

Proceso: Proceso de
inconstitucionalidad contra
Ordenanzas Regionales N°
027-2005-E-CR-GRH y N°
031-2005-GRC/CRC

Expediente:

Sumilla: *Amicus Curiae* de la
Defensoría del Pueblo

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ROCÍO VILLANUEVA FLORES, Adjunta al Defensor del Pueblo para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad y encargada del Despacho del Defensor del Pueblo por Resolución Defensorial N° 020-2005/DP, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 10 de setiembre de 2005, identificada con Documento Nacional de Identidad N° 09178661, señalando domicilio legal y procesal en el Jirón Ucayali N° 388, Lima 1, en el proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra las ordenanzas regionales N° 027-2005-E-CR-GRH y N° 031-2005-GCR/CRC, ante usted me presento para intervenir en calidad de *amicus curiae*, exponiendo los siguientes argumentos a fin de que puedan ser tomados en cuenta por al momento de resolver.

I. ANTECEDENTES

El 29 de junio de 2005, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ordenanza Regional N° 031-2005-GRC/CRC¹, mediante la cual el Gobierno Regional del Cusco declara a la planta de hoja de coca como patrimonio regional, natural, biológico, cultural e histórico de dicha región y como recurso botánico integrado a la cultura y cosmovisión del mundo andino. Adicionalmente, esta ordenanza reconoce "como zonas de producción tradicional y de carácter legal de la planta de hoja de coca a los valles de: La Convención; Yanatile de la provincia de Calca y Qosñipata de la provincia de Paucartambo, todos ellos del departamento del Cusco, donde la producción de esta especie está destinada al uso medicinal, ceremonial, religioso, cultural, "chaqcheo" y aquellas que son adquiridas en forma lícita por ENACO S.A. para su respectiva comercialización".

La mencionada ordenanza declara además -en su artículo tercero- a la planta de la hoja de coca como bien económico y transmisible y sucesorio del campesinado que habita en las zonas mencionadas en el artículo segundo. Finalmente, proporciona e incentiva -en su artículo cuarto- la investigación de las propiedades de la planta de hoja de coca para fines de industrialización benéfica, medicinal, científica y alimenticia; para lo cual se promoverá la implementación del instituto regional de investigación científica.

¹ Esta ordenanza fue reglamentada mediante Decreto Ejecutivo Regional N° 016-2005-GR-CUSCO/PR, publicado en el Diario Oficial el 1 de agosto de 2005.

Por otra parte, el Gobierno Regional de Huánuco aprobó el 27 de julio de 2005, la Ordenanza Regional N° 027-2005-E-CR-GHR que incorpora un artículo a la Ordenanza N° 015-2004-CR-GRH², con el fin de declarar la legalidad del cultivo de coca en la jurisdicción del Gobierno Regional de Huánuco, para el consumo directo en la modalidad de “chacqueo” con fines medicinales, ceremoniales y de industrialización lícita.

Las citadas ordenanzas regionales, son esencialmente declarativas y promocionales, salvo por las disposiciones en las que se reconocen zonas de producción tradicional de carácter legal de la planta de hoja de coca. Éstas han sido objeto de controversia entre el gobierno central y los Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco, porque además de regular una materia que no se encontraría entre sus competencias, lo hacen siguiendo un criterio distinto y contradictorio al establecido por la ley nacional. Así, mientras que el Decreto Ley N° 22095 establece que el criterio principal que determina la licitud del cultivo es un criterio personal, referido al propietario o productor inscrito en el Padrón de la Empresa Nacional de la Coca (ENACO) y al predio consignado por aquél, las ordenanzas regionales utilizan el criterio territorial, declarando la legalidad de las zonas comprendidas en los valles de la respectiva región³.

El 25 de julio de 2005, la Presidencia del Consejo de Ministros presentó una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 2º de la Ordenanza Regional N° 031-2005-GRC/CRC y, por accesoriedad, la inconstitucionalidad de los artículos 1º y 3º de la misma norma. Posteriormente, el 27 de julio del año en curso se presentó otra demanda similar contra las Ordenanzas Regionales N° 027-2005-E-CR-GRH y N° 015-2004-CR-GRH⁴.

Conviene mencionar que el 16 y 20 de setiembre de 2005, los Presidentes Regionales de Huánuco⁵ y Cusco, respectivamente, contestaron las demandas de inconstitucionalidad.

² La referida ordenanza declara a la hoja de coca como patrimonio cultural y de seguridad alimentaria en la región de Huánuco.

³ La contradicción de criterios es relativizada, en el caso del Gobierno Regional del Cusco, por el Reglamento aprobado por Decreto Ejecutivo Regional N° 016-2005-GR CUSCO/PR, que circunscribe el carácter legal de la hoja de coca sólo a los valles señalados en la ordenanza y que estén destinados a los usos medicinales, religiosos, culturales, ceremoniales y al “chacqueo”. Asimismo, señala que la referida producción no debe exceder los límites que establezca la ley y alcanza a los productores empadronados ante ENACO.

⁴ La demanda de inconstitucionalidad se interpuso también contra esta ordenanza debido a su conexión con la Ordenanza Regional N° 027-2005-E-CR-GRH.

⁵ En su escrito de contestación a la demanda, la Presidenta Regional de Huánuco dedujo además una excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandante, por considerar que la Resolución Ministerial N° 260-2005-PCM, de 27 de julio de 2005, sólo autorizó a la Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros a interponer la demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional N° 027-2005-E-CR-GRH y no contra la Ordenanza Regional N° 015-2004-CR-GRH.

II. FUNDAMENTO DE LA INTERVENCIÓN DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN CALIDAD DE AMICUS CURIAE

La Defensoría del Pueblo es un órgano constitucional autónomo de carácter no jurisdiccional (artículo 161º de la Constitución), encargado de la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, así como de la supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración estatal (artículos 162º de la Constitución Política y 1º de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley N° 26520).

En atención al mandato constitucional antes referido, la Defensoría del Pueblo ha venido recibiendo, a través de su sede en Lima y oficinas defensoriales ubicadas en los valles de producción cocalera, solicitudes de intervención por parte de la población y de sus organizaciones, con el fin de que sus derechos sean respetados y que las autoridades competentes puedan atender los problemas que los afectan. Tales demandas tienen lugar en un escenario de alta conflictividad que caracteriza las relaciones entre la población campesina de los valles cocaleros y sus organizaciones por un lado, y las autoridades estatales encargadas de la política agraria y de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, por el otro.

La intervención de nuestra institución ha estado orientada a la atención de casos concretos de vulneración de derechos, tales como la vida, libertad e integridad personales, propiedad, salud, medio ambiente equilibrado y adecuado e identidad cultural, así como a la intermediación frente a las autoridades públicas, buscando contribuir al diálogo para la solución de los conflictos y al establecimiento de políticas técnicamente consistentes, viables, respetuosas de derechos fundamentales, y que cuenten con legitimidad.

Por otra parte, con relación a la controversia surgida sobre las competencias regionales de los Gobiernos de Huánuco y Cusco, conviene señalar que la Defensoría del Pueblo desarrolla una línea de intervención para la supervisión y acompañamiento del proceso de descentralización en el país, poniendo especial énfasis en la incorporación de prácticas de buen gobierno y gestión en el ámbito regional y municipal.

En tanto institución encargada de supervisar la actuación de la administración estatal, corresponde también a la Defensoría del Pueblo velar porque las instituciones públicas -nacionales y regionales- cumplan sus funciones dentro del marco legal establecido, sin que en ningún caso las autoridades que los representan puedan extralimitarse en el ejercicio de sus atribuciones ni invadir las esferas de competencia asignadas a otras instituciones en determinadas materias.

La facultad de la Defensoría del Pueblo para intervenir en procesos de inconstitucionalidad se encuentra contemplada en el artículo 203º inciso 3) de la Constitución así como en el artículo 9º inciso 2) de su Ley Orgánica, Ley N° 26520, y en el artículo 98º del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237.

La competencia de la Defensoría del Pueblo para intervenir en procesos en trámite mediante la presentación de un *amicus curiae*, se desprende de la interpretación de

los dispositivos antes mencionados, en la medida en que si se cuenta con legitimación activa para presentar demandas de inconstitucionalidad, con mayor razón estará facultada para intervenir en procesos en trámite emitiendo su opinión sobre el tema en debate⁶.

