica de las costumbres y tradiciones indígenas y de los derechos fundamentales. No estamos frente a normas que deban leerse aisladamente. Se trata de un sistema, cuyas piezas deben ser estudiadas en forma armónica, no por un mero capricho del interprete, sino porque esa es la finalidad perseguida por los autores de las distintas declaraciones y convenciones. Todos los instrumentos internacionales que se han mencionado tienen su origen en el seno de la ONU y es un hecho irrefutable que desde hace más de 30 años uno de los grandes paradigmas de la comunidad internacional es la diversidad cultural.

b) La Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (CDC).

Un segundo texto aplicable al caso es la CDC. Esta convención en su art. 2 N° 3 establece el principio de igual dignidad y respeto de todas las culturas, expresando que la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales presuponen el reconocimiento de la igual dignidad de todas culturas y el respeto de ellas, comprendidas las culturas de las personas pertenecientes a minorías y las de los pueblos autóctonos.

La CDC, en su preámbulo, pone énfasis en la diversidad cultural como patrimonio común de la Humanidad, que debe ser valorado y preservado en provecho de todos; reconoce la importancia de los conocimientos tradicionales de los pueblos autóctonos y su contribución al desarrollo sostenible, así como la necesidad de garantizar su protección y promoción de manera adecuada. Al mismo tiempo, reconoce la necesidad de asegurar la

libertad de crear, difundir y distribuir sus expresiones culturales tradicionales como el derecho a tener acceso a ellas.

La CDC consulta también normas interpretativas que son útiles para el esfuerzo de complementación argumentativa que, en mi opinión, conviene realizar. El art. 20 de la CDC, en primer lugar, reitera el clásico principio de buena fe contenido en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados. Enseguida, en la letra a) del N° 1 del art. 20, se contiene un principio básico de hermenéutica internacional, que prescribe que las normas internacionales deben ser interpretadas en forma armónica de tal forma que se fomente la potenciación mutua entre los diferentes tratados de los que son parte los Estados. La letra b) del N° 1 del mismo precepto establece que cuando los Estados interpreten y apliquen los demás tratados en los que son partes o contraigan obligaciones internacionales, tendrán en cuenta las disposiciones pertinentes de la presente Convención.

Lo anterior implica algo básico en el Derecho. Reitero, ninguna norma jurídica puede ser leída por separado sin considerar el sistema normativo que integra. ¿Esta Convención sobre la Diversidad Cultural nos puede servir para formular una tesis que postule la licitud del uso de la hoja de coca como una forma de expresión cultural protegida por el Derecho Internacional? ¿Qué papel juega esta convención dentro del sistema? Mi respuesta a la primera pregunta es afirmativa. La respuesta a la segunda pregunta podrá explicar parcialmente la afirmación anterior. La CDC, sin perjuicio de su contenido programático y principalista, debe servir como norma que coadyuve en la interpretación de los otros tratados de los que es signatario nuestro país, de manera de lograr la mayor realización de los derechos que se pretende garantizar en ellos.

c) La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEFDR).

Otra norma que puede ser útil a los efectos de este trabajo es la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEFDR), de la que Chile es signatario desde el año 1971. Hoy no cabe ninguna duda acerca de la aplicación de esta Convención a los pueblos indígenas.³⁸

³⁸ Thornberry, Patrick, "CERD, Indigenous Peoples and Caste/Descent-Based Discrimination", en Castellino, J. y Walsh L. (eds.), *International Law and Indigenous Peoples*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 17-26. Thornberry (p. 20) señala que el "Comité para Eliminación de la Discriminación Racial en la recomendación General XXIII observó que la situación de los pueblos indígenas ha sido siempre una materia de atención e interés. A este respecto, el Comité ha afirmado consistentemente que la discriminación contra los pueblos indígenas cae bajo la esfera de la Convención".

La CEFDR define, en el art. 1.1, la discriminación racial como

“... toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

Para el logro de los objetivos antidiscriminatorios, el art. 5 de la CEFDR establece que los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

“d) otros derechos civiles, en particular: vii) el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión; e) los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: vi) el derecho de participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales.”

No pretendo extenderme más en este punto, pero el lector podrá advertir la importancia de esta norma para analizar las afirmaciones de la Corte de Apelaciones de Antofagasta en cuanto al objetivo del art. 27 del PIDCP. Según la Corte, las minorías tienen incorporado a su patrimonio el derecho al trato no discriminatorio en forma amplia y genérica para practicar su propia vida cultural, costumbres, ritos y usanzas cualquiera que sea la nacionalidad de ellas.

La preocupación por la discriminación, estigmatización o marginalización que puedan sufrir los miembros de los pueblos indígenas, como consecuencia de la práctica de su cultura o religión, debe considerar que ella se puede producir por un tratamiento indiferenciado de parte de las instituciones estatales, cuando lo que debía ocurrir era precisamente lo contrario. La aplicación de la ley penal en forma indiferenciada o absolutamente igualitaria, sin atenderse a las finalidades culturales de la conducta de un integrante de una minoría o de un pueblo indígena, bien puede ser discriminatoria, violando la cláusula de igualdad ante la ley o igual protección de los derechos.

Los Estados deben comprender que el derecho a la no discriminación en el disfrute de los derechos garantizados por los tratados internacionales se puede vulnerar también cuando los estados, sin una justificación objetiva y razonable, fracasan en tratar

de forma diferente a personas cuyas situaciones son significativamente diferentes³⁹. Por ello, Patrick Thornberry afirma que el trato diferenciado es, en esa medida, no una violación del principio de igualdad si no su reivindicación.⁴⁰

Finalmente, y como consecuencia de lo expresado en las tres secciones precedentes, podemos sostener que una lectura sistemática y coherente de todas las normas de derecho internacional vigentes en Chile ayuda a arribar a la conclusión que el uso de la hoja de coca para fines tradicionales y rituales no está prohibido.

VI.- ¿Es posible aplicar el Derecho Consuetudinario Internacional para resolver un conflicto en que intervengan miembros de una comunidad o pueblo indígena?

El Derecho Consuetudinario Internacional⁴¹, según Fernando Toledo Tapia, nace de un casi insensible proceso de repetición de actos concluyentes uniformes que van conformando una norma considerada obligatoria por los Estados y que así es como se ha llegado a sostener que la base doctrinal de todo el derecho internacional general se encuentra sustentada en la costumbre.⁴²

James Anaya sostiene que el sistema internacional ha promovido y canalizado un diálogo multilateral amplio sobre las demandas y derechos de los pueblos indígenas y que resulta evidente que los estados, las ONGs y los propios pueblos indígenas han alcanzado un cierto consenso en torno a los estándares mínimos que deben regir el tratamiento a los pueblos indígenas y resulta también evidente que estos estándares están de hecho orientando el comportamiento de los distintos actores. Ese consenso derivado de valores ampliamente compartidos es constitutivo de derecho internacional consuetudinario.⁴³

Este derecho internacional consuetudinario cristaliza, al decir de J. Anaya, cuando los estados interesados y otros actores dotados de autoridad convergen en un

³⁹ Caso "*Thlimennos v. Grecia*", Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 6 de abril de 2000. Appl. N° 34369/97.

⁴⁰ Thornberry, Patrick, ob. citada, p.23.

