

**LA IMPORTACIÓN Y USO DE SUSTANCIAS ALUCINÓGENAS
PARA EL CULTO EN PERSPECTIVA COMPARADA.
¿DESFILE DE LOS HORRORES
O LIBRE EJERCICIO DE LA RELIGIÓN?***

Santiago Cañamares Arribas
Universidad Complutense

Abstract: This paper focuses on the different answers given by the US and the Spanish Courts related to the use of hallucinogenic substances within the free exercise of religion. In the US context the Smith and O Centro Espirita decisions are analyzed. The Spanish experience is limited to the only decision delivered so far by the Spanish courts, in January 2008.

Keywords: Religious freedom, worship, psychotropic substances, comparative law

Resumen: En este trabajo se analiza la respuesta divergente proporcionada por la jurisdicción norteamericana y española sobre el empleo de sustancias alucinógenas en el marco del derecho de libertad religiosa. En el caso norteamericano se examinan las sentencias Smith y O Centro Espirita, mientras que el caso español se proyecta sobre el único pronunciamiento de este tipo habido hasta el momento: la sentencia de la Audiencia Nacional de enero de 2008.

Palabras clave: Libertad religiosa, práctica del culto, sustancias psicotrópicas, Derecho comparado.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Marco jurídico de la libertad religiosa en Estados Unidos.- 2.1. La libertad religiosa en la Constitución norteamericana.- 2.2. La Religious Freedom Restoration Act.- 3. Las respuestas del Tribunal

*Este trabajo se ha realizado dentro del Proyecto de I+D "La gestión pública del pluralismo religioso", financiado por el Ministerio de Educación (SEJ2005-06642). También ha contado con la ayuda del proyecto de investigación financiado por la Comunidad de Madrid "La libertad religiosa en España y derecho comparado y su incidencia en la Comunidad de Madrid" (S2007/HUM-0403) y las Ayudas a grupos de Investigación Complutense (GR74/07).

Supremo USA.- 3.1. La sentencia *Employment Division of Oregon v. Smith*.- 3.1.1 Los antecedentes de hecho.- 3.1.2. La fundamentación jurídica de la sentencia.- 3.2. El caso *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*.- 3.2.1 Los antecedentes de hecho.- 3.2.2. El fundamento jurídico del fallo.- 4. La respuesta negativa de la Audiencia Nacional en España: la sentencia de 18 de enero de 2008.- 4.1 antecedentes de hecho.- 4.2. El fundamento jurídico del fallo.- 5. Valoración crítica.- 5.1 De la respuesta norteamericana.- 5.2 De la respuesta española.- 6. Consideración final.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años, la jurisprudencia norteamericana ha tratado de dar respuesta a la delicada cuestión de la admisibilidad del consumo de sustancias psicotrópicas con motivos religiosos. El debate arranca a mediados de la década de los ochenta, cuando los tribunales de los Estados Unidos tuvieron que resolver un caso relacionado con el consumo de peyote por parte de unos indios americanos, pertenecientes a un grupo religioso, que atribuían a esa práctica un carácter sacramental¹. En el año 1990 –después de recorrer diversas instancias procesales– el asunto llegó hasta el Tribunal Supremo que consideró que, al tratarse de una sustancia prohibida, no se podía aceptar la admisibilidad de esta práctica². Años más tarde, en 2006, el Tribunal Supremo tuvo que decidir sobre un caso similar: un grupo religioso solicitaba permiso para importar una sustancia alucinógena para practicar sus propios ritos. En este caso, la Corte se decantó por permitir el empleo de tal sustancia con fines religiosos³.

Paralelamente, dos años después, la Audiencia Nacional ha venido a desestimar, en su sentencia de 16 de enero de 2008⁴, un recurso presentado por un movimiento religioso –la Iglesia del Santo Daime en España– frente a una decisión de la Agencia Española del Medicamento que le denegaba la autorización solicitada para la importación de esa misma sustancia alucinógena con la finalidad de destinarlo a sus ceremonias culturales.

¹ *Smith v. Employment Div., Dept. of Human Resources*, 75 Or.App. 764, 709 P.2d 246 (1985). Sobre este carácter puede verse J. T. Bannon Jr., “The legality of religious use of peyote by the Native American Church: a commentary on the free exercise, equal protection and establishment issues raised by the peyote way Church of God case”, en *American Indian Law Review*, (1998), pp. 476-477.

² *Employment Div., Dept. of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

³ *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*, 546 US 418 (2006).

⁴ RJA-JUR 2008/87642

En definitiva, teniendo en cuenta estos pronunciamientos tan divergentes en sus conclusiones, lo que se pretende con este trabajo es aportar una valoración crítica acerca de la admisión del consumo ritual de sustancias prohibidas a la luz del derecho de libertad religiosa, tal y como está configurado el contenido de este derecho a ambos lados del atlántico. Para ello se analizará detenidamente el contenido de estos tres pronunciamientos porque en ellos se lleva a cabo una distinta ponderación de los intereses estatales que pueden justificar la restricción del derecho de libertad religiosa por parte de los individuos –y grupos– que reclaman el consumo de estas sustancias como elemento central de su práctica religiosa. Habrá que valorar, por tanto, el acierto de esas argumentaciones por parte de la jurisdicción norteamericana y española que han llevado en algunos casos a admitir el consumo religioso de sustancias tóxicas, y en otros casos a rechazarlo.

Para ello, y con carácter previo, trataremos de sintetizar el marco normativo de la libertad religiosa en Estados Unidos para, posteriormente, analizar el contenido de las decisiones norteamericanas y de la sentencia de la Audiencia Nacional. El trabajo concluirá con una valoración crítica de estos pronunciamientos.

2. MARCO JURÍDICO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN ESTADOS UNIDOS

2.1 LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA CONSTITUCIÓN NORTEAMERICANA

La Constitución norteamericana de 1787 no incluyó entre su articulado un catálogo de derechos fundamentales sino que éstos se incorporaron posteriormente en forma de Enmiendas, en lo que se conoce por el nombre de Bill of Rights, de 1791. Precisamente dentro de la Primera Enmienda se reconoce el derecho de libertad religiosa a través de dos cláusulas⁵, de un lado, la denominada *Establishment Clause* (separación entre el Estado y las confesiones: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion⁶”) y, de otro, la conocida como *Free Exercise Clause* (libre ejercicio de la libertad religiosa: “Congress shall make no law [...] prohibiting the free exercise thereof⁷”).

⁵Primera Enmienda: “El Congreso no elaborará ley alguna estableciendo una religión o prohibiendo su ejercicio, o limitando la libertad de expresión o de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y pedir al gobierno la reparación de agravios.”

⁶El contenido de esta cláusula fue precisado por el Tribunal Supremo norteamericano en la sentencia *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38, 70 (1985), donde se apuntó que la cláusula de establecimiento *preclude[s] government from conveying or attempting to convey a message that religion or a particular belief is favored or preferred*.

⁷La mencionada división se operó a partir de la decisión *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947). Sobre el contenido de esta cláusula en el ámbito educativo puede verse la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Lee v. Weisman*, 505 US 577 (1992).

Esta enmienda es aplicable no sólo a nivel federal sino también a nivel estatal, a raíz de la llamada doctrina de la incorporación, elaborada por el Tribunal Supremo, al amparo de la XIV Enmienda, que dispone que ningún estado podrá aprobar normas que limiten los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni privar a una persona de su vida, libertad o propiedades sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona de su jurisdicción la igual protección de las leyes⁸.

En lo que se refiere al derecho de libertad religiosa esa doctrina de la incorporación está contenida en la sentencia *Cantwell v. Connecticut*⁹, a través de la que se declaró inconstitucional una serie de leyes estatales -del Estado de Connecticut- que impedían determinadas prácticas proselitistas de los Testigos de Jehová, consistentes en la distribución y venta de literatura religiosa. La Corte entendió que las disposiciones de ese estado atacaban el contenido del derecho de libertad religiosa contenido en la Primera Enmienda, por lo que no superaban el examen de constitucionalidad. En lo que se refiere a la separación entre Iglesia y Estado la doctrina de la incorporación se halla recogida en la sentencia *Everson v. Board of Education*¹⁰.