Conviene mencionar, además, que la intervención de esta institución como *amicus curiae*, encuentra sustento normativo en el artículo 17º de nuestra Ley Orgánica, que establece que cuando un mismo hecho vinculado con la vigencia de los derechos humanos esté siendo investigado por otra autoridad, funcionario o institución del Estado, el Defensor del Pueblo podrá aportar a las autoridades competentes los elementos provenientes de su propia investigación. Asimismo, debe señalarse que el artículo 25º de la misma ley obliga al Defensor del Pueblo a poner en conocimiento del órgano competente, su convencimiento riguroso de que una norma legal produce situaciones injustas o perjudiciales para los ciudadanos.

En tal sentido, atendiendo a que si bien es materia del proceso decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las ordenanzas regionales expedidas por los Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco, la intervención de la Defensoría del Pueblo en calidad de *amicus curiae* en el presente caso, tiene por objeto -además de exponer nuestra opinión al respecto - presentar a este Tribunal los problemas derivados de la legislación de alcance nacional referidas al cultivo, la comercialización y el control de la hoja de coca en el país, a fin de que se sirva tenerlas en cuenta en la tramitación del proceso antes mencionado. Asimismo, solicitamos considerar la necesidad de emitir una sentencia exhortativa⁷ dirigida a los órganos constitucionales correspondientes, para que en un plazo razonable se expida una ley en materia de coca, que armonice la política de lucha contra las drogas y reducción de cultivos, con el respeto de los derechos humanos y la promoción del desarrollo equilibrado e integral nación.

⁶ Defensoría del Pueblo. Ocho años de procesos constitucionales en el Perú. Los aportes de las Defensoría del Pueblo 1996-2004. Lima, 2004. p. 18.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 03 de enero de 2003, Expediente 010-2002-AI/TC. El TC define una sentencia exhortativa como aquellas en virtud de las cuales, al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal, el Tribunal Constitucional solo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado (y no sancionado). (...) detrás de dichas sentencias se halla la necesidad de no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición legal. Al igual que cualquier sentencia constitucional, ellas también vinculan a los poderes públicos, y si bien no determinan un plazo concreto o determinado dentro del cual deba subsanarse la omisión, sin embargo, transcurrido un plazo de tiempo razonable, a propósito de la protección de derechos constitucionales, pueden alcanzar por completo sus efectos estimatorios, hasta ahora solo condicionados"

III. INCOMPETENCIA DEL GOBIERNO REGIONAL PARA REGULAR EN MATERIA DE LEGALIDAD DE CULTIVOS DE HOJA DE COCA

a) Regulación sobre el carácter legal de cultivos, zonas o productores de hoja de coca: política de lucha contra el tráfico ilícito de drogas y política agraria

La intervención del Estado peruano en materia de producción, comercialización y control de la hoja de coca se ha definido como parte de la política de lucha contra las drogas, y en menor medida ha sido vinculada a la política agraria nacional.

Ello se explica porque si bien la producción y cultivo de la hoja de coca constituye una actividad económica y cultural desarrollada a través del uso agrícola de las tierras⁸, también es cierto que dicha hoja puede ser utilizada como materia prima para la elaboración de drogas.

De allí que se haya regulado el cultivo de la hoja de coca como parte de las acciones adoptadas por el Estado peruano para combatir el narcotráfico, llegando incluso a criminalizar esta actividad durante el período comprendido entre 1949 y 1991. Así, se tipificó penalmente el cultivo de la hoja de coca realizado con propósito de elaborar drogas o venderlas a quien las produjera, a través de los Decretos Leyes N° 11005 (1949), N° 19505 (1972), N° 22095⁹ (1978) y el Decreto Legislativo N° 122 (1981).

El tratamiento del tema adopta una variante cuando en 1991 entra en vigencia el Código Penal, Decreto Legislativo N° 635, que despenaliza el cultivo de la hoja de coca. Sin embargo, la regulación sobre el carácter legal o ilegal de los cultivos de coca se mantiene en las disposiciones vigentes de la Ley para la represión del tráfico ilícito de drogas- Decreto Ley N° 22095- preservando el tema en estrecha vinculación con la política antidrogas.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, incluso, el diseño de los programas, lineamientos de política, objetivos vinculados al desarrollo alternativo y erradicación de cultivos de la hoja de coca, que por su ámbito material de aplicación debería encontrarse estrechamente vinculada al sector agrario, se encuentra a cargo de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas -DEVIDA-, organismo público descentralizado comprendido en el sector Presidencia del Consejo de Ministros, que diseña y conduce la política nacional de lucha contra el tráfico ilícito de drogas, contra el consumo ilegal de drogas tóxicas y que promueve el desarrollo integral y sostenible de las zonas cocalleras en el país. Si bien el Directorio de DEVIDA está integrado, entre otros representantes del Poder Ejecutivo, por el representante del Ministerio de

⁸ Lo que define su relación con el sector agrario de conformidad con el artículo 3° de la Ley Orgánica del Ministerio de Agricultura, Decreto Ley N° 25902.

⁹ El Decreto Ley N° 22095, Ley de represión del tráfico ilícito de drogas, contenía disposiciones sobre prevención del uso indebido de drogas, rehabilitación biosicosocial del drogadicto y la reducción de los cultivos de la planta de hoja de coca, incluyendo criterios para la determinación del carácter legal o ilegal de dichos cultivos. Resulta importante tener en cuenta que esta norma se dicta como correlato del cumplimiento de obligaciones internacionales adoptadas por el Estado peruano en el marco de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.

Agricultura, tales materias y tareas rectoras no se encuentran adscritas con preeminencia o especialidad a este Ministerio.

Lo expuesto, además de algunas disposiciones dictadas por el Ministerio de Agricultura¹⁰, así como la intervención de dicho sector en algunas iniciativas de diálogo instauradas entre el Poder Ejecutivo y determinadas organizaciones de productores de hoja de coca¹¹, permiten concluir que las políticas de Estado o materias sectoriales en la que se ha comprendido la regulación sobre cultivo, comercialización, control o reducción de la hoja de coca son: la política de lucha contra las drogas y, de forma más tangencial, la política agraria.

En este orden de consideraciones, corresponde deducir que la regulación de las condiciones que definen la licitud de los cultivos, como uno de los aspectos específicos de la intervención estatal respecto de la hoja de coca, se inscribe con mayor evidencia dentro de la política de lucha contra el narcotráfico. Efectivamente, la decisión del Estado de establecer límites a la extensión de cultivos de hoja de coca y de determinar ámbitos diferenciados de plantaciones legales e ilegales, obedece al propósito y necesidad de evitar su utilización en la fabricación y tráfico ilícito de pasta básica de cocaína y clorhidrato de cocaína, limitando la producción de hoja de coca, exclusivamente, a la satisfacción del mercado destinado a fines lícitos (consumo tradicional e industrialización benéfica).

Actualmente, los criterios para la determinación de la licitud de los cultivos, la proscripción de nuevos cultivos y los mecanismos para controlar el destino que se haga de ellos, se encuentran regulados principalmente en el Decreto Ley N° 22095, que es una norma de rango legal y de alcance nacional. El criterio principal que determina la licitud del cultivo es que su propietario se encuentre registrado en el Padrón de la Empresa Nacional de la Coca (ENACO), consignando además del predio, la producción que le vende a dicha empresa.

b) Descentralización como modelo constitucional de organización territorial y política del Estado peruano

De conformidad con la Constitución peruana de 1993, el Estado se organiza territorial y políticamente en base a un modelo de Estado descentralizado en gobiernos subnacionales locales (municipalidades) e intermedios (gobiernos regionales) (artículos 43° y 188°). Así, las disposiciones de la Carta en su capítulo XIV sobre

¹⁰ Por ejemplo la prohibición del uso plaguicidas químicos de uso agrícola, sustancias afines, productos y agentes biológicos en plantaciones de coca se aprobó mediante Decreto Supremo 004-2000-AG.

¹¹ Grupo Técnico de Trabajo en materia agrícola, creado por Decreto Supremo N° 037-2004-AG, y presidido por el Ministerio de Agricultura, para abordar la problemática de zonas del Huallaga Central, Alto Huallaga, Aguaytía, Valle Pichis Palcazú, Valle Río Apurímac y Ene-Zona Selva Central y Valle Río Apurímac y Ene –Zona Ayacucho, con la función de diseñar, coordinar y supervisar la elaboración e implementación de una estrategia integral de atención a los problemas que afectan el ámbito de producción agrícola en dichas zonas, tendientes a lograr su desarrollo y pacificación en el marco del Decreto Supremo N° 092-2003-PCM.