⁴¹ Fernando Toledo Tapia atribuye a don Eduardo Jiménez de Aréchaga, ex Presidente de la Corte Internacional de Justicia, el haber sostenido que el derecho consuetudinario, en el concierto de las fuentes del derecho internacional, es como "*una amorfá pero tremenda medusa*". Toledo Tapia, Fernando, "Fundamento Obligatorio y Consentimiento del Estado en la Costumbre Internacional", *Revista de Derecho* (Valdivia), V. II, N° 1.-2, diciembre de 1991, pp. 31-59.

⁴² *Ibíd.*, p. 32.

⁴³ Anaya, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Editorial Trotta-Universidad Internacional de Andalucía, España, 2005, p.103.

entendimiento compartido sobre los contenidos de las normas y generan expectativas de comportamiento futuro en sintonía con tales normas. Los elementos de la costumbre internacional, de acuerdo a este autor, son: un *elemento material* basado en ciertas uniformidades del comportamiento y un *elemento psicológico u opinio iuris*, en virtud del cual ciertos sujetos coinciden en reconocer un deber dentro de estas uniformidades del comportamiento.⁴⁴

La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas integraría, junto a otros instrumentos de diferente naturaleza, en este contexto de diálogo multilateral y de existencia de una práctica internacional de elaboración de normas impulsadas por los propios interesados, la costumbre internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas.⁴⁵

¿Cuál es la situación del derecho internacional consuetudinario en nuestro país?
¿Se puede sostener que la Declaración tiene la entidad de norma consuetudinaria y, por

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ La Sentencia de la Corte Interamericana en el caso "Awás Tingni contra Nicaragua" de 2001, y especialmente el voto razonado concurrente del Juez Sr. Sergio García Ramírez, reconocen implícitamente el valor del derecho consuetudinario internacional, por la vía de la interpretación evolutiva de los tratados. El considerando N° 146 de la sentencia señala que "Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales". Por su parte, el Considerando N°148, sostiene: "Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos -, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua". El voto del juez don Sergio García Ramírez, en su Considerando N°5 expresa: "Es relevante mencionar aquí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-16/99 (*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*) hizo ver que "al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (...), sino también el sistema dentro del cual se inscribe" (párr. 113), y a tal efecto citó a la Corte Internacional de Justicia cuando ésta sostiene que "un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación" (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 *ad* 31). Así lo ha hecho la Corte Interamericana al dictar Sentencia en el presente caso. 6. Diversos instrumentos internacionales concernientes a la vida, cultura y derechos de los indígenas invocan el reconocimiento explícito de sus instituciones jurídicas y, entre ellas, de las formas de propiedad que han prevalecido y prevalecen entre aquéllos. De la revisión de estos textos, a la que acude una amplia corriente de convicciones, experiencias y exigencias, se desprenden la legitimidad que tienen y el respeto que merecen esos sistemas de tenencia de la tierra, así como la necesidad que existe, en tal virtud, de proveer a su reconocimiento y defensa. El ámbito de los derechos individuales de los indígenas y colectivos de sus pueblos se integra, por ende, con las estipulaciones de los instrumentos generales sobre derechos humanos, aplicables a todas las personas, ilustradas con los datos que constan en esos otros catálogos específicos, acerca de los cuales existe un consenso cada vez más amplio y resuelto. Estos datos constituyen elementos útiles -más todavía, indispensables- para la interpretación de las normas convencionales que debe aplicar la Corte".

La propia Declaración al señalar que constituye "el ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo", sirve como argumento para la tesis de que ella integra el derecho internacional consuetudinario.

esa vía, exigir su aplicación en Chile? En primer término, la aplicación en Chile de la costumbre internacional y de los principios de Derecho Internacional no puede ser puesta en duda, pues existen numerosas normas internas e internacionales que permiten sostener su validez. En nuestro ordenamiento interno encontramos, por ejemplo, el art. 449 del Código Procesal Penal, la vigencia del principio de reciprocidad en el Código de Procedimiento Civil (arts. 244 y 245, sobre la fuerza de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros).

Entre las normas internacionales que permiten postular la costumbre internacional como fuente del derecho se pueden mencionar varios tratados vigentes en Chile. Se puede contar entre ellos a: la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, especialmente su art. 33.c (sobre interpretación de los tratados), que al referirse a “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, alude implícitamente a esta fuente del derecho; la Carta de las Naciones Unidas que en su artículo 2° señala que “la Organización hará que los Estados que no son miembros se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesario para mantener la paz y la seguridad internacionales”; los arts. 2 y 5 de la Convención sobre la Diversidad Cultural, en cuanto se refieren a la Carta de Naciones Unidas y a los principios de Derecho Internacional.

Además, existe en la doctrina constitucional chilena una opinión mayoritaria en cuanto a que la aplicación de la costumbre internacional está admitida en nuestro ordenamiento. Así lo sostiene don Emilio Pfeffer Urquiaga, quien afirma que si bien

“... no existe ninguna referencia en el texto constitucional al Derecho Internacional Común o General, expresión que comprende, por una parte, el Derecho Internacional Consuetudinario y, por otra, los principios generales de derecho, [...] la omisión en la referencia explícita a la costumbre internacional como a los principios generales del Derecho, en ningún caso puede interpretarse como que aquellas fuentes no son admitidas por nuestro ordenamiento constitucional.”⁴⁶

Por su parte, don Francisco Cumplido Cereceda, señala que

“... en la Comisión de la Concertación, encargada de proponer las reformas constitucionales a la Constitución de 1980, se había aprobado una modificación al artículo quinto, en que se establecía la incorporación de los derechos asegurados por los tratados internacionales ratificados por Chile, como por la costumbre internacional y por los principios generales de derecho internacional. Renovación

⁴⁶ Pfeffer Urquiaga, Emilio, “Tratados Internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”, *Revista Ius et Praxis*, año 9, N° 1, 2003.

Nacional y el gobierno militar plantearon que aludir a la costumbre y a los principios generales creaba un margen de incertidumbre en relación con la materia. Nosotros no insistimos en nuestra posición, porque estimamos que tanto la costumbre, como los principios generales del derecho internacional tendrían siempre plena aplicación.”⁴⁷

En este punto, conviene hacer una reflexión sobre lo que ha sido la práctica asumida por Chile en los últimos años en relación con los diversos instrumentos sobre derechos de los pueblos indígenas. El Estado chileno ha participado en las diversas instancias internacionales tendientes a la formulación de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y, finalmente, votó favorablemente su aprobación. Pero esta acción no es un hecho aislado. El Gobierno chileno ha intentado incesantemente la ratificación del Convenio 169 de la OIT, que contiene, en algunos puntos, normas similares a las de la Declaración.⁴⁸ No obstante el fracaso de ese intento, nadie podría negar la vocación chilena de adherir a la normativa pro derechos indígenas que cristaliza en la comunidad internacional. La falta de ratificación del convenio no puede ser interpretada como una muestra de desdén ante esas normas, sino como una consecuencia de las dificultades de la política interna debido a la reticencia de algunos sectores políticos al ingreso de determinados conceptos a nuestro ordenamiento⁴⁹. Me refiero a conceptos tales como *pueblo indígena*, *autonomía*, *territorio indígena*, *sistemas*

⁴⁷ Cumplido Cereceda, Francisco, “Reforma Constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución. Sentido y alcance de la Reforma. Doctrina y jurisprudencia”, *Revista Ius et Praxis*, año 9, N° 1, 2003.

