

EL CASO COCA NASA.

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA POLÍTICA DEL ESTADO COLOMBIANO EN MATERIA DE
COMERCIALIZACIÓN DE ALIMENTOS Y BEBIDAS DERIVADOS DE HOJA DE COCA
PRODUCIDOS POR COMUNIDADES INDÍGENAS**

Trabajo de grado para aspirar al título de abogado

NICOLÁS CEBALLOS BEDOYA

Asesora:

GLORIA PATRICIA LOPERA MESA

Profesora de la Universidad EAFIT

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MEDELLÍN

2008

*“Sin que nadie se las haya dicho, el indio sabe muchas cosas.
El indio lee con sus ojos tristes lo que escriben las estrellas que pasan volando, lo
que está escondido en el agua muerta del fondo de las grutas, lo que está grabado
sobre el polvo húmedo de la sabana en el dibujo de
la pezuña del ciervo fugitivo”*

El Indio del Mayab

-Antonio Mediz Bolio-

Poeta Mexicano 1884-1957



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1. CRONOLOGÍA DEL CASO COCA NASA: SURGIMIENTO DEL PROYECTO, VICISITUDES Y REACCIONES.....	4
1. <i>Origen del Proyecto Coca Nasa</i>	4
2. <i>Dificultades tras el lanzamiento de Coca Sek</i>	7
3. <i>Reacciones ante el requerimiento: la Circular del INVIMA</i>	9
4. <i>Relación del Proyecto Coca Nasa con la lucha por el reconocimiento de los cocaleros</i>	11
CAPÍTULO 2. MARCO NORMATIVO DE LA PRODUCCIÓN DE HOJA DE COCA EN COLOMBIA.....	16
1. <i>Aproximación histórica</i>	16
2. <i>Marco jurídico vigente</i>	19
2.1. <i>Instrumentos internacionales</i>	19
2.2. <i>Normatividad penal</i>	22
CAPÍTULO 3. USOS DE LA HOJA DE COCA PERMITIDOS Y PROTEGIDOS POR EL DERECHO COLOMBIANO.....	26
1. <i>Productos no alcaloides derivados de la coca</i>	27
2. <i>Concepto de uso tradicional</i>	28
3. <i>Evidencia histórica del consumo de coca</i>	34
3.1. <i>Acreditación antropológica</i>	34
3.2. <i>Acreditación realizada por las comunidades indígenas</i>	37
CAPÍTULO 4. RESTRICCIÓN TERRITORIAL DEL CONSUMO DE COCA.....	46

1.	<i>Acepción restrictiva</i>	47
2.	<i>Acepción amplia</i>	48
3.	<i>Acepción intermedia</i>	49
CAPÍTULO 5. CUESTIONES FORMALES Y DE COMPETENCIA.....		54
1.	<i>Evasión del procedimiento para emitir actos administrativos</i>	54
2.	<i>Omisión de la consulta previa</i>	61
3.	<i>Desconocimiento de la validez de la decisión de una autoridad indígena</i>	64
CONCLUSIONES.....		69
BIBLIOGRAFÍA.....		71
ANEXOS.....		77

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo surgió en el marco de mi práctica en el grupo de investigación “Derechos Fundamentales y Diversidad cultural”; en ese entonces, me enteré de la prohibición a los productos de hoja de coca que comercializa la comunidad nasa de Calderas en el Cauca, que se originó una vez el INVIMA emitió una circular restringiendo su venta a los territorios indígenas. Este caso particular fue de nuestro interés ya que permitía analizar múltiples problemas atinentes al reconocimiento de la diversidad cultural y la coexistencia de sistemas jurídicos en nuestro país. Así pues, se estudia en este trabajo la problemática de la producción de hoja de coca en las comunidades indígenas colombianas, a propósito de los tropiezos que sufrió el Proyecto Coca Nasa, el cual fue pionero en Colombia en la producción de alimentos y bebidas de hoja de coca. El examen de este caso implica un análisis transversal, pues allí se cruzan problemas de derecho internacional, constitucional y administrativo, que han sido abordados tratando de introducir una perspectiva antropológica al análisis jurídico del caso. Con esta incursión en el campo de la antropología me aventuré en un terreno inexplorado en la formación del pregrado en derecho, con todos los riesgos que esto implica.

La presente monografía consta de cinco capítulos. En el primero de ellos se ofrece una reconstrucción del surgimiento del Proyecto Coca Nasa y otros similares, así como un recuento de las vicisitudes y talanqueras que han

visto estos productores. De allí se pasa, en el segundo capítulo, a examinar la normatividad que sobre el cultivo de hoja de coca ha regido en nuestro país desde el período colonial hasta la legislación vigente. De la exposición de este marco normativo surgen los dos problemas jurídicos capitales que existen con relación a la producción y cultivo lícitos de coca por parte de las comunidades indígenas. En el tercer capítulo se analiza el primero de estos problemas, que consiste en la exigencia que la normatividad internacional hace a los usos de coca para considerarse lícitos, cual es la de ser usos tradicionales acreditados históricamente. En el cuarto capítulo se estudia el segundo problema, el de la restricción territorial que impuso el INVIMA a estos productos, los cuales, según esta entidad, sólo pueden ser comercializados en territorios indígenas. En el quinto capítulo se analizan tres problemas de forma y procedimiento que presenta la circular del INVIMA: el haber expedido un acto administrativo de carácter sancionatorio bajo el ropaje de una circular, la pretermisión de la consulta previa a las comunidades indígenas que debe hacerse en atención al Convenio 169 de la OIT y el desconocimiento que hace el INVIMA de la autonomía de los pueblos indígenas, al dejar sin fuerza un acto expedido por sus autoridades.

Finalmente quisiera agradecer a la profesora Gloria Lopera por su paciente asesoría, a mi hermana y su colaboración estilística, a Esteban Hoyos por ser quien más apostó por mi incursión en este tema, a la profesora Gloria Gallego por las recomendaciones bibliográficas. No debo dejar por fuera a David Curtidor, representante de Coca Nasa, quien ha suministrado valiosa información y documentación, sin la cual sería imposible haber realizado este trabajo; a Juan

Carlos Piñacué y Don Jose María Achicué, miembros de la comunidad Nasa de Calderas, con quienes tuve la oportunidad de entrevistarme en la ciudad de Popayán y me proporcionaron información de primera mano sobre el Proyecto Coca Nasa. Por último, es infaltable el agradecimiento a mis padres, mi hermano y mi tía Clara.

CAPÍTULO 1.

CRONOLOGÍA DEL CASO COCA NASA: SURGIMIENTO DEL PROYECTO, VICISITUDES Y REACCIONES

1. *Origen del Proyecto Coca Nasa*

En el año de 1999, se creó en la región de Tierradentro en el Cauca, en un resguardo de la comunidad nasa (paez), la cooperativa Coca Nasa, dedicada a la producción y comercialización de productos derivados de la hoja de coca, tales como aromáticas y galletas. Este proyecto se inició como uno de los mecanismos implementados por esta comunidad para afrontar la crisis que se había producido a partir de la erupción del volcán Nevado del Huila en 1994. Para ello se fundó la sociedad Ecoca Ltda., que inició ante el INVIMA los trámites para obtener el registro sanitario necesario para comercializar los productos Coca Nasa, pero este organismo señaló que el registro lo podía realizar el Cabildo o una unión de cabildos, dada la autonomía indígena¹.

Se acudió primero al Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), el cual se negó a expedir tal registro debido a diferencias con los gestores del proyecto; por esta razón se acudió a un nivel inferior dentro de la organización regional. Así, la Asociación de Cabildos indígenas Juan Tama expidió el registro sanitario para las aromáticas de coca mediante Resolución 01 de 2002. Sin embargo, se amplió

¹ <http://www.etniasdecolombia.org/actualidadetnica/detalle.asp?cid=4998>; Consultada en enero 27 de 2008.

la oferta de productos y se comercializaron también galletas de coca y una bebida gaseosa llamada Coca Sek, que se lanzó al mercado en diciembre de 2005. Las ganancias obtenidas con esta iniciativa se han destinado a la financiación de proyectos comunales y al mejoramiento de la calidad alimentaria de los Nasa².

La importancia de Coca Nasa consiste en la rentabilidad que ha generado la comercialización de sus productos, al menos si se le compara con otros proyectos productivos como los de elaboración de jugos y café, parcialmente financiados con partidas estatales, o con un proyecto panelero patrocinado por la Unión Europea. En esto consiste precisamente el orgullo del proyecto Coca Nasa, en haber hecho una pequeña industria rentable sin necesidad de acudir a ayudas externas. Esta falta de ayudas del Estado ha implicado recibir sólo talanqueras por parte de éste, como se mostrará más adelante. No obstante, aquellos obstáculos han sido un incentivo para la persistencia en esta empresa, pues, según nos comentaba el Sr. José María Achicué, la comunidad calderuna estaba convencida de que los problemas son el motor del desarrollo³.

Para tener claridad acerca de la legalidad de la producción a la que se dedicaba la empresa, en mayo 25 de 2006, los responsables del Proyecto Coca Nasa pidieron la respuesta a un cuestionario presentado ante la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, en el cual formulaban algunas inquietudes con respecto al alcance de la normatividad expedida por las autoridades indígenas y la producción permitida de derivados de hoja de coca.

² <http://www.cocanasa.org>; Consultada en febrero 17 de 2008.

³ Entrevista personal el día 18 de octubre en la ciudad de Popayán.

Esta petición es contestada el 13 de junio de ese año. En este concepto se da cuenta de la tradición del uso de la coca, de los usos lícitos tradicionales y su diferenciación de los derivados alcaloides de la planta. Se afirma en el mismo documento que el derecho a la identidad cultural trasciende los límites geográficos de ubicación de una comunidad indígena; esto a propósito de la pregunta por el alcance de la normatividad expedida por las autoridades indígenas.

La iniciativa de Coca Nasa no ha sido el único proyecto de esta índole, pues luego de que éste comenzara se han iniciado empresas similares en otras comunidades indígenas. La “Fundación Sol y Serpiente de América”, que agrupa indígenas Pijao y Yanacona de Tolima y Huila, financiados por la ONG alemana “Tierra de Hombres”, puso también a la venta la línea de aromáticas Kokasana⁴, la cual no ha podido obtener una aclaración acerca de la legalidad del producto, en orden a normalizar su distribución puesto que, afirman sus representantes, si bien el INVIMA ha tenido una postura receptiva de sus argumentos, el Departamento Nacional de Estupefacientes nunca ha estado dispuesto a escuchar sus tesis en favor de la distinción entre coca y sus derivados alcaloides⁵.

Al parecer, las comunidades de la Sierra Nevada de Santa Marta también han iniciado un proyecto de comercialización de la hoja de Ayu (como es llamada la coca en la Sierra), que lleva por nombre “Mi Cokita”. Sin embargo, no ha sido publicitado y sólo se encuentra referido en una de las ponencias del encuentro de

⁴http://www.javeriana.edu.co/Facultades/comunicacion_lenguaje/directo_bogota/edicion6/vanguardias2.html. Consultada el 18 de febrero de 2008

⁵ <http://lacocalocacompany.blogcindario.com/2007/04/00390-colombia-declaracion-del-proyecto-indigena-kokasana.html>. Consultado en Febrero 18 de 2008

Tawaintisuyu que realizan periódicamente los pueblos originarios de Latinoamérica en Perú⁶.

2. Dificultades tras el lanzamiento de Coca Sek

Fue con el lanzamiento de la gaseosa Coca Sek que comenzó toda una historia de dificultades de alcance mayor. La primera de ellas se presentó cuando su proveedor de botellas para envasar la bebida se negó a vendérselas. Los representantes de Coca Nasa presumen que tal terminación del contrato se debe a la calidad de agente monopólico de este proveedor y a sus relaciones comerciales con uno de los grandes productores de bebidas gaseosas del país. Debido a esta barrera, tuvieron que buscar proveedor de en otros países y vender parte de los lotes en envase de lata⁷.

El segundo obstáculo ocurrió en noviembre de 2006, cuando Coca Nasa se había visto envuelta en una controversia con la multinacional Coca Cola ante la Superintendencia de Industria y Comercio, pues la multinacional alegaba que Coca Sek hacía un uso indebido de la palabra “Coca” que forma parte del nombre comercial de Coca Cola. Esta disputa fue resuelta a favor de los productores de Coca Sek.

Un litigio similar se produjo en 2007 por el uso del término “Sek”. Esta vez el demandante fue el Colegio Internacional SEK, afirmando que dicho vocablo era de uso exclusivo de esta institución educativa. En su defensa, los productores de

⁶ <http://www.esquinaabierta.com/tawaintisuyu/base/index.php?contenido=Publicacion&ID=21>. Consultada en febrero 18 de 2008

⁷ <http://www.presidencia.gov.co/Ingles/mundo/mexico/2006/enero/23.htm>. Consultada en febrero 18 de 2008.

Coca Nasa señalaron que “sek” es la voz nasa yuwe para denominar al sol, lo cual no tenía relación con la sigla SEK que se usaba en el nombre del Colegio Internacional, para referirse a San Estanislao de Kostka. Estos argumentos fueron suficientes para desestimar la pretensión, ya que los vocablos de lenguas indígenas no son susceptibles de ser apropiados como marcas.

Con todo, los mayores tropiezos del Proyecto Coca Nasa iniciaron el 15 de junio de 2006, cuando la Junta Internacional para la Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) informó al Ministerio colombiano de Relaciones Exteriores, acerca de su conocimiento de la producción de bebidas gaseosas a base de coca, por parte de una comunidad indígena, y recordó al gobierno sus obligaciones en la lucha contra las drogas⁸. El Gobierno nacional no había informado a la JIFE acerca de la producción de tal bebida y, según comunicación del Ministerio de Relaciones Exteriores, desconoce cómo se enteró esta Junta. No obstante, una de las obligaciones contraídas por Colombia en la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes era la de informar a la Junta acerca de los proyectos que se estuvieran desarrollando en su territorio en los cuales se manipulara el arbusto de coca, entre otras plantas de las que se extraen alcaloides. Precisamente, algunos columnistas como el sociólogo Alfredo Molano han conectado la derrota jurídica de la multinacional Coca Cola con los tropiezos sufridos por los productores de Coca Nasa y Coca Sek, viendo alguna suerte de presión de Coca Cola sobre la JIFE y

⁸ En comunicado con referencia INCB-CES COL 078/06

las autoridades colombianas⁹,. Podría suponerse, pues, que la fuente de la cual la JIFE obtuvo la información expresada en su requerimiento al Gobierno colombiano fue precisamente el *lobby* de dicha multinacional; lo anterior teniendo en cuenta que el Ministerio de Relaciones Exteriores, competente para suministrar dicha información, no sólo admite no haberlo hecho, sino desconocer la fuente de la cual la JIFE obtuvo la información¹⁰. Pero éstas son apenas conjeturas, aunque plausibles, dado el carácter de actores de presión que poseen las multinacionales.