Así también se constituyó una comisión del Poder Ejecutivo en julio de 2005, presidida por el Vice Ministro de Agricultura, que viajó a la ciudad de Pucallpa los días 20 y 21 de julio de ese año a fin de recoger las demandas de los representantes de la Confederación Nacional de Productores Agropecuarios de las Cuencas Cocaleras del Perú-CONPACCP.

Descentralización, contempla las notas características de dicho modelo: autonomía política, económica y administrativa en materias que correspondan a la competencia de tales gobiernos locales y regionales (artículo 191°).

De aquellas tres características, la autonomía política es la más importante, mientras que la autonomía financiera y la administrativa se consideran como soporte, instrumento y consecuencia de la primera¹². En tal sentido, puede verificarse que la Constitución reconoce los elementos propios de toda autonomía política: elección directa de sus autoridades, facultades normativas en materias importantes y propias de su competencia y formas de democracia directa (artículos 191°, 192° incisos 6 y 7, y 199°)¹³.

c) Autonomía normativa de los gobiernos regionales, límites y relaciones de coordinación con el gobierno central

La autonomía normativa de los gobiernos subnacionales puede definirse como la potestad que el ordenamiento jurídico les reconoce para producir normas jurídicas con rango de ley dentro de los límites de su competencia territorial y material, y sometidas a los controles del sistema jurídico. Este último aspecto se sustenta en que la autonomía normativa no supone un ejercicio de libertad irrestricta sino sólo de independencia en materia de regulación normativa dado que las entidades territoriales autónomas no son soberanas, sino entes cuyo poder es limitado y derivado¹⁴.

Tal potestad está reconocida a los gobiernos regionales en el artículo 192° incisos 6) y 7) de la Constitución cuando establece que son competentes para dictar normas y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, pero sujetando dicha facultad a aquellas normas inherentes a la gestión regional y de acuerdo a la ley.

La Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783, recoge como concepto de autonomía de gobierno, el derecho y la capacidad efectiva de gobierno en sus tres niveles, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia, sujetando su ejercicio al principio de unidad de la nación (artículo 8°).

Al respecto, y haciendo referencia particular a la autonomía normativa municipal y su vinculación con el principio de unidad del Estado, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N° 010-2001-AI/TC que:

“(…) Por consiguiente, ha de tratarse de relaciones que sean, en lo fundamental, de coordinación y, sólo excepcionalmente, de subordinación, en aquellos casos

¹² ALARCON GARCÍA, Gloria, Autonomía municipal, Madrid: Editorial Civitas, 1995, p.77.

¹³ ZAS FRIZ BURGA, Johnny. “Descripción y análisis de las principales normas en materia de descentralización” en Descentralización y buen gobierno. Compendio de normas. Febrero de 2005. 6° ed. Defensoría del Pueblo. p. 14.

¹⁴ GIANNINI, Máximo Severo. “Autonomía” en Revista Trimestrale di diritto pubblico. Anno I, Milano: Giuffrè Editore, 1951, p. 859 y en “Autonomia Pubblica” en Enciclopedia del diritto, Tomo IV, Milano: Giuffrè Editore, 1959, p. 357. citado por Zas Friz Burga, Johnny. El sueño obcecado, ob. cit, p. 37.

en que la Constitución expresamente lo permita, a fin de que la capacidad de autodesenvolvimiento no termine vaciada de contenido. Autonomía no significa autarquía; por ello, cuando a un órgano se le reconoce tal garantía institucional, se le impone implícitamente que dicha capacidad de autonormación y administración deba realizarse dentro del ordenamiento jurídico y, en particular, dentro de los límites constitucionalmente establecidos. Y es que la capacidad de autogobierno, esto es, el desenvolvimiento con libertad y discrecionalidad, no significa dejar de pertenecer a una estructura general de la cual se forma parte en todo momento, que está representada por el Estado y por el ordenamiento jurídico que lo rige. Por su propia naturaleza, la autonomía hace referencia a un poder limitado, en el que se ejercita un conjunto de atribuciones, pero respetando el principio de unidad del Estado, al que se refiere el segundo párrafo del artículo 43° de la Constitución”.

Precisamente, las relaciones de coordinación que deberán respetarse entre la actividad normativa del Estado nacional y la de ámbito regional se encuentran desarrolladas en la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización y la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, normas que por ser leyes orgánicas de desarrollo constitucional respecto a las competencias y atribuciones de órganos constitucionales, forman parte de lo que se conoce como el bloque de constitucionalidad.

d) Bloque de constitucionalidad como parámetro de constitucionalidad de las ordenanzas regionales que declaran legalidad de zonas de producción de hoja de coca

Se entiende por bloque de constitucionalidad al conjunto de disposiciones normativas que, junto con la Constitución, permiten evaluar si una norma es compatible con la ley fundamental¹⁵. En el caso del control de constitucionalidad de normas emitidas por las regiones en base al reconocimiento de su autonomía, deberá considerarse como bloque de constitucionalidad, además de los preceptos constitucionales, las leyes que dentro del marco constitucional se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y los entes territoriales autónomos, o para regular o articular el ejercicio de las competencias de estos distintos niveles¹⁶.

Dicho criterio se encuentra contemplado expresamente en el Código Procesal Constitucional cuando establece que “para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona” (artículo 79°).

En base a tales consideraciones el análisis de la constitucionalidad de las ordenanzas regionales de Cusco y Huánuco, en cuestión, deberá realizarse necesariamente en

¹⁵ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. El proceso de constitucionalidad en el Perú. Revista Jurídica del Perú (Ediciones Normas Legales) Nro. 52, noviembre del 2003.

¹⁶ Sentencias del Tribunal Constitucional español 10/1982, 76/1983, 66/1985, 99/1987, citadas por PÉREZ ROYO, Javier. Curso de derecho constitucional. 7ma ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 936.

referencia a la Ley de Bases de la Descentralización y Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y de conformidad con la distribución de competencias que éstas establecen entre los gobiernos regionales y los órganos con competencia de alcance nacional.

e) Ley de Bases de la Descentralización y Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

Como ya señaláramos líneas arriba, la competencia constitucional de los gobiernos regionales para emitir normas jurídicas nace de su reconocimiento en la Carta Fundamental, expresamente contemplada en el artículo 192º incisos 6) y 7), las que pueden tener rango legal de conformidad con el artículo 200º inciso 4).

El inciso 7) antes señalado define como marco de competencias materiales varios rubros de intervención, entre los que si bien incluye a la agricultura, no hace ninguna referencia a aquellos temas que se vinculan con la prevención de delitos o lucha contra las drogas. Estas son materias que, en los modelos descentralizados de Estado, se reservan para una política centralizada y conducida desde los entes estatales de ámbito nacional, por su estrecha relación con la restricción de derechos. En el mismo sentido, la Ley de Bases de la Descentralización al delimitar las competencias exclusivas del gobierno nacional comprende entre ellas, el diseño de políticas nacionales y sectoriales (artículo 26º inciso 1 literal a) y la prevención de delitos (artículo 26º inciso 1 literal d).

Tal como se sostuvo en literal a) del punto III, aún cuando las autorizaciones o licencias estén referidas a cultivo de plantaciones, y este aspecto a su vez converja con materia agraria, la determinación del carácter lícito de cultivos como la hoja de coca se ha enmarcado principalmente dentro de la política estatal de lucha contra las drogas y prevención del delito de narcotráfico, por su condición de insumo para la elaboración de drogas como el clorhidrato de cocaína y la pasta básica de cocaína.

Esta afirmación no pretende desconocer la complejidad del problema. Tal como lo han afirmado quienes han estudiado el fenómeno de las drogas, el tratamiento de la coca, del movimiento cocalero, del desarrollo rural y del tráfico ilícito de drogas, involucra distintos planos. Se pueden identificar aspectos socio-culturales, económico-productivos, ecológico-medio ambientales y político institucionales. Además, se relaciona con el comercio y la cooperación internacional, con la seguridad ciudadana y la gobernabilidad, con la ética pública y la corrupción y con la estabilidad macroeconómica y sectorial¹⁷. Asimismo, debe advertirse la importancia que tiene un enfoque agrario del problema así como la formulación de una política sustentable y sostenible de desarrollo alternativo que ofrezca a la población de las cuencas cocaleras oportunidades económicas reales que le permita acceder a mejores condiciones de vida, a la prestación de servicios públicos básicos, y en definitiva que contribuya al fortalecimiento de una institucionalidad estatal en la zona que garantice una mayor protección de sus derechos fundamentales.