⁴⁸ Los siguientes son algunos artículos del Convenio N° 169 de la OIT.: *Artículo 2.1.* Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; *Artículo 5.* Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; d) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; *Artículo 8.1.* Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio; *Artículo 32.* Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural y del medio ambiente.

⁴⁹ Al respecto se puede consultar la sentencia del Tribunal Constitucional chileno, de 4 de agosto de 2000, en causa rol N° 309, que se pronunció sobre requerimiento formulado por diversos diputados para que el tribunal resuelva la constitucionalidad del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

judiciales indígenas. Pero esa misma reticencia no alcanza a aspectos culturales que son reconocidos incluso por los impulsores de acciones constitucionales destinadas a frenar la incorporación del Convenio. Además, el Estado chileno ha intervenido en diversos foros internacionales en que se han discutidos los estándares mínimos de tratamiento de los pueblos indígenas y, en tal sentido, ha contribuido a crear ese consenso internacional que J. Anaya llama Derecho Internacional Consuetudinario sobre los derechos de los pueblos indígenas.

¿De qué nos puede servir todo esto en un caso en que se discute la licitud o ilicitud del uso de la hoja de coca? De mucho. No debe olvidarse que el reglamento que establece que la hoja de coca es una sustancia prohibida, cuyo uso, consumo, porte o tráfico está castigado, es dictado por el Poder Ejecutivo; el mismo que aprobó, a través de sus representantes, la Declaración; el mismo que intenta la ratificación del Convenio 169. La conducta del Poder Ejecutivo en el plano internacional, unido a su conducta colegisladora en el interno, sirve para afirmar que la interpretación del carácter de proscritas de algunas sustancias debe hacerse con mucho cuidado y mirando por sobre todo el universo normativo. No hacerlo significaría traicionar la verdadera orientación normativa de nuestro país. ¿Puede existir alguna duda de cuál es la verdadera orientación normativa de nuestro país, al menos en este punto, después de una rápida lectura del art. 14.1 de la Convención de 1988, en cuanto reconoce la existencia de un uso tradicional lícito de la hoja de coca?

VII.- ¿Se puede fundar la licitud del porte y uso de la hoja de coca en el derecho a la libertad religiosa? Algunos apuntes sobre las leyes federales estadounidenses.

El debate jurídico que se produjo en la causa acerca de la licitud o ilicitud del uso de la hoja de coca incidió, superficialmente, en una arista del conflicto que merece ser analizada. ¿Tienen los miembros de pueblos indígenas quechua, aymará o atacameño el derecho al uso de la hoja de coca para fines rituales o religiosos? ¿Están amparados en el ejercicio de ese derecho en la cláusula constitucional que asegura la libertad religiosa?

En varias etapas de la discusión surgió este aspecto. Por ejemplo, el fallo del Tribunal se refiere a la pachamama, pago a la tierra y, especialmente, al sincretismo, entendido por los jueces como la mezcla y unión de las creencias, ritos y tradiciones indígenas con la fe católica. Asimismo, el recurso de nulidad del Ministerio Público

sostenía que si los jueces entendían que existe una colisión entre la Ley de Drogas y el derecho a venerar a los dioses de la cultura indígena, debían identificar el interés preponderante a venerar a un Dios en el contexto social y personal, y establecer si ese interés autoriza a violentar el ordenamiento jurídico chileno o, si por el contrario, se mantiene el deber de abstención que impone el ordenamiento. En otra parte del recurso, insistía el ente persecutor, en que la facultad de los indígenas de venerar a sus dioses a través de distintas ofrendas, no supone una autorización a usar para tal efecto sustancias prohibidas, pues ello evidencia un abuso de la facultad.

Como se puede apreciar, la cuestión fue planteada explícitamente. En mi opinión, el Tribunal Oral no abordó esta arista. Otra cosa es lo que ocurrió ante la Corte de Apelaciones, especialmente porque el recurso fiscal introdujo esta variable.

La Corte en forma expresa se hizo cargo de este aspecto. En diversas secciones del fallo se puede apreciar su preocupación por el destino ritual y religioso que tenían las hojas de coca incautadas. En efecto, la Corte señala en uno de sus considerando que

“El Tribunal, fiel a su deber ser de buscar la justicia y ecuánime severidad, indaga en profundidad y acredita que la presunta droga no es tal pues se trata de hojas de una planta de origen altiplánico de consumo reiterado y cotidiano por personas de esa altitud de vida, que, a mayor abundamiento están destinadas a un culto religioso, milenario y ancestral en el pueblo y cultura al que pertenecen las supuestas delincuentes.” (Considerando undécimo) (Subrayado del autor)

Sobre el uso de la hoja de coca para una determinada fiesta religiosa, la Corte, basada en los hechos acreditados ante el Tribunal Oral, se pronuncia reconociendo el carácter vernácular de la fiesta de la Virgen de Andacollo del poblado de Cosca, que se suma a las expresiones de milenario y ancestral que se encuentran el párrafo anterior. Señala el Tribunal de nulidad que

“En la especie, los jueces recurridos, se han pronunciado de modo expreso que tal convicción de culpabilidad no existe respecto de dos mujeres de nacionalidad boliviana sorprendidas a días de efectuarse la fiesta vernácular para ellas consagrada a la Virgen de Cosca. Añádase a ello la comprobación de su relato, su lengua, etc. Suficientemente acreditada pericialmente en el juicio al que fueron sometidas”. (Considerando décimo)

Pero es en el Considerando Sexto donde queda en evidencia que la Corte tuvo en mente el derecho a la libertad religiosa para rechazar el recurso; aunque a mi juicio, no haya efectuado un análisis de esta garantía constitucional y de la forma de aplicarla al caso concreto. En el considerando indicado afirma

“Que la justipreciación de los hechos y de la conducta de las acusadas que discrecionalmente ha llevado a cabo el sentenciador en contra de quien se recurre, tiene consonancia con la norma constitucional expresa del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁰ y su correlato en el inciso 4° del art. 19 N°2 de la Constitución Política de la República: En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, o profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.” (Subrayado del texto original)

La sola circunstancia que los ministros de la Corte hayan subrayado las expresiones “practicar su propia religión”, me parece indiciaria de la íntima convicción presente a la hora de la emisión del fallo que rechaza el recurso de nulidad.

Como se sostuvo, la Corte no agotó esta fructífera forma de resolver el caso. No existe ninguna referencia al derecho a la libertad religiosa contemplado en el art. 19 N° 6 de la Constitución Política. Sin embargo, la alusión al art. 27 del PIDCP y el subrayado indicado deja traslucir un razonamiento que nos permite indagar y proyectar una solución recurriendo a una correcta inteligencia del derecho a la libertad religiosa.

Recordemos que el art. 19 de la Constitución Política asegura a todas las personas:

“N° 6°.- La libertad de conciencia, manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”.

Igualmente, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en su artículo 12 expresa que:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”.

⁵⁰ Nótese que la Corte de Apelaciones le asigna el carácter de norma constitucional al art. 27 del PIDCP.

La Ley N° 19.638, sobre constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, expresa en sus artículos 1° y 2° que:

“Art. 1° El Estado garantiza la libertad religiosa y de culto en los términos de la Constitución Política de la República”.

Art. 2° Ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán éstas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y la ley”.

La aprobación en la ONU, con el voto chileno, de la Declaración antes comentada, introdujo otro elemento que viene a ratificar el compromiso normativo de nuestro país con la libertad religiosa, ampliándola a las creencias y cultos indígenas. Dos artículos de la Declaración permiten esta afirmación: los arts. 11 y 12.

