

Bogotá D.C., 18 de enero de 2019

Honorables Magistrados y Magistradas
Corte Constitucional
M.P. Cristina Pardo Schlesinger
E. S. D

Ref.: aclaración del alcance de los argumentos
expuestos en el incidente de nulidad contra la
sentencia T-357 de 2018.

Fabiola Piñacué Achicué y David Curtidor Argüello, parte accionante de la sentencia de tutela de la referencia, con el apoyo del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–, y de ELEMENTA Consultoría en Derechos S.A.S, identificados e identificadas como aparece al pie de nuestras firmas, aclaramos el alcance de los argumentos por los cuales solicitamos la nulidad de la sentencia T-357 de 2018 y los impactos negativos que una decisión en contrario tendría para la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente en materia del derecho a la autonomía de las comunidades étnicas y sobre el uso alternativo de la hoja de coca.

A lo largo del presente documento sostendremos que la Sala Séptima de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional incurrió en dos causales o requisitos materiales del incidente de nulidad: por un lado, cambio o modificación de la posición jurisprudencial sentada por la Corte Constitucional; por otro lado, omisión de asuntos de relevancia constitucional con efectos trascendentales en el fallo.

Frente a la primera causal, sostendremos que la Sala de Revisión modificó, de manera injustificada, el precedente sentado por la Corte Constitucional en materia de autonomía de los pueblos étnicos. Concretamente, consideramos que en la sentencia T-357 de 2018 no tuvo en cuenta las reglas jurisprudenciales conforme con las cuales se deben interpretar y aplicar los derechos fundamentales de los sujetos étnicos y que establecen que, ante las controversias suscitadas por su aplicación, es deber del operador judicial adelantar un juicio que vele por la maximización de los derechos y no por soluciones que inciten la segregación cultural, étnica o económicas de estos. En la sentencia que se impugna, por el contrario, la Sala de Revisión consideró, sin realizar juicio proporcional alguno, que los actos administrativos emanados por las autoridades indígenas, en relación con permisos para comercializar productos lícitos a base de hoja de coca, solo tienen efecto dentro de los territorios colectivos indígenas tradicionales y/o ancestrales. Esta solución representa, entonces, una interpretación

restrictiva y errónea de la jurisprudencia constitucional sobre la autonomía de las autoridades étnicas, que, como se dijo, llama por soluciones que garanticen la prevalencia de sus derechos fundamentales en un Estado pluralista y culturalmente diverso. De quedar en pie esta sentencia, se modificaría la forma de solucionar casos en los cuales se debaten los derechos fundamentales de poblaciones étnicas.

Frente a la segunda causal, sostendremos que la Sala de Revisión no tuvo en cuenta asuntos de relevancia constitucional relacionados con los derechos fundamentales de los pueblos étnicos. Consideramos, particularmente, que la Sala de Revisión no tuvo en cuenta dos asuntos. Por un lado, los estándares de derecho internacional que protegen el uso, la producción y la comercialización de la hoja de coca y productos lícitos derivados como parte de la identidad y del patrimonio biológico y cultural de los pueblos étnicos. Entre estas normas, que hacen parte de convenios o tratados efectivamente ratificados por Colombia, se encuentran el artículo 14 de la Convención de 1988, el artículo 23 del Convenio 169 de la OIT, el literal j) del artículo 8 de la Convención sobre Diversidad Biológica y el artículo 2 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Por otro lado, la Sala de Revisión dejó de analizar los principios constitucionales de pluralismo, igualdad y diversidad étnica y cultural y la condición de especial protección constitucional de los pueblos indígenas, los cuales resultan importantes al momento de resolver las controversias sobre la producción y comercialización de la hoja de coca y productos lícitos derivados por fuera de sus territorios. Así, de haber sido tenido en cuenta estos principios, se hubiese evitado una solución como la de la sentencia en debate, la cual, al limitar el comercio y la producción de la hoja de coca a los territorios indígenas, representa una carga discriminatoria y desproporcionada para nosotros y nuestra comunidad.

Este escrito está dividido en cuatro partes. En la primera retomamos brevemente los requisitos materiales y formales que ha establecido la Corte Constitucional frente al incidente de nulidad contra sentencias emitidas por las Salas de Revisión de dicha Corporación. En la segunda, aclaramos el alcance de los argumentos por los cuales consideramos que la sentencia T-357 de 2018 debe ser declarada nula; particularmente, resaltamos dos: el primero, cambio o modificación del precedente por parte de una sala de revisión y, el segundo, cuando de manera arbitraria se dejaron de analizar asuntos de relevancia constitucional con efectos trascendentales en el fallo. En la tercera señalamos las consecuencias negativas que una decisión desfavorable a la nulidad alegada tendría sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente con respecto a la autonomía de los pueblos indígenas y la producción económica alternativa de la hoja de coca. Finalmente, en la cuarta parte, con base en lo expuesto en las anteriores secciones, solicitamos respetuosamente la nulidad de la sentencia T-357 de 2018.

1. Breve recuento de los requisitos formales y materiales del incidente de nulidad contra sentencias de tutela proferidas por las Salas de Revisión de la Corte Constitucional

En varias providencias, la Corte Constitucional ha establecido las reglas por las cuales procede la nulidad de una sentencia tomada por sus magistrados, bien sea en procesos sobre revisión de fallos de tutela o en el control abstracto de constitucionalidad. En principio, la Corte ha aclarado que el incidente de nulidad es una solicitud extraordinaria contemplada en el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991. A pesar de que la norma en comento se limita a aquella que es alegada “antes de proferido el fallo”, su jurisprudencia ha precisado que tal posibilidad se extiende a procesos en donde ya se ha fallado, siempre que las irregularidades surjan en la misma sentencia. Esto, con el fin de garantizar la eficacia del derecho fundamental al debido proceso cuando es afectado por las mismas decisiones de la Corte¹. De este modo, concluye que la nulidad tiene una naturaleza excepcional y que, por ello mismo, procede ante situaciones que tengan una incidencia trascendental en la decisión emitida y afecten la prevalencia del derecho sustancial². En sus palabras:

“[d]ada la imposibilidad general de interponer una acción de tutela contra una sentencia de tutela y, menos aún si ésta es proferida por la Corte Constitucional, en caso de que se presenten irregularidades sustanciales que nacen de la providencia judicial, la única vía para corregirlas es la nulidad del fallo viciado”³.

De forma paralela a su naturaleza excepcional, la Corte ha indicado que la solicitud de nulidad debe estar acompañada, para su procedencia, de una serie de requisitos formales y materiales. Los requisitos formales, que hacen referencia a aquellos que deben concurrir para la admisibilidad del incidente, son la temporalidad⁴, la legitimación en la causa⁵ y el deber de argumentación⁶. Vale aclarar que, en este caso concreto, dichos requisitos fueron cumplidos, pues la solicitud se presentó dentro del término legal de tres días después de

¹ Corte Constitucional, Auto 353 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

² De acuerdo con el artículo 228 de la Constitución Política: “*La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo*” (negritas nuestras).

³ Corte Constitucional, Auto 111 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴ El requisito de temporalidad exige presentar el incidente dentro de los 3 días siguientes a la notificación del fallo adoptado por la Corte Constitucional. Ver, Corte Constitucional, Auto 163A de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁵ El requisito de legitimidad en la causa da la posibilidad a quien sea parte de la *litis* y a aquellos que, como coadyuvantes de cualquiera de los extremos enfrentados, tengan un interés en el resultado del proceso adelantar el incidente de nulidad. La Corte Constitucional ha señalado expresamente que, a pesar de que el principio del interés legítimo pertenece a las partes, puede ocurrir que un determinado caso tal interés pueda predicarse de un tercero, evento en el cual podría intervenir en el proceso, pues así se encuentra contemplado en los artículos 13 y 16 del Decreto 2591 de 1991. Sobre ello, ver, entre otras providencias, Corte Constitucional, sentencia SU-658 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos, y autos A-025 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, A-186 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa, y el reciente A-320 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁶ El requisito de argumentación exige que la solicitud de nulidad de una sentencia de constitucionalidad deba estar argumentada de forma seria y coherente, expresar la causal de nulidad invocada, los preceptos constitucionales vulnerados y su relación con el fallo emitido, y, de manera particular, la vulneración al debido proceso. Ver, Corte Constitucional, Auto 290 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos.

notificada la sentencia⁷, fue adelantada por quienes hacemos parte activa de la *litis* y en ella se señalaron de manera clara las razones por los cuales procedía la nulidad del fallo. Con todo, en los siguientes apartados se aclarará el alcance de los argumentos expuestos en el incidente oportunamente presentado, ya que, debido a la grave violación al derecho fundamental al debido proceso, resulta preciso que la Corte tenga un claro panorama de la inconstitucionalidad alegada.

Por otra parte, el Alto Tribunal en lo constitucional ha identificado los requisitos materiales por las cuales se materializa la violación al debido proceso en las decisiones de esta Corporación⁸. Estos requisitos, que a su vez son específicos y cualificados, son:

- (i) Cuando una sala de revisión modifica o cambia el criterio de interpretación o la posición jurisprudencial sentada por la Corte Constitucional frente a una misma situación jurídica.
- (ii) Cuando las decisiones no sean tomadas por la mayoría legalmente establecidas.
- (iii) Cuando se presenta una incongruencia entre la parte motiva y la resolutive del fallo, generando incertidumbre con respecto a la decisión tomada.
- (iv) Cuando la parte resolutive de una sentencia da órdenes a particulares que no fueron vinculados o informados del proceso.
- (v) Cuando la sentencia proferida por una sala de revisión desconoce la cosa juzgada constitucional, toda vez que ello significaría extralimitar el ejercicio de sus funciones.
- (vi) Cuando, de manera excepcional, se omita el examen de ciertos argumentos y pretensiones de la demanda, o de defensas propuestas por la parte accionada, lo cual llegue a configurar la violación del debido proceso⁹.
- (vii) Cuando de manera arbitraria se dejan de analizar asuntos de relevancia constitucional que tienen efectos trascendentales para el sentido de la decisión¹⁰.

Habiendo expuestos los requisitos formales y materiales del incidente de nulidad, pasaremos a aclarar los argumentos por los cuales consideramos que esta procede en el caso de la referencia.