¹⁷ CABIESES CUBA, Hugo. Coca compleja, drogas y cocaleros en los Andes. En: "Hablan los diablos. Amazonía, coca y narcotráfico en el Perú; escritos urgentes"- Quito: Abya-Yala, julio de 2005, p. 66-77.

Esta constatación confirma que las políticas y medidas que se adopten al respecto, requieren de una formulación centralizada, que podrá contar con la colaboración de los gobiernos regionales en la aplicación de las mismas, pero en coordinación y sujeción al Estado nacional. De esta manera se garantiza un tratamiento de controles y restricciones aplicado en todo el ámbito nacional que respete el derecho a la igualdad de los ciudadanos y ciudadanas, y entre ellos de los productores de hoja de coca.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales prevé un conjunto de funciones específicas atribuidas a los mismos, referidas a distintas materias, entre las que se señalan: educación, cultura, ciencia, tecnología, deporte, recreación, trabajo, promoción de empleo y la pequeña y micro empresa, salud, población, agricultura, pesquería, medio ambiente, ordenamiento territorial, industria, comercio, transportes, telecomunicaciones, vivienda y saneamiento, energía, minas e hidrocarburos, desarrollo social e igualdad de oportunidades (artículos 46°-60°). Como puede observarse ninguna de estas funciones específicas están referidas a la política de lucha contra las drogas, a lo que debe añadirse que el desagregado de funciones en materia agraria no contempla la posibilidad de regular o normar autorizaciones, licencias, restricciones o legalización de productores o zonas de cultivo de hoja de coca (artículo 51°)¹⁸.

¹⁸ Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Artículo 51°.- Funciones en materia agraria.

- a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas de la región en materia agraria en concordancia con las políticas nacionales y los planes sectoriales y las propuestas promocionales de desarrollo rural de parte de las municipalidades rurales.
- b) Administrar y supervisar la gestión de actividades y servicios agropecuarios, en armonía con la política y normas de los sectores correspondientes y las potencialidades regionales.
- c) Participar en la gestión sostenible del recurso hídrico en el marco de las entidades de cuencas y las políticas de la autoridad nacional de aguas.
- d) Promover la transformación, comercialización, exportación y consumo de productos naturales y agroindustriales de la región.
- e) Desarrollar acciones de vigilancia y control para garantizar el uso sostenible de los recursos naturales bajo su jurisdicción.
- f) Promover y ejecutar proyectos y obras de irrigación, mejoramiento de riego, manejo adecuado y conservación de los recursos hídricos y de suelos.
- g) Supervisar y administrar el servicio de información agraria en la región, la cual podrá contar con una red de información provincial y distrital, la que operará en armonía con el sistema nacional de información agraria.
- h) Promover la provisión de recursos financieros privados a las empresas y organizaciones de la región, con énfasis en las micro, pequeñas y medianas empresas y las unidades productivas orientadas a la exportación.
- i) Planificar, promover y concertar con el sector privado, la elaboración de planes y proyectos de desarrollo agrario y agroindustrial.
- j) Planear, supervisar y controlar, en coordinación con el gobierno nacional la mejora de los servicios de comercialización agropecuaria, del desarrollo de cultivos y de crías y ganadería.
- k) Promover y prestar servicios de asistencia técnica en sanidad agropecuaria, de acuerdo a las políticas y programas establecidos por la autoridad nacional de sanidad agraria.
- l) Fomentar sistemas de protección de biodiversidad y germoplasma.
- m) Fomentar la investigación y transferencia de tecnológica y extensión agropecuaria.
- n) Promover, gestionar y administrar el proceso de saneamiento físico-legal de la propiedad agraria, con la participación de actores involucrados, cautelando el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable de las tierras de las comunidades campesinas y nativas.
- o) Promover políticas para generar una cultura de seguridad alimentaria.
- p) Promover, asesorar y supervisar el desarrollo, conservación, manejo, mejoramiento y aprovechamiento de cultivos nativos, camélidos sudamericanos y otras especies de ganadería regional.

Aún cuando en el supuesto negado de que esta función específica existiese, para ejercer tal función ésta debería haber sido transferida primero, conforme al proceso de transferencia y al sistema de acreditación de gobiernos regionales y locales regulados por las leyes sobre descentralización. Actualmente no se han transferido las funciones específicas previstas en los Planes de Transferencia de los años 2004 y 2005.

f) Normas que regulan y restringen el ejercicio de derechos fundamentales deben ser materia de una norma de alcance nacional

Resulta pertinente incorporar en el presente análisis el criterio construido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y en el derecho comparado, consistente en reservar a los órganos encargados de producir la legislación de alcance nacional, las normas que regulen el ejercicio, restricción o amplitud de derechos fundamentales.

La determinación del carácter legal o ilegal de los cultivos de hoja de coca y la consiguiente aplicación de la política de reducción de dichos cultivos, se ha vinculado con frecuencia con la afectación o restricción de derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, derecho al trabajo, a la propiedad, a la identidad cultural y al bienestar general y desarrollo integral y equilibrado. Por otra parte, como se ha sostenido en los párrafos precedentes, también se ha asociado el tema a la protección de un bien de reconocimiento constitucional como la lucha y combate al tráfico ilícito de drogas (artículo 8° de la Constitución).

Por ello se puede deducir que las restricciones al libre cultivo de la hoja de coca, con efecto sobre los derechos antes mencionados, deberían corresponder a una ley, de modo que la norma sea aplicada con uniformidad y con respeto del principio de igualdad, a todo el ámbito nacional. Se deja a la actuación de los gobiernos locales o regionales las tareas de fiscalización o control del cumplimiento de la ley. Este criterio ha sido recogido por el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 057-98-AA/TC (fundamentos jurídicos 5, 6 y 11):

“(…) cuando la Constitución deja abierta la posibilidad de que se regulen o reglamenten los derechos fundamentales o los ámbitos dentro de los cuales éstos puedan ejercerse, tal opción no puede entenderse sino como la necesidad de que el tratamiento regulativo a dispensar sea por principio igual en todas las circunstancias. Para cumplir con dicho objetivo, es sólo la ley (o en casos excepcionales, el decreto legislativo) la única forma normativa que, como expresión de la voluntad general de toda la colectividad, puede asegurar por sus alcances universales, el cumplimiento de un principio tan elemental como el de igualdad. No ocurre lo mismo con la ordenanza municipal o, en definitiva, con cualquier otra expresión normativa circunscrita sobre ámbitos territoriales más o menos amplios o reducidos, pues independientemente de que su jerarquía o rango sea el mismo que el de una ley, es un hecho inobjetable que sus efectos (los de la ordenanza u otras variables similares) no se aplican

q) Otorgar permisos, autorizaciones y concesiones forestales, en áreas al interior de la región, así como ejercer labores de promoción y fiscalización en estricto cumplimiento de la política forestal nacional.

sobre todos los individuos que conforman la colectividad de un Estado, sino tan sólo sobre aquéllos que integran la respectiva repartición descentralizada.

(...) si se permitiera que mediante una ordenanza municipal se estatuyera el tratamiento directo de cualesquiera de los derechos fundamentales, ya sea para establecerles límites o restricciones, o por el contrario, para dispensarles criterios amplios o extensivos de operatividad, resultaría que en un mismo Estado existirían tantos tratamientos regulativos de derechos como corporaciones descentralizadas de gobiernos locales, con manifiesto y evidente perjuicio –cuando no desnaturalización grotesca–, del principio de igualdad.

(...) no obstante encontrarse imposibilitados los gobiernos locales de normar en materia de derechos fundamentales, (...) ello no significa ni tampoco puede interpretarse como que carezcan de potestad de fiscalización o control en aplicación directa de la ley en cuanto norma general”.