3 Reacciones ante el requerimiento: la Circular del INVIMA

Dicha comunicación de la JIFE es transmitida a la Dirección Nacional de Estupefacientes y al INVIMA. Esta última entidad, basándose en la información recibida, comunica, mediante una circular del 29 de enero de 2007, dirigida a los entes territoriales departamentales, que los productos derivados de hoja de coca que se expendían normalmente en mercados y tiendas naturistas debían ser retirados de la venta¹¹. Lo problemático de esta circular es que simplemente informa que los productos deben ser retirados, sin haber expedido un acto administrativo en el cual se cancelara el registro sanitario de los productos o se decidiera restringir su comercialización. Así las cosas, de acuerdo con el INVIMA, la comercialización de estos productos sólo estaba permitida en los territorios indígenas, quedando prohibida su distribución en las demás zonas del país;

⁹ MOLANO BRAVO, ALFREDO, “Más Monsanto, menos país”, *El Espectador*, Semana del 18 al 24 de marzo de 2007, pág. 16A

¹⁰ Oficio del Ministerio de Relaciones Exteriores DPM/CDR No. 23919 del 11 de mayo de 2007 (Ver anexo 4).

¹¹ Véase anexo 1

puesto que, según esta entidad, el acto emitido por las autoridades indígenas, que sirve como registro sanitario, sólo es válido en su territorio. El cumplimiento de esta decisión ha obstaculizado la exportación de estos bienes y su comercialización en Colombia, que constituían la mayor fuente de ingresos para el proyecto.

La intensidad de la puesta en ejecución de la medida fue distinta según la ciudad en que fue aplicada. En Cali por ejemplo, se limitaron a retirar los productos del mercado para devolvérselos a los productores; en Bogotá, no se iniciaron operaciones de decomiso; mientras que en Medellín la policía llegó a destruir mercancía decomisada y hasta el momento no han permitido la distribución del producto¹².

En febrero 23 de 2007, la señora Fabiola Piñacué Achicué, responsable del Proyecto Coca Nasa, dirigió una carta a Patricia Linares Prieto, Procuradora Delegada para la Prevención en materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos de la Procuraduría General de la Nación. En esta carta pedían la intervención de dicha entidad ante lo que calificaban como una violación del derecho fundamental a la diversidad étnica y cultural.

Frente a la actuación del INVIMA, los responsables del Proyecto Coca Nasa interpusieron una acción de tutela ante el Tribunal Superior de Bogotá, que fue denegada por éste y, en segunda instancia, por la Corte Suprema de Justicia. Ambas instancias desestimaron la acción porque el abogado del Cabildo no contaba con poder específico para interponer acciones de tutela, pese a que el

¹² Según información del señor David Curtidor en abril 18 de 2007 y enero 30 de 2008.

poder fue conferido para todas las actuaciones judiciales que se requirieran para la defensa de los intereses de la causa. Empero, sería posible intentar nuevamente la acción de tutela, puesto que las razones formales por las que fue rechazada permitirían interponer otra acción por los mismos hechos. Tal parece ser el curso de la estrategia jurídica planeado por las directivas de Coca Nasa; sin embargo, no se ha iniciado, pues para ello requieren la aprobación de las autoridades indígenas locales.

4. Relación del Proyecto Coca Nasa con la lucha por el reconocimiento de los cocaleros

Reparando en los acontecimientos descritos, se resalta lo tortuoso del contexto que deben afrontar las comunidades indígenas que decidan implementar un proyecto productivo que involucre la hoja de coca. Por ello, es previsible que la “reivindicación” de la hoja de coca y la lucha contra su persecución estén en la agenda política de muchos pueblos indígenas colombianos, como ya lo ha estado en la de los indígenas de Perú y Bolivia.

Atendiendo a esta realidad, los grupos indígenas han reaccionado de una manera distinta a la lucha aislada, pues no debe extrañar que en el estadio político actual también las reivindicaciones de los indígenas se hayan internacionalizado o, si se quiere, globalizado, tal como suele suceder en un contexto en el que pierde relevancia el referente nacional para dotar de notabilidad los referentes locales y

étnicos, por un lado, y los internacionales por el otro¹³. De esta manera, el movimiento indigenista miró hacia el ámbito internacional en los noventa, lo cual se hizo evidente en la lucha de los U'wa contra la explotación petrolera, que recibió el apoyo de múltiples organizaciones internacionales. Siguiendo la misma dinámica, los pueblos colombianos consumidores de hoja de coca han encontrado que en los países andinos también se libraba una lucha por reconocer los usos de esta planta que no están relacionados con la producción de alcaloides y, desde luego, han buscado unirse a la organización de estos pueblos, consolidando así la internacionalización de la causa. Este contexto explica que las protestas contra las políticas contrarias a la producción de coca se hagan en el marco de reuniones de pueblos indígenas andinos o americanos, en el que se unen las estrategias de los pueblos colombianos a las de pueblos peruanos y bolivianos.

Los pueblos indígenas latinoamericanos periódicamente celebran el Encuentro Continental del Tawaintisuyu Pacha, que recrea la unión existente en el período incaico. Uno de los temas de discusión recurrentes en estos encuentros es el de la política cocalera, sobre la cual versan algunos de los puntos de los pronunciamientos elaborados en dichos encuentros¹⁴.

Así mismo, los pueblos originarios colombianos consumidores de coca han acudido al Festival Internacional de la Hoja de Coca en Pichari, Perú, y han participado en el pronunciamiento para la defensa de la hoja sagrada, que se

¹³ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. ILSA. 1999. p 23

¹⁴ <http://www.esquinaabierta.com/tawaintisuyu/base/index.php?seccion=Reseña&contenido=Publicacion>. Consultada en febrero 18

realizó en el marco de este evento en agosto 4 de 2007. Entre las estrategias pensadas en el marco de estos encuentros está la de presentar una propuesta para la reforma de la Convención de Viena de 1961 que se realizará en 2008, en orden a que trate de una manera más sensible los usos en alimentos y bebidas que las comunidades indígenas le han dado al arbusto de coca, todo esto con el fin de establecer una diferencia fuerte entre tales usos de la coca y los derivados alcaloides de dicha planta.

Podría considerarse que esta causa emprendida a favor de la legalización del cultivo y consumo de coca es una faceta de la lucha por el reconocimiento, toda vez que implica mostrar a la sociedad mayor que la costumbre en discusión es valiosa para ambos sectores y no es sólo una fase de la producción de narcóticos.

ESTANTERÍA CON PRODUCTOS COCA NASA EN POPAYÁN



PRESENTACIÓN ORIGINAL
DE LA GASEOSA COCA SEK



CAJA DE AROMÁTICA DE COCA



CAPÍTULO 2

MARCO NORMATIVO DE LA PRODUCCIÓN DE HOJA DE COCA EN COLOMBIA

1 *Aproximación Histórica*

En el contexto político actual, la dirección que tienen las políticas de Gobierno con respecto a la producción de hoja de coca parece apuntar sin ambigüedades hacia la lucha radical, aun contra aquellas formas de cultivo que no están destinadas a la producción de alcaloides. Sin embargo, como veremos en este capítulo, no siempre ha sido ésta la tendencia en nuestro país, e incluso en el ordenamiento jurídico vigente se encuentra una buena cantidad de material normativo que protege la producción de hoja de coca en ciertas circunstancias y para ciertos propósitos. Valdría la pena iniciar con un breve recuento histórico del tratamiento jurídico del cultivo de hoja de coca en nuestro país, para luego pasar a elaborar el marco normativo que rige la producción de esta planta en Colombia.

Durante todo el período colonial y el siglo XIX, no hubo ninguna prohibición al cultivo de arbusto de coca. Si bien por un tiempo se propagó entre algunos misioneros la idea de erradicar este “vicio” propio del pasado indígena y el Rey Felipe II emitió una Ordenanza para acabar con este cultivo¹⁵, nunca se llegó a

¹⁵ En 1560, el Rey Felipe II expidió una ley que castigaba a los españoles que obligaran a los nativos a cultivar coca, para que la mano de obra no se desviara del trabajo minero al cultivo de esta planta. Pero esta prohibición fue levantada en 1573, manteniendo una restricción en el tiempo que se dedicara al cultivo de coca. ARANGO, MARIO y JORGE CHILD. *Coca-Coca*. Editorial Dos Mundos. Bogotá. 1986. Pág. 96; DÍAZ, AURELIO. *Hoja, pasta, polvo y roca. El consumo de los derivados de la coca*. Universitat Autònoma de Barcelona. Barcelona. 1998. Pág. 54

establecer una clara prohibición o persecución efectiva a su cultivo o consumo¹⁶. La razón por la cual pervivió durante la colonia esta práctica fue la utilidad del consumo de la hoja de coca para acrecentar la productividad de la mano de obra indígena y esclava en la cordillera andina.

Fue sólo hasta la expedición de la Ley 11 de 1920 cuando comenzó la intervención estatal en torno a la coca, estableciendo un modelo que controlaba la distribución y uso de los derivados de tal planta, siguiendo el modelo de la *Harrison Anti-Narcotic Act* de 1914¹⁷. Esta última, a su vez, se enmarcaba en el modelo internacional de lucha contra el opio de la Convención Internacional del Opio aprobada en La Haya en 1912. La Ley 11 permitía libremente la siembra de arbusto de coca y otros cultivos hoy considerados ilícitos, pero restringía el consumo, así como el de otras drogas, a la formulación médica¹⁸.

Aunque el Código Penal de 1936 –que entró en vigencia en 1938- no penalizaba el cultivo de coca, ni el consumo de alcaloides, sí lo hacía con el tráfico de estupefacientes. Pero luego la Ley 45 de 1946 extendería la represión al cultivo y conservación de coca¹⁹. El Decreto 0896 de 1947 ,reglamentario de la ley 45, prohibió que se utilizara la hoja de coca como moneda, tal como se acostumbraba

¹⁶ HENMAN, ANTHONY. *Mama Coca*. El Áncora Editores. Bogotá. 1980. Pág. 16

¹⁷ <http://www.drugtext.org/library/reports/cu/cu8.html>. Consultada en marzo 10 de 2008

¹⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Las Drogas. Aspectos: Histórico, Sustantivo y Procesal*. Editorial Colegas. Medellín. 1989. Págs. 3-8.

¹⁹ En este período se suscribieron tres instrumentos sobre la materia: el Convenio para limitar la fabricación y reglamentar la distribución de estupefacientes de 1931; Convenio para la represión del tráfico ilícito de las drogas peligrosas de 1936; y el Protocolo enmendando los acuerdos, convenciones y protocolos sobre estupefacientes concentrados de 1946. VERGARA BALLEEN, ANDRÉS, et al. “Posibles implicaciones de la legalización del consumo, producción y comercialización de las drogas en Colombia” En: *Archivos de Economía*. Departamento Nacional de Planeación. 2003. Pág. 10. http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DEE_Archivos_Economia/234.pdf. Consultada en marzo 13 de 2008

hacer en el Cauca para pagar el jornal de los campesinos. No obstante, la prohibición del cultivo de la coca y su uso monetario tuvo una vida breve y fue derogada en el mismo año de expedición del decreto, por influencia de políticos caucanos que sintieron en su tierra los perjuicios de acabar con la práctica de pagar con hojas de coca los jornales, además de sentir de cerca las protestas de los productores de coca.

En el marco de la normatividad internacional que inauguró la Convención contra el tráfico de estupefacientes de 1961, se retoma la represión del cultivo de coca con el Decreto 1118 de 1970, que sancionaba esta conducta con arresto de 6 a 24 meses y multa; penas estas que fueron cambiadas en 1971 por relegación a colonia agrícola de 1 a 3 años, tiempo que a su vez fue modificado por una pena de presidio de dos a ocho años por la Ley 17 de 1973. Esta última pena fue recogida por el Decreto 1188 de 1974, que se denominó Estatuto Nacional de Estupefacientes. Siguiendo esta línea, que se encamina a volver cada vez más rígido el trato punitivo al cultivo de hoja de coca, el Estatuto Nacional de Estupefacientes, expedido mediante la Ley 30 de 1986, estableció en su artículo 32 inciso 2° una pena de 4 a 10 años de prisión para quienes cultiven más de 100 arbustos de coca, y una pena de 1 a 3 años si la cantidad de plantas está entre 20 y 100, limitándose a destruir los cultivos de menos de 20 plantas. A pesar de esta regulación, el mismo Estatuto en su artículo 7° facultaba al Consejo Nacional de Estupefacientes para reglamentar lo atinente al consumo de coca por parte de las

comunidades indígenas²⁰, quedando las infracciones a este régimen especial tratadas bajo la óptica de la inimputabilidad por diversidad cultural.

2. *Marco Jurídico Vigente*

La postura de nuestro ordenamiento jurídico en lo referente al cultivo del arbusto de coca establece una lucha radical contra el mismo, siguiendo las directivas de los instrumentos internacionales de lucha antidroga; aunque también construye un reducto en el que se pueden refugiar algunas formas de producción de esta planta, tales como el cultivo por parte de comunidades indígenas que no esté destinado a la industria del narcotráfico. Sin embargo, la faceta permisiva de nuestro ordenamiento es menos divulgada e incluso es desatendida por las propias autoridades estatales.