Artículo 11.

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

Artículo 12

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y vigilar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.

En consecuencia, podemos sostener que el Estado Chileno tiene un compromiso consistente con el respeto y promoción de la libertad religiosa, en la que debe incluirse las manifestaciones y creencias de los pueblos indígenas.

La cuestión a dilucidar es, entonces, si el uso y consumo de hoja de coca para fines rituales o religiosos está amparado por la cláusula constitucional de la libertad religiosa. Surgen así algunas preguntas. ¿El uso de la hoja de coca se opone a la moral, a las buenas costumbres o al orden público? ¿Afectan las creencias indígenas y/o su libre manifestación las limitaciones constitucionales referidas?

De acuerdo a las normas precitadas, difícilmente se puede aseverar que el consumo de la hoja de coca para fines rituales o religiosos altera o afecta la moral, las buenas costumbres y el orden público. El mismo Estado, mediante la suscripción de una serie de tratados y declaraciones internacionales, ha aceptado las prácticas y tradiciones

religiosas de los pueblos indígenas, en pleno conocimiento del contenido y alcance de ellas. Nadie puede negar que la preocupación por el uso de la hoja de coca para fines tradicionales estuvo presente en la redacción de los diferentes textos, precisamente porque la presión de los delegados indígenas es y ha sido fuerte en tal sentido. No es aventurado sostener, leyendo el art. 14.1 de la Convención de 1988, que el uso lícito de la hoja de coca ha sido parte de las comprensiones subyacentes al momento de la elaboración del texto definitivo de la Declaración.

Para que una creencia religiosa y su ejercicio resulten opuestos a los límites constitucionales debemos estar en presencia de una práctica que socialmente concita un reproche mayoritario y es contraria a la convivencia colectiva.⁵¹ Afirmar que la hoja de coca produce ese efecto implica desconocer la realidad nacional y el contexto local en que la hoja de coca se usa. Hemos sido testigos de numerosas ocasiones en que representantes de pueblos indígenas han efectuado ofrendas con la hoja sagrada en presencia de las más altas autoridades políticas. Asimismo, en el norte de Chile existen pueblos en que a metros de distancia de los cuarteles policiales, a vista y paciencia de quienes concurren a las ferias y mercados locales se expenden bolsitas de hoja de coca para fines medicinales. Estamos hablando de situaciones demostrables, hechos públicos y notorios. En el plano más cotidiano, la hoja de coca forma parte del botiquín natural de muchos hogares no sólo en el norte de nuestro país. La mayoría de la gente sabe que de la hoja de coca se puede, mediante un proceso químico, extraer cocaína, pero también sabe que para ello se requieren de determinadas sustancias químicas (precursores), que no están disponibles fácilmente. El reproche social que generan la cocaína y la pasta base no se comunica a la hoja de coca, la que es vista como una planta medicinal cuyos efectos curativos están acreditados y bien establecidos en la comunidad.

¿Puede en esas circunstancias sostenerse que el uso ritual de la hoja de coca se opone a la moral social, a las buenas costumbres y al orden público? La respuesta, derivada de los simples razonamientos anteriores, es negativa.

V.1. Las leyes federales estadounidenses sobre libertad religiosa.

La posibilidad que las prácticas rituales y/o religiosas de comunidades y pueblos indígenas puedan colisionar con mandatos que prohíban el uso y consumo de

⁵¹ Evans de la Cuadra, Enrique, en *Los Derechos Constitucionales, Tomo I, Tercera Edición*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago de Chile, 1999, p. 265.

determinadas sustancias es una cuestión que ha ocurrido en diversos estados. El caso estadounidense es paradigmático.

El Gobierno Federal estadounidense tuvo que impulsar la aprobación de una ley federal sobre libertad religiosa en 1993 para evitar la dispersión jurisprudencial y así impedir que en determinados estados los miembros de comunidades indígenas fuesen perseguidos y sancionados penalmente por el consumo de sustancias sicotrópicas, como el peyote⁵², mientras que en otros estados se resolvía esos conflictos penales mediante la aplicación de la Primera Enmienda⁵³. La Ley Federal sobre Restauración de la Libertad Religiosa de 1993 (The Religious Freedom Restoration Act), tiene como origen precisamente un caso en que dos indígenas, pertenecientes a la Native American Church, que se desempeñaban como consejeros de rehabilitación de la División de Empleo del Estado de Oregon, fueron despedidos por consumo de peyote y de esta manera sufrieron la vulneración de su derecho a la libertad religiosa⁵⁴.

En reacción a la decisión de la Corte Suprema que resolvió negar los beneficios derivados del desempleo, fundado en que el uso de peyote para fines religiosos no estaba incluida en la cláusula de la libertad religiosa de la Primera Enmienda, la Ley de 1993⁵⁵ establece, como regla general, que el Gobierno no puede imponer cargas o condiciones al libre ejercicio de una religión, incluso si esas cargas o condiciones surgen de una norma de aplicación general. Excepcionalmente, el Gobierno podrá imponer cargas o condiciones al libre ejercicio de una religión, solo si demuestra que la aplicación de esas cargas o condiciones (1) sirven para promover un interés gubernamental relevante, y (2) que esas cargas o condiciones sean el medio menos restrictivo posible para obtener ese interés gubernamental relevante.⁵⁶

El Congreso estadounidense para reafirmar su intención despachó en 1994 otra ley: "The American Indian Religious Freedom Act". Esta ley comienza declarando que para muchos indios el uso ceremonial y tradicional del peyote como un sacramento religioso ha sido, por centurias, parte integral de su forma de vida, permitiendo

⁵² El peyote es un cactus alucinógeno consumido ancestralmente por los indígenas de los estados del sur de Estados Unidos, especialmente los estados de Texas, Arizona, Nuevo México, y del norte de México.

⁵³ Un ejemplo de ello es el caso: "United States of America v. Robert Lawrence Boyll", resuelto en 1991 por la Corte de Distrito de Nuevo México. El texto de la Primera Enmienda, adoptada el 15 de diciembre de 1791, es el siguiente: "El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente..."

⁵⁴ Se trata del caso "Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Alfred Smith and Galen Black", decidido por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1990.

⁵⁵ Esta ley fue declarada inconstitucional por la Corte suprema por decisión de 25 de junio de 1997 en el caso "City of Boerne, Texas v. Flores".

⁵⁶ Agradezco a Alejandra Díaz G. su colaboración en la traducción precisa de la parte medular de la Ley Federal de 1993.

significativamente la perpetuación de las tribus y culturas indias; que la Corte Suprema ha declarado que la Primera Enmienda no protege a los indios practicantes que usan el peyote en ceremonias religiosas nativas, y; que la falta de una adecuada y clara protección legal para el uso religioso del peyote puede servir para estigmatizar y marginalizar a las tribus y culturas indias e incrementar el riesgo que ellas sean expuestas a un tratamiento discriminatorio.

Es así como esta Ley Federal establece, que no obstante la existencia de cualquier otra norma legal, el uso, posesión o transporte de buena fe de peyote por un indio⁵⁷ con propósitos ceremoniales tradicionales en relación con la práctica de una religión india tradicional es legal y no puede ser prohibida por la Unión o por cualquier estado. Ningún indio puede ser castigado o discriminado fundado en dicho uso, posesión o transporte, incluyendo, mas no limitado a, la negativa de cualquier beneficio derivado de un programa de asistencia pública. En todo caso, el Congreso se encarga de establecer claramente que lo anterior es sin perjuicio de las atribuciones estatales de reglamentación del cultivo, cosecha o distribución del peyote.