2. Causales de nulidad que debe tener en cuenta la Corte Constitucional al momento de abordar el estudio del presente incidente

⁷ La sentencia T-357 de 2018 se nos fue notificada, vía correo electrónico, el viernes 7 de septiembre de 2018, y el incidente de nulidad radicado el 12 de septiembre de 2018, por ende, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia.

⁸ Estos requisitos materiales han sido reiterados en múltiples autos de la Corte; ver, entre otros, el Auto 020 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Recientemente, la Corte ha fijado siete causales por las cuales procede la nulidad de fallos de tutela; para ello, ver el Auto 320 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁹ Corte Constitucional, Auto 031A de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Esta providencia ha sido ampliamente reiterada por la Corte Constitucional.

¹⁰ Esta causal de nulidad fue expuesta de manera expresa por la Corte Constitucional en el Auto 320 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, con fundamento en los Autos 031A de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, y A-223 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Consideramos que la sentencia T-357 de 2018 cumple, por los menos, con dos requisitos materiales que hacen procedente la declaratoria de nulidad de la sentencia: i) cuando una Sala de Revisión cambia o modifica la posición jurisprudencial sentada por la Corte Constitucional, y ii) cuando de manera arbitraria se dejaron de analizar asuntos de relevancia constitucional con efectos trascendentales en el fallo. Por ello, en esta sección ahondaremos en explicar las razones por las cuales se incurrió en las causales antes mencionadas.

2.1. La sentencia T-357 de 2018 cambió el precedente sentado por la Corte Constitucional en materia de autonomía de los pueblos étnicos

En esta parte desarrollaremos las razones por las cuales consideramos que la Sala Séptima de Revisión, mediante la sentencia T-357 de 2018, modificó, de manera arbitraria e injustificada, el precedente relativo a la autonomía de los pueblos étnicos, el cual ha sido ampliamente reiterado y desarrollado por la Corte Constitucional. Particularmente, consideramos que la Sala de Revisión no aplicó las reglas jurisprudenciales conforme con las cuales, ante las controversias suscitadas por la aplicación de los derechos fundamentales de los sujetos étnicos, es deber del operador judicial adelantar un juicio que vele por la armonización de derechos y no por soluciones que inciten la segregación cultural, étnica o económica de estos. En la sentencia que se impugna, en cambio, la Sala de Revisión consideró que los actos administrativos emanados por la Asociación de Cabildos “Juan Tama”, en relación con permisos para comercializar productos lícitos a base de hoja de coca, solo tienen efecto dentro de los territorios colectivos indígenas tradicionales y/o ancestrales; luego, la producción, fabricación y venta de dichos productos por fuera de sus territorios debe contar con un registro sanitario expedido por el INVIMA y puede ser objeto de prohibición y/o censura por parte de las autoridades sanitarias. Este razonamiento surge, entonces, de una interpretación restrictiva y errónea de la jurisprudencia constitucional sobre la autonomía de las autoridades étnicas, que llama por soluciones que garanticen la prevalencia de sus derechos fundamentales en un Estado pluralista y culturalmente diverso.

Para explicar el cumplimiento de esta causal de nulidad, reseñaremos, en primer lugar, sus particularidades conforme a lo expuesto por la Corte en su jurisprudencia. Luego, expondremos cómo, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Constitucional ha entendido la facultad de las autoridades étnicas de emitir actos administrativos, con efecto tanto dentro como por fuera de sus territorios, como corolario del derecho fundamental a la autonomía y autogobierno de los pueblos. De esta manera, en caso de conflicto entre este derecho y otros del mismo rango constitucional, es deber del juez de tutela armonizar los principios constitucionales enfrentados sin desmedro de las garantías fundamentales de los sujetos étnicos. Posteriormente, argumentaremos que en la sentencia T-357 de 2018 no se aplicó el precedente en la materia y se optó por fórmulas que desfiguran la unidad en la diversidad que pregona la Constitución Política, por lo cual se transformó el precedente relacionado con la autonomía de los pueblos étnicos, como sujetos de especial protección constitucional, y la manera de resolver las controversias derivadas de su aplicación.

Finalmente, señalaremos que el precedente constitucional con respecto a las reglas de interpretación de la autonomía de los pueblos étnicos es tan claro que el propio Consejo de Estado lo aplicó en la sentencia que anuló la alerta sanitaria emitida por el INVIMA, la cual advertía la ausencia de registro sanitario para productos lícitos provenientes de la hoja de coca. De esta forma, señalamos que una aplicación adecuada del precedente debió derivar en una conclusión análoga a la expuesta por el Consejo de Estado en el fallo de 18 de junio de 2015, emitido dentro del expediente 11001-03-24-2011-00271-00.

2.1.1. Cambio de precedente o modificación de la posición jurisprudencial sentada por la Corte Constitucional como requisito material del incidente de nulidad

Para comenzar, según la interpretación de la Corte Constitucional del artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, cuando una Sala de Revisión cambia o modifica el precedente sentado en su jurisprudencia se desconoce el principio del juez natural y vulnera el derecho a la igualdad, pues es la Sala Plena de la Corte quien tiene dicha competencia¹¹. Esta situación, por consiguiente, configura una vulneración del derecho fundamental al debido proceso y da paso a la nulidad del fallo.

Con el fin de darle contenido a este requisito del incidente de nulidad, la Corte ha definido sus presupuestos y cómo se debe entender el cambio de precedente o jurisprudencia. Con respecto a sus presupuestos, la Corte definió los siguientes:

- (i) Que la sentencia objeto de solicitud de nulidad acoja una interpretación contraria a una línea jurisprudencial establecida por la Corte Constitucional, definida de manera reiterada y uniforme en varias sentencias y que esta no haya sido modificada por la Sala Plena.
- (ii) Que entre unas decisiones y otras exista identidad de presupuestos fácticos.
- (iii) Que la diferencia en la aplicación del ordenamiento jurídico conlleve que la resolución adoptada en la sentencia atacada sea diferente a la que se venía adoptando¹².

Con respecto al concepto cambio de precedente, la Corte indicó que este tiene lugar cuando hay *jurisprudencia en vigor*, es decir, en el caso que las decisiones anteriores han dejado “*un sustrato de interpretación judicial que permite inferir criterios mínimos de alguna manera reiterados por la Corte en cuanto al alcance de las normas constitucionales aplicables y en lo relativo a la solución de controversias planteadas en los mismos términos*”¹³. En consecuencia, el cambio de jurisprudencia no puede obedecer al arbitrio del juez ni al voluntario olvido del reiterado sentido que se ha venido dando a decisiones judiciales sobre circunstancias similares. Si esto sucediera, las reglas mínimas que llenan de certidumbre a

¹¹ Corte Constitucional, Auto 053 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹² Ibidem.

¹³ Corte Constitucional, Auto 013 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

los asociados del Estado sobre el alcance de las normas jurídicas que regulan sus relaciones, como sobre la forma de solucionar conflictos entre derechos constitucionales, se quebraría y con ello la garantía supralegal a la igualdad.

Si bien el cambio de precedente es una causal de nulidad reconocida por la Corte, es cierto también que esta Corporación ha reconocido que este puede ser modificado por la Sala Plena si se trata de: “i) integrar cambios que el constituyente introduzca en la normatividad; ii) la evolución que vayan mostrando los hechos de la vida en sociedad y iii) los nuevos enfoques que promuevan el desarrollo del pensamiento jurídico”¹⁴. En todo caso, en estas circunstancias es deber de la sala argumentar que la nueva postura es mejor que la anterior y supera la afectación de los derechos a la igualdad, la seguridad jurídica, la confianza legítima, la libertad individual y el debido proceso.

2.1.2. Los actos administrativos expedidos por autoridades indígenas son manifestaciones de la autonomía de los pueblos y su aplicación e interpretación tienen protección constitucional reforzada

En principio, la Constitución Política de 1991, reconocida por su enfoque pluralista y por ser garante de derechos fundamentales, consagra el reconocimiento de las autoridades indígenas, al igual que su autonomía, jurisdicción, territorios, normas y procedimientos propios. Su articulado se encarga de mencionar de manera general las facultades que se les otorga, las cuales apuntan a fortalecer, en el marco de un Estado multicultural moderno, la autonomía de los pueblos y comunidades étnicas. En esta misma línea, varias leyes reconocen de manera particular y concreta la naturaleza administrativa de las entidades territoriales indígenas y el poder que en virtud de esta condición se les confiere a sus autoridades tradicionales.

En primer lugar, en lo que se refiere al carácter de entidades territoriales que tienen los territorios indígenas, el artículo 286 establece que “*son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas*” (subrayas nuestras). A su tiempo, el artículo 287 establece que “*las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses*”, por lo cual tendrán los derechos, entre otros, de gobernarse por autoridades propias y ejercer las competencias que les correspondan.

A parte del poder judicial reconocido a las autoridades de los pueblos indígenas en el artículo 246 superior, que ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia¹⁵, el artículo 330 dispone que serán gobernados por consejos que se

¹⁴ Corte Constitucional, Auto 131 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Providencia reiterada en el Auto 208 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁵ Ver, entre otras, las siguientes sentencias por tratarse de providencias hitos dentro de la línea jurisprudencial constitucional sobre poder judicial indígena, Corte Constitucional, T-208 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

reglamentarán por los usos y costumbres de sus comunidades, confiriéndoles la facultad para ejercer las siguientes funciones:

- (i) Velar por la aplicación de las normas sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios;
- (ii) Diseñar políticas, planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo;
- (iii) Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución;
- (iv) Percibir y distribuir sus recursos;
- (v) Velar por la preservación de los recursos naturales;
- (vi) Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio;
- (vii) Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional;
- (viii) Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integre, y las demás que señalen la Constitución y la ley.

Luego, a partir de la Constitución Política, se puede concluir que las entidades territoriales indígenas, representadas por sus autoridades tradicionales, son verdaderas autoridades administrativas capaces de regular y administrar los asuntos dentro de su territorio. Lo anterior, en el marco de un diálogo con el resto de entidades gubernativas que integran el Estado colombiano y atendiendo, de forma armónica, al conjunto de principios y normas que conforman el ordenamiento jurídico nacional. Por ello, los actos administrativos que emitan son manifestaciones de su autonomía y, como tal, gozan de presunción de legalidad.