La Constitución española contempla de manera expresa similar solución a la distribución de competencias normativas entre los órganos de ámbito nacional y aquellos de alcance regional o autonómico. El artículo 149º inciso 1.1 establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Por los fundamentos expuestos, consideramos que las ordenanzas regionales objeto de la demanda de inconstitucionalidad, en los aspectos que regulan la legalización de zonas de cultivo de hoja de coca, resultan inconstitucionales por haber excedido las competencias que la Constitución y las leyes de desarrollo constitucional sobre la materia, les otorgan. Asimismo, entendemos que los gobiernos regionales pueden colaborar y coordinar con las entidades del gobierno central en la solución de los problemas que afectan a sus circunscripciones territoriales, bajo las reglas contempladas en el ordenamiento constitucional y legal antes referido.

Sin embargo, la Defensoría del Pueblo ha advertido que los vacíos y deficiencias de las normas de alcance nacional sobre la materia, explican también en parte la emisión de las ordenanzas regionales en cuestión, aunque no la justifican. Así, una parte importante de la conflictividad social que caracteriza las relaciones entre la población dedicada al cultivo de la hoja de coca y las distintas entidades gubernamentales encargadas de la política de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas y la política agraria, tiene su causa en la ausencia de una normatividad ordenada y actualizada que regule el cultivo, comercialización y control de la hoja de coca, que sometemos a la consideración del Tribunal Constitucional, en aplicación del artículo 25º de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

IV. DEFICIENCIAS DE LA LEGISLACIÓN DE ALCANCE NACIONAL SOBRE CULTIVO, COMERCIALIZACIÓN Y CONTROL DE LA HOJA DE COCA

Tal como se ha señalado, existe una legislación dispersa y, en algunos casos, preconstitucional, que no se ha actualizado frente a los cambios producidos en la normatividad internacional y en la legislación interna sobre modernización económica, lo que ha desarmado y tornado ineficaz, el sistema de control y fiscalización de la hoja de coca.

El Decreto Ley N° 22095, de 21 de febrero de 1978, es la norma que suele ser invocada para sustentar la ilicitud de determinados cultivos de coca y la consecuente intervención del Estado a través de operativos de erradicación forzosa.

En general, este decreto establece que se deberá lograr la progresiva erradicación del cultivo de la coca, con excepción de aquellos utilizados para fines industriales y médico científicos. Establece que uno de los objetivos de la ley es la reducción de los cultivos de la planta de coca, disponiendo un régimen de reducción gradual, limitándolo a fines científicos e industriales debido a que considera el uso tradicional o masticado como “un grave problema social que es necesario superar”. En tal sentido, regula la prohibición del cultivo de coca y almácigos en nuevas áreas del territorio nacional, lo que incluye renovaciones y recalces en los cultivos existentes (artículo 31°).

De conformidad con esta norma, resultan siendo ilegales y sujetos potenciales de las acciones de erradicación forzosa, los cultivos de los titulares no empadronados ante el Registro de Productores de Hoja de Coca, a cargo de ENACO, los productores que no sustituyeron o erradicaron sus cocales, según la extensión de cultivos y plazos establecidos en el mismo decreto ley, las plantas o recalces nuevos, los predios abandonados o que no son conducidos directamente por su titular y aquellos predios cuyos titulares no vendan su producción total a ENACO (artículos 31°, 34°, 35° y Primera Disposición Transitoria) .

Así, el Decreto Ley N° 22095 tiene como un objetivo principal la erradicación y/o sustitución de la coca, basándose en la consideración de que constituye un insumo para la fabricación de estupefacientes y desconociendo su aplicación a fines lícitos y benéficos. Efectivamente, la inscripción en el Registro de Productores de ENACO, que se realizó de todos aquellos productores agropecuarios que tenían cultivos de hoja de coca en 1978, por una sola vez, de conformidad con un plazo de 90 días y ampliado a 45 días más (Decreto Ley N° 22203), fue previsto como un mecanismo de control y reducción de la producción de todos los cultivos de hoja de coca que no tuvieran por finalidad los usos científicos, medicinales, industriales y de exportación¹⁹.

¹⁹ Como ha señalado la Comisión Especial Multipartidaria del Congreso de la República, encargada de evaluar la problemática de las cuencas cocaleras del Perú, el padrón desde su inicio fue diseñado y elaborado de manera ineficiente pues se realizó en base a declaraciones juradas unilaterales, sin verificación de campo, no se midieron las áreas de los empadronados, no se definieron previamente las áreas específicas para la producción legal de coca, no se determinó la relación entre la oferta de cultivos de coca y su demanda legal. Informe de 21 de julio de 2004.

Debe tenerse en cuenta que el Decreto Ley N° 22095, desarrolló la obligación asumida por el Perú en la Convención Única de Estupefacientes de 1961, que disponía que el uso tradicional de la hoja de coca (masticado) quedaría prohibida dentro de un plazo transitorio de 25 años de ratificada la Convención (artículo 49°). El Estado peruano ratificó la Convención en 1964²⁰, por lo que se entendía que en el año 1989 ya no deberían existir cultivos de coca para uso tradicional.

Con la aprobación de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, se modificó este criterio, estableciéndose que las medidas que se adopten para erradicar las plantas que contengan sustancias sicotrópicas, entre las que se encuentra la hoja de coca, deberían respetar los usos tradicionales lícitos (artículo 14°), en reconocimiento a los derechos de identidad cultural de las poblaciones involucradas.

No obstante estas consideraciones, el ordenamiento jurídico interno no fue modificado, ni se elaboró un nuevo Registro de Productores. A la fecha este registro se encuentra desfasado y no cuenta con mecanismos de actualización periódica regulares, lo que dificulta la elaboración y ejecución de planes que permitan la reducción de áreas de cultivos de coca²¹. Una de las consecuencias de esto es la existencia de una vasta extensión de cultivos que aún sirviendo a fines legítimos como el consumo tradicional o incluso siendo comercializados con ENACO, resultan siendo ilegales formalmente²².

Por lo tanto, el padrón de productores y el registro de extensiones de cultivos a cargo de ENACO, que marcan la frontera entre la legalidad e ilegalidad de los cultivos y por tanto el criterio de erradicación²³, se encuentran desactualizados y deslegitimados socialmente. Las incoherencias e irregularidades anotadas han sido motivo de quejas individuales presentadas a la Defensoría del Pueblo contra operativos de erradicación forzosa por la supuesta afectación de cultivos que contarían con certificado de empadronamiento o recibos de ventas a ENACO. Pero, además, la aplicación de tales disposiciones y los programas de erradicación que se ejecutan con base en aquéllas, suelen ser fuente permanente de conflictos sociales y confrontación violenta entre productores que alegan la legalidad de los cultivos por considerar que tienen destino lícito (trueque, uso tradicional, ceremonial, chaqcheo, intercambio económico), y los agentes estatales a cargo de los operativos de erradicación forzosa, que se realizan en el marco de la política del Estado de lucha contra las drogas.

²⁰ El Estado peruano ratificó mediante Resolución Legislativa N° 15013, de 16 de abril de 1964.

²¹ El Padrón de 1978 registró 25 149 productores coccaleros. Sin embargo, de acuerdo con el Informe de GRADE, en la actualidad existiría un 39% más de productores registrados que los que inscritos inicialmente en 1978. Esta ampliación del padrón se habría realizado, de manera irregular, entre los años 1988, 1989 y 1997. GRADE. La comercialización de la hoja de coca en el Perú: Análisis del comercio formal. Lima, junio de 2005, p. 37.

²² La vida vegetativa de las plantas de coca es de 10 a 15 años. Si tomamos en cuenta que hace 27 años que se emitió el Decreto Ley N° 22095, los arbustos de hoja de coca que existen actualmente y que son adquiridos por ENACO son cultivos nuevos, los mismos que según la norma citada estarían prohibidos.

²³ A través de Oficio N° 339-2005-DE/CORAH, el Director de Operaciones del Proyecto Especial CORAH, ha informado que a pesar de que el DL N° 22095 prohíbe el cultivo de coca posterior a la dación del referido decreto del año 1978, el criterio para la erradicación de los cultivos no se retrotrae a la fecha límite señalada por la norma acotada, sino que se consideran las plantaciones jóvenes sembradas después de la instalación de la Mesa de Diálogo (Noviembre de 2000). Las plantaciones jóvenes son intervenidas si no cuentan con certificación de ENACO o no entregan su producción de acuerdo al Acta de Compromiso suscrita entre el agricultor coccalero y dicha empresa de comercialización.