La discusión sobre el uso de peyote para fines religiosos ha sido materia de diversos análisis doctrinarios en los Estados Unidos, que por razones de espacio no pueden ser tratados aquí.⁵⁸

VIII.- Colisión entre el derecho a la práctica de tradiciones culturales y religiosas indígenas y el bien jurídico salud pública/principio de aplicación efectiva de las leyes penales. La ponderación y la construcción de una regla de prevalencia condicionada.

⁵⁷ En el caso "United States of America v. Robert Lawrence Boyll", la Corte de Distrito de Nuevo México expresó que la cláusula de libertad religiosa también podía invocarse por un no indio para eximirse de sanción penal, pues de lo contrario se produciría un tratamiento discriminatorio respecto de los no indígenas, especialmente si estos mantienen vínculos sociales o familiares con aquellos.

⁵⁸ Se pueden consultar los siguientes trabajos: Noonan, John y Gaffney, Edwards, *Religious Freedom. History, cases and others materials on the Interaction of Religion and Govern*, Foundation Press, N. York, 2001, pp. 479-501; Beaman, Lori, "Aboriginal Spirituality and the Legal Construction of Freedom of Religion", *Journal of Church and State*, 44/1, 2002; Greenawalt, Kent, "Should Religious Convictions About Injustice Figure in Criminal Trials?", *Journal of Church and State*, 40/3, 1998.

Las peticiones desde distintos organismos y agrupaciones relativas a la legalización de la hoja de coca debido a su significado cultural busca proporcionar seguridad jurídica a quienes usan y consumen dicha planta. Sostuve que no hace falta una ley que autorice el uso y consumo de la hoja de coca. En mi opinión, son suficientes las normas que ya existen en nuestro sistema jurídico.

En todo caso comprendo que esas peticiones pretenden, por un lado, evitar que alguien más se vea enfrentado a la persecución penal por una conducta que tiene una larga data en la memoria histórica de los pueblos indígenas andinos y, por otro, asegurar que una práctica cultural y religiosa no sufra la estigmatización que necesariamente va aparejada a la sanción penal.

Por ello, mientras se logre el establecimiento de una norma legal, es preciso prospectar posibles cursos de acción frente al surgimiento de nuevos casos en que se persiga la responsabilidad penal por hechos similares.⁵⁹

En los párrafos que siguen, propondré una alternativa para postular la impunidad de quienes usen, consuman o porten hoja de coca. Esa vía parte de la premisa de la existencia de una colisión entre derechos fundamentales y bienes jurídicos/principios generales del sistema penal. Se trata de una alternativa cuyos efectos, desde el punto de vista subjetivo, pueden ser restringidos o extensivos, esto es, se pueden aplicar a determinada categoría de personas y en determinadas circunstancias o no restringirse a una determinada categoría de personas, aunque sí supone circunstancias o condiciones fácticas similares.

Esta vía exige, para resolver la colisión normativa que se produce, partir de una determinada teoría acerca de la estructura del sistema jurídico. Esta propuesta teórica

⁵⁹ De manera intencional he excluido de este análisis lo relativo a la legalidad o constitucionalidad del reglamento que establece las sustancias prohibidas. Al respecto, se puede consultar: Politoff L., Sergio y Matus A., Jean Pierre, "Objeto Jurídico y Objeto Material en los Delitos de Tráfico Ilícito de Estupefacientes", *Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Estudios de Dogmática y Jurisprudencia.*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile. 1998, pp. 3-52. En todo caso es una alternativa que se puede abordar, especialmente si se tiene en cuenta el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta. La Corte sostuvo, en el Considerando décimo, refiriéndose al reglamento de la Ley N° 20.000, que: "Que con el propósito de llevar el análisis jurídico al límite de todas sus certezas o eventuales cuestionamientos, procede profundizar la posible discrepancia que pudiere sostenerse exista entre la Ley 20.000 y su reglamento. Del solo texto positivo de la Ley vigente y el anterior reglamento de la modificada Ley 19.366, de 12 de Julio de 1995, cabe reiterar que el artículo 2do. del referido reglamento ha ubicado a las hojas de coca como sustancias que no producen los efectos indicados en el inciso 2do. del artículo 1ero. de la Ley. Para evitar interpretaciones equivocadas resulta menester precisar algunas cuestiones penales básicas. Uno: Sólo es fuente del derecho Penal una ley propiamente tal, como prescribe el artículo 10 N°3 incisos 7° y 8° de la Constitución Política y el artículo 1° del Código Penal, lo que reafirma el valor de la ley como fuente principal y única del sistema punitivo; Dos: En atención al carácter especialmente riguroso que se reconoce al derecho penal, es preciso tener en cuenta, en todo caso, que el reconocimiento de estas fuentes mediatas (decretos, reglamentos, ordenanzas o la costumbre) de sus normas debe efectuarse en forma limitada. (Cury, E. Derecho Penal. Parte General, pág. 174. 8ª. Ed. 2005, Ed. Universidad Católica de Chile)".

tiene como premisa básica y metodológica la distinción que plantea Robert Alexy entre principios y reglas. Alexy sostiene que hay dos tipos de normas: las reglas y los principios. Son principios aquellas normas que disponen que algo debe ser realizado en la medida de lo que jurídica y fácticamente sea posible. Los principios son “mandatos de optimización”, caracterizados porque pueden cumplirse en grados diversos y la medida debida de su cumplimiento depende de las posibilidades fácticas y jurídicas. Las reglas son aquellas normas que sólo pueden ser o cumplidas o incumplidas. Se trata de “mandatos definitivos”. “Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos”⁶⁰

La propuesta de Alexy sostiene que la aplicación de las reglas se rige por el método de la *subsunción*⁶¹ y para resolver conflictos entre ellas se recurre a criterios como el de *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, etc. Por la aplicación de uno de esos criterios, una de las reglas es eliminada del sistema. El ejemplo que proporciona Alexy para explicar el conflicto entre reglas puede servir para entender mejor esto: una ley de un estado federado prohíbe la apertura de locales de venta los miércoles a partir de las 13 horas y una ley federal lo permite hasta las 19 horas. Estas reglas están en contradicción, ya que una permite lo que la otra prohíbe, por lo que el tribunal debe resolver cuál de ellas debe ser eliminada del orden jurídico. En este caso se eliminó la ley inferior.⁶²

En tanto, los principios son susceptibles de ponderación. En el evento de colisión entre principios, el método a aplicar es la *ponderación normativa*, atendiendo a las circunstancias del caso y su resultado es la prevalencia de uno de los principios sobre el otro u otros, sin excluir al principio perdedor del sistema.⁶³ Dicho de otra forma, en caso de colisión entre dos principios, en que conforme a uno de ellos algo estaría prohibido y conforme al otro lo mismo estaría permitido, uno de ellos debe retroceder; lo que no significa que el principio que queda desplazado deba declararse como no vigente, ni que haya que explicar ese caso como una excepción a la vigencia de ese principio. Simplemente un principio tiene preferencia sobre otro en determinadas circunstancias.⁶⁴

⁶⁰ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Editorial Gedisa, 2º edición, Barcelona, 2004, p 162.