En desarrollo del texto constitucional, la ley reconoce el carácter administrativo de los territorios indígenas y la capacidad de estos de conformar incluso asociaciones de derecho público. Por ejemplo, la Ley 80 de 1993, encargada de regular el marco general de contratación de la Administración Pública, establece que por entidades estatales se entiende “[l]a Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas, y los municipios (...)” (subrayas nuestras). A su vez, el Decreto 1088 de 1993 reconoce en el artículo 3° que los cabildos y las autoridades indígenas, en representación de sus respectivos territorios, pondrán formar asociaciones. Estas, para el cumplimiento de su objeto, que no es otro que el desarrollo integral de las comunidades indígenas, podrán adelantar actividades de carácter industrial y comercial y fomentar en sus comunidades proyectos de salud, educación y vivienda en coordinación con las respectivas autoridades nacionales, regionales o locales.

Igualmente, en desarrollo de la autonomía administrativa de los pueblos, el Decreto 1953 de 2014 creó un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los territorios indígenas

respecto de la administración de algunos de sus asuntos, para que con ello se pueda “*proteger, reconocer, respetar y garantizar el ejercicio y goce de los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas al territorio, autonomía, gobierno propio, libre determinación, educación indígena propia, salud propia, y al agua potable y saneamiento básico, en el marco constitucional de respeto y protección a la diversidad étnica y cultural*”¹⁶.

Ahora bien, a la luz de las normas constitucionales, la Corte ha definido las reglas bajo las que se interpreta el derecho de los pueblos indígenas a regular sus asuntos e intereses, y el análisis que debe adelantar con el fin de resolver las controversias *iusfundamentales* derivadas de la aplicación de la autonomía indígena.

En la sentencia T-601 de 2011¹⁷, la Corte Constitucional resumió las aristas que definen el principio y derecho constitucional a la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas de acuerdo con la línea jurisprudencial elaborada hasta el momento. Por un lado, reiteró que las facultades otorgadas a las comunidades indígenas en el artículo 286 superior deben entenderse no solo en consonancia con los derechos territoriales y el derecho a la consulta previa, sino también con las otras tantas disposiciones que amparan las manifestaciones de la cultura e identidad diferenciada de los sujetos étnicos, como la lengua, el patrimonio arqueológico, el concepto de territorio, etc. Posteriormente, señaló que el citado artículo 330 constitucional faculta a las autoridades indígenas a darse y conservar sus normas de acuerdo con su visión de mundo, alternativas de desarrollo y proyecto de vida, y a adoptar las decisiones internas o locales que estime convenientes para la consecución de estos fines. No obstante, aclaró que dichas garantías deben leerse a la luz de ciertos criterios de interpretación constitucional para la solución de las controversias derivadas de su aplicación; entre estos, el principio de maximización de la autonomía territorial, por medio del cual, *prima facie*, los derechos de los pueblos indígenas tienen una dimensión de mayor protección. De esta forma, sostuvo la Corte, el principio de autonomía, como criterio de interpretación constitucional, se concreta en los siguientes principios derivados:

- *Principio de maximización de las autonomías de las comunidades indígenas o de minimización de las restricciones a su autonomía*: de acuerdo con el cual las restricciones a la autonomía indígena solo son admisibles cuando sean necesarias para salvar un interés de mayor jerarquía y sean las menos gravosas frente a cualquier otra medida para la autonomía de las comunidades¹⁸. Este cálculo debe hacerse teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada caso.
- *Principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos*: en virtud del cual el respeto al principio de autonomía debe ser mayor cuando el juez constitucional deba resolver un conflicto entre miembros de una misma comunidad indígena que

¹⁶ Decreto 1953 de 2014. Artículo 1º

¹⁷ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁸ Esta regla fue esgrimida por la Corte Constitucional en las sentencias T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, y SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

cuando se vean involucradas personas de culturas diferentes, pues esto último implica armonizar las diferencias culturales en tensión¹⁹.

- *Principio de a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía:* conforme al cual se debe reconocer una mayor autonomía a los grupos étnicos que conservan sus usos y costumbres tradicionales que aquellos que ya no lo hacen y, por tanto, deben regirse en mayor medida por las leyes ordinarias. Este principio, como lo dispuso la sentencia T-514 de 2009²⁰, no puede entenderse como una autorización para desconocer el derecho a la autonomía territorial, sino que debe interpretarse como “*una descripción sobre el estado actual de los usos y costumbres de los pueblos aborígenes, que tiene como consecuencia la mayor o menor necesidad de traducción de los sistemas jurídicos tradicionales en categorías occidentales o viceversa*”. Luego, lo que debe tener en cuenta el juez constitucional es el mayor grado de cuidado al momento de interpretar las disposiciones internas de una comunidad que tiene una alta conservación cultural en comparación a aquellas que han adoptado y asumido instituciones propias o similares al derecho mayoritario.

Por lo anterior, la Corte ha señalado que el principio de autonomía de los pueblos indígenas no implica una declaratoria de independencia de dichos territorios, sino que, por el contrario, revela la necesidad de conciliar la autonomía reconocida por la Constitución con el resto de normas constitucionales y legales del derecho ordinario. Lo anterior, a través de la creación de mecanismo de concertación y coordinación que permitan un diálogo entre la cultura institucional del Estado y las de los pueblos indígenas. Ello se ha expresado en los siguientes términos:

*“Así, la labor del juez constitucional tiene por objetivo determinar en qué circunstancias la autonomía debe aplicarse sin más limitaciones que las ya mencionadas o cuándo es necesario realizar la conciliación entre los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y los de quienes se encuentran sujetos al ordenamiento jurídico ordinario”*²¹.

Paralelo a lo anterior, la Corte ha definido en su jurisprudencia las facultades de los pueblos indígenas derivadas del derecho al autogobierno. En la sentencia T-973 de 2009²² señaló que el derecho de los pueblos indígenas a ser gobernados por sus propias autoridades tradicionales se traduce en la facultad de: i) crear la modalidad de gobierno que debe regir a las comunidades; ii) establecer las funciones que les corresponden a las autoridades de acuerdo con las costumbres tradicionales y los límites que señale la ley; iii) definir los requisitos para acceder a estos cargos; iv) establecer los procedimientos de elección de sus

¹⁹ Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz y SU-510 de 1998, Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁰ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-530 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²² M.P. Mauricio González Cuervo.

miembros, y v) limitar las instancias internas de decisión de los conflictos electorales y judiciales. De allí que se pueda concluir, tal como lo hace la Sección Primera del Consejo de Estado en el fallo de 18 de junio de 2015, dentro del expediente 2011-00271-00, o como lo reconoce el Consejo Superior de la Judicatura en un texto sobre fallos y resoluciones de la jurisdicción especial indígena²³, que las decisiones emitidas por las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas se tratan de actos administrativos con efectos jurídicos amplios y no necesariamente circunscritos al ámbito territorial ni a cuestiones relacionadas con este. Así, por ejemplo, se destacan decisiones indígenas en temas tan diversos como educación²⁴, territorio²⁵, paz²⁶, identidad²⁷ y autoridad²⁸, con efectos que exceden las márgenes de los territorios étnicos.

Estas facultades, no obstante, han de ser conciliadas y coordinadas en caso de conflictos y/o superposición de funciones con otras entidades del Estado, conforme a criterios normativos que llamen a la articulación y armonización de ambas jurisdicciones. Por esta razón, expone claramente la Corte en el caso de la jurisdicción especial indígena, donde aún hoy el legislador no ha previsto la forma de coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, que:

*“la ausencia de esa ley no es óbice para la procedencia de la jurisdicción indígena, lo que comporta que en cada caso particular en que se presenten conflictos de competencia corresponderá al juez avanzar en la superación de las dificultades que se derivan de la ausencia de criterios normativos de articulación”*²⁹.

De forma que, antes de optar por decisiones que inciten la segregación o la imposición de los valores encarnados en la sociedad mayoritaria, la Corte Constitucional ha optado por formulas conciliatorias, propias de un Estado social de derecho, diverso, plural y multicultural, que habían garantizado la efectividad de los derechos constitucionales consagrados a favor de los pueblos indígenas.

2.1.3. La Sala Séptima de Revisión, a través de la sentencia T-357 de 2018, no aplicó las reglas conforme con las cuales deben solucionarse las controversias derivadas de la aplicación de los derechos de los pueblos étnicos, lo cual constituye un arbitrario e injustificado cambio de precedente en la materia

²³ Consejo Superior de la Judicatura. *Compilación y Selección de los fallos y decisiones de la Jurisdicción Especial Indígena 1980-2006*, 2006. Disponible en: <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/lecciondefallos.pdf>

²⁴ Ibidem, pp. 19-35.

²⁵ Ibidem, pp. 111-146.

²⁶ Ibidem, pp. 46-110.

²⁷ Ibidem, pp. 39-45.

²⁸ Ibidem, pp. 3-18.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-552 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En este caso, la Corte Constitucional consideró en la sentencia impugnada que los actos administrativos emanados por la Asociación de Cabildos “Juan Tama”, en relación con permisos para comercializar productos lícitos a base de hoja de coca, solo tienen efecto dentro de los territorios colectivos indígenas tradicionales y/o ancestrales; luego, la producción, fabricación y venta de dichos productos por fuera de sus territorios debe contar con un registro sanitario expedido por el INVIMA y puede ser objeto de prohibición y/o censura por parte de las autoridades sanitarias. Teniendo esta situación en cuenta, en lo siguiente argumentaremos que este razonamiento surge de una interpretación restrictiva y, por ende, errónea de la jurisprudencia constitucional sobre la autonomía de las autoridades étnicas, lo cual, además, llevó a la Sala Séptima de Revisión a no advertir la vulneración de nuestros derechos fundamentales y a configurar un claro e injustificado cambio de precedente en la materia.