2.2 LA RELIGIOUS FREEDOM RESTORATION ACT

La cláusula del libre ejercicio fue desarrollada por el Congreso de los Estados Unidos a través de la llamada *Religious Freedom Restoration Act*. Esta Ley, después de ser aprobada por una amplia mayoría en ambas cámaras, fue promulgada por el Presidente Bill Clinton el 16 de noviembre de 2003¹¹.

Esta norma federal surgió como reacción a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia *Employment Division Department of Human Resources of Oregon v. Smith*¹², –que posteriormente analizaremos con detalle– donde, prescindiendo del criterio de proporcionalidad acuñado en 1963 por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la sentencia *Sherbert*¹³, se

⁸ Section 1: "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws." [...]

Section 5: "The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article."

⁹ *Cantwell v. Connecticut*, 310 US 296, 303 (1940).

¹⁰ *Everson v. Board of Education*, 330 US 1 (1947).

¹¹ PL 103-141 (HR 1308).

¹² *Employment Division Dept. of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 US 872 (1990).

¹³ *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

Sobre el contenido de esta sentencia, vid. R. Navarro-Valls, J. Martínez-Torrón, *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, (1997), pp. 149 y ss.

disponía que el Estado no necesita demostrar un interés preponderante para la aplicación de leyes de propósito secular. Dicho de otra manera, que la cláusula de libre ejercicio contenida en la Primera Enmienda no prohíbe al Gobierno limitar las prácticas religiosas a través de leyes de general aplicación.

Desde luego este criterio distaba mucho del contenido en *Sherbert*, donde el Tribunal Supremo dispuso, –al resolver un conflicto con una trabajadora Adventista del Séptimo Día que fue despedida y a la que se denegó el subsidio de desempleo por negarse a trabajar en sábado– que la restricción del derecho de libertad religiosa sólo podría ser admisible constitucionalmente cuando estuviera justificada por un interés preponderante del Estado y se hubieran empleado para satisfacerlo los medios menos lesivos para el libre ejercicio de la religión¹⁴.

El Congreso entendió que el criterio empleado por el Tribunal Supremo en la sentencia *Smith* resultaba inadecuado para proteger el libre ejercicio de la libertad religiosa por dos razones, principalmente. De un lado, porque a lo largo de la historia de los Estados Unidos las normas de propósito secular han socavado severamente las prácticas religiosas y, de otro, por la imposibilidad de pretender establecer excepciones legislativas frente a cualquier legislación de aplicación general que limitara el ejercicio de la religión, a favor de su práctica. De ahí que se decidiera a aprobar la Ley de Restauración religiosa que reconoce el derecho a la acomodación de las prácticas religiosas –sujeto al tradicional balance frente al interés preponderante del estado– incluso frente a leyes de propósito secular, entendiéndose por tales aquellas que no se dirigen de un modo directo a limitar la religión o una práctica concreta¹⁵.

En efecto, la norma en su artículo tercero dispone que “el Gobierno no limitará sustancialmente el libre ejercicio de la religión de un individuo, incluso cuando resulte de una regla o norma de general aplicación”, salvo que demuestre “que la aplicación de la restricción a esa persona responde a la promoción de un interés preponderante del Estado y que constituye el medio menos lesivo para su promoción¹⁶.”

¹⁴ Puede verse una explicación algo más detallada en R. Palomino, *Las objeciones de conciencia*, Ed. Montecorvo, Madrid, (1994), pp. 41-44.

¹⁵ Así lo manifiesta el artículo segundo de la norma que, en la parte que nos interesa, dispone literalmente lo siguiente: “OBJETIVOS.— Los objetivos de la Ley son— (1) restaurar el *compelling interest test* tal y como está establecido en *Sherbert v. Verner* 374 U.S. 398 (1963) y en *Wisconsin v. Yoder* 406 U.S. 205 (1972) y garantizar su aplicación en todos los casos en que el libre ejercicio de la religión sea sustancialmente limitado; y (2) proporcionar una demanda o defensa a aquellas personas a quienes el ejercicio religioso haya sido sustancialmente limitado por el Gobierno.”

¹⁶ El artículo tercero de la norma tiene el siguiente tenor: “(a) EN GENERAL. – El Gobierno no limitará sustancialmente el ejercicio de la religión de una persona incluso si la limitación resulta de una norma de general aplicación, excepción hecha de lo previsto en el apartado (b). (b)

Parece evidente, por tanto, que la aplicación de la ley depende, en buena medida, de la interpretación judicial de sus términos –restricción sustancial, interés preponderante, y medio menos lesivo– a la luz de las circunstancias de cada caso concreto¹⁷. En cualquier caso, la norma debe interpretarse bajo el crisol de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que pretende restaurar, esto es, se tendrá que atender a lo dispuesto en las sentencias *Sherbert y Yoder*¹⁸ para precisar las coordenadas en las que se debe llevar a cabo el balance de intereses que en ella se consagra¹⁹.

Al margen del contenido concreto de esta norma, debemos indicar que pocos años después de su entrada en vigor fue declarada inconstitucional por el propio Tribunal Supremo en la sentencia *City of Boerne v. Flores, Archbishop of San Antonio*²⁰. En esta sentencia la Corte entendió que el Congreso se había excedido en sus competencias, al amparo de la sección 5 de la XIV Enmienda, inmiscuyéndose en un ámbito de competencia estatal. En efecto, esta sección faculta al Congreso para dictar normas que aseguren el cumplimiento de las disposiciones de la XIV Enmienda, pero no para regular sustantivamente esas cuestiones. Contrariamente, la Religious Freedom Restoration Act se proyectaba también sobre el nivel estatal, estableciendo qué actuaciones estatales serían inconstitucionales por afectar el derecho de libertad religiosa.

En todo caso, la sentencia *Flores* fue un tanto ambigua en lo que se refiere a la extensión de la inconstitucionalidad de la ley, discutiéndose si la declaración de afectaría a toda la norma o únicamente a su aplicación a los estados federados, aspecto este último que, por lo demás, quedaba fuera de toda duda. En consecuencia, y como reacción a esta sentencia, varios estados federados empezaron a aprobar sus respectivas normas de protección de la libertad reli-

EXCEPCIÓN. – El Gobierno podrá limitar sustancialmente el ejercicio de la religión de una persona sólo si consigue demostrar que la aplicación de la limitación a esa persona (1) está en justificada por un interés preponderante y (2) que constituye el medio menos lesivo de lograr ese interés preponderante. AMPARO JUDICIAL. – Una persona cuyo ejercicio de la religión haya sido limitado en violación de lo dispuesto en este artículo puede alegar tal violación como una demanda o defensa en un procedimiento judicial y obtener el amparo adecuado frente al Gobierno.”

¹⁷ Vid. D. Laycock, O. S. Thomas, “Interpreting the Religious Freedom Restoration Act” en *Texas Law Review*, (2004), p. 210.

¹⁸ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

¹⁹ Así, por ejemplo, atendiendo a esta jurisprudencia se puede llegar a la conclusión de que por interés preponderante no puede entenderse cualquier tipo de interés estatal sino aquellos del más alto orden. En la sentencia *Sherbert* se apunta que “[o]nly the gravest abuses, endangering paramount interests, give occasion for permissible limitation” [374 U.S. 398, 407]

Vid., sobre este aspecto D. Laycock, O. S. Thomas, “Interpreting the Religious Freedom Restoration Act”, cit., pp. 222 y ss.

²⁰ *City of Boerne v. Flores, Archbishop of San Antonio*, 521 US 507 (1997).

giosa²¹. Y además, a nivel federal se aprobó en el año 2000 la Religious Land Use and Institutionalized Person Act²², que se orientaba a aplicar la doctrina Sherbert en dos ámbitos concretos: uso del suelo con fines religiosos y respecto del libre ejercicio de la religión de personas confinadas en centros o instituciones como prisiones u hospitales²³.

En fin, la vigencia de la Ley de Restauración Religiosa en el ámbito federal ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en la sentencia *Gonzales v. O Centro Espirita*, –que posteriormente analizaremos, también, en detalle– viniendo, de esta forma, a consagrar normativamente la aplicación de un criterio estricto de proporcionalidad para valorar cualquier limitación al ejercicio del derecho de libertad religiosa, incluso las que provengan de la aplicación de leyes de propósito secular.