⁶¹ La subsunción, según José María Rodríguez de Santiago, se aplica “... cuando existe una regla aplicable al supuesto, formulada *condicionalmente*: cuando una situación de hecho se corresponda con los elementos del supuesto de hecho de una regla, procede la consecuencia jurídica que ésta prevé. La regla funciona como premisa mayor de un silogismo”. Rodríguez de Santiago, Jose María, *La Ponderación de Bienes e Intereses en el derecho administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 11.

⁶² *Ibíd.*, p. 163.

⁶³ Alexy, p. 39 y 162.

⁶⁴ Rodríguez de Santiago, p.40.

El ejemplo que da Alexy para explicar la forma de proceder en el evento de conflicto de principios es un caso en que un acusado en peligro de sufrir un ataque cerebral o infarto pide la no realización de una audiencia oral; el tribunal entiende que está en presencia de la tensión entre el deber del Estado de garantizar la aplicación efectiva del Código Penal y el derecho del acusado a su vida e integridad física. En este caso el tribunal aceptó la precedencia del último, sin eliminar el primero.⁶⁵

No obstante lo expuesto, existe mucho debate sobre la misma distinción que propone Robert Alexy.⁶⁶ Para el objetivo de este trabajo, no interesa elucidar esta cuestión sino que solamente afirmar que es difícil encontrar una regla o un principio en estado puro que se ajuste a la definición de Alexy.

Por ello, seguiremos a José María Rodríguez de Santiago cuando sostiene que ni la separación entre principios y reglas es cualitativa ni tampoco es categorial la diferencia entre subsunción y ponderación. Rodríguez de Santiago plantea que hay normas que son principios y reglas en el sentido alexiano, como también hay normas que son predominantemente principios y normas que son predominantemente reglas. La diferencia no es cualitativa, sino que depende también de la decisión del juez con miras a resolver el conflicto. Por otro lado, la ponderación, señala Rodríguez de Santiago, no es patrimonio exclusivo de los principios. También puede haber ponderación en la aplicación de normas que, según la terminología alexiana, deben calificarse como reglas. Este es el caso de reglas que contienen conceptos jurídicos indeterminados.⁶⁷

En la situación que motiva este artículo la colisión se plantea entre el derecho a la práctica de la cultura y religión indígena y el bien jurídico salud pública y el deber de aplicación efectiva de las leyes penales. El primero es un derecho reconocido por tratados internacionales y con sustento en normas constitucionales internas. Los segundos son bienes colectivos⁶⁸ cuya obtención beneficia a la sociedad en su conjunto.

Sea que en el caso particular el derecho a la práctica de tradiciones culturales y religiosas indígenas⁶⁹ y el bien jurídico salud pública y el deber de aplicación efectiva de las leyes penales, puedan ser calificados como principios o como reglas, en este último caso que contienen conceptos jurídicos indeterminados (moral, buenas costumbres,

⁶⁵ Alexy, p. 163.

⁶⁶ Sobre el particular se puede consultar la obra citada de Rodríguez de Santiago, pp.45-48.

⁶⁷ *Ibíd.*, p.46-47.

⁶⁸ Para un concepto de bien colectivo, ver: Alexy, p.188-200.

⁶⁹ Esta fórmula sirve para resumir la conjunción de derechos civiles y culturales, tales como la libertad religiosa y el uso y manifestación de costumbres y ritos indígenas.

orden público, salud pública, ejercicio legítimo de un derecho, ilicitud, etc.), es aplicable la ponderación, como método jurídico, en la solución de la colisión normativa.

Sin perjuicio de lo dicho, para el planteamiento final asumiremos que tanto el derecho a la práctica de la cultura y religión indígena como el bien jurídico salud pública y el deber de aplicación efectiva de las leyes penales, no constituyen reglas, esto es, mandatos definitivos que se cumplen o no se cumplen, sino que son principios, esto es, normas que disponen que algo debe ser realizado en la medida que jurídica y fácticamente sea posible.

En consecuencia, lo que debería hacer un juez, fiscal o defensor para resolver el conflicto normativo que se suscita es aplicar el método de la ponderación. La ponderación consiste en pesar los principios y determinar aquel principio (derechos o bienes colectivos) que debe prevalecer, en cada caso, sobre el otro u otros, según las circunstancias concurrentes. Esta operación intelectual es de común ocurrencia en el razonamiento y argumentación judicial. Así se resuelven, por ejemplo, los conflictos entre los derechos al honor o a la intimidad y la libertad de expresión o de información.

Una de las críticas que se formula a la ponderación es la irracionalidad o subjetivismo que pueden reflejar las decisiones de los casos, sin perjuicio que la resolución casuística pueda lesionar también el principio de igualdad ante la ley al producirse decisiones diferentes para casos similares.

Robert Alexy, conciente de estas críticas, propone la construcción de una regla de precedencia o prevalencia condicionada a través de un procedimiento que exige la expresión de razones y argumentos. Esta propuesta parte de la premisa que los extremos del conflicto normativo son principios y no reglas. La precedencia o prevalencia recibe el nombre de condicionada pues se debe indicar las condiciones o circunstancias bajo las cuales un principio precede al otro. Como resultado de la aplicación de la ponderación, en cuanto método jurídico de resolución de conflictos normativos, se puede formular una regla de prevalencia condicionada.⁷⁰

Esta forma de razonamiento y argumentación se aleja de la casuística *ad hoc*, ya que crea o configura una regla para la solución de una multitud de asuntos que contengan los supuestos fácticos y jurídicos del caso que originó la ponderación. Se exorcizan así, al menos parcialmente, las objeciones de irracionalismo que se hacen a la labor jurídica y, especialmente, judicial.

⁷⁰ Alexy, pp- 170-174; 203-208.

La ponderación, entendida como método, está integrada por tres fases sucesivas: *a) la identificación de los principios (valores, bienes, intereses) en conflicto; b) la atribución a cada principio del peso o importancia que le corresponde en las circunstancias del caso, y; c) la decisión sobre la prevalencia de uno de los principios sobre el otro u otros.*⁷¹

Aquí conviene afirmar que la existencia de tres fases en el procedimiento de la ponderación corrobora el aserto de R. Alexy en términos que aunque la ponderación no ofrezca ningún procedimiento de decisión que conduzca en cada caso a un resultado único o infalible, representa una estructura de argumentación racional de la que no se dispondría ni en un sistema de reglas puro ni en un mero catálogo de precedencia de derechos y bienes establecidos por el legislador.⁷²

Intentaremos, enseguida, aplicar las distintas fases de la ponderación al caso que se viene analizando.

*a) La identificación de los principios (valores, bienes, intereses) en conflicto.*⁷³

La identificación de los principios en conflicto es una fase importante del procedimiento ponderativo. En lo que respecta al caso analizado ya se ha adelantado y, salvo una errónea identificación de los extremos del conflicto, esas son las normas (principios) que deben ser objeto de atribución de peso o importancia y de la decisión de prevalencia en las etapas posteriores.⁷⁴

b) La atribución a cada principio del peso o importancia que le corresponde en las circunstancias del caso.

⁷¹ Rodríguez de Santiago, p.138. Rodríguez hace presente que la división en tres fases de la ponderación no equivale a decir que se está frente a una separación rígida entre una y la siguiente, como si fueran expedientes aislados e independientes cada uno de ellos.

⁷² Alexy, p.172. Sostiene Alexy (p.206) que la ley de la ponderación “estructura la ponderación al obligar a formular y fundamentar enunciados sobre el grado de no realización y afectación como así también enunciados sobre el grado de importancia; aquí interesa todo argumento posible en la argumentación jurídica. De esta manera, la argumentación es conducida a vías que no existirían sin la ley de la ponderación.”