2.1. *Instrumentos internacionales*

De los instrumentos internacionales incorporados al derecho colombiano que aún conservan su vigencia, el más antiguo es la Convención contra el tráfico de estupefacientes de 1961, la cual emprende una lucha radical contra la producción de cannabis, arbusto de coca y adormidera, entre otras plantas. Este instrumento marca el inicio de la normatividad internacional de la segunda mitad del siglo XX, ampliando el alcance de la regulación precedente enfocada en el tráfico de opio, signando una política global que será desarrollada durante todo el

²⁰ **ARTICULO 7o.** El Consejo Nacional de Estupefacientes reglamentará los cultivos de plantas de las cuales se produzcan sustancias estupefacientes y el consumo de éstas, por parte de las poblaciones indígenas, de acuerdo con los usos y prácticas derivadas de su tradición y cultura.

resto del siglo XX. La Convención de 1961, no obstante, permite algunos usos de estas plantas en su artículo 27, cuando sea para extraer elementos saporíferos, usados en la producción de bebidas y alimentos; lo cual permitiría que Coca Cola añadiera extracto de coca a su gaseosa.

Más adelante, la Convención de las Naciones Unidas de Viena de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, aprobada por la ley 67 de 1993, abrió una posibilidad importante para que se pudiera mantener el uso o consumo de derivados no alcaloides de algunas plantas al disponer en su artículo 14 numeral 2 que:

Cada una de las Partes adoptará medidas adecuadas para evitar el cultivo ilícito de las plantas que contengan estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tales como las plantas de adormidera, los arbustos de coca y las plantas de cannabis, así como para erradicar aquellas que se cultiven ilícitamente en su territorio. Las medidas que se adopten deberán respetar los derechos humanos fundamentales y tendrán debidamente en cuenta los usos tradicionales lícitos, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente. (Subrayas mías)

Así pues, se abre un espacio de legalidad a los cultivos de coca de las comunidades indígenas, aunque la disposición entraña bastantes problemas, tal y como se verá en el capítulo siguiente.

Por otro lado, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989 establece una especial protección a la identidad cultural de los pueblos indígenas, lo cual incluye respeto a sus

costumbres y tradiciones, tal como se expresa en el artículo 2° de dicho instrumento:

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

[...]

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

También se protege la producción y el consumo de hoja de coca desde la perspectiva de la protección al patrimonio cultural. Así, la ley 397 de 1997, ley general de la cultura²¹, establece en el numeral 4° de su primer artículo que:

El Estado garantiza a los grupos étnicos y lingüísticos, a las comunidades negras y raizales y a los pueblos indígenas el derecho a conservar, enriquecer y difundir su identidad y patrimonio cultural, a generar el conocimiento de las mismas según sus propias tradiciones y a beneficiarse de una educación que asegure estos derechos.

El consumo de la hoja de coca puede entenderse como parte del patrimonio cultural inmaterial de los pueblos indígenas, si se acude a la definición que del

²¹ Modificada y adicionada por la ley 1185 de 2008, aunque el artículo citado permanece vigente.

mismo establece la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial:

“Artículo 2: Definiciones

A los efectos de la presente Convención

1. Se entiende por “patrimonio cultural inmaterial” los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural.

Así pues, podríamos entender que la tradición de cultivo y consumo de hoja de coca hace parte de las expresiones, conocimientos y técnicas de los pueblos indígenas, que se pueden incluir tanto en el ámbito de los usos sociales y rituales como en el ámbito de conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, según la clasificación que ofrece dicha Convención²².

2.2. Normatividad penal

En materia penal la regulación vigente sobre el cultivo de coca está contenida en el Código Penal de 2000, el cual subrogó los tipos penales establecidos en la Ley 30 de 1986. En su artículo 375 se establece:

²² Artículo 2, Numeral 2º: El “patrimonio cultural inmaterial”, según se define en el párrafo 1 supra, se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes: a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales.

CONSERVACION O FINANCIACION DE PLANTACIONES. El que sin permiso de autoridad competente cultive, conserve o financie plantaciones de marihuana o cualquier otra planta de las que pueda producirse cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra droga que produzca dependencia, o más de un (1) kilogramo de semillas de dichas plantas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos dieciséis (216) meses y en multa de doscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (266.66) a dos mil doscientos cincuenta (2.250) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de plantas de que trata este Artículo excediere de veinte (20) sin sobrepasar la cantidad de cien (100), la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Texto con las penas aumentadas por la Ley 890 de 2004)

Esta norma incorpora en el tipo los tres verbos rectores que figuraban en el artículo 32 del Estatuto anterior. De este modo, parecen quedan proscritas todas las actividades de la cadena de producción agrícola de los cultivos de estas plantas; desde la posesión de semillas, la siembra, el cuidado del crecimiento de las plantas, hasta actos preparativos como el apoyo económico al cultivo de las mismas²³.

²³ Pese a la apreciación sobre lo omnicomprensiva de la redacción de este tipo penal (VELÁSQUEZ, V. Op. Cit. Págs. 50 a 52), pareciera quedar por fuera de toda prohibición, la conducta de quienes sólo cosechan la hoja de coca, sin estar involucrados en la siembra o cuidado del crecimiento de la planta; así pues, los “raspachines” no serían sujetos de persecución penal según una interpretación restringida de este artículo.

En síntesis, en el siglo XX se pasó de permitir la coca como una actividad libre a estar penalizada en la actualidad con un mínimo de cinco años y cuatro meses y un máximo de 18 años, además de cuantiosas multas.

Los intentos que se han hecho por legalizar una la producción y consumo de hoja de coca se han quedado sólo en proyectos de ley. La primera iniciativa fue propuesta por la senadora Vivian Morales en 2001 y estaba compuesta por dos proyectos, los cuales no superaron el primer debate. En uno de estos proyectos (083-01) se despenaliza el cultivo de arbusto de coca, permitiéndolo bajo la exigencia de estar inscrito en un registro municipal y de incorporarse a una agroindustria campesina; figura esta que se proponía para agrupar la producción de hoja de coca y a fin de ser controlada por el Ministerio de Salud, órgano ante el cual se debían registrar los cultivadores. Este mismo tono cooperativo, o si se quiere comunal, se mantenía en lo relativo a la aplicación de sanciones a los productores no legalizados, al establecer que fueran cooperativas veredales las encargadas de erradicar los cultivos que no llenaran los requisitos legales. El otro proyecto (083-02) regulaba la producción de estupefacientes, constituyendo un monopolio estatal para producir drogas y despenalizando su consumo, aunque esta última medida se acompañaba de políticas de lucha contra la adicción²⁴.

El segundo intento por aprobar una ley sobre estos cultivos fue presentado en 2003 por Pedro Arenas, representante por el Guaviare, el cual fue denominado proyecto de “ley de coca” y buscaba fomentar la industria de los alimentos y

²⁴Sobre este proyecto ver: http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DEE_Archivos_Economia/234.pdf

bebidas a base de hoja de coca, como una actividad económica que resultara ser una alternativa viable al cultivo destinado al procesamiento de alcaloides. Este proyecto corrió la misma suerte que los presentados en 2001, muriendo en el primer debate.

En el campo delimitado por este marco normativo se muestra una prohibición general a los cultivos de hoja de coca y algunas excepciones puntuales que provienen de las exigencias de normatividad internacional, como la de respetar los usos tradicionales lícitos que estén soportados por la evidencia histórica y que puedan ser incluidos dentro del concepto de patrimonio cultural inmaterial. En los capítulos siguientes me ocuparé de dilucidar qué debe entenderse por “usos tradicionales lícitos” y cuál es el ámbito de validez territorial de las decisiones de autoridades indígenas que autorizaron la comercialización de productos de hoja de coca. De esta manera, se podrá dar una respuesta a la pregunta sobre *qué* usos de la coca están permitidos y *dónde* están permitidos.

CAPÍTULO 3

USOS DE LA HOJA DE COCA PERMITIDOS Y PROTEGIDOS POR EL DERECHO COLOMBIANO

Como se señaló en el capítulo anterior, las condiciones bajo las cuales el derecho internacional considera lícito el consumo de coca están contenidas en el numeral 2° del artículo 14 de la Convención de Viena de 1988²⁵, sobre la cual el Estado Colombiano realizó algunas declaraciones. La segunda de éstas versa sobre la exigencia de tener “debidamente en cuenta los usos tradicionales lícitos, donde al respecto exista la evidencia histórica”:

“DECLARACIONES:

[...]

2. Colombia entiende que el tratamiento que la Convención da al cultivo de la hoja de coca como infracción penal debe armonizarse con una política de desarrollo alternativo, tomando en cuenta los derechos de las comunidades indígenas involucradas y la protección del medio ambiente.”

²⁵ **Art. 14 numeral 2.** Cada una de las Partes adoptará medidas adecuadas para evitar el cultivo ilícito de las plantas que contengan estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tales como las plantas de adormidera, los arbustos de coca y las plantas de cannabis, así como para erradicar aquellas que se cultiven ilícitamente en su territorio. Las medidas que se adopten deberán respetar los derechos humanos fundamentales y tendrán debidamente en cuenta los usos tradicionales lícitos, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente. (Subrayas mías)

Lo que hay que desenmarañar en primer lugar es el concepto de “usos lícitos” que exige la Convención. Para que un uso se considere lícito a la luz de este instrumento internacional, debe cumplir tres requisitos:

- 1) Los productos lícitos sólo son aquellos no considerados alcaloides,
- 2) Debe tratarse de un uso tradicional,
- 3) Debe existir evidencia histórica sobre estas prácticas de consumo de coca.

1. Productos no alcaloides derivados de la coca

Para empezar el examen de cuáles productos se consideran lícitos, se deben distinguir los usos de la planta de coca que no envuelvan la producción y el consumo de los derivados alcaloides de la misma, de aquellos que sí se consideran estupefacientes, como la cocaína y el bazuco. Al respecto, se puede afirmar pacíficamente que la hoja de coca, no es en sí misma una droga; sino que aquella contiene elementos alcaloides que, activados con otros elementos llamados “precursores”, producen estupefacientes como el clorhidrato de cocaína. Esta diferenciación es expresada en la Sentencia C-176/94 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), que revisó la constitucionalidad de la Convención antidrogas de 1988 y la Ley 67 de 1993 que la ratificaba. La Corte Constitucional se apoya en la declaración antes mencionada, que protege el uso tradicional de la hoja de coca por las comunidades indígenas, diferenciándolo de la cocaína u otros derivados alcaloides. De hecho, la Corte cita un estudio del Instituto Indigenista Latinoamericano que dice:

"[...] podemos concluir que, aunque las sustancias activas de la coca (principalmente la cocaína) tienen ante todo una acción antifatigante y productiva de placer, el hábito de consumo en su forma tradicional no corresponde a la satisfacción de una necesidad biológica, sino que está enraizada en ancestrales y profundas consideraciones culturales, por lo que esta costumbre, como el consumo del tabaco y del alcohol en otras culturas, debe ser enfocada no como un problema biológico sino como un complejo cultural que forma parte del núcleo social indígena y que asume el carácter de un símbolo de identidad étnica"²⁶.

De esta manera resulta claro que las tisanas o las gaseosas de coca no son alcaloides y por tanto su producción es lícita, aunque restan por analizar las demás exigencias que hace la Convención a los usos de la coca.

2. Concepto de "uso tradicional"

El sintagma "tradicición" se refiere a una práctica extendida en el tiempo. Ahora bien, no existe una medida de tiempo para determinar a partir de qué momento se puede considerar una práctica como tradicional, con lo cual esta expresión constituye un típico caso de vaguedad gradual. Las normas internacionales no resuelven el problema, pues en ellas no encontramos una estipulación del término de tiempo que es necesario transcurra para que una

²⁶ INSTITUTO INDIGENISTA INTERAMERICANO. *Informe sobre la Coca y sus efectos en Bolivia*. México: mimeo, 1986. Citado por Alejandro Camino. "Coca: del uso tradicional al narcotráfico" en: Diego García Sayán (Ed). *Coca, cocaína y narcotráfico*. Laberinto en los Andes. Lima Comisión Andina de Juristas, 1989, Pág. 93. Citado en: Sentencia C- 176 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez)

práctica se considere “tradicional”; no obstante han hecho bien al prescindir de tal definición, pues el entendimiento de la tradición debe establecerse de modo flexible y según las consideraciones de cada caso, resultando problemática cualquier estipulación.

Las evidencias arqueológicas demuestran que la práctica del consumo de coca se prolonga hasta nuestro tiempo desde la época precolombina. Algunos, sin embargo, disputan este carácter de tradicional al consumo de hoja de coca, afirmando que los pueblos andinos adoptaron esta práctica como una imposición de las autoridades coloniales para volver más eficiente la mano de obra. De acuerdo con esta tesis, que se remonta al “Inca” Garcilaso de la Vega, en el período precolombino, el consumo de coca era exclusivo de la élite incaica y sólo se popularizó en la colonia por obra de los encomenderos²⁷. Aun si se aceptara el hecho de que el consumo de coca sólo fue un uso generalizado en los indígenas andinos a partir de la colonia, no resultaría errado considerarlo como uso tradicional, tanto como el empleo del cepo o el fute en materia punitiva o la fabricación de ciertas prendas de vestir.

Pues bien, además del problema ya anotado acerca del concepto de “tradicional”, la mayor dificultad que implica la exigencia de que los usos de la planta de coca sean tradicionales radica en que dicho requisito puede ser interpretado de una forma tal que prive a las culturas de sus tendencias innovadoras y dinámicas. Esto podría suceder, toda vez que el término “usos

²⁷ Esta postura la explica DÍAZ, AURELIO. *Hoja, pasta, polvo y roca. El consumo de los derivados de la coca*. Universitat Autònoma de Barcelona. Barcelona. 1998. Pág. 45

tradicionales” puede asociarse estrictamente a prácticas antiguas que han venido reproduciéndose invariablemente desde tiempos precolombinos, para el caso indígena. Dicha forma de entender la cultura la podríamos denominar *estática*. Según ella, sólo serían usos tradicionales de la coca aquellos que se remonten a su antigüedad precolombina, tales como la masticación o el mambeo. Esta interpretación es la más contraria a las normas constitucionales que protegen la diversidad cultural, puesto que una protección a la misma debe tener en cuenta el carácter dinámico de las culturas.