3. LAS RESPUESTAS DEL TRIBUNAL SUPREMO USA

3.1 LA SENTENCIA EMPLOYMENT DIVISION OF OREGON V. SMITH

3.1.1 Antecedentes de hecho

Un primer caso relacionado con el consumo de sustancias alucinógenas en el marco del derecho de libertad religiosa fue resuelto por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la sentencia *Employment Division of Oregon v. Smith*²⁴. Fue precisamente esta decisión la que motivó que el

²¹Hasta este momento han sido trece estados los que han aprobado su legislación de protección de la libertad religiosa, en ocasiones aprobando sus respectivas *Religious Freedom Restoration Act*, y en otros casos por vía de Enmiendas a la Constitución del Estado.

Dentro del primer grupo cabe hacer referencia a los casos de Florida, (*Florida Religious Freedom Restoration Act*, Fla. Stat. § 761.01 (1998)); Idaho (*Idaho Religious Freedom Restoration Act*, Id. Stat. § 73-4 (1999)), Illinois, (*Illinois Religious Freedom Restoration Act*, Ill. Comp. Stat. § 36 (1998)), Missouri, (*Missouri Religious Freedom Protection Act*, SB 12, (2003)) New Mexico, (*New Mexico Religious Freedom Restoration Act*, N.M.S.A. § 28-22 (2000)) Oklahoma, (51 Okl. St. Ann. § 51) Pennsylvania, (SB 1421, (2002)) Rhode Island, (R.I. Gen. Laws, § 42-80 (1993)) South Carolina (So. Ca. St. § 1-32 (1999)) y Texas (Tex. Civ. Prac. & Rem. Code § 110 (2000)) Dentro del segundo se cuentan: Alabama (Ala. CONST. Amend. N° 622 (1998)), Arizona (Ariz. Rev. Stat. § 41-1492 (1998)) y Connecticut (Conn. Gen. State § 52-571b (1993))

²²Pub.L. 106-274, 42 U.S.C. § 2000cc-1 et seq.

²³Es interesante destacar que el propio Tribunal Supremo confirmó la constitucionalidad de esta norma en lo que se refiere al ejercicio del derecho de libertad religiosa por internos en establecimientos penitenciarios a través de la sentencia *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005)

Sobre el contenido de esta norma puede verse un estudio en J. I. Rubio López, “La nueva protección de la libertad religiosa en Estados Unidos: la “Religious Land Use and Institutionalized Persons Act” (RLUIPA) del 2000”, en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n° 10 (2006) en <http://www.iustel.com>

²⁴*Employment Division of Oregon v. Smith*, 494 US 872 (1990).

Un primer comentario a esta sentencia puede verse en I. C. Ibán, “Comentario a la sentencia de la Federal Supreme Court de los Estados Unidos de América, n° 88-1213, de 17 de abril de 1990, en

Congreso de los Estados Unidos se decidiera a aprobar la Ley de Restauración de Libertad Religiosa, para combatir el criterio contenido en esta sentencia –neutrality standart–, en cuya virtud el derecho de libertad religiosa puede limitarse por leyes neutrales sin necesidad de que el Estado defienda un interés preponderante en su aplicación y sin escoger el medio menos intrusivo para el ejercicio del derecho.

Dado que el propio Tribunal Supremo ha confirmado la constitucionalidad de la Religious Freedom Restoration Act, el criterio Smith ha quedado definitivamente superado. Sin embargo una visión global de la posición de la jurisprudencia norteamericana sobre el objeto de este estudio exige hacer una referencia al contenido de este pronunciamiento.

Las circunstancias del caso fueron las siguientes: dos indios americanos fueron despedidos de sus puestos de trabajo, en un centro de rehabilitación de toxicómanos, por consumir, por motivos religiosos, una sustancia alucinógena –el peyote– en las ceremonias del grupo religioso al que pertenecían, la Native American Church.

El consumo de tal sustancia, calificada como droga en el Estado de Oregón, estaba penalizada en la legislación estatal²⁵, lo que determinó que los recurrentes vieran denegadas sus solicitudes de subsidio de desempleo, por considerarse el despido, en ambos casos, como procedente. Sin embargo, los indios consideraron que tal prohibición vulneraba su derecho de libertad religiosa, contenido en la Primera Enmienda, por entender que el libre ejercicio de la religión se restringe también con el requerimiento al individuo de observar una ley generalmente aplicable –de propósito secular– que prohíbe la realización de un determinado acto que sus creencias religiosas exigen. Cuando el asunto llegó al Tribunal Supremo de Oregón²⁶, éste dio la razón a los recurrentes con base en la doctrina Sherbert, por entender –sin entrar a valorar la legalidad del uso del peyote– que la denegación del subsidio de desempleo se justificaba únicamente por motivos financieros que no resultaban preponderantes para limitar constitucionalmente el ejercicio del derecho de libertad religiosa.

el caso Employment Division, Department of Human Resources of Oregon, et al., *Petitioners v. Alfred L. Smith et al.*”, en *Cuadernos de política criminal* 183 (1991), pp.183-196. También puede verse una exposición detallada de su contenido en J. I. Rubio López, *La primera de las libertades: la libertad religiosa en los Estados Unidos durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión*, Ed. Eunsa, Pamplona, (2006), pp. 273-282.

²⁵La legislación estatal prohibía la tenencia consciente o intencionada de una sustancia controlada, salvo que responderán a una prescripción médica. Por tales sustancias se entendían aquellas contempladas en la Ley Federal de Sustancias Controladas en las categorías I a V. (21 U.S.C. § 801 et seq. (2000 ed. and Supp. I)), Precisamente, el peyote se encontraba recogido en la primera categoría.

Vid Ore. Rev. Stat. 475.992(4) (1987).

²⁶Smith v. Employment Division Dpt, 301 Ore. 209, 217-219, 721 P.2d 445 (1986).

Esta decisión fue recurrida ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, quien reenvió el caso ante el Tribunal Supremo de Oregón para que valorara si el uso religioso del peyote resultaba legal en su estado²⁷. La Corte Suprema estatal resolvió que el empleo de tal sustancia debía considerarse ilegal, sin que pudiera contemplarse excepción alguna por motivos religiosos²⁸. Así las cosas, el asunto volvió de nuevo al Tribunal Supremo Federal quien denegó la pretensión de los recurrentes con base en las siguientes argumentaciones jurídicas.

3.1.2 La fundamentación jurídica de la sentencia

Frente al planteamiento de los recurrentes, el Tribunal afirma que lo que se pretende es simplemente que se declare que cuando una conducta prohibida esté basada en convicciones religiosas, no sólo las convicciones sino también la conducta misma deben quedar al margen de la acción de gobierno. Sin embargo, los recurrentes argumentaron que a pesar de que una exención general de las leyes penales no tiene que extenderse necesariamente a quienes desempeñan la conducta prevista por motivos religiosos²⁹, por lo menos la reclamación de una exención religiosa debe ser evaluada bajo el criterio fijado por el Tribunal Supremo en la sentencia *Sherbert v. Verner*.

Sin embargo, esta argumentación no fue aceptada por el Tribunal Supremo quien sentenció que la doctrina del *balancing test* contenida en *Sherbert* no puede ser de general aplicación a todos los casos de conflicto entre la libertad religiosa y las normas estatales, de suerte que el derecho al libre ejercicio de la religión no puede excepcionar el acatamiento de normas válidas y neutrales. Sostiene el Tribunal que el citado test fue desarrollado en un contexto —el de las compensaciones por desempleo— que no resulta aplicable a una prohibición penal de carácter general relativa a una determinada conducta, en este caso, el consumo de peyote. Sostener lo contrario llevaría a reconocer un extraordinario derecho a ignorar, con base en el ejercicio de las creencias religiosas, leyes de general aplicación que no estuvieran respaldadas por “intereses preponderantes del Estado”. Por tanto, sostiene el Tribunal, que a pesar de ser constitucionalmente posible la exención del uso sacramental del peyote del ámbito de las leyes antidroga, no constituye una exigencia constitucional.

²⁷ *Employment Division of Oregon v. Smith*, 485 US 660 (1988)

²⁸ *Employment Division of Oregon v. Smith*, 307 Ore. 68, 763 P.2d 146 (1988)

²⁹ Los recurrentes afirmaron que su motivación religiosa en el uso del peyote debía emplazarles fuera del ámbito de aplicación de una Ley penal que no se dirige específicamente hacia sus prácticas religiosas y que resulta plenamente constitucional en su aplicación a quienes emplean la droga por otros motivos.