Esta falla de alta relevancia constitucional, por afectar el derecho al debido proceso y limitar las fórmulas de interpretación y aplicación de la autonomía indígena, se evidencia particularmente en dos circunstancias. Por un lado, en el hecho de que la Sala de Revisión estaba llamada a entender el poder administrativo de las autoridades indígenas en el marco de un Estado incluyente y diverso que busca la conciliación de los derechos y principios eventualmente en conflicto. El contenido de la sentencia T-357 de 2018 demuestra, por el contrario, que la Sala de Revisión realizó una interpretación restrictiva del derecho a la autonomía y autogobierno de los pueblos indígenas y, con base en ella, limitó los efectos del registro sanitario especial que autorizaba la elaboración y comercialización de productos lícitos a base de coca a los territorios del pueblo Nasa. Esta solución transforma, a todas luces, el poder administrativo de las autoridades tradicionales indígenas y la manera en la cual la Corte Constitucional ha interpretado y aplicado sus derechos fundamentales.

Vale recordar que, por ejemplo, en la sentencia T-601 de 2011³⁰, la Corte Constitucional, con el fin de salvaguardar el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas y la eficacia de sus decisiones administrativas, limitó los efectos de un plan de desarrollo municipal que permitía la constitución de juntas de acción comunal dentro del territorio étnico, puesto que las autoridades indígenas ya se habían referido formalmente en contra de su constitución. Reiterando así el principio de interpretación constitucional conforme con el cual se debe propender por la maximización de la autonomía indígena. Y que, en la sentencia T-973 de 2009³¹, la Corte limitó la intervención de las entidades gubernamentales en las decisiones autonómicas de los pueblos indígenas y llamó la atención acerca de la importancia de proponer fórmulas de arreglo armónicas antes los conflictos derivados de la aplicación del poder administrativo en cabeza de los sujetos étnicos.

³⁰ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³¹ M.P. Mauricio González Cuervo.

Por otro lado, el cambio de precedente se revela en el hecho de que tampoco halló fórmulas de solución proporcionales ante las controversias jurídicas desatadas por el acto administrativo que autorizaba el uso, producción y comercialización de sustancias lícitas a base de hoja de coca en el territorio nacional. Como se puso de presente arriba (parte 2.1.2³²), la búsqueda de una solución proporcional, coordinada y respetuosa de los derechos fundamentales de los pueblos étnicos, especialmente cuando estos entran en colisión con otros derechos del mismo rango constitucional, es una regla jurisprudencial ampliamente reiterada por la Corte Constitucional en sus fallos. Por lo tanto, al determinar el resuelve de la sentencia T-357 de 2018 que el registro sanitario especial que autorizaba la elaboración y comercialización de productos derivados de la hoja de coca solo tenía efectos dentro del territorio indígena nasa, requiriendo por demás cumplir las medidas exigidas de manera indiferenciada por el INVIMA, la Sala Séptima de Revisión vació de contenido la jurisprudencia constitucional que establece la manera de interpretar y aplicar los principios relativos a la autonomía indígena y que constantemente instan por la solución armónica y coordinada de los conflictos entre derechos constitucionales de un mismo rango.

Aún más, como se constata en la sentencia impugnada, en ningún momento la Sala Séptima de Revisión hizo mención, aplicó o desarrolló las reglas jurisprudenciales elaboradas por la Corte sobre la manera de realizar un juicio constitucional de estos asuntos. Esta omisión se llevó a cabo sin justificación alguna, de forma tal que se constata además ausencia de argumentos que la fundamenten de manera consistente, la solución adoptada por la Sala de Revisión en la sentencia T-357 de 2018.

Así pues, al modificar la forma de solucionar los conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la autonomía indígena, y al interpretar de manera restrictiva los efectos de los actos administrativos emanados por las autoridades étnicas, la Sala Séptima de Revisión, por medio de la sentencia T-357 de 2018, hizo uso de las competencias de la Corte Constitucional en pleno, toda vez que ella es la única encargada de modificar la jurisprudencia en vigor sobre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y la manera de solucionar los conflictos derivados de su aplicación. Esto representa, entonces, un cambio injustificado y arbitrario del precedente, lo que comporta una violación grave al debido proceso.

2.1.4. El precedente de la Corte Constitucional sobre la autonomía de los pueblos étnicos resulta tan consistente y reiterado que el mismo Consejo de Estado lo aplicó en la sentencia que anuló la alerta sanitaria emitida por el INVIMA con respecto a los productos lícitos a base de hoja de coca

El Consejo de Estado, en fallo de 18 de junio de 2015 dentro del expediente 2011-00271-00, anuló la alerta sanitaria emitida por el INVIMA que censuraba la comercialización de productos lícitos a base de hoja de coca por fuera de los territorios indígenas. Para llegar a

³² Ver, especialmente, Corte Constitucional, sentencias T-552 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-601 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, y T-530 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

esta decisión, hizo referencia al precedente reiterado por la Corte Constitucional con respecto a la autonomía e identidad cultural de los pueblos étnicos, que, como se ha venido mencionando y que establece reglas claras a la hora de interpretar y dar solución a las controversias suscitadas por su aplicación. Si la Sala Séptima de Revisión hubiese seguido esta misma línea, la conclusión a la que hubiera llegado sería, por lo menos, análoga a la emitida por el Consejo de Estado, sin embargo no lo hizo y esto ocurrió de manera injustificada.

En su fallo, el Consejo de Estado encontró que, con base en la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional con respecto al principio de identidad cultural, la alerta sanitaria del INVIMA “*no solo se encuentra falsamente motivad[a], sino que contraría la Constitución Política y los Pactos Internacionales debidamente acogidos por Colombia*”. Luego, la decisión de retirar del ordenamiento jurídico el acto del INVIMA obedeció al conjunto de principios y derechos reconocidos por la Constitución Política a los pueblos étnicos, los cuales promueven y respetan la igualdad, el desarrollo económico y la identidad cultural de estos sujetos en todo el territorio nacional, y no solo en sus tierras colectivas.

Asimismo, el Consejo resaltó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en advertir que la autonomía de las comunidades indígenas no se limita a los territorios oficialmente reconocidos como *entidades territoriales indígenas*. Por el contrario, la autonomía indígena es una manifestación de los principios de autodeterminación de los pueblos y de diversidad étnica y cultural, a través del cual se impone al Estado el deber de proteger y salvaguardar las plurales formas de vida y sistemas de comprensión del mundo. De este modo, resaltó que las limitaciones a la autonomía de las comunidades indígenas solo pueden presentarse cuando estén dirigidas a evitar “*la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad*”³³; lo cual, al tenor de lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, implica realizar un juicio acerca de los derechos fundamentales y principios constitucionales en colisión y la manera de garantizar su eficacia y el peso relativo de cada uno de ellos en el caso en concreto.

Aquí resulta justo señalar que el precedente de la Corte Constitucional sobre los casos límites del derecho fundamental a la autonomía indígena y la manera de resolver los conflictos derivados de su aplicación es tan claro que tanto las consideraciones como el resuelve del fallo del Consejo de Estado se sustentaron en la línea jurisprudencial trazada en la materia. En primer lugar, la Sección Primera del Consejo de Estado trae a colación la sentencia T-254 de 1994³⁴, en la que se sostiene que la autonomía jurisdiccional indígena resulta prevalente frente a normas legales dispositivas. Después, hace mención de la sentencia T-349 de 1996³⁵, a través de la cual la Corte Constitucional esgrime el principio de maximización de la

³³ Corte Constitucional, sentencia SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁴ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁵ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

autonomía, es decir, el deber de las autoridades de respetar al máximo la autonomía indígena y de limitar su aplicación frente a lo *verdaderamente intolerable*, sin perjuicio de establecer consensos interculturales de la mayor amplitud posible. Asimismo, citó la sentencia SU-510 de 1998³⁶, en donde la Corte establece que las limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas solo opera cuando estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios contra la dignidad humana. Posteriormente, hizo referencia a la sentencia T-514 de 2009³⁷, por medio de la cual la Corte concluyó que los límites a la autonomía están dados por: 1) el núcleo duro de los derechos humanos; 2) el principio de legalidad como garantía del debido proceso; y 3) los derechos fundamentales en tanto mínimos de convivencia social. Por último, citó las sentencias T-1253 de 2008³⁸ y T-514 de 2009³⁹, en donde el alto tribunal constitucional sostuvo que existen ámbitos de la autonomía indígena en los cuales la intervención de órganos externos a las comunidades resulta nociva, pues puede aumentar las tensiones entre las facciones de una comunidad o generar el rompimiento definitivo de sus relaciones y diálogos. Por lo anterior, resalta el Consejo de Estado que, en su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha optado por proteger la autonomía de las comunidades, sin acoger la posición de una de las partes en disputa, sino promoviendo el agotamiento de nuevos espacios de participación y solución de conflictos de cara a los principios fundantes del Estado social de derecho.

De esta forma, lo resuelto por la Sección Primera del Consejo de Estado, en providencia de 18 de junio de 2015, evidencia que la sentencia T-357 de 2018, emitida por la Sala Séptima de Revisión, se aparta del precedente elaborado por la misma Corte Constitucional en varias sentencias. Particularmente, se aparta de la jurisprudencia que reconoce y protege la autonomía e identidad cultural de los pueblos étnicos en un Estado, cuya Carta Política, respeta la diversidad y pluralidad de su población y promueve el agotamiento de espacios de participación y solución de conflictos. Por esto, al no aplicar la jurisprudencia en vigor sobre el derecho a la autonomía de las comunidades indígenas, que ha sido tan clara que el propio Consejo de Estado lo desarrolló en su sentencia, se cumple con el requisito material para la nulidad de la sentencia T-375 de 2018, pues *la Sala de Revisión Séptima cambió injustificadamente la posición jurisprudencial sentada por la Corte Constitucional*.

2.2. En la sentencia T-357 de 2018 la Sala de Revisión dejó de analizar asuntos de relevancia constitucional con efectos trascendentales en el sentido del fallo

En esta parte desarrollaremos las razones por las cuales consideramos que la Sala Séptima de Revisión dejó de analizar asuntos de relevancia constitucional con efectos trascendentales en el sentido del fallo. Sostendremos, concretamente, que la Sala de Revisión no tuvo en cuenta dos asuntos. Por un lado, los estándares de derecho internacional que protegen el uso,

³⁶ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁷ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

la producción y la comercialización de la hoja de coca y productos lícitos derivados como parte de la identidad y del patrimonio biológico y cultural de los pueblos étnicos. Por otro lado, los principios constitucionales de pluralismo, igualdad y diversidad étnica y cultural al momento de resolver las controversias sobre la producción y comercialización de la hoja de coca y productos lícitos derivados por fuera de territorios indígenas. Luego, si hubiese tenido en cuenta estos elementos, la decisión tomada en la sentencia T-357 de 2018 tendría otro sentido.