De otro lado, el Decreto Ley N° 22095, estableció que únicamente el Estado mediante ENACO podría desarrollar directamente la comercialización interna y externa de la hoja de coca (artículo 41°)²⁴. Sin embargo, actualmente, el régimen de monopolio estatal creado por el Decreto Ley N° 22095 no se adecua a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico nacional.

Efectivamente, la Constitución determina que es deber del Estado el combate de prácticas que controlen absolutamente la oferta o la demanda de un producto, prescribiendo, para ello, que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (artículo 61°). Asimismo, el Decreto Legislativo N° 668, que aprueba medidas destinadas a garantizar la libertad de comercio exterior e interior, dispone que quede eliminado y prohibido todo tipo de exclusividad, limitación y cualquier restricción o práctica monopólica en la producción y comercialización de bienes y prestación de servicios de toda clase, incluidas las realizadas entre otras, por las empresas estatales (artículo 4°).

Por otra parte, ENACO realiza un reducido acopio. De las 9 mil TM de coca destinadas al consumo legal, ENACO sólo compra 3 mil TM²⁵. Asimismo, la Defensoría del Pueblo ha recibido, de parte de los agricultores, diversas quejas y demandas contra ENACO por problemas en los precios y mediciones de peso que realiza esta institución para la compra de la hoja de coca.

En atención a estas consideraciones, el Estado peruano debería adecuar el régimen de comercialización de la hoja de coca contemplado en el Decreto Ley N° 22095, al ordenamiento constitucional, más aún cuando la Convención Única de Estupefacientes de 1961, contempla un régimen alternativo de fiscalización a través de licencias otorgadas a los agricultores que se dedican al cultivo de la hoja de coca²⁶.

Por otra parte, cabe mencionar que el Decreto Ley N° 22095, no contempla entre sus disposiciones acciones relacionadas con la promoción de una dinámica económica sostenible y alternativa que compense la erradicación de los cultivos de hoja de coca. La previsión de la política de desarrollo alternativo, se recoge principalmente en el Decreto Legislativo N° 824 (artículo 2°) y en la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2002-2007, aprobada por Decreto Supremo N° 004-2004-PCM, y su primera actualización aprobada por Decreto Supremo N° 006-2005-PCM.

²⁴ El artículo 41° del Decreto Ley N° 22095 fue modificado por la Ley N° 27634, en los siguientes términos: El Estado a través de la Empresa Nacional de la Coca Sociedad Anónima --ENACO S.A.-- realizará la industrialización y comercialización de la hoja de coca proveniente exclusivamente de los predios empadronados en aplicación de la primera disposición transitoria del Decreto Ley N° 22095. La industrialización comprende la elaboración de pasta básica de cocaína, clorhidrato de cocaína y demás derivados de la hoja de coca de producción lícita con fines benéficos".

²⁵ ENACO. Registro de compras 2004, citado por Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado. Perú oferta de hoja de coca. Estadística básica (2001-2004). Lima, junio de 2005, p. 9.

²⁶ De acuerdo con la Resolución de INDECOPI No 016-94-INDECOPI/CLC "... Si la Convención plantea dos opciones para la comercialización de la hoja de coca, es evidente que el país deberá optar por aquella que más se ajuste a su legislación interna. En el Perú de hoy están prohibidos los monopolios estatales y existe un derecho, consagrado en la Constitución, a la libre competencia; por ello, si la Convención brinda la posibilidad de establecer un régimen de licencias, debe entenderse que ésta y no otro, debe ser el camino a seguir".

Consideramos que debería ser una Ley expedida por el Congreso de la República, la que regule el cultivo, control y comercialización de la hoja de coca, desde una perspectiva integral, y que por tanto, debería articular los supuestos de sustitución de cultivos, erradicación forzosa, desarrollo alternativo y promoción de usos lícitos tradicionales o comerciales²⁷.

V. DEBER CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS Y PROMOVER EL DESARROLLO INTEGRAL Y EQUILIBRADO DE LA NACIÓN

Presentamos a continuación los argumentos que sustentan el deber del Estado de promover el desarrollo integral y equilibrado de la nación, su relación con el derecho al desarrollo y su vinculación con la vigencia de los otros derechos fundamentales, como el derecho a la identidad cultural; a fin de que el Tribunal Constitucional, de considerarlo pertinente, los incorpore como pautas para el legislador en la elaboración de una ley en materia de coca.

a) Deber de promover el desarrollo integral y equilibrado de la nación en el marco del Estado constitucional

El Estado constitucional se caracteriza básicamente por: a) contar con una Constitución rígida, es decir, el régimen jurídico de las disposiciones constitucionales es diferente y superior al de las disposiciones legales, b) dicha Constitución garantiza derechos y limita el poder público, y c) la Constitución tiene que ser practicada²⁸. Según FERRAJOLI, los derechos que deben ser garantizados en tal Estado constitucional no son sólo los de libertad sino también los sociales, frente a los poderes públicos y privados, en el nivel estatal y en el internacional²⁹.

²⁷ El Proyecto de Ley N° 13333/2004-PE señala lo siguiente: “Sin embargo no es posible hacer legalmente vinculante la erradicación al desarrollo alternativo, como aspiran algunos líderes cocaleros. En la práctica aspiran a que no se les erradique mientras no tengan programas de desarrollo alternativo que les reporten iguales o superiores ingresos que la coca que se destina al narcotráfico. Este pedido es inaceptable puesto que el narcotráfico paga 3 a 5 dólares por kilo de hoja de coca y puede pagar aún más, en niveles que no tiene ni tendrá ningún producto lícito.

Por otro lado, el narcotráfico ha adoptado la estrategia de promover cultivos alejados de los centros poblados como es el caso del Putumayo donde ya hay cerca de 500 hectáreas de coca. No es posible aceptar exigencias vinculantes de inversiones millonarias en infraestructura para eliminar un cultivo que sólo está generando cocaína, al costo de desviar recursos del tesoro a otras zonas del país de gran concentración poblacional y altos niveles de pobreza sin plantaciones de coca”. Proyecto de Ley N° Ley N° 13333/2004-PE del Ejecutivo Ley de Control de la Hoja de Coca y derivados. Exposición de Motivos.

²⁸ FERRAJOLI Luigi. “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”. En: Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho N° 16, México: ITAM, abril 2002.

²⁹ AGUILÓ REGLA, Josep, “Sobre la constitución del Estado constitucional”, Doxa N° 24, Revista de Filosofía del Derecho, Alicante, 2001, p. 434.

Por ello, “el orden jurídico legítimo ya no será aquél que simplemente respete los derechos, sino aquél que desarrolla en positivo todas las exigencias normativas derivadas de los derechos”³⁰.

La disposición constitucional, recogida en el artículo 44º de la Constitución sobre el deber del Estado de promover el bienestar general fundado en el desarrollo integral y equilibrado de la nación, debe inscribirse en la fórmula de Estado constitucional a la que se adscribe la Constitución (artículo 43º).

La defensa de los derechos sociales en un Estado constitucional, supone el deber de los poderes públicos de promover la igualdad material de los ciudadanos y ciudadanas, expuestas a las leyes del mercado y a condiciones de inequidad, exclusión e injusticia social.

En palabras de PEREZ LUÑO, “(...) los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales (...)”³¹.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, señalando que, el Estado social de derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de éste pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. La libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio, condiciones que se realizan a través del reconocimiento y protección de los derechos económicos, sociales y culturales³².

El marco del Estado constitucional, nos permite interpretar, como afirma RUBIO CORREA que el deber del Estado de promover el desarrollo integral y equilibrado de la nación, responde a esa necesidad de compensar las diferencias que existen en el acceso a la riqueza de sectores sociales o de espacios territoriales marcados por la pobreza y graves deficiencias en el acceso a servicios públicos esenciales. En tal sentido, la Constitución manda promover el desarrollo de los sectores más pobres para lograr dicho equilibrio³³. Por su parte BERNALES BALLESTEROS entiende que, como pilar del bienestar general, el desarrollo integral y equilibrado de la nación implica crecimiento con distribución, siendo un mandato constitucional compensar las desventajas de determinados sectores de la población³⁴.

Cabe referir que dicha obligación estatal, asume también la forma de derecho subjetivo, postulándose en el ámbito internacional y por un sector de la doctrina, la existencia de un derecho humano al desarrollo, y cuyo contenido expondremos en las siguientes líneas.

³⁰ Ibidem, p. 455.

³¹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos fundamentales. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1993, p. 193. citado por GONZALES MORENO, Beatriz. Op. cit. p. 46

³² Sentencias del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 2003. Expediente N° 0008-2003-AI/TC. F.J.10; y de 20 de abril de 2004. Expediente N° 2945-2003-AA/TC. F. J. 8 y 9.

³³ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 56.

³⁴ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. 5ª ed. Lima: Editora RAO S.R.L. , p. 314-315.

b) Derecho humano al desarrollo

La Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo³⁵ afirma en su preámbulo que “el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable y que la igualdad de oportunidades para el desarrollo es una prerrogativa tanto de las naciones como de los individuos que componen las naciones (...)”.

Asimismo, declara el derecho y el deber de los Estado de formular políticas públicas de desarrollo nacional adecuadas y crear condiciones nacionales e internacionales con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste (párrafos 2.3 y 3.1).

La misma Declaración completa el contenido de este derecho, precisando que se encuentra vinculado a la igualdad de oportunidades en el acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de ingresos (párrafo 8.1). El reconocimiento de este derecho va aparejado a lo largo de la Declaración, de un conjunto de deberes del Estado, entre los que destacan la remoción de obstáculos para la observancia de los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, y la realización de reformas económicas y sociales adecuadas con objeto de erradicar todas las injusticias sociales (párrafos 6.3 y 8.1).

Si bien la Declaración del derecho al desarrollo constituye una referencia específica al citado derecho, posteriores declaraciones, al abordar distintas materias, han retomado el concepto y formulado deberes estatales al respecto³⁶. Así, la Declaración de Río adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (Río, junio de 1992) proclama el derecho al desarrollo sostenible vinculando su contenido a la protección del medio ambiente.

Por otra parte, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, junio 1993) establece en su documento final que “la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente” (párrafo 5) y reafirma el derecho al desarrollo “como derecho universal inalienable y como parte integrante de los derechos humanos fundamentales” (párrafo 6)³⁷.

Asimismo, la Cumbre Social sobre Desarrollo Social (Copenhague, marzo 1995) ha afirmado la necesidad de “promover el respeto universal, la observancia y la protección de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos, incluido el derecho al desarrollo (...)”³⁸ Conviene también destacar que este derecho

³⁵ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

³⁶ La referencia a tales Declaraciones han sido tomadas de GOMEZ ISA, Felipe. El derecho al desarrollo: entre la justicia y la solidaridad. Bilbao: Universidad de Deusto, 1998, pp. 19-22.

³⁷ Declaración Final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, A/CONF. 157/DC/1/Add. 1, de 24 de junio de 1993.

³⁸ Declaración y Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, Copenhague, 6 a 12 de marzo de 1995, A/CONF. 166/L.3/Add. 1, de 10 de marzo de 1995.

ha estado presente en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994)³⁹ y Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995)⁴⁰.

Finalmente, conviene hacer alusión a que la Carta Democrática Interamericana, establece en su artículo 2º que, entre los propósitos esenciales de la Organización de Estados Americanos, se encuentra “erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio”⁴¹.

La Defensoría del Pueblo, considera que el derecho al desarrollo, por tener sustento directo en la dignidad del ser humano, en los principios que informan el Estado constitucional, por su reconocimiento en instrumentos internacionales de derechos humanos y por tener base en la positivización de un deber estatal prioritario en la Constitución, comparte los rasgos y configuración que se atribuyen a los derechos fundamentales. Efectivamente, el artículo 3º de la Carta de 1993 abre la lista de derechos fundamentales a todos aquellos que, aunque no se encuentren previstos explícitamente en el capítulo I, se funden en la dignidad del ser humano, en los principios de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

El Tribunal Constitucional ha expresado -en su sentencia sobre el derecho a la verdad- que en la medida razonablemente posible y en casos especiales deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos humanos, contribuyendo con ello a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente⁴².

Resulta manifiesto que el derecho al desarrollo, tal como ha sido formulado en las declaraciones internacionales de derechos humanos citadas líneas arriba, cumple la función de conservar y promover la dignidad, en la medida en que considera a la persona como sujeto central del desarrollo, partícipe activo y beneficiaria del mismo⁴³, pues se prioriza la satisfacción de las necesidades básicas de las personas en campos como la educación, salud, vivienda, y la protección de derechos humanos⁴⁴.

Debe tenerse en cuenta, además, que estamos frente a un derecho que se realiza con la vigencia de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁵. Su contenido trasciende el ámbito de protección de cada derecho civil, político, social, económico o cultural, considerado individualmente, para configurarse como la facultad de exigir la realización integral de las capacidades de la persona en condiciones de vida que corresponden a su dignidad, bajo el supuesto de

³⁹ Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo 5 a 7 de setiembre de 1994.

⁴⁰ La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, reunida en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995.

⁴¹ DULITZKY, Ariel e Ignacio ALVAREZ. El desarrollo sustentable como derecho humano. en http://www.revistafuturos.info/futuro_1/ariel3.htm

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de marzo de 2004. Expediente N° 2488-2002-HC/TC. F. J. 12-13

⁴³ Declaración del Derecho al Desarrollo (artículo 2.1)

⁴⁴ GOMEZ ISA, Felipe. El derecho al desarrollo: entre la justicia y la solidaridad... op.cit., p. 45

⁴⁵ GOMEZ ISA, Felipe. Op. cit., p. 44

la participación en un entorno social, política económica y culturalmente favorable a la vigencia de sus derechos⁴⁶.

Resulta pertinente señalar que el derecho al desarrollo, comparte naturaleza análoga con los derechos económicos, sociales y culturales, y por tanto debe orientar su aplicación e implementación a los principios de solidaridad⁴⁷ y progresividad⁴⁸, en el sentido en que han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional peruano.

c) Derecho fundamental a la identidad cultural

El derecho a la identidad cultural se encuentra consagrado expresamente en los artículos 2º inciso 19) y 89º de la Constitución Política. La identidad cultural hace referencia al conjunto de patrones culturales que son propios de una persona y que son compartidos con otros individuos. Es la cosmovisión de la vida, la peculiar forma de vivir, las que forman parte de la concepción y creencias de la persona o de un pueblo, y que se logran mantener en el transcurso del tiempo.

El uso tradicional de la hoja de coca es una manifestación del aludido derecho a la identidad cultural. Cabe mencionar que ella tiene una caracterización social, ritual y económica para la cultura de origen andino, que data de tiempos precoloniales⁴⁹. Tradicionalmente a la hoja de coca se la relaciona con múltiples manifestaciones de la vida social del mundo andino jugando una función central en toda ceremonia andina de trascendencia (bautizos, matrimonios, defunciones, celebraciones religiosas, etc.). También suele ser usada en prácticas de medicina tradicional andina así como en actividades de adivinación⁵⁰.

Según el estudio del Instituto Nacional de Estadística e Informática, las formas tradicionales del uso de la coca declaradas en la Encuesta Nacional sobre consumo

⁴⁶ CONTRERAS NIETO, Miguel Ángel. El derecho al desarrollo como derecho humano. Toluca: Comisión de Derechos Humanos, pp. 80-81. Resulta necesario tener en cuenta que este derecho tiene un ámbito de aplicación nacional y otro internacional. Por ello la Declaración sobre derecho al desarrollo establece que "El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él" (párrafo 1) (subrayado nuestro).

En este plano se reconocen como elementos de su contenido, el derecho a la autodeterminación económica, soberanía permanente sobre la riqueza y los recursos naturales, principios de no reciprocidad y trato preferencial para los países en vías de desarrollo, y la igualdad de participación de los países en vías de desarrollo en las relaciones económicas internacionales y en los beneficios de la ciencia y la tecnología. CASCADO TRINDADE. Antonio Augusto. "Environment and development: formulation and implementation of the right to development as a human right" en Human rights, sustainable development and environment, 2nd edition. San José de Costa Rica: IIDH-BID, 1995, pp. 51 y 52. citado por CONTRERAS NIETO, Miguel Ángel. El derecho al desarrollo como derecho humano. Op. cit., 79-80.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de abril de 2004. Expediente N° 2945-2003-AA/TC. F.J. 15-16

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de abril de 2004. Expediente N° 2945-2003-AA/TC. F.J. 34-39

⁴⁹ SOBERÓN GARRIDO, Ricardo. "Narcotráfico y derechos humanos". En: CABIESES CUBA, Hugo y otros. Hablan los diablos. Amazonía, coca y narcotráfico en el Perú; escritos urgentes. Quito, Ecuador, 2005. pp. 227-228,

⁵⁰ Informe de la Comisión Especial Multipartidaria encargada de evaluar la problemática de las cuencas cocaleras del Perú de 21 de julio de 2004. p.

tradicional de hoja de coca en los hogares fueron las siguientes: chacqueo, preparación de mates o infusiones, ceremonias rituales y religiosas y buena suerte⁵¹.