Partiendo de esta idea la Corte Suprema consideró que el Estado no tiene que invocar un interés preponderante para aprobar normas que indirectamente restrinjan la libertad religiosa de los individuos, ya que tales restricciones no serían más que una ineludible consecuencia del sistema democrático.

En definitiva, dado que el consumo de peyote resulta prohibido bajo las leyes de Oregón, y dado que tal prohibición resulta constitucional en el marco de la Free Exercise Clause, se puede denegar a los recurrentes el subsidio de desempleo cuando el despido sea el resultado del uso de drogas, sin que por ello se produzca una restricción inadmisibles de su derecho de libertad religiosa.

A día de hoy –tras la superación definitiva de Smith– los aspectos más relevantes de esta decisión se encuentran en los votos particulares que formulan varios magistrados, que entienden que la Corte no debía haberse apartado del precedente Sherbert. Sin embargo, entre ellos, hay que distinguir, de un lado, el de la Magistrada O'Connor, que aplicando este criterio jurisprudencial al supuesto analizado llega al mismo resultado que la mayoría de los magistrados: la prohibición del peyote resulta constitucionalmente admisible. Y de otro, los formulados por el resto de magistrados disidentes quienes, aplicando ese mismo criterio Sherbert, llegaron a la conclusión contraria: la inconstitucionalidad de la prohibición del peyote por motivos religiosos.

El voto concurrente de O'Connor, bascula en torno a la percepción de que la prohibición del estado de Oregón del uso del peyote constituye un interés preponderante. Considerando que el consumo de drogas representa uno de los problemas más acuciantes de la sociedad norteamericana, la Magistrada plantea si eximir a los recurrentes del cumplimiento de la legislación penal de Oregón afectaría al interés del estado en combatir el uso de las drogas. A su juicio, la aplicación uniforme de la ley estatal resulta esencial para cumplir los objetivos perseguidos la norma: evitar los daños que acarrea el consumo de aquellas sustancias integradas en la categoría I de la Ley de Sustancias Controladas.

Por lo tanto, dados los efectos perniciosos que semejantes sustancias tienen sobre la salud, al margen de las motivaciones de su uso, su consumo -incluso con propósitos religiosos- viola el objetivo que la norma penal persigue. Por tales motivos –concluye la Magistrada– conceder una exención selectiva a los recurrentes perjudicaría el interés preponderante del estado en prohibir la posesión del peyote por sus ciudadanos, con lo que, en este caso, la cláusula de libre ejercicio no exige que el Estado acomode la conducta de los recurrentes.

En lo que se refiere al voto formulado por los magistrados disidentes, en él se realiza una aplicación más estricta del test de Sherbert, proyectando el interés preponderante del estado sobre el caso concreto. Esto es debido a que,

a juicio de los firmantes, no resulta suficiente identificar este interés en términos generales –como la lucha contra la droga– sino que el Estado debía concretarlo en el supuesto del uso religioso del peyote que solicitan los indios nativos.

El ponente de este voto disidente, el Juez Blackmun, sostuvo que ninguno de los intereses alegados por el estado tenían un carácter tan preponderante como para justificar la restricción del derecho de libertad religiosa en este caso, ya que el consumo del peyote tenía lugar en un contexto controlado –el de las ceremonias religiosas–; tampoco había un riesgo cierto –sino meramente hipotético– de un aumento del tráfico ilegal de esta sustancia, al no tratarse de una droga socialmente extendida y finalmente, su incidencia sobre la salud y seguridad de las personas tenía un carácter reducido en tanto que su consumo estaba limitado al ámbito ceremonial de un grupo que defendía valores como el autocontrol, la responsabilidad familiar y la abstinencia del alcohol. Por todo ello, concluye la disidencia, se debía haber acomodado la práctica religiosa de los recurrentes en el marco de la legislación antidroga.

3.2 LA SENTENCIA GONZALES V. O CENTRO ESPIRITA

3.2.1 Los antecedentes de hecho

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha venido a resolver a través de esta decisión³⁰ un conflicto suscitado por *O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal* –un grupo espiritista cristiano establecido en Brasil con una pequeña rama americana que engloba aproximadamente 130 individuos– que reclamaba su derecho a ingerir en sus ritos religiosos un té –hoasca– que contiene una sustancia alucinógena calificada como droga por la legislación federal norteamericana: *Controlled Substances Act*³¹.

Uno de los elementos centrales de la práctica religiosa de este grupo se centra en la comunión con *hoasca*, un té sacramental hecho a partir de dos plantas de la región Amazónica. Una de esas plantas –*psychotria viridis*– contiene dimethyltryptamine (DMT), un alucinógeno que se engloba dentro la categoría primera de la Ley federal de Sustancias Controladas, cuyos efectos son potenciados por los alcaloides de la otra planta empleada –*banisteriopsis caapi*–.

³⁰ Puede verse un comentario a esta sentencia en J. I. Rubio López, “La última aplicación de la doctrina norteamericana del “strict scrutiny” en el derecho de libertad religiosa: “Gonzales v. O Centro Espirita”, en *Ius Canonicum*, n° 92, (2006), pp. 581-622. También puede verse S. Cañameres Arribas, “La protección de las minorías religiosas en el Derecho norteamericano”, *Revista de Derecho Político*, n° 68 (2007), pp. 183-210.

³¹ 21 U.S.C. § 801 et seq. (2000 ed. and Supp. I).

La citada norma federal regula la importación, fabricación y distribución de sustancias psicotrópicas, clasificándolas en cinco categorías basadas en su potencial peligrosidad, sus posibilidades de aplicación terapéutica y su seguridad. Las sustancias pertenecientes a la primera categoría están sujetas a las restricciones más exhaustivas, incluyendo una prohibición total de importación y uso, salvo en lo que se refiere a su aplicación en proyectos de investigación. La norma contempla, además, la posible condena penal de aquellos que se encuentren en posesión de cualquiera de tales sustancias.

Así las cosas, en el año 1999, los inspectores de Aduanas de los Estados Unidos confiscaron un cargamento de tres barriles de *hoasca* dirigido a este grupo religioso y le amenazaron con procesarle, toda vez que una investigación posterior demostró que, con anterioridad, ya habían recibido 14 cargamentos de esta sustancia. Ante esta situación el grupo solicitó una declaración por parte de los tribunales, de que la aplicación de la citada Ley federal al uso sacramental del *hoasca* violaba la *Religious Freedom Restoration Act*. Esta norma, como hemos apuntado, prohíbe al Gobierno Federal limitar sustancialmente el ejercicio del derecho de libertad religiosa de una persona, a menos que consiga demostrar que tal limitación constituye el medio menos restrictivo para conseguir un interés preponderante del Estado.

Antes de comenzar el juicio solicitaron al juzgado una autorización provisional (*preliminary injunction*) para poder seguir realizando sus ritos religiosos hasta la resolución del proceso, esto es, para poder mantener la importación del *hoasca* al margen de la *Controlled Substances Act*. En el antejuicio el propio Gobierno reconoció que la aplicación de la norma federal podría limitar sustancialmente el sincero ejercicio de las creencias religiosas del grupo³², si bien argumentó que tal limitación no violaba la *Religious Freedom Restoration Act*, porque la aplicación uniforme de la norma antidroga –sin excepciones por cualesquiera motivos, entre ellos los religiosos– constituía el medio menos restrictivo para alcanzar tres intereses preponderantes, a saber: la protección de la salud y la seguridad de los miembros de la *União do Vegetal*, la prevención de la distribución de *hoasca* desde la iglesia para usos no religiosos y, el respeto a la Convención de Naciones Unidas sobre sustancias psicotrópicas de 1971, un tratado al que se adhirieron los Estados Unidos y que fue impulsado, a nivel interno, por la Ley de Sustancias controladas.

La Corte de Distrito concluyó que el Gobierno no había conseguido demostrar la existencia de un interés preponderante que justificara lo que él entendía como una limitación sustancial en el ejercicio sincero de las creencias religiosas de la *Uniao do Vegetal*. Así, concedió el *preliminary injunction*

³² Vid. *O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal v. Ashcroft*, 282 F.Supp.2d 1236, 1252 (D.N.M.2002).

admitiendo que el grupo siguiera con sus prácticas religiosas, aunque condicionado a la observancia de dos requisitos por parte de las autoridades religiosas: de un lado, llevar a cabo un estricto control sobre el té y, de otro, la obligación de advertir a los miembros más vulnerables del grupo de los efectos perniciosos del té. De esta manera, se prohibió al Gobierno aplicar a los solicitantes la Ley de Sustancias Controladas en lo que se refiere a la importación y uso del hoasca.

El Gobierno recurrió la decisión, que fue confirmada por la Corte de Apelación³³, y finalmente, –dejando al margen mayores desarrollos procesales– el asunto llegó al Tribunal Supremo Federal que resolvió otorgando la razón al grupo religioso por entender que el Gobierno no había conseguido demostrar un interés preponderante que justificara la restricción del derecho de libertad religiosa del grupo. Veamos, a continuación, la fundamentación jurídica de la sentencia.

3.2.2 El fundamento jurídico del fallo

Ante el Tribunal Supremo el principal argumento del Gobierno en contra de la autorización provisional a la *União do Vegetal* para la importación y uso del *hoasca*, se encontraba en que la limitación del derecho de libertad religiosa de los miembros del grupo responde a un interés preponderante del Estado en la aplicación uniforme de la *Controlled Substances Act*. Ese interés se concreta en que cualquier excepción a la prohibición del uso de sustancias alucinógenas para acomodar las prácticas religiosas del grupo, estaría viciando la operatividad de la norma, ya que transmitiría a los ciudadanos el mensaje de que la sustancia prohibida no es, en el fondo, tan peligrosa como la ley parece sugerir.

Frente a este planteamiento el Tribunal Supremo entendió que los argumentos abstractos del Gobierno no se habían ajustado a las exigencias del test estricto de constitucionalidad –strict scrutiny– contenido en la *Religious Freedom Restoration Act*, que exige una fundamentación detallada de los intereses estatales en conflicto en cada concreto caso. Por esta razón vino a confirmar la autorización provisional recurrida.

En efecto, el Tribunal Supremo argumentó que la *Religious Freedom Restoration Act* requiere que el Gobierno demuestre que la aplicación de la norma a la persona concreta del recurrente, cuyo ejercicio sincero de la religión está siendo sustancialmente limitado, satisface un interés preponderante. Más en concreto, apunta que la mera invocación de la peligrosidad de las sustancias contempladas en la categoría I de la Ley de Sustancias Controladas

³³ *O Centro Espirita Beneficiente Uniao do Vegetal v. Ashcroft*, 342 F.3d 1170 (2003).

—entre las que se encuentra el DMT, contenido en el té sacramental— no es suficiente para demostrar la existencia de un interés preponderante en su aplicación al grupo religioso. De hecho la ley en sí misma contempla la posibilidad de excepciones a su aplicación que sean conformes con la salud pública y la seguridad, lo cual indica que lo dispuesto por el Congreso respecto a la categoría I no puede ostentar, a los efectos de la *Religious Freedom Restoration Act*, el peso determinante que el Gobierno pretende adjudicarle.

La muestra más evidente se encuentra, como señala la sentencia, —y aquí está la clave del caso— en que durante los 35 últimos años ha habido excepciones normativas a favor del uso de peyote —sustancia adscrita a la Categoría I— en beneficio de los ritos religiosos de la *Native American Church*. Y además, esa misma excepción se extendió en 1994 a los miembros de todas las tribus indias³⁴.

Por lo tanto, si este uso está permitido en favor de los cientos de miles de miembros de un grupo religioso para la práctica de sus creencias religiosas, resulta complicado no aplicar el mismo criterio a los aproximadamente 130 seguidores de la *União do Vegetal* que quieren también practicar sus creencias religiosas consumiendo una sustancia igualmente censada en la primera categoría de la referida norma.

Sin embargo el Gobierno se opuso a este razonamiento por entender que hay una diferencia importante entre ambos supuestos que justifica la excepción de la ley a favor de las tribus indias: la existencia de una relación excepcional entre los Estados Unidos y esas tribus. Sin embargo el Gobierno no llegó a explicar, de una forma concluyente, en qué medida el carácter excepcional de tal relación podría, de un lado, hacerles inmunes a los riesgos para la salud que acompañan al uso de las sustancias de la Categoría I, y, de otro, conjurar cualquier peligro de utilización de la sustancia fuera de los usos religiosos.

Por lo demás, a juicio del Tribunal Supremo, esta excepción del peyote debilita la postura del Ejecutivo según la cual la operatividad de la Ley de Sustancias Controladas constituye un interés preponderante, que sólo se alcanza a través de la aplicación uniforme y sin excepciones de su contenido. En otros supuestos —afirma el Tribunal— la uniformidad en la aplicación de las leyes podría conducir a excluir el reconocimiento de excepciones a leyes generales bajo la *Religious Freedom Restoration Act*, pero, desde luego, no es éste el caso, dado que la excepción del peyote goza de una amplia vigencia.

³⁴En efecto, el US Code, dispone que (1) Al margen de cualquier otra disposición legal, el uso, posesión o transporte de peyote por un Indio de buena fe con propósitos ceremoniales tradicionales en conexión con las prácticas de una religión india tradicional es legal, y no debe ser prohibido por los Estados Unidos ni por cualquier estado. Ningún indio será penalizado o discriminado con ocasión de tal uso, posesión o transporte, incluyendo, aunque no sólo, la denegación de cualesquiera beneficios aplicables bajo los programas de asistencia pública. (42 U.S.C.A. § 1996a).

Por lo demás, el Tribunal se detiene en la alegación del Gobierno de que la prohibición del *hoasca* estaría justificada por el interés preponderante del Estado de acatar las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre sustancias psicotrópicas de 1971. Este Instrumento, –ratificado por los Estados Unidos e impulsado por la Ley de Sustancias Controladas³⁵– hace un llamamiento a los países firmantes para prohibir el uso de alucinógenos, incluyendo el DMT. El Ejecutivo afirma que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un Tratado internacional reviste el carácter de interés preponderante.

Sin embargo, a juicio del Tribunal Supremo, el hecho de que el *hoasca* esté integrado en el ámbito convencional, no significa que el Gobierno haya demostrado un interés preponderante en aplicar la *Controlled Substances Act* al uso sacramental del té que lleva a cabo el grupo religioso. Basta con observar –continúa la sentencia– que el Gobierno no ha presentado pruebas acerca de las consecuencias internacionales que tendría la concesión de una excepción a los miembros de la *Uniao do Vegetal*, sino que se ha limitado a presentar dos declaraciones de funcionarios del Departamento de Estado atestiguan-do la importancia de acatar las obligaciones internacionales y de mantener el liderazgo de los Estados Unidos en la lucha internacional contra la droga. Al margen de la importancia de este interés, su simple invocación no es suficiente para demostrar su carácter preponderante en el marco de la Ley de restauración religiosa, sobre todo teniendo en cuenta la excepción del peyote contemplada en la legislación interna norteamericana a pesar de que esta sustancia también está contemplada en el citado Convenio de Viena, por contener mescalina.

Aplicando, por tanto, esta última norma la Corte concluye que los tribunales inferiores acertaron al señalar que el Gobierno no consiguió demostrar un interés prevalente del Estado al prohibir el uso sacramental del *hoasca* por parte de la *União do Vegetal*, concediendo el *preliminary injunction* a los reclamantes.

4. LA RESPUESTA NEGATIVA DE LA AUDIENCIA NACIONAL EN ESPAÑA: LA SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2008

³⁵ En la exposición de motivos de la norma se hace referencia a que su principal objetivo se encuentra en permitir a los Estados Unidos cumplir las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 y del Convenio de Viena de 1971 sobre Sustancias Psicotrópicas, ambas aprobadas en el seno de la Organización de las Naciones Unidas. De hecho la Ley de sustancias controladas guarda un claro paralelismo con las convenciones, ya que se estructura las sustancias controladas en una serie de categorías cuya concreta elaboración se remite a las autoridades sanitarias –Secretary of Health and Human Services-. En similares términos ambos Tratados identifican a la autoridad sanitaria con la Organización Mundial de la Salud.

4.1 ANTECEDENTES DE HECHO

La Iglesia del Santo Deime en España –inscrita en el Registro de Entidades Religiosas– solicitó autorización en noviembre de 2005 a la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios para la importación, tenencia, uso confesional no comercial y restringido de la sustancia denominada ayahuasca, un té sacramental extraído de la decocción de las especies vegetales “*Banisteropsis Caapi*” y “*Psychotria viridis*”. La Agencia, a través de un informe de julio de 2006, manifestó lo siguiente:

“La especie vegetal *banisteropsis caapi*, se encuentra en la lista de plantas cuya comercialización está restringida o prohibida por razón de su toxicidad, según establece la Orden SCO/190/2004³⁶.

- Los síntomas de intoxicación que produce dicha planta son: sudoración, palidez, sudoración profusa, salivación, dilatación pupilar y nauseas. Existen casos de intoxicación mortal.

- Las plantas del género *psychotria*, tiene como principio activo un alcaloide isoquinolínico tóxico para el hombre, induciendo cardiotoxicidad (arritmias), hipertensión, debilidad pulmonar y trastornos gatrointestinales, dándose además, el peligro derivado de su lenta eliminación por orina, que puede llegar a los 60 días, con lo que existe riesgo de acumulación del principio activo en el organismo.

- En ambos casos se trata de plantas tóxicas, motivo por el cual no se autorizó su exportación.”

Recurrida la decisión ante la Agencia –y ante su presunta desestimación por silencio administrativo– el grupo religioso acudió al Juzgado Central de lo Contencioso solicitando la apuntada autorización.

La entidad religiosa demandante pretendía, alegando la libertad de culto, la administración a sus fieles de una infusión –conocida como Ayahuasca– que se obtiene de la cocción del tallo de la planta denominada *banisteropsis caapi* y de la planta *psychotria viridis*, de acuerdo sus propios usos litúrgicos, por entender que tal rito reviste un carácter sacramental.

El Juzgado Central, tras examinar de forma minuciosa los diferentes argumentos ofrecidos por la demandante, consideró que no cabía otorgar la autorización instada por la Iglesia recurrente puesto que la sustancia, dada su composición, se encuadraba dentro de los estupefacientes y psicótrpos cuya comercialización queda prohibida o restringida con base en lo dispuesto en los artículos 41 y 42 de la Ley 28/1990, del Medicamento y en su desarrollo operado por la Orden Ministerial 190/2004, de 28 de enero, del Ministerio de Sanidad y Consumo.

³⁶ Vid. BOE de 6 de febrero de 2004.

A juicio del juzgador “a quo”, el hecho de que, como manifestó la confesión religiosa, tales efectos alucinógenos se produzcan en pequeña medida y cuando se ingiere a grandes dosis, no justifica la autorización pretendida.

Frente a esta decisión la Iglesia del Santo Daime, presentó recurso ante la Audiencia Nacional por entender que el Juzgado Central no había realizado una correcta interpretación de los hechos y de la legislación aplicable, ya que la Orden 190/2004, de 28 de enero³⁷, sólo refiere la prohibición o restricción de comercialización a la raíz de la planta, de modo que si lo que se pretende es un preparado a base de otra parte de la planta, –en este caso el tallo– resulta claro que el supuesto de hecho no está contemplado en la norma, por lo que su utilización debía haberse autorizado. Además, el grupo religioso argumentaba que con esta sustancia no se pretende su comercialización –que es lo que resulta prohibido por la Orden– sino el uso sacramental o litúrgico de una parte de la planta –el tallo– que, a la luz de la normativa vigente, no parece tener la toxicidad que se pretende combatir.

A pesar de estas argumentaciones la Audiencia Nacional confirmó el fallo del Tribunal de Instancia, con base en las siguientes argumentaciones jurídicas.

4.2 EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL FALLO

Entiende la Audiencia que nos encontramos en presencia de una sustancia psicotrópica sujeta a intervención, como se deduce del Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas, de 21 de febrero de 1971³⁸. La ayahuasca contiene DMT, por lo que se encuentra incluida en la Lista I del Anexo del citado Convenio de 1971. De hecho este Convenio, en su artículo 7 prohíbe el uso e importación, salvo con fines científicos y médicos, y previa autorización y fiscalización por parte del Estado, de las sustancias incluidas en la Lista I del Anexo.

Por otra parte, la citada Orden Ministerial contempla la Ayahuasca como sustancia prohibida para la venta al público, así como sus preparados, por razón de su toxicidad, y su uso y comercialización se restringe a la elaboración de especialidades farmacéuticas, fórmulas magistrales, preparados oficinales, cepas homeopáticas y a la investigación.

Bajo estos parámetros de legalidad, aun cuando la confesión religiosa afirma que la toxicidad de la planta se circunscribe a la raíz, y que la autoriza-

³⁷ La citada Orden Ministerial se dictó en desarrollo de lo previsto en el artículo 42.2 de la Ley 25/1990, del Medicamento, de 20 de diciembre. En la actualidad esta norma ha sido derogada por la nueva Ley 29/2006, de 26 de julio del Medicamento. En todo caso, se recoge la misma previsión de lista de plantas de comercialización restringida o prohibida por su toxicidad en el artículo 51.2, y la citada Orden ha mantenido su vigencia.

³⁸ Este Convenio fue ratificado por España por medio de Instrumento de 2 de febrero de 1973. Vid. BOE de 10 de septiembre de 1976.

ción se limitaba al uso del tallo, entiende la Audiencia que no cabe hacer la interpretación que postula la apelante, al objeto de convertir el uso del tallo de la *Banisteriopsis caapi* en inocuo a los fines pretendidos y exento del régimen de psicótropicos.

A juicio del Tribunal, el preparado o mezcla que se pretende contiene DMT, sustancia psicotrópica incluida en el Convenio de 1971 y no puede deslindarse la toxicidad de la planta haciendo una distinción entre raíz y tallo, dado que al tratarse de una liana toda ella es raíz, de ahí que aparezca así referenciado en la Orden Ministerial.

En lo que se refiere al ejercicio del derecho de libertad religiosa, la apelante sostiene que la prohibición vulnera el contenido de la Ley Orgánica 7/1980, en cuyo artículo segundo se garantiza el derecho de toda persona a realizar, con inmunidad de coacción, aquellos actos de culto que sean conformes a sus propias creencias. A juicio de la Audiencia la prohibición no vulnera el derecho de libertad religiosa, por dos razones: de un lado, porque permitir su importación y utilización sería contrario al orden público español, toda vez que los Convenios Internacionales también forman parte del ordenamiento jurídico, una vez publicados en el Boletín Oficial del Estado. En este sentido se apunta que el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no puede desconocer el marco legal en el que se han de desarrollar. Y por otro lado, porque las sustancias cuya utilización se pretende afectan a la salud pública, de suerte que nos encontramos ante una limitación admisible en el ejercicio del derecho de libertad religiosa, todo ello a pesar de su baja toxicidad en cantidades pequeñas como las destinadas al culto.

En consecuencia, la Audiencia desestimó el recurso presentado por la Iglesia del Santo Daime que trae causa de la decisión de las autoridades españolas de no permitir la importación y uso de la ayahuasca.

5. VALORACIÓN CRÍTICA

5.1. DE LA RESPUESTA NORTEAMERICANA

Como ya indicamos anteriormente, la doctrina contenida en la sentencia Smith ha quedado superada a consecuencia de la aprobación de la Ley de Restauración religiosa, cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el propio Tribunal Supremo en la sentencia O Centro Espirita. Sin embargo, en nuestro caso aquel pronunciamiento sigue manteniendo su interés en sus votos particulares, ya que en ellos se aplica el criterio de proporcionalidad consagrado en la norma federal, aunque con resultados distintos.

Quizá el punto más débil del voto concurrente de la Magistrada O'Connor, se encuentre en su escasa argumentación, donde se limita a apun-

tar –en términos generales- que el interés del estado de Oregón en combatir la drogadicción justifica la restricción del derecho de libertad religiosa de los recurrentes, dejando de prestar la debida atención al hecho de que otros veintitrés estados hayan contemplado excepciones a la legislación penal antidroga. Parece, a nuestro juicio, un poco arriesgado sostener que el estado de Oregón tiene un celo mayor en combatir la lacra de la drogadicción en comparación con otros estados. Por otro lado, llama la atención, dentro de la escasa fundamentación apuntada, cómo la magistrada no llega a concretar cuáles han sido las consecuencias indeseables que se han producido en otros estados a causa de la excepción al consumo de peyote por motivos religiosos que contemplan en sus respectivas normativas.

En el fondo, la escasa argumentación de su voto concurrente contrasta con la contenida en el voto disidente de la sentencia, donde se vincula ese interés general con el caso concreto de los indios americanos, llevando a cabo una valoración más estricta del *compelling state interest*. De hecho, la debilidad del voto concurrente de O'Connor queda puesta de relieve a raíz de que el Tribunal Supremo aplicando el mismo criterio Sherbert para solucionar el conflicto del hoasca en O Centro Espirita llega a la misma conclusión que los magistrados disidentes en Smith.

No cabe duda que la postura del Tribunal Supremo norteamericano en O Centro Espirita está condicionada, como no puede ser de otro modo, por las excepciones normativas que para el uso del peyote se extendieron hace más de una década a todos los miembros de las tribus indígenas³⁹. En este sentido si se contempló una excepción al uso de sustancias integradas dentro de la Categoría I de la Ley de Sustancias Controladas a favor de un grupo religioso, es difícil no extender esa misma excepción a otras comunidades cuando se encuentren en una posición equiparable, so pena de incurrir en una vulneración del derecho a la igualdad.

Con base en la Religious Freedom Restoration Act, el Tribunal Supremo permitió el consumo de *hoasca* con fines religiosos, ya que a su juicio el Gobierno no había conseguido demostrar un interés preponderante en la aplicación de la legislación antidroga. En efecto, frente a la alegación del Gobierno de que la observancia de un tratado internacional, del que trae causa

³⁹Sobre este punto puede verse R. Palomino Lozano, *Religión y Derecho comparado*, Ed. Iustel, (2007), pp. 219-222, que se detiene en la sentencia *United States v. Kuch*, [288 F.Supp. 439 (D. Columbia 1968)] del Tribunal de Distrito de Washington DC, que aborda, por primera vez, la cuestión del uso de drogas por motivos religiosos por parte de un grupo religioso un tanto *sui generis*. El autor señala que si el tribunal no admitió el uso de las sustancias fue por cuestionar el carácter religiosa de las creencias, indicando que si, en cambio, lo hubiera denegado con base en los límites del derecho de libertad religiosa, “se hubiera enfrentado a un hipotético agravio comparativo con la permisión legal del peyote en el caso de la Native American Church”.

la ley de sustancias controladas, constituye un interés de esa categoría, la Corte Suprema entendió que el Ejecutivo debía proyectarlo sobre el caso concreto y no argumentarlo en términos generales –lucha contra la drogadicción–, siguiendo, en este punto, la posición apuntada por el Juez Blackmun en su voto particular (dissenting) en Smith. Este Magistrado entendió que el interés preponderante del Estado debía considerarse en el contexto del conflicto que se trataba de dilucidar, ya que de otra manera el interés general de luchar contra la droga nunca podría competir con el interés individual de satisfacer una creencia religiosa. Por ello entendía, en la sentencia Smith, que el interés preponderante debía concretarse en relación al uso religioso del peyote.

Más en concreto, el Supremo en *O Centro Espirita* entendió que el Gobierno no había conseguido demostrar un interés preponderante en aplicar la Ley de Sustancias Controladas –y por ende el Convenio de Viena de 1971– al uso religioso del DMT por parte del grupo O Centro Espirita, ya que por las condiciones especiales en que se produciría el consumo religioso no se vería afectado el objetivo del propio texto ni la operatividad de la norma interna. En definitiva, como apuntaba Blackmun en su voto disidente antes referido, el consumo en estos casos tiene lugar en un contexto ritual y controlado que nada tiene que ver con el consumo irresponsable. Por eso entendió, en aquel caso, que la finalidad de quienes consumían peyote por razones religiosas resultaba conforme con la ley antidroga puesto que además de limitarlo a sus actos culturales, el grupo religioso defendía el autocontrol, la responsabilidad familiar y la abstinencia del alcohol, produciendo, por tanto, efectos beneficiosos sobre la salud de los indios nativos.

Al margen de esta aportación del Juez Blackmun, es cierto que tanto el Tratado Internacional como la legislación interna de desarrollo se orientan a conjurar el consumo arbitrario de estas sustancias y sus fatídicas consecuencias en el conjunto de la sociedad. No parece que un consumo restringido con fines religiosos haya hecho perder a dicha normativa sus posibilidades de aplicación práctica y la consecución de sus objetivos que, a tenor de su Preámbulo⁴⁰, se centran en la protección de la salud física y moral combatiendo el uso indebido de determinadas sustancias, y de su limitación a fines lícitos.

⁴⁰ El Preámbulo del Convenio de Viena de 1971, donde se da cuenta de los objetivos del Instrumento, hace referencia, en la parte que más nos interesa, a lo siguiente:

“Las Partes,

Preocupadas por la salud física y moral de la humanidad.

Advirtiendo con inquietud los problemas sanitarios y sociales que origina el uso indebido de ciertas sustancias psicotrópicas.

Decididas a prevenir y combatir el uso indebido de tales sustancias y el tráfico ilícito a que da lugar.

Considerando que es necesario tomar medidas rigurosas para restringir el uso de tales sustancias

tos. De hecho, por la vía de la experiencia norteamericana, fácilmente podía llegarse a la conclusión de que la excepción del peyote a favor de su uso religioso no había producido las peligrosas consecuencias que tanto la norma convencional como la legislación interna norteamericana pretendían conjurar. Y además, tampoco se había considerado que las excepciones al uso del peyote violaran las obligaciones convencionales asumidas por los Estados Unidos a través de la firma del Convenio de Viena de 1971.

5.2. DE LA RESPUESTA ESPAÑOLA

Centremos ahora nuestra atención en la valoración crítica del pronunciamiento de nuestra Audiencia Nacional. La propia sentencia establece dos bloques diferenciados para el enjuiciamiento de la cuestión: el análisis, de un lado, de la normativa española en materia de sustancias psicotrópicas, y de otro, del derecho de libertad religiosa.

En lo que se refiere a la primera cuestión, la interpretación que hace la Audiencia Nacional en torno al contenido de la Orden Ministerial de desarrollo de la Ley del Medicamento resulta un tanto discutible. En esta norma se establece una lista de plantas cuya venta al público queda prohibida o restringida por razón de su toxicidad. De hecho, en su exposición de motivos, se hace referencia a que “el auge del comercio y uso de las plantas con fines medicinales que se está produciendo en los últimos años, aconseja el desarrollo de dicha previsión legal con el fin de garantizar un elevado nivel de protección para la salud de los consumidores.”

A la luz de esta afirmación parece bastante claro el objetivo que se persigue con esta Orden Ministerial: controlar la comercialización de plantas tóxicas que se emplean con pretensiones medicinales.

Por otra parte, en lo que se refiere al Anexo de la Orden que contiene la relación de las plantas *—rectius*, de las partes de las plantas— prohibidas, aparece identificada la que este grupo religioso emplea en la elaboración de su brebaje *—Banisteriopsis caapi—*. Sin embargo, en el Anexo se distinguen, dentro de cada una de las plantas que se relacionan, la parte de ellas cuya venta al público queda prohibida en razón de su toxicidad. Así, en algunas la prohibición se refiere a la planta entera, en otras a la raíz, en otras a su fruto, etc. En el caso de la “*Banisteriopsis caapi*”, la prohibición se extiende a la raíz. El viejo aforismo jurídico nos recuerda que donde la ley no distingue no convie-

a fines lícitos.

Reconociendo que el uso de sustancias psicotrópicas para fines médicos y científicos es indispensable y que no debe restringirse, indebidamente su disponibilidad para tales fines.

Estimando que para ser eficaces, las medidas contra el uso indebido de tales sustancias requieren una acción concertada y universal [...]”.

ne distinguir. Pero en este caso, parece que la ley sí que distingue por lo que *a sensu contrario*, no conviene unificar.

La Iglesia del Santo Daime, alega que la parte de la planta que utiliza para la elaboración de su té sacramental se concreta en el tallo. De esta manera el argumento de la Audiencia parece perder fuerza cuando en su fundamentación jurídica entiende que toda la planta es raíz, no habiendo posibilidad de distinguir otras partes, en contra de la distinción que se contempla en la propia Orden Ministerial.