Para este fin, en primer lugar, reseñaremos el requisito material de nulidad *cuando de manera arbitraria se dejaron de analizar asuntos de relevancia constitucional con efectos trascendentales en el fallo*. Posteriormente, haremos referencia al conjunto de normas de derecho internacional que protegen el uso, comercio y producción de la hoja de coca y productos lícitos derivados como parte de la identidad cultural de los pueblos indígenas; particularmente, señalaremos lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, el Convenio 169 de la OIT, la Convención sobre la Diversidad Biológica y la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial Allí mismo haremos referencia a las sentencias de la Corte Constitucional que reconocen la legalidad de la producción de hoja de coca por parte de comunidades con una relación tradicional y/o ancestral con esta. Finalmente, haremos relación a los principios constitucionales dejados de analizar (pluralismo, igualdad y diversidad étnica y cultural) y su trascendencia a la hora de resolver el caso bajo estudio, pues, al limitar el efecto de las decisiones de las autoridades indígenas a su territorio ancestral y/o tradicional, se vulneran estas garantías constitucionales. En ese mismo sentido, la Sala desconoció la condición de especial protección constitucional de la que gozan los pueblos indígenas.

2.2.1. Cuando se dejan de analizar asuntos de relevancia constitucional con efectos trascendentales en el sentido de fallo como requisito material del incidente de nulidad

En jurisprudencia reciente⁴⁰, la Corte Constitucional ha precisado que, además de las causales genéricas de nulidad de las sentencias, existe una séptima causal que se configura *cuando de manera arbitraria se dejan de analizar asuntos de relevancia constitucional que tienen efectos trascendentales para el sentido de la decisión*. De hecho, en el Auto 020 de 2017⁴¹,

⁴⁰ Corte Constitucional. Auto 320 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Allí expuso que, a pesar de compartir la numeración esgrimida en el Auto 020 de 2017⁴⁰, era preciso sumar otra causal con base en lo expuesto por los autos A-187 de 2015⁴⁰, A-223 de 2006⁴⁰ y A-31A de 2002⁴⁰. Esta es, *cuando de manera arbitraria se dejan de analizar asuntos de relevancia constitucional que tienen efectos trascendentales para el sentido de la decisión*.

⁴¹ A saber, la última causal resaltada por el Auto 020 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, reza de la siguiente manera: “Adicionalmente, la Corte ha reconocido que, de manera excepcional, puede suceder que la omisión del examen de ciertos argumentos y pretensiones de la demanda, o de defensas propuestas por la parte accionada, llegue a configurar violación al debido proceso, “si de haber sido analizados esos puntos

la Corte advirtió que “*para intentar la anulación de una sentencia de la Corte Constitucional no sería necesario que el asunto cuya relevancia constitucional se hubiera dejado de analizar por la Corte hubiera sido previamente advertido por las partes en el curso del proceso de tutela*”. Es decir que, en la tarea de revisión de fallos de tutela confiada a la Corte Constitucional, esta tiene el deber de advertir y estudiar de oficio, asuntos de relevancia constitucional a efectos de tomar una decisión, así no hayan sido puestos de presente por la parte accionante o accionada⁴².

A continuación, se exponen asuntos de relevancia constitucional que no fueron analizados por la Sala de Revisión Séptima al momento de decidir la sentencia T-357 de 2018. El primero relacionado con los estándares internacionales con los que debe analizarse las actividades de uso, producción y comercialización de la hoja de coca y los productos lícitos derivados por parte de los pueblos étnicos. Y el segundo con la naturaleza discriminatoria de la medida frente a los principios de pluralismo, igualdad, diversidad étnica y cultural. Adicionalmente, en esta sentencia si bien la Sala reconoció a los pueblos indígenas “titulares de todos los derechos humanos y constitucionales” y con “garantías especiales como consecuencia de su especificidad o diferencia cultural”, no analizó de fondo la condición que como sujetos de especial protección constitucional ostenta la comunidad nasa.

2.2.2. La Sala de Revisión no analizó el uso, producción y comercialización de la hoja de coca y los productos lícitos derivados a la luz de los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos étnicos

En esta subsección sostendremos que la Sala Séptima de Revisión no tuvo en cuenta las distintas disposiciones de derecho internacional que protegen el uso, la producción y el comercio de la hoja de coca como parte de la identidad y del patrimonio biológico y cultural de los pueblos étnicos. Estas disposiciones hacen parte de convenios o tratados que integran el ordenamiento jurídico nacional, pues el Estado colombiano así lo ha ratificado. De manera que, en caso de haber tenido en cuenta la Sala Séptima de Revisión tales estándares, el sentido del fallo de la sentencia T-357 de 2018 hubiese sido distinto. Con el fin de explicar la relevancia de dichas normas, señalaremos, asimismo, las sentencias de la Corte Constitucional que reconocen la legalidad de la producción de la hoja de coca por parte de comunidades con relación tradicional y/o ancestral con esta.

se hubiese llegado a una decisión o trámite distintos, o si por la importancia que revestía en términos constitucionales para la protección de derechos fundamentales, su estudio no podía dejarse de lado por la respectiva Sala”.

⁴² Así lo manifestó también en el Auto 187 de 2015: “*La Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia ha señalado que, al ejercer la función de revisión, no está obligada a estudiar todos los puntos planteados en la acción de tutela. No obstante, no puede omitir el análisis de (i) los asuntos que tengan relevancia constitucional, y (ii) de aquellos aspectos que al estudiarse conducirían a una decisión diferente. Lo anterior, debido a la importancia de abordar los elementos necesarios para una valoración constitucional recta y transparente, que atienda a razones de justicia material y prevalencia del derecho sustancial*”.

En la legislación colombiana, el uso, la producción y comercialización de la hoja de coca son lícitos cuando se trata de comunidades – indígenas o no –, que acrediten históricamente algún uso tradicional y diferente de la cocaína y demás alcaloides presentes en la planta. Tal afirmación se fundamenta en el artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (en adelante la Convención de 1988), que establece la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos y los “*usos tradicionales lícitos, donde al respecto exista la evidencia histórica*”, al momento de aplicar las medidas que se desarrollan en este tratado. El Congreso de la República, a través de la Ley 67 de 1993, declaró la necesidad de armonizar el tratamiento a los cultivos de hoja de coca como infracción penal con los derechos de las comunidades indígenas. La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esta declaración ya que distingue entre “*la planta coca y los usos lícitos y legítimos que de ella se han hecho y se pueden hacer*”⁴³ y su utilización como materia prima para la producción de cocaína.

A la luz del derecho internacional sólo se pueden considerar como usos lícitos, aquellos (i) que no se traten de alcaloides extraídos de la hoja de coca, (ii) que sean tradicionales; y (iii) que tengan evidencia histórica sobre prácticas del consumo sostenido de la hoja de coca⁴⁴. De esta manera, “*el uso permitido por la Convención [de 1988] es el consumo tradicional de la planta de coca por parte de indígenas y no indígenas, acreditado históricamente y diferenciado de los estupefacientes de la misma planta*”⁴⁵.

El primer requisito resaltado trata de la exclusión de aquellas sustancias que se obtienen por medio del procesamiento a través de precursores químicos de la hoja de coca. Por ejemplo, *bazuco*, *crack* y clorhidrato de cocaína.

El segundo requisito es más complejo, pues ante la falta de una definición de lo *tradicional* hay que hacer uso de conceptos como el de cultura y cambio social, de manera que quien interprete esta regla no prive a las comunidades que hacen uso lícito de la coca de prácticas ancestrales de consumo, así como tampoco de la posibilidad de adaptar la planta a los cambios culturales que se producen por la interacción con el resto de la sociedad. Si una tradición es una práctica extendida en el tiempo, no se puede desconocer que tiene cambios conforme transcurre la historia. Un ejemplo de esto es el mismo consumo de hoja de coca. Aunque existe evidencia de plantaciones indígenas para uso ritual y cotidiano de la hoja de coca en varias zonas del país antes de la llegada de los españoles⁴⁶, se ha dicho también que

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-176 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁴ Ceballos Bedoya, Nicolás. *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*, 2008, p. 27. Medellín: Universidad EAFIT, Escuela de Derecho.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 39.

⁴⁶ Al inicio de la invasión por parte de los españoles, el cultivo y uso de la hoja de coca era común en los pueblos indígenas habitantes de lo que hoy se conoce como Risaralda, Valle del Cauca, Cauca, Antioquia, Caldas, Magdalena, Guajira, Bolívar, meseta Cundiboyacense, Huila y Nariño. Ver, López Restrepo, Andrés. “Alcohol, coca y prohibición en la historia de Colombia”. En: *Análisis histórico del narcotráfico en Colombia*, 2014, p.

su consumo era usual en las clases altas de los años posteriores a raíz pero se fue popularizando cuando los pueblos indígenas fueron explotados en las minas por los encomenderos⁴⁷. De este modo, el paso del tiempo, aparejado con cambios culturales, ha sido testigo del uso y consumo de la hoja de coca por poblaciones indígenas como no indígenas. Luego, no es dable dudar del carácter tradicional que ostenta en la actualidad en algunas zonas del país, como el Cauca, la Sierra Nevada de Santa Marta y la Amazonía, donde es consumido en su mayoría por poblaciones indígenas, pero también por mestizos.

El tercer requisito, también complejo, trata de establecer quién tiene el poder de enunciar la evidencia histórica en torno a la práctica del uso de la hoja de coca. La doctrina ha establecido que tanto la acreditación antropológica como aquella que proviene de las propias comunidades deben tenerse en cuenta⁴⁸. Los conceptos del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) han servido para dar sentido y ubicar la génesis de ciertas prácticas relacionadas con la hoja de coca en la región de los Andes, la Amazonía y la Sierra Nevada de Santa Marta. No obstante, la verificación de este requisito debe atender también a la necesidad de reconocimiento de las reivindicaciones hechas por las comunidades indígenas para combatir la apropiación ajena de su historia. Esto significa la posibilidad de construir la narrativa de las tradiciones y de la historia desde las propias comunidades. A partir de allí, *“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”*⁴⁹.