En este mismo sentido, la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, en su artículo 14^o reconoce los “usos tradicionales [de la coca] donde al respecto exista evidencia histórica”.

VI. DEBER DEL ESTADO DE ARMONIZAR LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE LUCHA CONTRA LAS DROGAS Y REDUCCIÓN DE CULTIVOS DE HOJA DE COCA, CON EL DESARROLLO Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL

El artículo 8^o de la Constitución Política establece que el Estado tiene el deber de combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas, lo que autoriza su intervención para el cumplimiento de tal propósito o bien constitucionalmente relevante. Habida cuenta de que la hoja de coca, constituye uno de los insumos para la producción de las drogas ilícitas, resultan amparados por la Constitución, los programas de reducción de cultivos (reducción gradual y concertada o erradicación forzosa) sobre las plantaciones que constituyen excedente respecto del mercado legal o lícito de la hoja de coca, y el diseño de un marco normativo destinado a fiscalizar y controlar el cultivo y la comercialización de dicho producto.

Sin embargo, en aplicación del principio de interpretación constitucional, de “unidad de la Constitución” la norma fundamental debe considerarse como un todo, y cada norma adquiere sentido en su contexto⁵². Por tanto, las normas constitucionales no pueden interpretarse aisladamente. Sostiene HESSE que “todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales”⁵³.

De acuerdo con el principio de armonización de las normas fundamentales HESSE sostiene que “... la Constitución exige una labor de “optimización”: se hace preciso establecer los límites de ambos bienes a fin de que alcancen una efectividad óptima. La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad: no debe ir más de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos”⁵⁴.

En aplicación de tales principios, corresponde que el deber del Estado de combatir el narcotráfico se interprete y realice teniendo en cuenta las demás disposiciones de la Constitución, entre ellas, las cláusulas del Estado constitucional y el deber del Estado de promover el desarrollo equilibrado, especialmente en las zonas afectadas por la pobreza extrema, exclusión e inequidad. Asimismo, respecto de la producción que se dedica a fines de uso tradicional como el chacqueo y ceremonias culturales, la política

⁵¹ INEI-DEVIDA. Encuesta Nacional sobre consumo tradicional de hoja de coca en los hogares. Lima, noviembre de 2004.

⁵² ARAGÓN, Manuel. La interpretación constitucional. Entrevista. En: Boletín de la Academia de la Magistratura N° 3. Lima, 1997, pp.6-8.

⁵³ HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional.. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2da ed., 1992. p. 46.

⁵⁴ HESSE, Konrad, ob. *cit.*, p. 45.

de lucha contra las drogas deberá armonizarse también con el derecho a la identidad cultural, contemplado en el artículo 2° inciso 19 de la Constitución.

Por tanto, además de dedicar decididos y justificados esfuerzos a combatir el narcotráfico, es necesario tener en cuenta la situación de extrema pobreza en diversos valles cocaleros que impide a los habitantes de estas zonas contar con múltiples oportunidades económicas así como acceso a servicios públicos esenciales e infraestructura básica que les permita alcanzar una adecuada calidad de vida⁵⁵. En este contexto una importante mayoría de agricultores encuentran en la siembra y cultivo de la hoja de coca un medio de obtener ingresos mínimos constantes para el sustento familiar⁵⁶. Asimismo, resulta necesario determinar con precisión la demanda real del consumo legal de la hoja de coca, con la finalidad de establecer el área de cultivo correspondiente que debe mantenerse y respetarse.

Por ello el Estado debe promover acciones que permitan fomentar el desarrollo integral y equilibrado, contribuir al bienestar general, así como proteger el derecho a la identidad cultural a través del respeto de usos y costumbres reconocidas como tradicionales o ancestrales.

Estos deberes estatales, así como los derechos humanos vinculados, adquieren un nivel de exigibilidad especial en el contexto de las intervenciones de erradicación forzosa. La intervención del Estado mediante la erradicación de los cultivos de hoja de coca no sólo tiene un efecto directo en la reducción de la superficie dedicada a los cultivos de coca, sino también genera un impacto sobre la economía de los agricultores cocaleros y, en algunos supuestos, en su entorno cultural.

En este sentido, la armonización de deberes y derechos de relevancia constitucional, legitima al Estado a acudir a los mecanismos de sustitución, reducción y erradicación de cultivos que exceden la demanda legal, pero exige a su vez la provisión de oportunidades económicas y medidas de atención indispensables frente al problema social y económico en las cuencas cocaleras y con relación a los productores directamente afectados. Por tanto interesa no sólo erradicar los cultivos de la hoja de coca, cuando ello sea necesario, sino también asegurar a la población involucrada un bienestar económico y social que permita garantizar sus derechos fundamentales y alcanzar condiciones mínimas de desarrollo.

Teniendo en cuenta el rango constitucional de los deberes y derechos comprometidos, insistimos en la necesidad de que una ley, expedida por el Congreso de la República, subsane las deficiencias anotadas sobre la regulación vigente en materia de cultivo, control y comercialización de la hoja de coca, desde una perspectiva integral y con un enfoque de derechos y desarrollo. En esta medida, correspondería establecer niveles de vinculación y relación entre los programas de erradicación forzosa y de desarrollo

⁵⁵El Plan Nacional de Prevención y Control de Drogas 1994-2000 como la Estrategia de Lucha contra las Drogas 2002-2007 señalan que el incremento desmesurado de las áreas dedicadas al cultivo de la coca tiene como una de sus causas al progresivo deterioro de los niveles de vida de las poblaciones campesinas alto andinas que emigraron a los ecosistemas de selva. La pobreza en estas zonas se encuentra en el orden del 78.3%. Comisión Especial Multipartidaria del Congreso de la República encargada de evaluar la problemática de las cuencas cocaleras del Perú. Informe de 21 de julio de 2004.

⁵⁶ GRADE. La comercialización de hoja de coca en el Perú: Análisis del comercio formal. Informe Final. Lima, junio del 2005, p. 16. CEDRO. El problema de las drogas en el Perú. Junio de 2005, p. 61.

alternativo, que aseguren la eficacia del combate al narcotráfico, el respeto de los usos tradicionales y comerciales lícitos de la hoja de coca, y opciones de desarrollo para la satisfacción de necesidades básicas de la población en las cuencas cocaleras y la vigencia de sus derechos fundamentales.

En este orden de ideas, la Defensoría del Pueblo somete a la consideración del Tribunal Constitucional, los límites de la legislación en materia de cultivo, comercialización y control de la hoja de coca -expuestas en el acápite IV del presente *amicus curiae*- a fin de que evalúe la necesidad de adecuar el Decreto Ley N° 22095, Ley de represión del tráfico ilícito de drogas, a los derechos y principios constitucionales, y en tal sentido, emita una sentencia exhortativa dirigida a los órganos constitucionales correspondientes, para que en un plazo razonable se expida una ley en materia de coca que armonice la política de lucha contra las drogas y reducción de cultivos, con el respeto de los derechos humanos y la promoción del desarrollo equilibrado e integral nación.

POR TANTO:

A usted señor Presidente del Tribunal Constitucional solicito tener en cuenta los argumentos aportados por la Defensoría del Pueblo, a título de **amicus curiae**, al momento de expedir sentencia en el presente proceso de inconstitucionalidad.

OTROSI DIGO: Que adjunto a la presente demanda copia de la Resolución Defensorial N° 020-2005/DP, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 10 de setiembre de 2005, y del Documento Nacional de Identidad N° 09178661.

Lima, 23 de setiembre de 2005

ROCÍO VILLANUEVA FLORES

Adjunta al Defensor del Pueblo para los Derechos Humanos
y las Personas con Discapacidad
Encargada del Despacho del Defensor del Pueblo