Tampoco se debe pasar por alto que la prohibición se concreta en la venta al público de estas plantas por su toxicidad. Sin embargo, el uso pretendido por el grupo religioso no se refiere a su comercialización pública sino a su empleo dentro de sus ritos religiosos.

Por otro lado, el argumento de la tutela del derecho de libertad religiosa debe ser examinado con detalle. En efecto hay dos argumentos de fuerza, en la fundamentación jurídica de la sentencia, que pueden llevar a rechazar la autorización del ceremonial religioso con ayahuasca. De un lado, la tutela de la salud pública y de otro, el principio de legalidad, que supone el respeto a la ley.

El contenido de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa debe ser interpretado, por razón de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que España es parte. En este sentido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece, en su artículo 9, que las limitaciones al ejercicio del derecho de libertad religiosa tienen que estar previstas por la ley y justificarse en el marco de una sociedad democrática por la tutela de una serie de intereses entre los que se encuentra el orden público y la salud pública, entre otros.

La orden ministerial, en este caso, se orienta a prohibir la venta al público de una parte de la planta –la raíz– por razón de su toxicidad. No parece, por tanto, que con base en esa norma pueda concluirse que la prohibición debe extenderse al tallo y a otros fines distintos de los puramente comerciales.

Ahora bien la prohibición va referida a la comercialización y no al uso religioso. Quizá, por tanto, habría que considerar que la ley no es clara al prohibir en el marco del ejercicio de la libertad religiosa el empleo de esa sustancia. De esta manera se pueden albergar dudas acerca de si el uso que pretende la confesión religiosa recurrente se encuentra prohibido por la Ley.

En lo que se refiere a la salud pública, y como es sabido, su contenido pareció quedar circunscrito en la sentencia *Cha'are Shalom v. Francia*⁴¹, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la salubridad pública. A través de

⁴¹ Sentencia *Asociación de culto israelita Cha'are Shalom Ve Tsedek v. Francia*, de 27 de junio de 2000 (RJA-TEDH 2000/144). Vid. Apartado 84.

Un comentario a esta sentencia puede verse en L. Martín-Retortillo, "Sacrificios rituales de ... Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXV (2009).

esta decisión la Corte vino a resolver un conflicto suscitado por la denegación, por parte de las autoridades francesas, a un grupo religioso judío de la autorización para realizar sacrificios animales para cumplir con sus obligaciones religiosas. El Tribunal concluyó que la negativa de las autoridades francesas a favor de ese grupo no suponía una vulneración de sus derechos fundamentales de igualdad y de libertad religiosa, ya que la necesidad de obtener una autorización para tales prácticas constituye una medida prevista por la ley que persigue un fin legítimo, el de la protección de la salud –entendida como condiciones higiénicas– y del orden público.

Y de la misma manera nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 154/2002, de 18 de julio, ha venido a recordar que la salud pública –conforme al contenido de los textos internacionales que sirven de pauta para la interpretación de nuestras normas– se orienta a la protección de la salud como bien público y no como derecho individual, debiendo ser entendida, consecuentemente, como referencia a los riesgos para la salud en general⁴². De esta forma podría llegarse a la conclusión que la operatividad de este límite no se produciría cuando se deriven riesgos para la propia integridad física o, en su caso, para la vida del titular del derecho de libertad religiosa.

La cuestión, por tanto, está en precisar hasta qué punto el consumo religioso y en círculos reducidos del brebaje religioso puede suponer una amenaza al interés preponderante del Estado en mantener y conservar la salubridad pública. En este sentido, si aplicamos la valoración del Juez Blackmun en *Smith*, podemos llegar a la conclusión de que no es fácil que este interés se vea afectado, en tanto que un consumo ritual y controlado no podría degenerar en un problema de salud pública como consecuencia de la difusión general y descontrolada de la sustancia alucinógena.

Así las cosas, a la luz del marco normativo vigente y de las circunstancias del caso, parece que el pronunciamiento de la Audiencia Nacional se debería haber orientado a permitir el uso de la plata con fines religiosos. En el fondo, el temor al desfile de los horrores⁴³ debería haber dejado paso, al menos en este caso, al libre ejercicio de la religión.

animales, autorización administrativa y libertad religiosa: sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia*, de 27 de Junio de 2000", en *Revista de Administración pública*, n° 161 (2003), pp. 221-238.

Una referencia más breve a su contenido puede verse en J. Martínez-Torrón, "Límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Revista General de Derecho canónico y eclesialístico del Estado*, n° 2 (2003) en <http://www.iustel.com>

⁴² Vid. Fundamento jurídico decimotercero. (BOE de 7 de agosto de 2002).

⁴³ La referencia al "desfile de los horrores" se encuentra en el voto particular de la Juez O'Connor en la sentencia *Smith*, donde se reprochaba la posición del Juez ponente Scalia frente al posible desmoronamiento social que podría acompañar a la excepción de leyes de general aplicación por motivos de conciencia. Vid. *Smith*, 494 US 872, at 902.

6. CONSIDERACIÓN FINAL

Es cierto que las grandes consecuencias pueden tener su origen en pequeñas excepciones, pero la labor del jurista exige llevar a cabo un juicio de constitucionalidad que atienda a una detenida ponderación de todas las circunstancias del caso para alumbrar la solución más justa conforme a Derecho. Tal pretensión pasa indudablemente por atender al contexto normativo en que la práctica atacada se desenvuelve.

En el caso norteamericano, como hemos apuntado, esas coordenadas vienen presididas por las excepciones al uso religioso del peyote que desde hace algunos años se ha ido extendiendo tanto a nivel federal como estatal. La experiencia norteamericana durante este tiempo no ha permitido llegar a la conclusión de que estas excepciones hayan tenido una incidencia negativa sobre el firme compromiso de los poderes públicos de luchar contra la drogadicción en todos sus frentes. Ha sido precisamente –al menos a nuestro juicio– esta experiencia la que ha propiciado la respuesta afirmativa de los tribunales norteamericanos al consumo de sustancias alucinógenas con fines religiosos.

En el caso español, el contexto normativo para resolver estas cuestiones viene determinado por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa cuyo contenido debe ser interpretado a la luz, especialmente, del Convenio Europeo de Derechos Humanos –por su carácter vinculante– y a la doctrina sobre él emanada por el Tribunal de Estrasburgo. Así las cosas y empleando un criterio estricto para valorar los límites al derecho de libertad religiosa, la conclusión a la que indefectiblemente se ve arrojado el jurista es que se debería haber permitido el uso de la ayahuasca a la Iglesia del Santo Deime. No en vano, las disposiciones legales no prohíben el empleo de una determinada parte de la planta que emplea este grupo religioso para sus ceremonias sacramentales, y además, la normativa aplicable se dirige a controlar la comercialización de determinadas plantas con fines medicinales. Por tanto parece que el uso religioso de estos vegetales no queda incluido en el ámbito de aplicación normativa. Por eso llegamos a la conclusión de que se debería haber permitido el uso reclamado por el grupo religioso, porque la libertad religiosa sólo puede ser limitada después de un estricto escrutinio de las circunstancias concurrentes en cada caso. La falta de experiencia española en este campo puede suplirse desde una perspectiva comparada, no sólo con referencia al caso norteameri-

Entre tales peligros Scalia hizo referencia a que el incumplimiento de las obligaciones civiles podría afectar al servicio militar, el pago de impuestos, la salud y seguridad públicas, la regulación del trabajo infantil, la vacunación obligatoria, las normas de tráfico, las relativas a la crueldad de los animales, la protección del medio ambiente, entre otras. Vid. Smith, 494 US 872, at 888-889

cano, sino también a la luz de la situación en otros estados europeos, como Holanda, donde el consumo de determinadas sustancias con fines recreativos –prohibidas generalmente en el contexto europeo– resultan permitidas, no sin ciertos recelos por parte de la inmensa mayoría de los estados miembros de la Unión Europea.

Frente a estos términos de comparación el jurista debe plantearse si el derecho de libertad religiosa no superaría un estricto escrutinio en relación con el uso de sustancias alucinógenas con fines exclusivamente sacramentales. Por ello, para tratar de facilitar una respuesta a estos conflictos, creo que debemos tener presente que la habilidad del juicio constitucional consiste, en estos casos, en distinguir entre la amenaza real y la mera sospecha.