Lo anterior reafirma que existe un régimen especial para la producción de hoja de coca en cabeza de aquellas comunidades que acrediten su uso tradicional; régimen que incluye el uso y la comercialización de la hoja como tal y de sus productos que no impliquen la síntesis de los alcaloides tanto en los territorios indígenas como no indígenas. Esto es ratificado por la Corte Constitucional al declarar que:

*“el uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en las comunidades indígenas hace parte de sus costumbres ancestrales, es decir, es una práctica protegida por los derechos a la identidad cultural y a la autonomía de los pueblos indígenas, y por tanto, amparada por el principio de respeto y protección de diversidad étnica y cultural”*⁵⁰.

En el mismo sentido, la Corte ha establecido que el uso, consumo y cultivo se deriva del conocimiento creado por generaciones que han interactuado con la planta y quienes le han atribuido el calificativo de sagrada en razón a los beneficios y atributos que la misma posee, tanto así que no constituye solamente un alimento, sino que es un elemento importante en la

148. Bogotá: Museo Nacional, Ministerio de Cultura y Asociación de Amigos del Museo Nacional de Colombia.

⁴⁷ Óp. Cit. Ceballos Bedoya, p. 29.

⁴⁸ Óp. Cit. pp. 34-41.

⁴⁹ Óp. Cit. Ceballos Bedoya, p. 38.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

concepción social y religiosa de la comunidad⁵¹. Inclusive, la Corte Constitucional admitió la potencialidad de la hoja de coca en “*formas de comercio alternativo legal que precisamente podrían evitar la extensión del narcotráfico*”⁵².

Ahora bien, habiéndose explicado el carácter legal de la hoja de coca y su uso lícito y legítimo por parte de comunidades con una relación tradicional e histórica con ella, como a las cuales pertenecemos, la providencia impugnada de la Sala Séptima de Revisión debió considerar la posibilidad de aprovechamiento de la hoja de coca como actividad económica tradicional, como recurso genético y como bien parte del patrimonio cultural inmaterial de la Nación. Lo anterior, si hubiese tenido en cuenta el Convenio 169 de la OIT, el Convenio sobre la Biodiversidad Biológica y la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, respectivamente.

Por un lado, el Convenio 169 de la OIT, ratificado por medio de la Ley 21 de 1991, trajo importantes avances en la protección de los derechos de las comunidades tribales e indígenas a partir de dos postulados básicos: “*el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan*”⁵³ (subrayas nuestras). Esto quiere decir que, como parte del Convenio, el Estado colombiano tiene la obligación de asumir la responsabilidad frente al desarrollo de los pueblos indígenas y de elaborar acciones coordinadas con estos para proteger y garantizar el respeto a su integridad étnica y cultural⁵⁴. Además, implica adelantar acciones tendientes a eliminar la brecha socioeconómica y de goce de derechos que los distancia del resto de la sociedad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida⁵⁵. El Convenio es claro en este sentido al manifestar que los Estados parte deben respetar “*la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos*”⁵⁶ en las medidas legislativas, políticas o administrativas que implementen.

La búsqueda de la estabilidad económica y el aprovechamiento de los recursos a los que tienen acceso los pueblos indígenas, llevó al Convenio a declarar que “[l]a artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia T-477 de 2012, M.P. Adriana Guillén Arango.

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-176 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵³ OIT. Edición Conmemorativa del Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y Tribales, 2014, p. 8. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

⁵⁴ Convenio 169 de la OIT, artículo 2. 1: “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

⁵⁵ Ibidem, artículo 2. 2. c): “Esta acción deberá incluir medidas: (...) c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida”.

⁵⁶ Ibidem, artículo 5 b): “Al aplicar las disposiciones de presente Convenio: (...) b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”.

*economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, [son] factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económico. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades*⁵⁷ (subrayas nuestras). De allí que los pueblos interesados pueden solicitar asistencia “*técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo*”⁵⁸.

De este modo, al ser el uso, producción y comercialización de productos lícitos a base de hoja de coca una actividad tradicional de comunidades indígenas en distintas partes del país, que en no pocas ocasiones se convierte en la única vía de integración y desarrollo en la economía nacional, era deber de la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional tener en cuenta las disposiciones del Convenio 169 de la OIT que obligan al Estado colombiano proteger las actividades productivas tradicionales de los sujetos étnicos como una forma de garantizar su cultura, autosuficiencia y prácticas económicas⁵⁹. Esto, sobre todo, cuando los emprendimientos productivos a partir de prácticas tradicionales están dirigidos a resolver las diferencias económicas con el resto de la sociedad, de forma dialógica con los usos y costumbres ancestrales de las comunidades.

Por su parte, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, ratificado por la Ley 165 de 1994, que regula la conservación, utilización e investigación sostenible de los materiales biológicos y recursos genéticos, así como la justa y equitativa participación en los beneficios que se deriven de esas actividades⁶⁰, resulta relevante para este caso por la naturaleza de las disposiciones de su articulado, especialmente la obligación contenida en el literal j) del artículo 8. Allí se establece, por una parte, que los Estados deben respetar, preservar y mantener “*los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica*”. Además, indica que los gobiernos deben

⁵⁷ Ibidem, artículo 23. 1.

⁵⁸ Ibidem, artículo 23. 2.

⁵⁹ De hecho, el artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reafirma que estos “*tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales*”.

⁶⁰ Convenio sobre la Diversidad Biológica, artículo 1: “*Los objetivos del presente Convenio, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones pertinentes, son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada*”.

promover “la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y [fomentar] que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”.

Paralelamente, de acuerdo con las definiciones establecidas en el artículo segundo⁶¹ del Convenio sobre Diversidad Biológica, la hoja de coca tiene un valor o utilidad real o potencial en términos económicos, por los recursos (médicos, nutricionales, terapéuticos, industriales, etc.) que de ella se pueden extraer. De forma que, a pesar de existir un debate sobre la definición de recurso genético y su diferencia con el concepto de recurso biológico⁶², lo que debe resaltarse es que bajo este Convenio las plantas controladas por el régimen internacional de drogas son susceptibles de convertirse en recursos aprovechables para el beneficio económico de poblaciones locales.

De manera adicional, la hoja de coca cumple distintas tareas al interior de las comunidades indígenas, dentro de las que se encuentran el alimento, la sanación y la subsistencia económica. De hecho, el proyecto ‘Coca Nasa’ surge como una apuesta de las comunidades nasa ubicadas en el resguardo de Calderas en Tierradentro (Cauca) con el fin de: reivindicar la planta de la coca como un recurso natural; crear un mercado en el territorio colombiano para el consumo de alimentos a base de hoja de coca; demostrar a las autoridades públicas su aceptación; alcanzar la posibilidad de explotación económica de la hoja de coca por los pueblos indígenas; fortalecer la autonomía administrativa de las autoridades de los territorios indígenas en su relación con otras autoridades públicas; consolidar una empresa autónoma sostenible sin intervención de recursos o apoyos externos a la comunidad, y generar un espacio de resistencia económica ante la intervención de actividades ilícitas en el territorio de estos pueblos⁶³. Todas estas funciones incluso son reconocidas por la FAO cuando establece la importancia de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura, debido a que la conservación y uso sostenible de estos están en el núcleo de la seguridad alimentaria y la nutrición⁶⁴.

⁶¹ De acuerdo con el artículo 2° del Convenio sobre Diversidad Biológica, “[a] los efectos del presente Convenio: Por ‘material genético’ se entiende todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia. (...) Por “recursos biológicos” se entienden los recursos genéticos, los organismos o partes de ellos, las poblaciones, o cualquier otro tipo del componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad. (...) Por “recursos genéticos” se entiende el material genético de valor real o potencial”.

⁶² Cifuentes Sandoval, Germán Eduardo y Mantilla Grande, Luz Stella. *Los recursos genéticos en el Convenio sobre la Diversidad Biológica: consideraciones preliminares para el entendimiento del concepto jurídico de recurso genético*. En *Jurídicas CUC*, 9 (1), 63-87. Disponible en https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/view/440/pdf_26

⁶³ Curtidor, David. “Socialización de la hoja de coca”. En: *Análisis histórico del narcotráfico en Colombia*, 2014, p. 117. Bogotá: Museo Nacional, Ministerio de Cultura y Asociación de Amigos del Museo Nacional de Colombia.

⁶⁴ La FAO define que los recursos genéticos son las materias primas en las que se basa el mundo para mejorar la productividad y calidad de los cultivos, ganadería, silvicultura y pesca, así como mantener poblaciones saludables de especies silvestres. Información disponible en: <http://www.fao.org/genetic-resources/en/>.

Así es que, en la sentencia T-357 de 2018, la Sala Séptima de Revisión tampoco analizó las disposiciones del Convenio sobre Diversidad Biológica, particularmente las contenida en el literal j) del artículo 8, que obligan al Estado colombiano a proteger los recursos genéticos de los cuales han hecho uso ancestralmente las comunidades locales, con el fin de garantizar su provecho y desarrollar su potencial, además de proteger los usos alimenticios, de producción y salud de las mismas.

Por último, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, ratificada mediante la Ley 1037 de 2006, entiende por *patrimonio cultural inmaterial* aquellos usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades reconocen como parte de su cultura⁶⁵. Esta definición incluye los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que le son inherentes. Si entendemos que las labores de cultivo, recolección y transformación de los derivados no alcalinos de la hoja de coca van más allá de cualquier consideración de carácter económico, tenemos que el uso por generaciones de esta planta está cimentado en consideraciones culturales y ecológicas profundas que definen y forman parte de la identidad étnica de varios grupos indígenas. Justamente por esta razón, la hoja de coca, los productos lícitos derivados de ella, como los conocimientos y tecnologías que rodean su uso y simbología, deberían ser susceptibles de entenderse y protegerse como parte del patrimonio cultural inmaterial que ampara esta Convención. Una consideración en contrario dejaría sin peso la protección jurídica del vínculo cultural que, no solo en un sentido material, tienen varios pueblos indígenas con la coca.