⁷³ Probablemente, ésta es también la primera fase, cuando en el razonamiento judicial tendiente a aplicar una causal de justificación (como la legítima defensa, el estado de necesidad o el ejercicio de un derecho), el juez debe, por mandato del principio del interés preponderante, identificar los intereses en juego. La aplicación de dichas causales de justificación exige identificar los intereses en conflicto y determinar cuál de ellos es el que debe prevalecer.

⁷⁴ El Tribunal Oral identificó una pugna entre las tradiciones indígenas y la Ley N° 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes. Es posible encontrar en la sentencia, cuando fundamenta su decisión absolutoria y la aplicación de la casual de justificación, atisbos de ponderación, especialmente al atribuir mayor peso o importancia a las tradiciones y costumbres indígenas.

Si es correcto el resultado de la primera fase, corresponde ahora determinar el peso o importancia de los principios en conflicto. ¿Cuáles son los argumentos que podemos formular sobre la importancia del cumplimiento del derecho a la práctica de las tradiciones culturales y religiosas indígenas y sobre el grado de incumplimiento del bien jurídico salud pública y el deber de aplicación efectiva de las leyes penales, o viceversa?⁷⁵

En el caso concreto, el ejercicio del derecho se traduce en el uso de una planta⁷⁶ – hoja de coca -, empleada desde antiguo para fines curativos y rituales que, si bien es la materia prima para producir cocaína, nada en la investigación fiscal ni en el posterior juicio indica que ese era el objetivo de las acusadas. Por el contrario, dicha finalidad se descartó y se acreditó sí (por la cercanía con la fiesta patronal, por la calidad de indígenas quechuas de las acusadas), la finalidad ritual del transporte. Además, en el juicio, en virtud de informes periciales, quedó establecido que la cantidad de hoja de coca (5 kilogramos, aproximadamente), no permitía la producción industrial de cocaína.

La falta de intención de producir estupefacientes (tanto por la cantidad como por la inexistencia de precursores), es un antecedente importante para afectar los principios opuestos. Dicho de otro modo, la existencia de una finalidad inocente que excluya el dolo es un elemento a considerar para otorgar mayor peso al derecho a las prácticas culturales y religiosas por sobre la salud pública y el deber estatal de aplicación de la ley penal. Como se verá, este factor incidirá en la formulación de una versión más amplia de la regla de prevalencia condicionada.

Además, el derecho a la práctica de la cultura o religión es una facultad concedida a los miembros de las minorías por el artículo 27 del PIDCP, pero que puede inferirse también del principio de dignidad y del concepto de bien común, reconocidos como bases de la institucionalidad de nuestro país y, además, del derecho a la libertad religiosa. Tal como lo expresó la Corte, se trata de un derecho humano digno de respeto y observancia en cualquiera comunidad jurídicamente establecida, que por ese carácter puede tener, incluso, precedencia *prima facie* enfrentado a un bien o interés colectivo.⁷⁷ El reconocimiento legal e internacional de los derechos de los pueblos indígenas supone una prohibición de estigmatizar sus expresiones culturales, de lo contrario, se trataría de un

⁷⁵ Esta fase permite reconstruir el razonamiento del Tribunal, usando el método de la ponderación.

⁷⁶ La Corte sostuvo en el Considerando undécimo que la hoja de coca no es droga sino una planta de origen altiplánico de consumo reiterado y cotidiano.

⁷⁷ Alexy, p.207. Esta idea parte de la base que el concepto de tomar en serio los derechos "... no implica que las posiciones de los individuos no puedan ser eliminadas o restringidas en aras de bienes colectivos pero sí que para ello tiene que ser posible una justificación suficiente. [...], el postulado de tomar en serio al individuo [...] exige la precedencia del derecho individual. [...] Esta precedencia *prima facie* se expresa en una carga de la argumentación a favor de los derechos individuales y en contra de los bienes colectivos".

reconocimiento vacío e inútil. El reconocimiento de los valores y costumbres indígenas, implica, por una parte, un reconocimiento de la existencia de diferencias entre los grupos o comunidades que integran el Estado y, por otra, que éste está dispuesto a aceptar y respetar esa diferencia.

La importancia del derecho a practicar o manifestar las tradiciones culturales y religiosas deriva de la capacidad de ellas para generar sentido de identidad grupal, al recrear vínculos de vecindad y de solidaridad perdidos o afianzar los todavía existentes. La importancia identitaria de la conservación, manifestación y renovación de las tradiciones, ritos, usos y costumbres, procede de su papel constitutivo de la identidad personal y colectiva, que se traduce, en último término, en una condición esencial del desarrollo integral de la personalidad.

El uso de la hoja de coca, al igual de lo que ocurre con el peyote para los indios del norte del continente, forma parte integral de la forma de vida de los pueblos andinos y ha permitido la perpetuación de su cultura. Como lo reconoció el Tribunal, los indígenas al usar y consumir la hoja de coca están avalados por un *ethos* especial, por unas formas y simbolismos propios de su cultura, las que tienen gran importancia para su desarrollo cultural e idiosincrasia.⁷⁸

A su vez, respecto del menoscabo o perjuicio que puede admitir la salud pública y el deber estatal que permitan, a su vez, la efectiva realización del otro extremo del conflicto, es preciso apuntar que el uso de la hoja de coca no provoca efectos tóxicos o daños a la salud, sino que, a la inversa, están documentadas sus propiedades anestésicas y vasoconstrictoras⁷⁹. En este sentido, al contrario de otras tradiciones indígenas ésta es absolutamente inocua para quienes la practican. No existe un atentado a la integridad física o psíquica de las personas, ni una vulneración a la seguridad pública.⁸⁰

⁷⁸ Siguiendo la lógica de la aplicación de la causal de justificación contenida en el art. 10 N° 10 del C. Penal, se puede afirmar que el Tribunal sostuvo que la aplicación de la eximente implicaba permitir la realización de un resultado juzgado más valioso por el ordenamiento jurídico. Este resultado más valioso no es sino el reconocimiento de la diversidad cultural, el que se logra a través de la admisión de una tradición indígena que encarna una cosmovisión ancestral.

⁷⁹ El informe del perito contratado por la defensa, don Elías Ticona Mamani, se refiere extensamente a las cualidades curativas y medicinales de la hoja de coca. Sobre la posibilidad de no considerar la hoja de coca como “droga de abuso”, ver: Matus Acuña (1998), p. 34.