En cambio, un concepto de cultura que podríamos llamar *dinámico*, nos lleva a entenderla no como una entidad inmutable que prefigura el destino de los pueblos para toda la eternidad, sino como un “contexto de significados”²⁸ que dotan de sentido a una multiplicidad de fenómenos sociales. Este contexto que llamamos cultura está conformado tanto por elementos heredados, que recibimos de las generaciones anteriores, como por elementos que cada generación va creando, siendo un entramado de lo recibido y antiguo, con lo creado paulatinamente y lo que se recibe de influencias externas²⁹. Las culturas de los pueblos indígenas no pueden, desde luego, considerarse una excepción a tal regularidad. Así, la antropóloga colombiana Esther Sánchez Botero nos ofrece algunos ejemplos de cambios culturales realizados por comunidades indígenas. Uno de ellos es el de los u’wa, que revisaron su práctica de abandonar los hijos nacidos en partos múltiples. Otro de estos casos es el de una mujer huitoto a la

²⁸ GEERTZ, CLIFFORD. *La interpretación de las culturas*. Editorial gedisa. Barcelona. 1997. Pág. 27

²⁹ PAREKH, BHIKUH. *Repensando el multiculturalismo*. Trad, Sandra Chaparro. ISTMO, Madrid, 2005. Pág. 232

que su comunidad le reprocha el haber forzado a su hija a contraer un matrimonio arreglado; al respecto se le dice: “*Hoy las cosas no son como antes, ya las costumbres son otras, ya no podemos obligar a las niñas, la mamá debe ser castigada por vender a su hija*”³⁰. Fijando la vista en casos como éstos, afirma la autora que “*la tradición no puede ser entendida como un proceso de clonación, es decir, reproducción de prácticas y procedimientos que se repiten de la misma forma en que lo hacían los antepasados*”³¹.

En la misma línea de pensamiento se ubica el profesor Daniel Bonilla Maldonado, al criticar una subregla creada por la Corte Constitucional en sentencia T-254 de 1994, donde prescribe que a mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía de las comunidades. Sostiene este autor que dicha visión se basa en presupuestos empíricos falsos, toda vez que las culturas son asociaciones de fragmentos tomados de diferentes culturas, que forman “híbridos”, por lo cual sería ilegítimo concederles protección y autonomía a cambio de que paralicen su dinámica como cultura³².

Este concepto *dinámico* de cultura implica, además de aceptar que ésta es un contexto cambiante a través del tiempo, entender que cada cultura se nutre de elementos foráneos, a través de procesos de intercambio comercial, colonización o importación de conocimientos. En tal sentido afirma MARSHALL SAHLINS: “*Ninguna*

³⁰ SÁNCHEZ BOTERO, ESTER. *Derechos propios. Ejercicio de la jurisdicción indígena*. Procuraduría General de la Nación. Bogotá. 2004. Pág. 208

³¹ *Ibid.* Pág. 280

³² BONILLA MALDONADO, DANIEL. *La Constitución Multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2006, Págs. 164 a 165. En un sentido similar se expresa CAMILO BORRERO en: *Multiculturalismo y derechos indígenas*, Bogotá, CINEP, GTZ, 2003

*cultura es sui generis, ni un solo pueblo es el único o siquiera el autor principal de su propia existencia*³³. Así, para la literatura especializada, es claro que una tradición no deja de ser tal cuando se le introduce alguna innovación. De hecho, podemos ver que tradiciones occidentales antiquísimas, como son las de la religión cristiana, utilizan la televisión o el internet para difundir sus creencias, y que la llamada “cultura occidental” se ha formado de influencias recogidas a lo largo de la historia, puesto que los griegos y romanos -supuestos fundadores de esta cultura- tomaron elementos de los persas, los fenicios y babilonios³⁴.

De todo esto, parece descabellado negar el carácter de tradicional a la producción industrial de alimentos y bebidas de hoja de coca por parte de las comunidades indígenas, sólo por que no parezca primitiva o rudimentaria, pues, como se ha dicho, no puede negárseles a estas culturas su posibilidad de cambiar y sufrir mutaciones. En este sentido, proteger sólo los usos arcaicos, es reconocer a los indígenas sólo por lo exótico que representan, por lo primitivo que parecen, lo cual es una forma de falso reconocimiento, que bien podría encuadrarse en lo que algunos, de modo crítico, denominan política de “conservación cultural”³⁵.

³³ SAHLINS, MARSHALL. “Dos o tres cosas que sé acerca del concepto de cultura” En: *Revista Colombiana de Antropología*. N° 37, enero a diciembre de 2001. ICANH. Bogotá. Pág. 312

³⁴ PAREKH, BHIKUH. Op. Cit. Pág. 246. Sobre el mismo tema de las influencias orientales a la cultura romana, hay algunos historiadores del derecho que hablan del origen “afro semítico” del Derecho Romano, señalando los préstamos culturales que Roma, la cuna de la civilización occidental, hizo de culturas como los asirios, babilonios o egipcios, en aspectos como el derecho civil, que se creía tan autóctono de la Europa Occidental. Estas posturas son expuestas en: P. G. MONATERI. “Gayo, el negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental” En: *La Invención del Derecho Privado*. Estudio Preliminar de CARLOS MORALES DE SETIÉN RAVINA. Siglo del Hombre Editores. Bogotá. 2006. Págs. 122, ss

³⁵ La política de la “conservación cultural” consiste en supeditar el reconocimiento de la identidad indígena y de los derechos que esta supone, a que individuos y comunidades permanezcan atados a un pasado y un territorio. ARIZA, LIBARDO JOSÉ. *Identidad indígena y Derecho estatal en Colombia*. Universidad Deusto. Bilbao. 2004. Pág. 71

Esta concepción *dinámica* de la cultura, desde luego es defendida por las directivas de Coca Nasa, en la carta dirigida a la Procuradora Delegada en febrero 23 de 2007. Allí los comuneros encargados del proyecto, en su condición de indígenas, declaran cómo son convenientes ciertas prácticas tomadas de la cultura mayor; tal es el caso del uso de automóviles, los cuales facilitan el transporte, por ejemplo. Básicamente, lo que se quiere decir, es que no se deja de ser indígena por el hecho de adoptar cierto uso occidental como instrumento para facilitar algún modo de vida o costumbre. Luego, el consumo de hoja de coca no deja de ser tradicional sólo porque ésta sea presentada en bolsitas, máxime si tal presentación es exigida por las autoridades nacionales como requisito de higiene del producto. Lo que se toma de la sociedad “blanca” en este caso no sustituye la tradición, sino que es un instrumento de transmisión de la misma.

Ahora bien, podríamos dudar algo más con respecto al carácter “tradicional” de una gaseosa a base de coca, como la bebida Coca Sek que también producen los nasa para comercializar. La duda surge toda vez que una bebida de este tipo está asociada al mercado norteamericano y a la producción industrial y global del siglo XX, lo cual, en el imaginario común, parece ajena a las culturas indígenas. Sin embargo, no tiene por que restringirse la autonomía de las comunidades étnicas y el desarrollo de su cultura, a lo que el común de las personas se imaginen de sus prácticas.

3. Evidencia histórica del consumo de coca

La tercera exigencia consiste en la acreditación histórica de las prácticas tradicionales. Aquí el problema consiste en saber quién es el encargado para acreditar o dar fe de la historia de una práctica. Podemos considerar los dos posibles discursos de los que provendría esa certificación: por un lado, la antropología y, por el otro, el de las propias comunidades indígenas.

3.1. Acreditación antropológica

En la actualidad, la antropología ha construido una suerte de monopolio sobre el saber de lo indígena, lo cual se demuestra en el peso que tienen los dictámenes periciales de antropólogos en los casos que involucran la diversidad cultural de los que conoce la jurisdicción constitucional³⁶. Para el caso particular, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia - ICANH - se ha encargado de dar cuenta del sentido y la génesis de ciertas prácticas. Este instituto certifica que el consumo de coca es una parte de las tradiciones religiosas de los pueblos de los Andes, la Amazonía y la Sierra Nevada. Así, entre comunidades de los Andes colombianos, como los nasa y los guambiano, que habitan principalmente en el departamento del Cauca, la hoja de Coca (“Esh” en lengua nasa) es utilizada por sus médicos tradicionales (llamados “Thé Wala”) como ingrediente de sus recetas homeopáticas, pues sirve de calmante para ciertos dolores estomacales. Señala este instituto que en la Costa Atlántica se le utiliza como complemento nutricional

³⁶ ARIZA, LIBARDO JOSÉ. *Identidad indígena y Derecho estatal en Colombia*. Universidad Deusto. Bilbao. 2004. Pág. 91

de los neonatos con déficit de leche materna y que las hojas de coca son usadas también por campesinos y personas de las ciudades. De igual modo, se ha dicho que uno de los principales usos que le han dado los pueblos andinos ha sido como fórmula para combatir el mal de alturas y soportar el trabajo en esas condiciones³⁷.

Múltiples investigaciones hacen referencia a los usos de coca entre indígenas, mestizos y blancos. Según ANTHONY HENMAN, el uso de esta planta en los Andes puede rastrearse hasta el año 3000 a. C³⁸. El mismo uso fue reportado por los españoles desde los primeros tiempos de la colonia, al describir el empleo de coca entre los indígenas de los Andes, desde el Alto Perú hasta nuestro país, alcanzando tal práctica la altiplanicie central que ocupaban los pueblos de lengua chibcha³⁹. Esta costumbre fue alentada por los colonizadores, puesto que volvía más eficiente la mano de obra indígena empleada en las minas y en la agricultura de tierras a gran altitud, en tanto la coca permite combatir el mal de alturas y paliar el hambre. De igual modo, existen amplios registros de su consumo en la Amazonía, donde pueblos como los huitoto o los tukano la utilizan con propósitos rituales y también para calmar la sensación de hambre en las largas jornadas de pesca fluvial, y evitar ir a tierra a comer, interrumpiendo la labor⁴⁰.

³⁷ Comunicación suscrito por María Victoria Uribe, Directora del ICANH el 30 de octubre de 2000 dirigida a Armando Valbuena director de la ONIC. Referencia ICANH 120-2000

³⁸ HENMAN, ANTHONY. *Mama Coca*. El Áncora Editores. Bogotá. 1980. Pág. 45

³⁹ MARIO y JORGE CHILD. *Coca-Coca*. Editorial Dos Mundos. Bogotá. 1986. Pág. 87

⁴⁰ PERAFÁN SIMMONDS, CARLOS CÉSAR, et al. *Sistemas jurídicos Tukano, chami, guambiano, sikuani*. Bogotá. Ministerio de Cultura. 2000, Pág. 74

Al norte de Colombia es usada por los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta, kogui, kankuamo, arhuaco y wiwa, donde es llamada “Ayu”⁴¹. De estos pueblos se tiene registros de la costumbre del mambeo⁴² desde las cartas de Américo Vespucio en 1504⁴³; costumbre que fue luego detallada en 1787, cuando el padre Antonio Julián habló “De la celebrada planta llamada Hayo” en su libro “La perla de América, Provincia de Santa Marta”, donde vislumbra como promisorio para el Imperio Español la comercialización de la hoja de coca, que le permitiría competir con el té o el café, para apoderarse del mercado de las bebidas estimulantes⁴⁴. Y no es éste el único caso en el cual la población blanca se ha involucrado con el consumo de coca, pues se dice que algunos monjes y misioneros en los Andes adoptaron la costumbre de beber infusiones de coca⁴⁵, lo cual pasó a ser una práctica de la población criolla, que acostumbraba tener en sus casonas coloniales algún arbusto de dicha planta para preparar una bebida calmante en caso de afecciones estomacales o dolor de muela⁴⁶. Así mismo, al otro lado del Atlántico hubo importantes espacios para el consumo de coca en el

⁴¹ OSCAR MONTERO. *La hoja de Ayu*. Conferencia presentada por un estudiante del pueblo kankuamo en un coloquio en la Universidad de Antioquia el 31 de octubre de 2007. Véase también PERAFÁN SIMMONDS, CARLOS CÉSAR. *Sistemas jurídicos Paez, Kogi, Wayuu y Tule*. Bogotá. Colcultura. 1995, Pág. 65

⁴² El mambeo es una forma de consumir coca en un recipiente llamado “poporo”, el cual es una pequeña totuma en la que se mezcla la coca con algún producto calizo como polvo de conchas marinas.

⁴³ HENMAN, ANTHONY. Op. Cit. Pág. 14

⁴⁴ ANTONIO JULIÁN. *De la celebrada planta llamada Hayo, por otro nombre Coca, pasto común de la nación Guagira*. (Con nota preliminar de MELO, JORGE ORLANDO. “La coca, planta del futuro”) En: *Revista Credencial Historia*. Edición 158. Bogotá. 2003. Pág. 4

⁴⁵ Este hábito fue reportado por un funcionario de la Inquisición Española que visitó a Quito entre 1623 y 1628 según HENMAN, ANTHONY. Op. Cit. Pág. 18

⁴⁶ Sobre esta costumbre de tener sembrada una mata de coca en las casonas llama la atención el Senador caucano Luís Fernando Velasco en una intervención realizada el día trece de marzo de 2007 en la plenaria del Senado, donde se tocó el tema de la circular del INVIMA y los productos Coca Nasa.

siglo XIX, como en el caso del Vino Mariani, un aperitivo y estimulante francés, mezcla de Bourdeaux y jugo de coca⁴⁷.

3.2 Acreditación realizada por las comunidades indígenas

Es difícil contar sólo con el tipo de acreditaciones provenientes de los antropólogos, ya que algunas de las reivindicaciones hechas por las comunidades indígenas tienden a combatir la apropiación de su historia que ha hecho la sociedad mayor, para construir su propia narrativa histórica. Luego, es posible que exista una oposición por parte de las comunidades indígenas a que un sujeto perteneciente a la sociedad mayor sea la voz autorizada para contar su historia, excluyéndolos de esa reconstrucción⁴⁸. Es precisamente ésta una suerte de reacción contra la antropología, que aún conserva esa marca de nacimiento que la signaba como el saber creado por el occidente “civilizado” e industrial para conocer al “otro”, perteneciente a comunidades “incivilizadas” que serían objeto de colonización. Con lo cual se puede apreciar cómo la antropología ha ocupado el lugar que en tiempos de la colonia era llenado por los misioneros y la doctrina religiosa, pues eran estos quienes monopolizaban el saber en torno a los indígenas⁴⁹.

⁴⁷ Este vino de coca fue consumido por dos papas de la época y bastante apreciado entre intelectuales como Emile Zolá. Fue con el propósito de competir con este producto que se comenzó a comercializar la Coca Cola, como lo señalan ARANGO, MARIO y JORGE CHILD. *Coca-Coca*. Editorial Dos Mundos. Bogotá. 1986. Pág. 70

⁴⁸ Esta forma de apropiarse de la historia de una minoría es ilustrada por Michel Foucault en su texto *Defender la Sociedad*, donde anota cómo en Francia, los libros escolares de historia nacional comenzaban con la frase “Nuestros ancestros los galos”, lo cual era así enseñado incluso a los argelinos. FOUCAULT, MICHEL. *Defender la Sociedad*. México. Fondo de Cultura Económica. 2000. Pág 121

⁴⁹ ARIZA, LIBARDO JOSÉ. *Op. Cit.* Pág. 91

Desde esta perspectiva, las propias comunidades indígenas serían las llamadas a acreditar la evidencia histórica sobre los usos de la coca. Así, bastarían las reiteradas afirmaciones de los productores indígenas de coca sobre el carácter sagrado de esta planta y sobre los antecedentes míticos de la misma, para que queden certificadas históricamente estas prácticas. Ellos se refieren a la coca como una planta sagrada, uno de los símbolos de su cultura; su consumo es una tradición ancestral que desean dar a conocer a la sociedad mayor como una manera de romper la “satanización” que se ha hecho de esta planta por su relación con la producción de estupefacientes y para compartir el acceso a los beneficios nutricionales y medicinales que ellos conocen como parte de su legado cultural⁵⁰.

Pese a este paralelismo discursivo de las evidencias proporcionadas por la antropología y las comunidades indígenas, ambas maneras de dar cuenta del carácter tradicional del consumo de coca se intercomunican. Los antropólogos describen cierto uso tradicional sólo después de haber realizado un estudio etnográfico, en el cual se traduce la narrativa encontrada en una comunidad indígena. Por el otro lado, los representantes de Coca Nasa, no encuentran reparos en citar el estudio del ICANH en una comunicación dirigida a la Procuraduría General de la Nación en 2007.

⁵⁰ Estas referencias son extraídas de la conferencia “De la espiritualidad a la transformación: Coca Nasa, un ejercicio de legislar desde el derecho propio en Colombia”, presentada en un coloquio el 31 de octubre de 2007 en la Universidad de Antioquia por Juan Carlos Piñacué, estudiante de antropología y miembro de la comunidad nasa de Calderas. Así mismo me valí del documento preparado por David Curtidor, representante legal de Coca Nasa, para ser presentado ante la OIT. En este documento son los propios productores quienes dan cuenta de la práctica del consumo de hoja de coca.

Luego, en este caso no importa quien se vea como el legitimado para evaluar el carácter histórico de la mencionada práctica, pues desde ambas visiones – la de la antropología y la de las propias comunidades - existen pruebas suficientes para considerar que el consumo de coca está respaldado en evidencia histórica. De cualquier manera, podemos acreditar que se trata de una tradición que se remonta a varios siglos atrás. Es claro que la producción de gaseosas de coca no es una costumbre antigua de los pueblos andinos colombianos. No obstante, la interpretación que propongo es que el uso permitido por la Convención es el consumo tradicional de la planta de coca por parte de indígenas y no indígenas, acreditado históricamente y diferenciado de los estupefacientes derivados de la misma planta. De allí que las formas de presentación del producto, son elementos incidentales, que varían según las dinámicas en que están inmersas todas las culturas.

Es importante aquí introducir una aclaración, pues la Convención de 1988 permite el uso de hoja de coca sin distinguir entre indígenas y no indígenas, de lo cual puede inferirse que dicho instrumento permite el uso tradicional de dicha sustancia también entre población no indígena⁵¹. En relación con los pueblos aborígenes, el consumo de coca no sólo está permitido, sino que su protección viene ordenada por el Convenio 169 de la OIT, como manera de promover las tradiciones y la herencia cultural de los pueblos originarios.

⁵¹ No obstante, las declaraciones realizadas por nuestro Congreso se refieren de manera específica a la práctica del consumo de coca de las comunidades indígenas.

A pesar de los argumentos anteriores, parecen quedar objeciones a la venta de aromáticas y gaseosas a base de hoja de coca. Estos reparos están representados en el argumento esgrimido por la Dirección Nacional de Estupefacientes, según el cual, si bien el consumo de coca es tradicional, no lo es su comercialización. A la luz de tal concepción, se estaría negando a los pueblos indígenas la posibilidad de dar a conocer sus usos tradicionales, creando así una restricción que no se le impone a las prácticas de la sociedad mayor. Mediante esto se haría un tratamiento discriminatorio a los indígenas al excluirlos del mercado. Tal exclusión transmitiría un mensaje de tolerancia a sus prácticas, pero de miedo a que las mismas “contaminen” la cultura mayor, lo cual, desde luego, sería un mensaje contrario a la promoción de la diversidad. Siguiendo la interpretación aquí propuesta, lo tradicional es el uso de la coca, y la comercialización es una forma de transmitir el uso y utilizarla para satisfacer necesidades. No se protege la diversidad cultural permitiendo una costumbre, pero impidiendo que se difunda a través del mercado, que es el mecanismo principal de circulación de bienes e ideas en el contexto de sociedades capitalistas, como es la sociedad mayor con la que deben interactuar las comunidades indígenas. En este punto vale la pena aclarar que las formas de intercambio comercial no han sido ajenas a los indígenas latinoamericanos; ni siquiera en tiempos prehispánicos, pues la coca siempre fue un bien de intercambio en los Andes y la Sierra Nevada, y hasta hoy se usa como moneda en algunas zonas. Sin embargo, las condiciones de mercado a las que se pretenden adaptar los productos de coca que

comercializa Coca Nasa, fueron impuestas por la sociedad mayor a los pueblos amerindios, condiciones como la obtención de un registro sanitario.

La protección a la diversidad cultural implica su promoción, lo cual va más allá de la mera tolerancia, puesto que también incluye la faceta de protección activa de las tradiciones de los pueblos originarios. Tal como lo afirma MICHAEL WALZER⁵², existen prácticas de tolerancia que no implican respeto a la diferencia, sino simplemente una forma pragmática de asegurar la paz; diría yo, una fría convivencia entre culturas y no un Estado pluralista como pomposamente lo anuncia el primer artículo de la Constitución.

Para aclarar este punto, vendría bien ahora hacer algunas precisiones sobre el significado cultural de la elaboración y comercialización de alimentos y bebidas derivados de hoja de coca. Es necesario anotar que la cultura aporta elementos para dotar de sentido y significado al mundo, pero también sirve para la satisfacción de necesidades de una sociedad, entre las que se incluyen las relativas a la garantía de la subsistencia. Así cuando se habla de la cultura, de su aparición en la evolución humana, se alude no sólo a la formación del lenguaje o la religión, sino también a la construcción de armas y herramientas, el desarrollo de la agricultura y de las formas de intercambio de bienes⁵³; como lo destacan los autores que se inscriben en el materialismo cultural, muchas prácticas culturales

⁵² MICHAEL WALZER, "Tratado sobre la tolerancia". Citado en: CAMILO BORRERO GARCÍA, *Multiculturalismo y derechos indígenas*, Bogotá, CINEP, GTZ, 2003, Pág. 18

⁵³ GEERTZ, CLIFFORD. Op. Cit. Pág. 67. En el mismo sentido se expresa ARNOLD GEHLEN, al incluir la técnica dentro de su concepto de cultura GEHLEN, ARNOLD. *Antropología filosófica*. Ediciones Paidós. Barcelona 1993. Págs. 113, ss. Esta idea se encuentra también presente en *El malestar en la cultura* de SIGMUND FREUD, cuando expone como "primeros actos culturales el empleo de herramientas, la dominación del fuego y la construcción de habitaciones." Alianza editorial. Madrid. 2005. Pág. 35

adquieren sentido a la luz de las necesidades y de las condiciones materiales de los pueblos en los que se desarrollan⁵⁴. Con ello queda claro que las formas productivas hacen parte del concepto antropológico de cultura⁵⁵.

La cultura de los pueblos indígenas es una vía para adecuarse a la satisfacción de necesidades, que se desarrollan en un contexto de franca desventaja económica frente a otros grupos sociales. Tales sociedades han tenido que adaptarse para afrontar estas desventajas, a las que entes caso, se suman otras desgracias naturales que han aquejado a los pueblos andinos de la región de Tierradentro, tales como la erupción del volcán Nevado del Huila en 1994, que causó gran traumatismo a sus formas productivas, forzando diversas adaptaciones. Una de estas ha sido la acomodación a la economía capitalista global, pues en las nuevas condiciones no basta su economía tradicional de subsistencia, que se ha visto limitada con la desaparición de especies de caza, la deforestación y la limitación del territorio; se hace necesario ingresar al mercado, lo que implica una producción que permita generar excedentes para comercializarse. A todas estas, la participación en el mercado es una medida que asegura tanto la subsistencia material como la preservación de la identidad cultural.

Las estrategias para acoplarse a los cambios y mantener viva la identidad, son bastante conocidas por los nasa, quienes desde la época colonial han sabido abrazar la religión católica, y posteriormente la protestante, sin abandonar sus

⁵⁴ Una visión del materialismo cultural se encuentra en el prólogo de: HARRIS, MARVIN. *Vacas, cerdos, guerras y brujas*. Alianza editorial. Madrid 2006. Pág 11.

⁵⁵ MOSTERÍN, JESÚS. *Filosofía de la cultura*. Madrid, Alianza Editorial. 1993, Pág. 17

cultos animistas, y se han acoplado a modelos impuestos por la sociedad mayor como la agrupación en resguardos, el gobierno mediante cabildos y han hecho suyos las formas electorales y modelos de debido proceso en su sistema jurídico; todo esto, sin perder de vista su objetivo de reivindicación territorial y proyección política, que son los defendidos con más ahínco entre todos los grupos indígenas colombianos.

Teniendo en cuenta que el mercado, aparte de ser un espacio por el cual circula la riqueza, es la una de las principales vías de transmisión de las ideas en nuestra sociedad, excluir los productos indígenas de coca implica problemas para la pervivencia de esta práctica y para el reconocimiento de los indígenas por parte de la sociedad mayor. Los problemas relativos a la pervivencia se generan en tanto el impedir que un bien o una idea sean transmitidos, sería condenarles a la irrelevancia, e impedir que ingresen al mercado es limitar drásticamente su circulación y transmisión. A esto hay que agregar que la comunicación de ideas y costumbres es una estrategia para lograr reconocimiento, así sea que lo que se intercambie o enseñe sea un bien tan aparentemente baladí como una bebida o un alimento. Esta estrategia fue usada por los inmigrantes chinos en norteamérica, quienes lograron cierto acomodo en esta sociedad a través de la comida que vendían en el mercado de la cultura norteamericana, que se convirtió en una pieza de su cultura alimentaria⁵⁶.

⁵⁶ Este ejemplo, es contado por PAREKH para ejemplificar este tipo de situaciones PAREKH, BHIKUH. Op. Cit. Págs. 326, 327

Luego, declarar lícitos sólo aquellos usos “precolombinos”, sería conminar a una cultura a permanecer estática, congelada, con lo cual se le podría condenar a desaparecer, toda vez que sin cambiar, es posible que no se logre adaptar a los cambios de su entorno o a las circunstancias sociales que presente la cultura de la sociedad mayoritaria en la que se desenvuelva la cultura minoritaria.

En conclusión, los usos de la hoja de coca que se aprecian en el proyecto Coca Nasa pueden considerarse usos lícitos tradicionales, por lo tanto permitidos a la luz de la Convención única de estupefacientes, pero además, su protección vendría ordenada si se atiende a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT en lo referente a la promoción de las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas.

INDÍGENAS DE LA SIERRA NEVADA PRACTICANDO EL MAMBEO



OFRENDA RITUAL CON HOJA DE COCA EN PERÚ



CAPÍTULO 4

RESTRICCIÓN TERRITORIAL DEL CONSUMO DE COCA

Después de dilucidar cuáles son los usos permitidos de la coca, es necesario analizar el ámbito de validez de las normas expedidas por las autoridades indígenas para conocer dónde están permitidos dichos usos. Habrá pues que esclarecer si estas normas sólo son válidas dentro de los territorios indígenas o si también lo son en el resto del país, en orden a cubrir a los indígenas residentes en otros sitios y, en general, su comercialización por fuera de los territorios indígenas . Esto viene a cuento para el caso, pues, según el INVIMA, la comercialización de los productos de los que se habla, sólo está permitida en los territorios indígenas, dado que el registro sanitario que expidió la Unión de Cabildos Juan Tama, sólo es válido en aquellas zonas.

Ante esto hay que preguntarse ¿qué es un territorio indígena?, ¿en qué territorios es válido el registro expedido por la Unión de Cabildos Juan Tama⁵⁷?, pues, el INVIMA no precisa estas cuestiones, que sería necesario responder para aclarar el sentido de su decisión, condición necesaria para enjuiciar su validez. En este punto, podría uno hablar de, al menos, tres acepciones posibles de “territorio indígena”:

⁵⁷ El registro del que se habla es el registro sanitario que expidió la Unión de Cabildos Juan Tama, luego de que el INVIMA se negara a expedirlo y que no fuera posible hacerlo en el nivel departamental que representa el CRIC. Ver anexo 3.

1. *Acepción restrictiva:* Según ésta, por “territorio indígena” debe entenderse sólo el de los resguardos constituidos; lo cual sería bastante lesivo de las prácticas indígenas, pues muchas zonas reconocidas culturalmente como indígenas, no hacen parte de un resguardo.

Este afán por la delimitación territorial, trae otros problemas, puesto que, por un lado, algunos territorios indígenas no están plenamente delimitados y se encuentran inmersos entre centros urbanos de la sociedad mayor, como ocurre con los embera de algunos cascos urbanos o los miembros del resguardo urbano de la comunidad nasa ubicado en Popayán⁵⁸. Por otro lado, existen individuos y comunidades indígenas asentados fuera de sus territorios o que carecen de él; este es el caso de los indígenas urbanos, como los wayúu, que en Riohacha mantienen sus costumbres o como los comuneros del Cabildo Interétnico Chibcariwak, ubicado en Medellín, entre los que se encuentran arhuacos, inga y guambianos⁵⁹, consumidores de coca. Hay que considerar también a los indígenas que residen en la capital de la república y en las capitales departamentales, para dirigir las organizaciones indígenas o representar políticamente a los pueblos aborígenes en el cuerpo legislativo, en el mejor de los casos, o como víctimas de emigración y desplazamiento forzado. En definitiva, esta concepción restringida es problemática porque la presencia de lo indígena no se circunscribe a los resguardos.

⁵⁸ SÁNCHEZ, BEATRIZ EUGENIA. “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena” En. GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (ED.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Tomo II*, Bogotá, Siglo del hombre, 2001, pág. 37

⁵⁹ SÁNCHEZ BOTERO, ESTER. *Derechos propios. Ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia*. Bogotá. Procuraduría General de la Nación. 2004 p 257, ss.

2. *Acepción amplia*: Ésta entiende que territorio indígena es todo aquel sobre el cual los indígenas hayan habitado en algún momento de la historia. Dicha noción sería conveniente para dar valor a la historia de las culturas amerindias y ampliar el ámbito de ejercicio de la diversidad cultural, pues se estaría garantizando su ejercicio a lo largo del territorio nacional, como un cierto reconocimiento y compensación por los despojos de los que han sido víctimas los aborígenes. No obstante, este criterio amplio es problemático a la hora de analizar ciertos contenidos referidos a los derechos diferenciados de los indígenas, pues, por ejemplo, una de las facultades que tienen los indígenas sobre sus territorios, es la libertad de impedir el ingreso o circulación de personas según su parecer. El ejercicio de este poder no queda demarcado cuando acudimos a esta noción amplísima de territorio, dado que la potestad de permitir o impedir el acceso al territorio no se ejerce sobre todo el suelo nacional, sino sobre unas zonas delimitadas. Así mismo, se requiere de una acepción estrecha, cuando el tema a tratar sea la consulta previa a la que tienen derecho las comunidades, cuando una política de explotación de recursos y, en general, una política estatal, afecte su territorio, ya que no sería muy razonable pensar que se requiere esta consulta previa para la explotación de recursos en zonas donde no habitan comunidades indígenas, pues lo que busca la realización de esta consulta, es la protección de un grupo que depende de los recursos de la zona donde desarrolla sus actividades ordinarias. También es necesario un criterio más definido, cuando decimos que las autoridades indígenas, tienen competencia para conocer de las hipótesis delictivas que ocurran dentro de sus territorios.

No obstante la inconveniencia del criterio amplísimo para ciertos aspectos, no debemos tampoco quedarnos con la acepción restrictiva, que ha sido superada, incluso, en el tema de la competencia territorial de la jurisdicción indígena, pues, en algunos casos, los jueces han reconocido que, así el hecho no acaezca dentro del resguardo, debe ser juzgado por el cabildo, por haber ocurrido en un área reconocida como de influencia de una cierta etnia⁶⁰. En vista de estos problemas se ha elaborado una tercera acepción.

3. Acepción intermedia: Se entiende territorio como el área en la cual ejerza influencia social un determinado pueblo indígena⁶¹. Quizás podríamos ubicar en esta línea la definición de “tierra” estipulada por el Convenio 169 de la OIT que reza:

Artículo 13: (...) Num. 2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Esta acepción cuenta con dos problemas: el primero es su vaguedad, puesto que la textura del concepto “influencia” es bastante abierta; razón por la cual se requerirían de exámenes más amplios, como pruebas antropológicas, para determinar si una zona es indígena. El segundo problema del criterio, es que, si se liga el ejercicio de los derechos a la permanencia dentro del territorio, como parece entenderlo el INVIMA, queda desprotegida la integridad cultural de los

⁶⁰ Así lo comenta ESTER SÁNCHEZ en: Op. Cit, pág. 142

⁶¹ Un ejemplo de este criterio se encuentra en la postura que afirma que la plaza de mercado de Silvia – Cauca- es territorio guambiano, así quede por fuera del resguardo, pues la economía de esta etnia se basa en la venta de productos agrícolas en el mercado del municipio. SÁNCHEZ, ESTER. *Ibíd.*

indígenas que habitan en zonas donde son una clara minoría o población insular, quienes perderían el derecho a mantener sus prácticas una vez salen del resguardo.

Esta disputa por la definición de “territorio”, puede despertar la lucha por el territorio mismo. En tal sentido, los portavoces indígenas arguyen con razón, que todo el territorio nacional fue indígena y que ellos se han visto confinados a los resguardos por los avatares de la conquista española y la colonización agrícola, así que restringir sus prácticas a una porción territorial sería agravar los daños que históricamente se han causado a los pueblos amerindios. En efecto, este tipo de argumentos han sido planteados en el curso de la batalla legal de Coca Nasa. Mal se haría pues en propiciar tal confinamiento a sus resguardos, a sabiendas de que éstos son el reducto que ha quedado de una disminución violenta a lo largo de la historia; por lo cual, podría decirse, desde esta perspectiva, que todo el territorio nacional es indígena, al menos históricamente y, en consecuencia, son ilegítimos los cercos espaciales impuestos a su cultura.

La construcción de un Estado, en el cual sean toleradas unas prácticas o unas culturas, siempre que no salgan de unos territorios delimitados de manera más o menos arbitraria, no obedece a la estructura de un estado pluralista, sino al de un “multiculturalismo de *ghettos*” como lo denominan, entre otros, Parekh⁶². Aquí, la palabra “*ghetto*”, tan cargada emotivamente, no parece exagerada, pues es precisamente un aislamiento de culturas el que se impone al evitar que el

⁶² PAREKH, BHIKUH. *Repensando el multiculturalismo*. Trad, Sandra Chaparro. ISTMO, Madrid, 2005, pág. 498.

consumo de una planta sagrada se realice en zonas no indígenas. Con todo ello, sólo se permite ser indígena, plenamente, en determinados lugares, teniendo que ocultar ciertas prácticas en las zonas de la sociedad mayor, a sabiendas de que, tal como lo dice ARIZA⁶³, un reconocimiento fuerte de la identidad indígena implica la posibilidad de que ésta sea reivindicada en un ámbito diferente al espacio físico en que vive la comunidad, pues: *“(a) nivel individual siempre es posible ser depositario de un pasado que se quiere reivindicar más allá de los confines del resguardo y la comunidad”*⁶⁴.

La política de enclaustrar lo indígena en una zona determinada lleva a cerrar la sociedad mayor a prácticas diferenciadas, lo cual puede implicar que esta última, al no reconocer culturas diferentes, termine suprimiendo sus diferencias internas y sus disidencias. En tal sentido, autores como PAREKH afirman que una de las ventajas de las sociedades multiculturales es la posibilidad que brindan de expandir la comprensión de los límites de la propia cultura y de ampliar la tolerancia ante las disidencias internas⁶⁵.

Esta forma de multiculturalismo segregacionista, ya ha sido desechada por la Corte Constitucional, en la Sentencia T-778 de 2005 Caso Ati Quigua (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)⁶⁶. Lo central del examen de la Corte, fue la

⁶³ ARIZA, LIBARDO. Op. Cit. Pág 75

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ BHIKUH PAREKH, Op. Cit. pág 253

⁶⁶ Sentencia en la cual se inaplica por inconstitucional el requisito que exigía una edad de 25 años para ser Concejal de Bogotá, pues, el caso concreto era el de una candidata a concejala de origen arhuaco. Allí la Corte consideró viable inaplicar el requisito de edad, por considerar que entre los arhuacos, las mujeres comienzan a ejercer sus roles públicos desde la iniciación (que tiene lugar con la llegada de la menarquía), con lo cual empiezan su vida pública en un período anterior al de las mujeres de la sociedad mayor; luego, a los 23 años, ya han tenido una experiencia política que equivale a la de una mujer mayor de 25 años.

consideración de proteger un ejercicio culturalmente diferenciado de un derecho político, aun cuando el sujeto se encontraba en un territorio distinto al hábitat original de su cultura. En la sentencia se define la diversidad cultural como el poder de ejercer los derechos fundamentales según las diferentes formas de ver y entender el mundo. La Corte anota reiteradamente, que proteger la identidad cultural sólo al interior de los territorios indígenas, sería segregar, señalando que, de los mecanismos de protección de la misma identidad, sólo están ligados al territorio, el ejercicio de la jurisdicción indígena y el derecho a ser consultados previamente ante una política que afecte su territorio. Con esta decisión, se cambia la línea que protege al indígena sólo en su calidad de miembro de una comunidad ubicada en un territorio determinado, como se afirmara en la sentencia que examino la constitucionalidad de la exención del servicio militar para los indígenas⁶⁷.

En la raíz de estos problemas se encuentra una confusión entre la competencia territorial de las autoridades indígenas y el ámbito de validez de sus decisiones. Esta confusión se puede acabar si trasladamos la cuestión a los términos de la jurisdicción ordinaria. En nuestro contexto, es claro que el juez penal municipal sólo conoce de una *notitia criminis* si ésta ocurrió en el municipio en el cual se ubica el despacho; pero la validez de su sentencia no se restringe a dicho municipio, vale para todo el territorio nacional. Así mismo, es diferente decir

⁶⁷ Sentencia C-058 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero. En ella se dijo que la exención al servicio militar tiene como finalidad la protección del grupo e incentivar la conservación de la cultura. Una crítica a esta sentencia como parte de la política de conservación cultural se encuentra en: ARIZA, LIBARDO. Op. Cit. Pág. 61

que un cabildo puede conocer de lo ocurrido en el resguardo de su competencia, a decir que sus decisiones, que no sólo son judiciales sino también administrativas, sólo sean válidas en el resguardo. Tal analogía es una razón fuerte para afirmar que el acto de la Unión de Cabildos Juan Tama, que concede el registro sanitario a los productos Coca Nasa, es válido en todo el territorio nacional.

Ante todo esto, es preciso concluir que carece de sustento constitucional la restricción territorial en lo que atañe a la comercialización y publicidad de los productos derivados de coca, establecida en la circular del INVIMA a la que hemos hecho alusión. Como ha señalado la Corte Constitucional, sólo están circunscritos al territorio, la definición de la competencia de la jurisdicción especial indígena y el ejercicio de derechos como la consulta previa. Entenderlo de otro modo sólo propicia un multiculturalismo de *ghettos*, disonante del sentido de constitucional de protección a la diversidad cultural.

CAPÍTULO 5

CUESTIONES FORMALES Y DE COMPETENCIA

En los capítulos 3 y 4 se dieron argumentos sobre la inconstitucionalidad de una medida que restringe la comercialización de productos de coca, tal como lo hizo la circular del INVIMA. Ahora trataré de mostrar los problemas formales que contiene esta decisión, los cuales podrían agruparse en tres puntos: el evadir el procedimiento de expedición del acto administrativo, el omitir la consulta previa a las comunidades afectadas y el desconocer la validez de la decisión de una autoridad indígena.

1. Evasión del procedimiento para emitir actos administrativos

La decisión que obstaculizó la comercialización de los productos derivados de hoja de coca, está contenida en la circular V.C.M-601-0294-07, dirigida a los entes territoriales departamentales, cuyo contenido se transcribe a continuación:

“Me permito informarle que de acuerdo a las comunicaciones emitidas por la Dirección Nacional de estupefacientes, la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, los productos derivados de la Coca (Te, aromáticas, galletas, gaseosas, dulces, etc.) elaborados y comercializados en los resguardos indígenas, NO pueden ser comercializados ni

publicitados en el resto del territorio nacional, toda vez que dicha actividad infringe las disposiciones internacionales contempladas en la Convención única de estupefacientes de 1961. Debe recordarse que la elaboración, uso y comercialización de este tipo de productos está restringida al interior de las comunidades indígenas y que los actos emanados por las autoridades indígenas, carecen de efecto en el resto del territorio nacional.

Por lo tanto, en caso de encontrar productos de este tipo fuera de los territorios autorizados, es necesario aplicar las medidas sanitarias del caso e iniciar los procesos sancionatorios correspondientes, de acuerdo a la normatividad vigente.⁶⁸

El INVIMA ha sostenido que para expedir esta circular no se siguió el procedimiento contemplado para la expedición de actos administrativos, toda vez que no todo acto administrativo está sometido al procedimiento del código contencioso administrativo⁶⁹.

Es necesario señalar que, esta circular sí es un acto administrativo, y su presentación como una circular que sólo informa de una medida, es una manera de obstaculizar el acceso a la jurisdicción, pues al no tener la forma de un acto, se dificulta el demandar su nulidad ante la jurisdicción contenciosa.

Si se acude a una definición aceptada de acto administrativo, como una manifestación unilateral de voluntad, juicio o conocimiento de la administración, en ejercicio de una potestad administrativa que produce los efectos jurídicos que le

⁶⁸ Ver copia de esta comunicación en el anexo N° 1.

⁶⁹ Ver anexo N°5.

son propios, es decir, crea o extingue situaciones jurídicas⁷⁰, se puede concluir que la actuación del INVIMA tiene estas características, aunque no tenga la forma que ordinariamente deben tener este tipo de actos. Es claro que el contenido de la actuación es de tipo imperativo, no es una mera información que suministra el INVIMA a sus funcionarios, como debería ocurrir en las circulares. Esta circular contiene al menos dos imperativos: una norma primaria, que prohíbe extender al resto del territorio nacional la comercialización y publicidad de los productos derivados de la hoja de coca, elaborados y comercializados en los resguardos indígenas; también se establece una norma secundaria, que ordena a las autoridades de los entes territoriales a los que se dirige la circular⁷¹ aplicar las medidas sanitarias del caso⁷² e iniciar los procesos sancionatorios correspondientes, en el evento de encontrar esta clase de productos por fuera de los territorios autorizados⁷³.

Dicha circular modifica una situación jurídica preexistente, toda vez que, antes de su expedición, la publicidad, compra y venta de estos productos estaba permitida en todo el territorio nacional, bajo el amparo del registro sanitario de la Asociación de Cabildos indígenas Juan Tama. Como muestra de la licitud de dicha actividad, basta observar la gran difusión y acogida que tuvieron estos productos

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Decima edición. Editorial Civitas. Madrid. 2000. Pág. 543

⁷¹ Se dirige a todos los departamentos, con excepción del departamento del Chocó.

⁷² Se refiere a las contenidas en los artículos 10 y siguientes del decreto 2240 de 1996

⁷³ Sobre la distinción entre normas primaria y secundarias véase HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. 1961. Trad. GENARO CARRIÓ. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1963. Pág. 101, ss.

en las principales ciudades del país y el mensaje de felicitación que el presidente de la república enviara al inventor de la fórmula de la gaseosa Coca Sek⁷⁴.

El INVIMA sostiene que su circular no crea nuevas normas o modifica las ya existentes, sino que se limita a una labor meramente técnica, como ejecutor de unas políticas sanitarias, que devienen de otros organismos, lo que según ellos confiere un carácter puramente informativo de normas ya existentes y adoptadas por otros entes. En contra de este criterio, sostengo que se trata de una auténtica decisión administrativa, en tanto fue el INVIMA quien definió la suerte de los mentados productos, puesto que los demás organismos (DNE y Ministerio de Relaciones Exteriores) no le ordenaron retirar del mercado, sino verificar la legalidad de su producción, tal como lo requería la comunicación de la JIFE. Así las cosas, el INVIMA fue encargado de calificar deónticamente como prohibida la venta de estos bienes y de optar por los correctivos, en otras palabras de decidir.

Con anterioridad a la circular no hubo un acto que restringiera la validez del registro expedido por la autoridad indígena, sino que los actos previos a la circular del INVIMA, fueron comunicaciones entre diferentes entidades del estado que mencionaban el requerimiento de la JIFE. Así pues, es sólo a partir de la circular del INVIMA que se tiene un acto que concrete una prohibición y una sanción a la venta de los productos de coca por fuera de los resguardos.

Sobre este punto, afirma el instituto de vigilancia que lo que se expone en su actuación no es una sanción, sino una simple verificación técnica que se pide ejecutar a través de una circular; una medida de carácter policivo, que no tiene

⁷⁴ Anexo N°6.

status sancionatorio y debe ser de ejecución inmediata; sustenta esta afirmación en una decisión del Consejo de Estado⁷⁵.

Esta postura se apoya en un concepto muy restrictivo de sanción; un concepto infraincluyente, que deja por fuera usos pacíficamente admitidos dentro de la teoría jurídica. En el lenguaje ordinario se entiende sanción como el “mal dimanado de una culpa o yerro”⁷⁶. En el lenguaje jurídico éstas se conciben como “las medidas que un orden normativo cualquiera dispone a fin de reforzar el respeto de las propias normas y, en su caso, remediar los efectos de su inobservancia”⁷⁷. Autores como Nino han dado algunas propiedades definitorias de las sanciones, como: 1) su carácter coactivo, 2) privación de un estado de cosas beneficioso, 3) autorización para aplicarla y 4) que sea una respuesta a un acto voluntario de un agente⁷⁸. El Código Civil colombiano define sanción legal como el bien o mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones.

Luego, decir que las medidas adoptadas en cumplimiento de la circular no son sanciones, por tratarse de medidas policivas, es un argumento falaz, pues nada nos impide hablar de medidas policivas que también se consideren sanciones, así como de medidas policivas que consistan en medios materiales de

⁷⁵ Sentencia del 6 de abril de 2001, citada en la respuesta al derecho de petición elevado ante el INVIMA el 14 de marzo de 2007. Ver anexo N°5.

⁷⁶ Voz *Sanción* en Diccionario de la RAE, Vigésimo segunda Edición. www.rae.es

⁷⁷ BETEGÓN, JERÓNIMO. “Sanción y coacción”. En: *El derecho y la justicia*. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, FRANCISCO J. LAPORTA (Ed.). Editorial Trotta. Madrid. 1996, pág. 355, ss.

⁷⁸ NINO, CARLOS SANTIAGO. *Introducción al análisis del derecho*. 1981. Editorial Ariel. Barcelona. Décima edición. 2001. Pág. 168- 173.

carácter preventivo, como las acciones de vigilancia⁷⁹ que tienen lugar antes de que ocurra la desviación a la norma, y se ejecutan precisamente para verificar si los agentes se ajustan a ella. En cambio, las establecidas en la circular, claramente tienen el sentido de ser la consecuencia jurídica prevista como respuesta a una conducta que en dicho acto se define como ilícita. Ante estos argumentos, no cabe duda entonces que las medidas dispuestas en esta circular encajan plenamente dentro del concepto de sanción.

Por otra parte, los actos que creen, modifiquen o extingan una situación jurídica, tenga o no carácter sancionador, deben estar precedido por un procedimiento administrativo, sea el establecido en los artículos 28 al 35 del C.C.A u otro procedimiento especial⁸⁰.

A todas estas, no parece estar de acuerdo con la Constitución el excluir tales decisiones del ámbito de protección del debido proceso. Esto, quizás podría justificarse en las acciones que tome el INVIMA como medidas cautelares para garantizar la salud pública, como cuando retira un alimento tóxico del mercado; pues, en este caso, las razones de protección a la vida y salud pública que se encuentran en riesgo inminente, permitirían adoptar ésta medida mas no decidir de manera definitiva acerca de la suerte de un producto. Como se ha dicho, éste no es el caso de los productos derivados de hoja de coca, cuyo retiro del mercado no obedece a razones de salubridad sino de política internacional, tal como lo

⁷⁹ BETEGÓN, JERÓNIMO. Ibidem.

⁸⁰ Si se considera que la actuación del INVIMA es una decisión de policía, aquella no estaría sometida los prescrito en los mencionados artículos del Código Contencioso Administrativo.

reconoce el mismo INVIMA⁸¹. Siendo una cuestión de “política internacional” no había una razón para imponer una medida de manera inmediata y mucho menos de privar del derecho al debido proceso a las cooperativas productoras de alimentos y bebidas de coca.

El INVIMA considera que la medida, dado su carácter supuestamente policivo, puede expedirse en forma de circular, que simplemente pide a las entidades territoriales ejecutar las acciones pertinentes y que, dada su índole, no es susceptible de impugnación a través de los recursos ordinarios⁸².

Por tratarse de un acto que no sólo tiene carácter informativo sino que modifica situaciones jurídicas, la circular del INVIMA debe entenderse como un acto administrativo en sentido material, por lo tanto es susceptible de impugnarse a través de la acción de nulidad. Así lo ha entendido algún sector de la doctrina desde tiempo atrás al afirmar que:

“Si en las circulares de servicio o con ocasión de ellas, se adoptan nuevas prescripciones, no comprendidas en disposiciones precedentes, se trata de actos administrativos ordinarios, que crean situaciones jurídicas, susceptibles de invalidarse por las causas generales”⁸³.

También ha dicho que los actos presentados bajo el ropaje de una circular, son pasibles de someterse a esta acción “cuando impliquen el establecimiento de derechos y obligaciones, o determinen consecuencias jurídicas para tales

⁸¹ Ver anexo N°5

⁸² Si se considera que este acto es de carácter general, como podría argüir el INVIMA, no cabrían frente al mismo los recursos de vía gubernativa. Podría, sin embargo, discutirse el carácter de general de la circular del INVIMA.

⁸³ Sentencia del Consejo de Estado del 15 de junio de 1973. Citada en: PENAGOS, GUSTAVO. *El Acto Administrativo*. Ediciones Librería del profesional. Bogotá. 1980. Pág. 61

personas [funcionarios o los administrados]”⁸⁴. En un sentido complementario afirma otra providencia:

“...la enumeración de actos demandables que hace el inciso 3o. del artículo 14 del Decreto Ley 2304 de 1989 (subrogatorio del artículo 84 del C.C.A.) no es taxativa y los conceptos son enjuiciables en la medida en que contengan una decisión capaz de producir efectos jurídicos y emanen de una entidad pública o persona privada que cumpla funciones administrativas”⁸⁵.

Se puede hablar, por tanto, de una jurisprudencia consolidada que afirma que, decisiones jurídicas como las adoptadas por el INVIMA son actos administrativos en sentido material, frente a los cuales los administrados pueden ejercer los recursos judiciales y administrativos para impugnarlos, con la salvedad hecha para los actos generales.

2. Omisión de la consulta previa

Un segundo problema a tratar sería la omisión de la consulta a las comunidades indígenas al tomar la medida de la que se ha comentado. Se habla de omisión, pues el Convenio 169 de 1989 de la OIT, señala en su artículo 6º:

- 1.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

⁸⁴Sentencia del Consejo de Estado de abril 28 de 2005. Expediente: 17.103 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁸⁵Sentencia del Consejo de Estado del 26 de Octubre de 1995, Sección primera, Exp. 3088.

De igual modo, el párrafo del artículo 330 de la Constitución establece que el gobierno propiciará la participación de los representantes de las comunidades indígenas, en las decisiones que se adopten respecto a la explotación de recursos naturales en sus territorios.

La Corte Constitucional ha dicho que esta consulta previa constituye un derecho fundamental de las comunidades indígenas, uno de esos derechos fundamentales que están en cabeza de grupos, de los que ha hablado la Corte; pues al respecto, se ha dicho desde la sentencia T-188 de 1993 que los grupos indígenas son sujetos de derechos fundamentales, tales como el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, el derecho a la pervivencia de su cultura (T-380/93 M.P. Eduardo Cifuentes) y el derecho a la consulta previa.

En su jurisprudencia inicial la Corte Constitucional sostuvo que este procedimiento consultivo sólo es obligatorio para los casos de explotación de recursos naturales. Esta delimitación la hace la Corte en sentencia C-160 de 2001, arguyendo que las prescripciones impuestas por el Convenio 169 OIT deben cumplirse de acuerdo al desarrollo constitucional y legal que haga cada Estado; según esto, sería claro que en Colombia solo es obligatoria la consulta en los casos de explotación de recursos, pues así lo dice la Constitución. Esta tesis es reiterada en la sentencia C-418 de 2002:

“En ese orden de ideas, la Corte, en la sentencia en cita [C-160/01], destacó que la Constitución sólo reconoce explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto de hecho previsto por el párrafo del artículo 330, a saber:

"La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades". (Corchetes añadidos)

Con fundamento en estos argumentos, algunas comunidades indígenas han librado batallas jurídicas, con un resultado relativamente exitoso; así, son relevantes los casos del proyecto Urrá (T-652 de 1998 M.P. Carlos Gaviria) y el renombrado caso u'wa (SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera), en los cuales se reconoció la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los grupos étnicos al pretermitir la consulta cuya realización era debida.

En jurisprudencia más reciente, la Corte amplió el ámbito de aplicación de la consulta previa para extenderla a todo tipo de decisiones que puedan tener una incidencia negativa en las comunidades indígenas, estableciendo una interpretación de la Constitución a la luz de lo previsto en el Convenio 169 de la OIT. Con fundamento en esta interpretación, declaró la inconstitucionalidad de la Ley Forestal porque en su trámite se omitió la consulta previa a las comunidades indígenas⁸⁶.

De todo lo anterior se colige que, antes de tomar cualquier decisión respecto de la comercialización y publicidad de los productos derivados de hoja de coca,

⁸⁶En la sentencia C-030 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) se reitera que el Convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad y que, según el artículo 6° de dicho instrumento, es obligatoria la realización de la consulta previa cuando se prevean medidas legislativas que afecten las comunidades indígenas. La ley forestal afecta estas comunidades, pues regula la explotación de los recursos existentes en el hábitat de diversos pueblos, por lo cual ésta debió consultarse con las comunidades indígenas del país para evitar ser considerada inconstitucional.

elaborados por comunidades indígenas, debió haberse consultado con dichas comunidades, toda vez que se trataba de una medida administrativa que afectaba al pueblo paez y otros pueblos de Huila y Tolima, pues, como se ha dicho repetidas veces, el proyecto “Coca Nasa” fue pensado como parte de una solución a los problemas económicos que han aquejado a estas comunidades. Si, como vimos en el epígrafe anterior, la decisión del INVIMA debió estar precedida de un procedimiento en el que se diera audiencia a los afectados, dicha exigencia se refuerza con el mandato constitucional de someter la medida restrictiva a la consulta previa con las comunidades indígenas productoras de alimentos y bebidas derivados de hoja de coca. La omisión de esta consulta constituye entonces un argumento adicional para sostener la inconstitucionalidad de la decisión del INVIMA.

Por último, cabe añadir que sería de suma importancia reconocer las obligaciones del Convenio 169 OIT. El Estado colombiano no puede seleccionar sin más, que elementos del derecho internacional quiere obedecer, pues ha sido sumamente diligente en cumplir el requerimiento de la JIFE, yendo más allá de lo requerido, a la vez que ha desconocido los preceptos del Convenio 169;⁸⁷.

3. Desconocimiento de la validez de la decisión de una autoridad indígena

El tercer problema formal que plantea la actuación del INVIMA radica en la manera en que se desconoce la autonomía de las autoridades indígenas, al pretender que una circular deje sin fuerza normativa un acto administrativo

⁸⁷ Sobre esta asimetría en el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte del Estado colombiano en este caso, llama la atención UPRIMNY YEPES, RODRIGO. *Mate al mate de coca*. En: http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?IdArt=101690; marzo 24 de 2007

expedido por aquellas. En este sentido, el INVIMA se comporta como si todas las autoridades indígenas fueran sus inferiores jerárquicos, cuyas actuaciones pueden ser revocadas por el superior simplemente emitiendo otro acto. Ahora bien, si en gracia de discusión aceptáramos que la resolución de la Unión de Cabildos Juan Tama es contraria a derecho, tendríamos que dilucidar qué vías debería elegir el INVIMA para que el acto de la Unión de Cabildos quedara sin fuerza.

Debemos considerar para esto que las decisiones de las autoridades indígenas también pueden recibir el carácter de actos administrativos. Tal y como lo ha admitido el Consejo de Estado⁸⁸. De esto se sigue que para los actos administrativos emanados de las autoridades indígenas también rigen las presunciones de legalidad y ejecutividad que cubren los actos de los demás sectores de la administración regidos por el derecho nacional. Esta presunción de legalidad significa que el acto debe entenderse como válido, mientras su nulidad no sea declarada por el juez competente. De hecho, la citada providencia califica la resolución de los cabildos como una injerencia arbitraria en las competencias atribuidas a otra autoridad; de aquí podríamos entender que es también una

⁸⁸ Sentencia del 23 de septiembre de 1999, sección tercera, sala de lo contencioso administrativo. C. P. Ricardo Hoyos Duque. En: *Compilación y selección de los fallos y decisiones de la jurisdicción especial indígena 1980-2006*. Consejo Superior de la Judicatura. ONIC. Bogotá. 2007. Pág. 764. En este fallo, un miembro de la comunidad kokonuco pide el cumplimiento de una resolución de los cabildos de Paletera, Kokonuco y Poblazón, en la que se ordena suspender la obra realizada por un contratista en territorio del resguardo, por considerar que las obligaciones impuestas en el acto que concedía la licencia ambiental al proyecto, no garantizaban la protección al medio ambiente. El alto tribunal señala que, no puede ordenar el cumplimiento de la decisión del cabildo, dado que éste es incompetente para revocar la licencia concedida por la Corporación Regional del Cauca, razón por la cual la decisión de la autoridad indígena es ilegal. Lo valioso de esta sentencia es la afirmación de la coexistencia de sistemas jurídicos paralelos y la rectificación que se le hace al juez de instancia, remarcando que las autoridades indígenas sí pueden expedir actos administrativos. En esta sentencia, si bien se dijo que “el ejercicio de la función legislativa, administrativa y judicial de los pueblos indígenas se limita a los asuntos de su territorio y en relación con los miembros de su propia comunidad.”, no se afirmó que la validez de sus decisiones se restringiera a los límites del resguardo.

injerencia arbitraria la que se puede realizar por parte de la administración al restringir los efectos de manera unilateral de los actos de autoridades indígenas.

Así pues, una posible solución al problema de cómo impugnar una actuación de las autoridades indígenas sería considerar que, tal y como sucede con los demás actos administrativos, debe acudirse al juez contencioso administrativo para obtener la nulidad del acto emanado por la autoridad indígena. No obstante, en nuestro sistema jurídico no existe claridad suficiente sobre los mecanismos de coordinación entre el sistema jurídico nacional y los sistemas jurídicos indígenas. Las únicas vías de coordinación claramente discernibles son, por un lado, la acción de tutela, a la que puede acudirse para impugnar actuaciones de las autoridades indígenas o estatales violatorias de derechos fundamentales; por otro lado, el plantear un conflicto de competencias ante el Consejo Superior de la Judicatura, pero esta última vía está reservada para las actuaciones de tipo jurisdiccional. También podría pensarse en la acción de definición de competencias que regula el artículo 88 del C.C.A como forma de coordinar el funcionamiento de ambos sistemas aunque, de igual modo nos deja sin una solución a la cual acudir para los eventos en que el acto ya se emitió y quiere dejársele sin fuerza. En este sentido, no parece claro, por una parte, que los actos emanados de las autoridades indígenas puedan ser impugnados a través de la acción de nulidad; tampoco se sabría bajo qué parámetros se debe juzgar la legalidad de un acto de la autoridad indígena, pues, si en materia jurisdiccional se ha dicho que no puede evaluarse la constitucionalidad de una decisión de la jurisdicción especial indígena con el mismo rasero con que se evalúan las

decisiones de los jueces ordinarios, no podría decirse que las autoridades indígenas están sometidas para su gestión y gobierno al Código Contencioso Administrativo, ya que esto eliminaría la autonomía para regirse de acuerdo a sus normas y procedimientos.

En nuestro ordenamiento podemos apreciar que existe un déficit de mecanismos de coordinación entre jurisdicción estatal e indígena. Así las cosas, si se busca que el acto de una autoridad indígena pierda vigencia, solo tenemos la alternativa de solicitar la revocatoria directa ante la autoridad que lo ha expedido. Con esto se daría un valor importante a la autonomía de las autoridades indígenas, pero, en caso de obtener una respuesta negativa quedaría cerrada cualquier vía ulterior de impugnación. Tal déficit podría ser colmado mediante la expedición de una ley de coordinación de la jurisdicción indígena de la que habla la Constitución en el artículo 246. Sin embargo, no deja de ser complicado regular este problema puntual en una ley; se necesita una fuente más dinámica, que mire la particularidad de cada caso, pues dadas las singularidades de los 84 pueblos indígenas de nuestro país, difícilmente podría hacerse la regulación a través de una fuente que tenga la vocación de abstracción y generalidad que caracteriza a las leyes⁸⁹. De otro lado, el intento de establecer una regulación sobre la materia debería ser consultado con todos los pueblos indígenas, para acercarse a la

⁸⁹ Opinión similar expresa la antropóloga ESTER SÁNCHEZ BOTERO, cuando se refiere a la inconveniencia de regular de manera generalizada el tema de la jurisdicción indígena-, al respecto afirma: “*Estas leyes enredan más que ayudar a fortalecer la diversidad étnica y cultural y el principio de autonomía, pues por la búsqueda de universales aplicables bajo el principio de que la ley es general y abstracta dejan de lado las particularidades y especificidades que son finalmente la gran riqueza*”. SÁNCHEZ, Op. Cit. Pág 41.

pluralidad de visiones del derecho que tienen nuestras comunidades y acatar el requisito constitucional de la consulta previa.

CONCLUSIONES

Si se atiende a la legislación que ha regido en nuestro país sobre la producción de hoja de coca, podemos apreciar que la represión a esta práctica sólo data del siglo veinte, en una línea que endurece cada vez más la lucha contra este cultivo. Sin embargo, también se pueden hallar respaldos normativos para la permisión de la producción, uso y consumo de hoja de coca. Así, encontramos que las formas de producción y consumo de esta planta por parte de las comunidades indígenas están permitidas por la Convención contra el tráfico de estupefacientes de 1988, y su protección viene además ordenada por el Convenio 169 de la OIT y la normatividad que protege el patrimonio cultural inmaterial.

La Convención contra el tráfico de estupefacientes permite los usos de la coca que cumplan con los requisitos de ser usos lícitos, tradicionales y acreditados históricamente. Se concluye aquí que la producción de bebidas gaseosas y alimentos a base de hoja de coca es un uso lícito pues no involucra la producción de estupefacientes. Así mismo se puede considerar que, si bien la producción de gaseosas e infusiones de coca no es una costumbre antigua de los pueblos indígenas, el uso protegido por la Convención es el consumo de hoja de coca, sobre la cual existe abundante evidencia histórica por parte de la antropología y la narrativa propia de los indígenas. Las formas que asuma dicho consumo son un elemento incidental de ésta práctica, que pone de manifiesto su carácter dinámico y, por tanto, deben ser igualmente protegidas si se quiere salvaguardar la pervivencia de esta manifestación cultural.

La postura del INVIMA según la cual la venta de estos productos de coca sólo está permitida en territorios indígenas, dado que el registro sanitario expedido por la autoridad indígena sólo es válido en sus territorios, se basa en una confusión entre el criterio territorial de asignación de competencias y el ámbito de validez de una decisión. Las decisiones de autoridades indígenas son válidas en todo el territorio y no deben restringirse los derechos de los indígenas a las fronteras del resguardo, pues se estaría fomentando un multiculturalismo de *ghettos*.

La circular del INVIMA, pese a la tesis sostenida por esta entidad, debe considerarse un acto administrativo susceptible de impugnación ante la jurisdicción contenciosa a través de una acción de nulidad, aunque puede pensarse en otras alternativas jurídicas como la acción de tutela o la solicitud de revocatoria. Además de los argumentos de fondo esbozados en este trabajo, también podría cuestionarse su validez por haber pretermitido el debido proceso administrativo, pues impuso una sanción sin proceder a notificar o dar audiencia a los afectados. Así mismo, porque omitió consultar previamente a las comunidades indígenas afectadas en atención a lo dispuesto en el artículo 330 de la Constitución y en el Convenio 169 de la OIT. Finalmente porque desconoce la autonomía jurídica de los pueblos indígenas al restringir de manera unilateral los efectos de una decisión tomada por sus autoridades indígenas.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO, MARIO y JORGE CHILD. *Coca-Coca*. Editorial Dos Mundos. Bogotá. 1986.
- ARIZA, LIBARDO JOSÉ. *Identidad indígena y Derecho estatal en Colombia*. Universidad Deusto. Bilbao. 2004.
- BETEGÓN, JERÓNIMO. "Sanción y coacción". En: *El derecho y la justicia*. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, FRANCISCO J. LAPORTA (Ed.). Madrid. Editorial Trotta. 1996.
- BONILLA MALDONADO, DANIEL. *La Constitución Multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2006
- BORRERO GARCÍA, CAMILO. *Multiculturalismo y derechos indígenas*, Bogotá, CINEP, GTZ, 2003
- CURTIDOR, DAVID. Documento inédito para ser presentado ante la OIT. 2008
- DÍAZ, AURELIO. *Hoja, pasta, polvo y roca. El consumo de los derivados de la coca*. Universitat Autònoma de Barcelona. Barcelona. 1998.
- FREUD, SIGMUND. *El malestar en la cultura*. Alianza editorial. Madrid. 2005.
- FOUCAULT, MICHEL. *Defender la Sociedad*. México. Fondo de Cultura Económica. 2000

- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Decima edición. Editorial Civitas. Madrid. 2000.
- GEERTZ, CLIFFORD. *La interpretación de las culturas*. Editorial gedisa. Barcelona. 1997.
- GEHLEN, ARNOLD. *Antropología filosófica*. Ediciones Paidós. Barcelona 1993
- HARRIS, MARVIN. *Vacas, cerdos, guerras y brujas*. Alianza editorial. Madrid 2006.
- HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. 1961. Trad. GENARO CARRIÓ. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1963.
- HENMAN, ANTHONY. *Mama Coca*. El Áncora Editores. Bogotá. 1980
- JULIÁN, ANTONIO. *De la celebrada planta llamada Hayo, por otro nombre Coca, pasto común de la nación Guagira*. Reseña preliminar de: MELO, JORGE ORLANDO. “La coca, planta del futuro” En: Revista Credencial Historia. Edición 158. Bogotá. 2003
- MOLANO BRAVO, ALFREDO, “Más Monsanto, menos país”, *El Espectador*, Semana del 18 al 24 de marzo de 2007, pág. 16A
- MONATERI, P. G. “Gayo, el negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental” En: *La Invención del Derecho Privado*. Estudio Preliminar de CARLOS MORALES DE SETIÉN RAVINA. Siglo del Hombre Editores. Bogotá. 2006
- MOSTERÍN, JESÚS. *Filosofía de la cultura*. Madrid, Alianza Editorial. 1993

- NINO, CARLOS SANTIAGO. *Introducción al análisis del derecho*. 1981. Editorial Ariel. Barcelona. Décima edición. 2001
- PAREKH, BHIKUH. *Repensando el multiculturalismo*. Trad, Sandra Chaparro. ISTMO, Madrid, 2005.
- PENAGOS, GUSTAVO. *El Acto Administrativo*. Ediciones Librería del profesional. Bogotá. 1980.
- PERAFÁN SIMMONDS, CARLOS CÉSAR. *Sistemas jurídicos Paez, Kogi, Wayuu y Tule*. Bogotá. Colcultura. 1995
- PERAFÁN SIMMONDS, CARLOS CÉSAR, et al. *Sistemas jurídicos Tukano, chamí, guambiano, sikuani*. Bogotá. Ministerio de Cultura. 2000.
- SAHLINS, MARSHALL. “Dos o tres cosas que sé acerca del concepto de cultura” En: *Revista Colombiana de Antropología*. N° 37 enero a diciembre de 2001. ICANH. Bogotá.
- SÁNCHEZ, BEATRIZ EUGENIA. “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena” En. GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (ED.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Tomo II*, Bogotá, Siglo del hombre, 2001
- SÁNCHEZ BOTERO, ESTER. *Derechos propios. Ejercicio de la jurisdicción indígena*. Procuraduría General de la Nación. Bogotá. 2004.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*,. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia, ILSA, 1999

- UPRIMNY YEPES, RODRIGO. *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. En DANIEL O'DONELL, INÉS MARGARITA UPRIMNY y ALEJANDRO VILLA (Comp) *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Bogotá. Oficina Alto comisionado de NU para los derechos humanos. 2001
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Las Drogas. Aspectos: Histórico, Sustantivo y Procesal*. Editorial Colegas. Medellín. 1989.

Páginas Web:

- <http://www.etniasdecolombia.org/actualidadetnica/detalle.asp?cid=4998;>
Consultada en enero 27 de 2008.
- <http://www.cocanasa.org>; Consultada en febrero 17 de 2008.
- ¹http://www.javeriana.edu.co/Facultades/comunicacion_lenguaje/directo_bogota/edicion6/vanguardias2.html. Consultada el 18 de febrero de 2008
- <http://www.esquinaabierta.com/tawaintisuyu/base/index.php?contenido=Publicacion&ID=21>. Consultada en febrero 18 de 2008
- <http://www.presidencia.gov.co/Ingles/mundo/mexico/2006/enero/23.htm>.
Consultada en febrero 18 de 2008.
- <http://www.esquinaabierta.com/tawaintisuyu/base/index.php?seccion=Reseña&contenido=Publicacion>. Consultada en febrero 18
- <http://www.drugtext.org/library/reports/cu/cu8.html>. Consultada en marzo 10 de 2008

Artículos en la Web

- UPRIMNY YEPES, RODRIGO. *Mate al mate de coca*. En: http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?IdArt=101690; marzo 24 de 2007
- VERGARA BALLEEN, ANDRÉS, et al. "Posibles implicaciones de la legalización del consumo, producción y comercialización de las drogas en Colombia" En: *Archivos de Economía*. Departamento Nacional de Planeación. 2003. Pág.10.http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DEE_Archivos_Economia/234.pdf. Consultada en marzo 13 de 2008

Jurisprudencia del Consejo de Estado

- Sentencia del Consejo de Estado del 26 de Octubre de 1995, Sección primera, Exp. 3088
- Sentencia del 23 de septiembre de 1999, sección tercera, sala de lo contencioso administrativo. C. P. Ricardo Hoyos Duque. En: *Compilación y selección de los fallos y decisiones de la jurisdicción especial indígena 1980-2006*. Consejo Superior de la Judicatura. ONIC. Bogotá. 2007. Pág. 764
- Sentencia del Consejo de Estado de abril 28 de 2005. Expediente: 17.103 C.P. Ruth Stella Correa Palacio

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

- Sentencia C-058 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia C- 176 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia T-778 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

- Comunicado de prensa N°1 de 2008. C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil

Conferencias

- MONTERO, OSCAR. *La hoja de Ayu*. Conferencia presentada en un coloquio en la Universidad de Antioquia el 31 de octubre de 2007.
- -PIÑACUÉ, JUAN CARLOS “De la espiritualidad a la transformación: Coca Nasa, un ejercicio de legislar desde el derecho propio en Colombia”, conferencia presentada en un coloquio el 31 de octubre de 2007 en la Universidad de Antioquia.