En conclusión, la sentencia T-357 de 2018 omitió injustificadamente el estudio de las obligaciones constitucionales derivadas de varios tratados internacionales de los cuales el Estado colombiano es parte, entre estas, las contenidas en el artículo 14 de la Convención de 1988, el artículo 23 del Convenio 169, el literal j) del artículo 8 de la Convención sobre Diversidad Biológica y el artículo 2 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. En términos generales, estas disposiciones tienen como objetivo proteger el uso, producción y comercialización diferenciada de la hoja de coca y productos lícitos derivados por parte de comunidades indígenas y locales que demuestren su uso ancestral, como una forma de garantizar su identidad cultural, su desarrollo e integración a la economía nacional, su autosuficiencia y las prácticas inmateriales que llenan de sentido su relación con

⁶⁵ Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, artículo 2: “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. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible (...)”.

la planta y el ambiente cultural en el que están inmersas. Estos eran, entonces, elementos que, de haberse tenido en cuenta, hubiesen repercutido de forma innegable en el sentido del fallo de la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional y que, en vista de su omisión, configuran una grave violación al derecho al debido proceso.

2.2.3. Limitar a los territorios indígenas el uso, consumo y comercialización de productos lícitos a base de hoja de coca resulta discriminatorio a la luz los principios constitucionales de pluralismo, igualdad y diversidad étnica y cultural, y no atiende la condición de especial protección constitucional de los pueblos indígenas

A continuación, exponemos por qué la decisión de la Sala de Revisión de limitar la función económica de la hoja de coca al territorio indígena nasa resulta inadmisibles desde un punto de vista constitucional. Particularmente, sostendremos que tal interpretación afecta los principios constitucionales de pluralismo, igualdad y diversidad étnica y cultural, toda vez que implica una carga discriminatoria para las comunidades nasa que obtienen parte de su sustento económico a partir de la venta y comercialización de productos a base de hoja de coca por fuera de sus territorios. Finalizamos resaltando la omisión que tuvo la Sala Séptima de Revisión sobre la consideración de los pueblos indígenas como sujetos de especial protección.

La sentencia T-357 de 2018 sostiene que el fallo del Consejo de Estado de 18 de junio de 2015 no constituye “*un aval para la comercialización de los productos derivados de la hoja de coca, ni en particular los de Coca Nasa*”. Además, indica que la sentencia T-477 de 2012 advirtió que la hoja de coca es un elemento fundamental desde el punto de vista cultural, religioso, medicinal y alimenticio de las comunidades indígenas, pero que “*la producción de la hoja de coca en Colombia no está expresamente ni prohibida ni permitida, pero en todo parece indicar que sí circunscrita a los resguardos indígenas*”⁶⁶. Estas consideraciones, sin embargo, no consultan las consecuencias negativas de limitar la comercialización de los productos de hoja de coca y sus derivados no alcalinos a los territorios y resguardos indígenas, ni sus efectos sobre la difusión de la cultura relacionada con la coca y los beneficios que las comunidades indígenas –o locales que acrediten usos ancestrales– obtienen por esta actividad económica, circunstancias que, tal como se expuso anteriormente, deben ser protegidas por el Estado colombiano.

En el proceso de acción de tutela que precedió a la sentencia T-357 de 2018, el INVIMA solicitó desestimar las pretensiones bajo el argumento de que “*si bien el orden constitucional vigente reconoce la jurisdicción especial indígena, la fabricación y distribución de productos utilizados tradicionalmente y culturalmente (sic) por los pueblos ancestrales, como alimentos a base de hoja de coca, solo se excluyen de la normatividad sanitaria cuando*

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia T-477 de 2012, M.P. Adriana Guillén Arango.

produzcan y se distribuyan dentro de los territorios indígenas”. Tales reparos, que fueron reproducidos por el fallo de la Sala de Revisión, corresponden, no obstante, a un juicio de valor discriminatorio por medio del cual se instala la idea que las comunidades indígenas, al igual que sus usos y costumbres, deben restringirse a espacios particulares. Este hecho, además de infravalorar las capacidades alimenticias, religiosas y medicinales de la hoja de coca, así como los conocimientos, técnicas y herramientas para su cultivo, elaboración y empaquetado, termina por crear una suerte de *ghetto*, un sitio para la reclusión de prácticas, valores e ideas que no pueden ser transmitidos ni compartidos con el resto de la sociedad nacional.

Por otra parte, la negación del carácter extraterritorial del registro sanitario especial formulado por las autoridades indígenas a favor del proyecto ‘Coca Nasa’ se impone como talanquera para el provecho económico de las comunidades que hacen uso lícito de la hoja de coca y para el ejercicio del poder administrativo de las autoridades indígenas. Las finalidades que adelanta ‘Coca Nasa’ no sólo son legítimas en el ordenamiento colombiano, de acuerdo con la interpretación realizada del artículo 14 de la Convención de 1988, sino que están encaminadas a lograr fines constitucionales como la consolidación y fortalecimiento de las autoridades propias y la aceptación y fortalecimiento de los modelos económicos propios de las comunidades indígenas en el marco de un Estado pluriétnico, multicultural y diverso. Una solución en contrario, como la adoptada por la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional al establecer sin remedio alguno la necesidad de contar con un registro sanitario expedido por el INVIMA, genera una carga excesiva para un grupo poblacional históricamente relegado de las esferas de poder económico, social y político, y que encuentra en el uso lícito de la hoja de coca un medio para superar la segregación.

Asimismo, al emitir la decisión del presente caso, la Sala de Revisión pasó por alto las consideraciones entorno al concepto de *territorio* que han producido los grupos étnicos. Con lo anterior no queremos decir que todo el territorio nacional deba considerarse como indígena. Por el contrario, lo que se resalta es que, en virtud del principio de diversidad étnica y cultural, las comunidades pueden transmitir más allá de los límites de los resguardos sus ideas y representaciones culturales con respecto a la hoja de coca, a través de productos que generan excedentes económicos para la comunidad, pues estos espacios son también indispensables para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.

La proyección extraterritorial de la identidad cultural no es novedosa en la jurisprudencia de esta Corte. En el 2005, esta Corporación decidió amparar los derechos fundamentales de una mujer indígena que resultó electa en el Consejo Distrital de Bogotá sin haber cumplido los 25 años que se requieren para poder aspirar a ese cargo de elección popular ya que, de acuerdo con las prácticas culturales de su pueblo indígenas⁶⁷, se trataba una persona con edad para

⁶⁷ De acuerdo con la sentencia T-778 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, dentro de la comunidad arhuaca las mujeres tienen voz y responsabilidades, considerándose adultas desde el momento en que han

ocupar esta función pública. Este caso es un ejemplo claro de cómo la Corte Constitucional ha reconocido la validez de las regulaciones indígenas por fuera de sus resguardos o territorios por motivos de diversidad e identidad cultural, incluso en aquellos eventos en los cuales colisiona con normas legales del orden nacional.

En esta sentencia⁶⁸, la Corte Constitucional sentó como criterios para exceptuar requisitos legales para la participación en cargos de elección popular a miembros de comunidades indígenas los siguientes: i) la obligación estatal de promover los valores culturales de la Nación, de la que hacen parte las comunidades étnicas; ii) la posibilidad de exceptuar reglas generales del ordenamiento jurídico cuando contravengan los límites al derecho a la identidad cultural; y iii) la protección de los derechos de los sujetos étnicos por vía directa (protegiendo a la comunidad) o por vía indirecta (protegiendo a un individuo). De esta manera, la Corte declaró que el derecho a la representación política no *“se encuentra circunscrito a un ámbito territorial ni anulado por la pertenencia a un movimiento político que no es exclusivamente indígena, la tutelante puede ejercer dicho derecho de acuerdo a las costumbres de su comunidad”*⁶⁹.

La Corte había entendido que *“proteger la identidad cultural sólo al interior de los territorios indígenas, sería segregar”*⁷⁰. Si lo tradicional es el uso de la coca, y la comercialización es una forma de transmitir sus beneficios y de satisfacer las necesidades comunitarias, limitar la validez del registro sanitario especial a los territorios indígenas, tal como lo hizo la Sala Séptima de Revisión en la sentencia T-357 de 2018, es negar la posibilidad de dar a conocer y difundir su cultura con el propósito de conservar y financiar las actividades de mantenimiento de las condiciones de vida al interior de los territorios, y, en consecuencia, segregar.

Sin embargo, la sentencia T-357 de 2018 no es la primera decisión que afecta la producción tradicional de la hoja de coca. En las décadas de 1930 y 1940, la coca sufrió ataques desde el discurso de la higiene pública a través de argumentos científicos con ciertos ademanes de *“desprecio hacia la población indígena que la consumía”*⁷¹. De hecho, los *“higienistas culpaban a la hoja del deficiente desarrollo físico y mental de los indígenas, y afirmaban que estos dejarían de ser una carga para la nación y empezarían a contribuir a su desarrollo sólo en tanto se eliminase de sus costumbres el hábito de mascar la hoja”*⁷². De manera que la decisión de la Sala Séptima de Revisión, antes de optar por el respeto a la diferencia

pasado por el proceso de la menarquía. De tal manera que, al tener 23 años al momento de la elección, la aspirante ya había tenido una vida de deliberación pública equiparable a una persona de 25 o más años.

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia T-778 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Óp. Cit. Ceballos Bedoya, p. 40.

⁷¹ Óp. Cit. López Restrepo, p. 152.

⁷² Ibidem.

cultural, actualiza en términos jurídicos la prohibición higienista de la hoja de coca, lo cual riñe con el carácter pluricultural del Estado establecido en la Constitución de 1991.

De igual forma, la Sala no tuvo en cuenta la caracterización de los pueblos indígenas como sujetos de especial protección constitucional que, de acuerdo con la Corte Constitucional, se fundamenta en una situación de vulnerabilidad derivada de múltiples aspectos históricos, sociales y jurídicos. En palabras de la Corte:

“la existencia de patrones históricos de discriminación aún no superados frente a los pueblos y las personas indígenas; la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión); y la especial afectación que el conflicto armado del país ha significado para las comunidades indígenas, principalmente por el interés de las partes en conflicto de apoderarse o utilizar estratégicamente sus territorios, situación que adquiere particular gravedad, en virtud de la reconocida relación entre territorio y cultura, propia de las comunidades aborígenes”⁷³.