⁸⁰ Admito que este argumento puede resultar débil frente al uso y consumo de sustancias, tales como el peyote u hongos alucinógenos, que producen alteraciones de los estados de conciencia y/o dependencia física o psíquica. Como es obvio, mi argumentación está reducida a la hoja de coca. No obstante, frente a sustancias claramente estupefacientes o sicotrópicas, también cabe el uso tradicional lícito, como lo establece el art. 14.1 de la Convención de 1988. En esos casos, lo que habría que destacar es que su uso, reducido sólo a los practicantes indígenas, debe hacerse sin finalidad delictiva, esto es, para fines estrictamente

La salud pública es el bien jurídico tutelado con la tipificación del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Una definición aceptada de salud pública es la que proporciona Jean Pierre Matus, quien expresa que es “la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas”.⁸¹ Agrega, luego, tres variables que son importantes para decidir sobre la punibilidad de una acción de tráfico; el peligro que supone para la libertad de los individuos afectados; que la medida de ese peligro se encuentra en la posibilidad de la difusión incontrolable de las sustancias, y; que aquellas conductas que por las características del caso, con seguridad, según el saber de la experiencia humana, no pueden poner en peligro la salud pública o la libertad de los potenciales consumidores o lo hacen de un modo altamente insignificativo, no realizan el riesgo prevenido por la ley, y por lo tanto, deben considerarse impunes.⁸²

En el caso particular, como quedó dicho, este bien jurídico estuvo muy lejos de ser lesionado. La salud pública no se vio mermada por el uso ritual y medicinal de la hoja de coca, ni la libertad de las personas que participaron en la festividad estuvo en riesgo por la difusión incontrolable, ni mucho menos la hoja de coca, por su cantidad y destino, pudo constituir un atentado grave. Si la salud pública integra la noción de orden público, difícilmente se podrá sostener que ella constituye un obstáculo o un límite a la libre expresión o manifestación de un culto o creencia religiosa al que se han incorporado usos y ritos indígenas milenarios.

En cuanto al deber de aplicación efectiva de las leyes penales, por cierto, desde una óptica liberal, cabría preguntarse si estamos frente a atentados a la salud pública que merecen ser castigados atendida su dañosidad y gravedad. Si consideramos que el derecho penal debe perseguir, por un lado, la protección de las necesidades de la convivencia social y, por otro, la prevención de conductas gravemente perjudiciales, tanto si recurrimos al principio de lesividad, como si empleamos el principio del carácter fragmentario del derecho penal, los hechos que dieron lugar al proceso en contra de las acusadas no supera el test al que debe ser sometido el ejercicio del *ius puniendi*.

c) La decisión sobre la prevalencia de uno de los principios sobre el otro u otros.

rituales. En esa medida se puede levantar el argumento de la diversidad cultural para apoyar el uso y consumo del peyote. En el caso concreto nos sirve como argumento la inocuidad de la hoja de coca.

⁸¹ Matus Acuña, Jean Pierre, “Dogmática de los delitos relativos al tráfico de estupefacientes”, en Politoff L., Sergio y Matus A., Jean Pierre (coords.), *Lavado de Dinero y Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1999, p. 89.

⁸² *Ibíd.*, p. 90.

De acuerdo a lo expresado en las dos fases anteriores, a nuestro juicio el derecho a la práctica de las tradiciones culturales y religiosas, tiene un mayor peso, en el caso concreto, por sobre la salud pública y la aplicación efectiva de las leyes penales.

Esta decisión debe cumplir con lo que Alexy llama la ley de la ponderación, cuya formulación es la siguiente: “cuanto mayor sea el grado de perjuicio de uno de los principios, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario”.⁸³ En términos simples, esto quiere decir que el cumplimiento de uno de los principios no es posible sin el incumplimiento o afectación del otro. En el caso analizado, se puede formular de la siguiente manera: el menoscabo de la salud pública y del deber estatal de aplicación de la ley penal, debe estar justificado por la importancia del cumplimiento de los derechos civiles y culturales contrarios.

El derecho a la práctica de las tradiciones culturales y religiosas no puede primar sin que retrocedan los principios que se le oponen, y en tal sentido, estos sufren un perjuicio que, de acuerdo a ley de la ponderación, debe ser inversamente proporcional al grado de cumplimiento del primero y encontrar justificación en el peso o importancia asignado. En este caso, la falta de tutela al bien salud pública y la falta de efectividad del derecho penal son notorias, pero eso – y sólo eso – permite, primero, la realización concreta y efectiva de un derecho civil básico en cualquier ordenamiento y, segundo, el ejercicio y cumplimiento de derechos culturales que están en las bases programáticas de la gran mayoría de los estados que integran la comunidad internacional. A estos derechos se les ha atribuido un mayor peso fundado en argumentos fácticos y normativos.

Queda ahora por extraer las conclusiones del procedimiento argumentativo previo, esto es, formular la regla de prevalencia condicionada. Ésta, en su versión más restringida, se puede formular de la siguiente manera:

“El uso y porte de hoja de coca no es punible siempre que se realice con fines rituales o medicinales acreditados, por miembros de comunidades indígenas andinas, sin la intención de producir sustancias estupefacientes, atendida la cantidad y ausencia de precursores.”

Para una versión más amplia o inclusiva es necesaria una breve reflexión. Sin perjuicio que al efecto sirvan los argumentos relativos a la falta de finalidad delictiva, de la inocuidad de la hoja de coca, de aplicación de los límites del *ius puniendi*, existe un

⁸³ Alexy, p. 206.

argumento adicional que me parece importante. Se trata de un argumento relacionado con la interculturalidad⁸⁴. La diversidad cultural supone el reconocimiento y respeto de todas las culturas, salvo en aquellos aspectos que son violatorios de derechos fundamentales. Pero no es posible concebir las culturas como expresiones aisladas de la diferencia, ocupando, en consecuencia, nichos herméticos. Por el contrario, en el mundo actual los miembros de las distintas comunidades se relacionan entre sí, comparten conocimientos, replican prácticas, etc. Si se reconoce como valioso el uso tradicional de la hoja de coca, no es consistente con ese reconocimiento, negar a los no indígenas el uso impune de la misma. Existen fuertes razones de trato no discriminatorio.⁸⁵ En todo caso, la objeción más sólida es la siguiente: el uso tradicional lícito incluye el uso medicinal de la hoja de coca y esa es la manera más frecuente como se produce la interrelación entre miembros de las culturas andinas y los no indígenas. No resultaría ni lógica ni normativamente sustentable afirmar que el uso de la hoja de coca, cuyas propiedades curativas e inocuidad están acreditadas, está permitido al interior de las comunidades, mientras que en el exterior de ellas su comercialización, porte y consumo está sancionado. Eso significaría lisa y llanamente un reconocimiento carente de sentido, pues negaría la expresión legal, real e intercultural de uno de los usos prácticos más importantes de la hoja de coca.

En consecuencia, la versión más inclusiva de la regla de precedencia condicionada se puede plantear como sigue:

“El uso y porte de hoja de coca no es punible siempre que se realice con fines rituales o medicinales acreditados, sin la intención de producir sustancias estupefacientes, atendida la cantidad y ausencia de precursores.”

Esta regla, en su versión restringida o amplia, puede servir como guía en el evento que se produzcan nuevos casos. Si la argumentación anterior es correcta, la regla de precedencia servirá para que en los casos futuros los operadores usen esta regla como tal y resuelvan dichos casos aplicando el método de la *subsunción* si se dan las condiciones fácticas de la regla preestablecida.⁸⁶

⁸⁴ El interculturalismo plantea una convivencia en la diversidad, pues cree que detrás de ella hay unos valores comunes que se descubren en un proceso abierto en el tiempo de convivencia y diálogo entre las diferentes culturas en condiciones de igualdad. Del mismo concepto de cultura se desprende la aceptación de la posibilidad real de intercambio y de cambio a partir de la convivencia. Elósegui Itxaso, María, “Asimilacionismo, multiculturalismo, interculturalismo”, *Claves de Razón Práctica* N° 74, julio-agosto 1997, pp. 24-32.

⁸⁵ Ver nota N° 54.

⁸⁶ Sobre esta posibilidad se puede ver: Rodríguez de Santiago, p. 150-152.