Si bien la Sala manifestó que, en virtud de la identidad cultural, los pueblos indígenas tienen “derechos especiales”, además de los reconocidos a todos los ciudadanos, no hizo referencia a las garantías que se desprenden de su situación diferencial. Es decir, no tuvo en cuenta el deber de atención especial que la misma jurisprudencia constitucional ha reconocido a favor de los pueblos indígenas, ni cómo este ha determinado las decisiones de la Corte en asuntos relacionados con la satisfacción de sus derechos fundamentales.

En conclusión, las consecuencias jurídicas de limitar el uso, producción y comercialización de productos de hoja de coca a los territorios indígenas, no fueron advertidas por la Corte al dictar la sentencia cuya nulidad se estudia. Concretamente, no advirtió las repercusiones que este hecho tendría sobre los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, su condición como sujetos de especial protección y sobre los principios constitucionales de pluralismo, igualdad y diversidad étnica y cultural. De esta manera, además de requerir una autorización que ya fue legítimamente emitida por las autoridades indígenas, la Corte planteó un laberinto sin salida en el que la planta y las comunidades que la usan tradicionalmente cargan con el estigma de la prohibición internacional de la cocaína, sustancia que se sintetizó a miles de kilómetros de su territorio y cuya cadena de tráfico es ajena a las prácticas comunitarias. Dado que la prisión de la hoja de coca surge directamente de asuntos externos a las comunidades, no podría una decisión de la Corte entorpecer las fórmulas de solución planteadas por las comunidades que buscan salidas a ese laberinto.

3. Consecuencias negativas que una decisión desfavorable a la nulidad alegada tendría sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la autonomía

⁷³ Corte Constitucional, sentencia T-235 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas.

administrativa indígena y sobre la producción económica alternativa de la hoja de coca por parte de comunidades con usos ancestral y/o tradicionales de esta planta

De quedar en pie la sentencia impugnada son varias las consecuencias negativas que pesarían sobre la realidad jurídica y política de los pueblos indígenas y en aquellos territorios donde habitan poblaciones que tratan de salir del estigma del tráfico ilícito de narcóticos. Sobre la garantía de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, es claro que una sentencia como la impugnada restringiría el margen de decisión de sus autoridades tradicionales, al limitar el efecto de sus decisiones administrativas a sus territorios, al igual que cercenaría la posibilidad de hallar fórmulas de coordinación entre el poder administrativo de estas y del resto de entidades del Estado. Lo anterior iría en contra de los valores constitucionales que enmarcan un Estado pluriétnico y multicultural como el colombiano. De no anularse esta sentencia, se sentaría, entonces, un reprochable antecedente sobre los principios de diversidad étnica y cultural y la manera de establecer fórmulas de arreglo intercultural entre autoridades y entidades territoriales de distinta naturaleza.

Sobre las consecuencias en los territorios y poblaciones que se han visto atrapadas en la guerra contra el narcotráfico, una decisión como esta limitaría las posibilidades de desarrollo económico alternativo de comunidades con una relación ancestral o tradicional con plantas censuradas por la denominada *guerra contra las drogas*. Esto truncaría, además, las posibilidades de proteger la identidad cultural de las comunidades relacionadas con la coca y que encuentran en ella un motor para escapar de la segregación económica y social que ha atravesado a sus territorios. Aún más, una decisión como la sostenida en la sentencia T-357 de 2018 impondría graves barreras a las alternativas económicas propuestas con el fin de alcanzar la anhelada paz en los territorios que fueron escenario de la guerra.

Vale mencionar que algunos países de la región con población ancestral o tradicionalmente relacionada con la hoja de coca han formulado alternativas de solución con el fin de incentivar la producción y comercio lícito de la hoja de coca y productos derivados. Este es el caso de Perú y Bolivia, países que han reiterado la diferenciación de estas actividades con la cocaína y afirmado los compromisos internacionales adquiridos en la lucha contra el narcotráfico.

En el caso boliviano, que ha sido una excepción a la política de drogas en los países latinoamericanos, existe una política de regulación de los cultivos de hoja de coca y una protección al consumo tradicional de la misma. Esto ha generado una mayor estabilidad en las áreas cultivadas y efectos positivos para los cultivadores, así como una reducción en el impacto del narcotráfico⁷⁴. Bolivia tiene una protección constitucional de la hoja de coca,

⁷⁴ Rojas, Laura y Parra, Daniela. *Procesos de sustitución y erradicación de cultivos ilícitos a nivel mundial: un punto de partida para Colombia*. Elementa, Proyecto Khoka Alternativa. Disponible en: <https://www.elementa.co/wp-content/uploads/2018/05/Procesos-de-sustituci%C3%B3n-y->

que ha desarrollado a través de diferentes leyes, y de hecho tiene el mandato constitucional de fijar legalmente la producción, comercialización e industrialización de la hoja de coca⁷⁵. En concordancia con esto, el Estado ha impulsado la producción de derivados incorporando normas sanitarias y de calidad a nivel nacional, que lleven a un mejor posicionamiento de estos productos en el mercado interno e internacional⁷⁶. Estas iniciativas han logrado la producción de derivados como el té de coca, licor de hoja de coca, harina de coca, ungüentos, refrescos y bebidas energizantes, productos alimenticios, productos cosméticos, jarabes para tratar enfermedades (diabetes, asma, úlceras, anemia, afecciones de hígado y riñones), caramelos, goma de mascar, entre otros.

Perú es otro país que ha apoyado políticas relacionadas con el desarrollo de productos derivados de coca. Por ejemplo, en la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas para el periodo 2017-2021, se planteó como uno de los objetivos específicos el incremento de los ingresos provenientes de actividades lícitas en zonas cocaleras⁷⁷. Adicionalmente, este país creó en 1949 la ENACO (Empresa Nacional de la Coca), que desde 1982 es la única empresa estatal autorizada para la comercialización de la hoja de coca y de sus derivados. Uno de los objetivos principales que tiene la ENACO es la preservación de la salud de la población peruana a través de la comercialización de la hoja de coca y de sus derivados, de su industrialización con fines benéficos, enmarcado dentro del marco jurídico vigente en este país⁷⁸. Estos productos cuentan con un registro sanitario y dentro de su catálogo se encuentra mate de coca, infusiones, té y extractos de coca⁷⁹.

Las anteriores son dos propuestas de solución que tienen en común un marco normativo e institucional que permite el desarrollo industrial y comercial de productos hechos a base de hoja de coca con fines lícitos en todo el territorio nacional y con participación de las comunidades productoras. A pesar de ser iniciativas diferentes y de estar todavía en proceso de desarrollo, representan opciones que podrían garantizar los derechos de las comunidades indígenas y brindarles opciones económicas viables y respetuosas de sus tradiciones y conocimientos.

[erradicaci%C3%B3n-de-cultivos-il%C3%ADcitos-a-nivel-mundial-un-punto-de-partida-para-Colombia-1.pdf](#).

⁷⁵ Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 384: “*El Estado protege la coca originaria y ancestral como patrimonio cultural, recurso natural renovable de la biodiversidad de Bolivia, y como factor de cohesión social; en su estado natural no estupefaciente. La revalorización, producción, comercialización e industrialización se regirá mediante la ley.*”

⁷⁶ Prensa Latina. *Promueven en Bolivia productos a partir de la hoja de coca*, 17 de octubre de 2017. Disponible en: <http://prensa-latina.cu/index.php?o=rn&id=34312&SEO=promueven-en-bolivia-productos-a-partir-de-la-hoja-de-coca>

⁷⁷ Rojas, Laura y Parra, Daniela. *Procesos de sustitución y erradicación de cultivos ilícitos a nivel mundial: un punto de partida para Colombia*. Elementa, Proyecto Khoka Alternativa. Disponible en: <https://www.elementa.co/wp-content/uploads/2018/05/Procesos-de-sustituci%C3%B3n-y-erradicaci%C3%B3n-de-cultivos-il%C3%ADcitos-a-nivel-mundial-un-punto-de-partida-para-Colombia-1.pdf>

⁷⁸ Véase, página web de ENACO. En: https://www.enaco.com.pe/?page_id=24

⁷⁹ Ibidem.

En Colombia, justamente, la sentencia del Consejo de Estado, si bien no establecía una regulación estatal en torno a los productos derivados de la hoja de coca, sí reconocía el derecho de las comunidades indígenas para comercializarlos por fuera de sus resguardos. Una solución como la expuesta en la sentencia T-357 de 2018 podría significar, en conclusión, una lesión grave a los intereses económicos y culturales de los pueblos étnicos, poner en riesgo su integridad cultural al asociar la hoja de coca y sus productos derivados con el mercado ilícito del narcotráfico⁸⁰ y truncar la posibilidad de implementar alternativas económicas tal como lo han hecho Perú y Bolivia.

4. Peticiones

De conformidad con los argumentos expuestos en las páginas anteriores, solicitamos respetuosamente a la Corte Constitucional **decretar la nulidad de la sentencia T-357 de 2018, emitida por la Sala Séptima de Revisión, por vulneración al derecho al debido proceso. Lo anterior, pues, por un lado, modificó la jurisprudencia en vigor sobre la autonomía indígena, la forma de interpretar sus principios y la manera de resolver las controversias jurídicas derivadas de su aplicación; y, por otro lado, no tuvo en cuenta aspectos de relevancia constitucional como los principios de pluralismo, igualdad y diversidad étnica y cultural, los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos étnicos en relación con la hoja de coca, y la condición de los pueblos indígenas como sujetos de especial protección constitucional.**

Del mismo modo, se solicita dar traslado a las entidades accionadas para que se pronuncien en los términos que consideren pertinentes.

Cordialmente,

⁸⁰ Castro Blanco, Elías y Mora González, Juan Carlos. *El uso de la coca como manifestación cultural inmaterial*. En: Criterio Jurídico Garantista. (Jul-Dic. De 2014). Año 6, n.º 11, 68-91. ISSN: 2145-3381. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia.