

ALERTA SANITARIA – Acto de contenido general pasible de control judicial / REITERACION JURISPRUDENCIAL

Para la Sala, la naturaleza de la Alerta Sanitaria demandada en la que se orienta e informa al público en general para que, entre otras, se “...*abstengan de consumir o comercializar productos de té, aromáticas, galletas o cualquier alimento que contenga entre sus ingredientes hoja de coca*”, reviste naturaleza de acto de contenido general sujeto a control jurisdiccional a través de la acción pública de nulidad, máxime si se tiene en cuenta que con la demanda no se persigue, ni de la sentencia de nulidad que se produjere, un restablecimiento del derecho automático en favor de la actora ni de tercero alguno.

COMUNIDADES INDIGENAS - Alimentos elaborados con hoja de coca. Tradición ancestral / HOJA DE COCA – Cultivo, uso y comercialización / INVIMA - Alerta Sanitaria advirtiendo que no ha expedido registros sanitarios para productos que contengan hoja de coca / FALSA MOTIVACION – Se da en la Alerta Sanitaria 001 de 2010

Desde el año 2002, el cultivo, elaboración y comercialización de la hoja de coca, para su uso en aromática, proveniente de territorios indígenas, está avalado por autoridades diferentes a la nativa, como la Defensoría del Pueblo y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, certificaciones de reconocidos científicos e instituciones, así como de reiteraciones Jurisprudenciales proferidas por la Corte Constitucional (...). A la fecha, la Resolución citada (001 de 29 de junio de 2002) goza de presunción de legalidad y tal como lo mencionó la actora, no ha sido cuestionada y se encuentra vigente, por ende, para la Sala es evidente que la Alerta censurada se encuentra falsamente motivada, pues en ella se manifiesta que el “El cultivo y uso de plantas como la hoja de coca por parte de las comunidades indígenas, de acuerdo con los usos y prácticas derivados de su tradición y cultura, están restringidos a sus resguardos y no se ha autorizado la producción ni el consumo de estos productos para el resto del territorio nacional”, lo cual contradice tanto la Constitución Política (tal como se explicará en párrafos posteriores), como la Resolución transcrita, pues si bien es cierto, que la misma se centra en la elaboración de aromática y respecto del Resguardo Calderas, también lo es que en su numeral tercero se amplía su comercialización, al autorizar a la referida comunidad la compra, transporte y comercialización de la hoja de coca, siempre que sea proveniente de cultivos en territorios indígenas, es decir, que no limita la autorización a la producción de aromática, ni que la hoja de coca, materia prima de ésta, sea proveniente de un resguardo determinado, ni que su mercadeo se efectúe dentro de zonas indígenas, lo que significa, que se permite su comercio a nivel nacional, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 16, 18, 24 y 70 de la Carta Política. Así mismo, la Resolución en cita, solo se limita a las restricciones legales establecidas en las Leyes 30 de 1986 y 67 de 1993, es decir, que no sea cultivada ni transformada ni comercializada como droga ilícita, estupefaciente, sustancia Psicotrópica o afines a éstas, lo cual, obviamente no es el caso, dado que tales comunidades indígenas emplean dicha planta para diversas funciones benéficas para la salud del ser humano, de acuerdo con la costumbre ejercida desde tiempos antiguos. Lo anterior, se encuentra en consonancia con los diversos estudios y normativa expedida a nivel internacional y que ha sido adoptada en Colombia, no solo a través de la norma constitucional sino de Leyes que han respaldado la importancia de proteger la identidad cultural indígena, manifestada, entre otras, en el cultivo y comercialización de productos provenientes de la hoja de coca, como parte fundamental de su actividad social y la conservación de su tradición ancestral, entre otros aspectos.

COMUNIDADES INDIGENAS – Autonomía. Autoridades. Límites / RESGUARDOS INDIGENAS – Definición / JURISDICCION INDIGENA – Ámbito territorial. Límites

Como quedó reseñado en el acápite relativo al análisis sucinto de la normativa de las comunidades indígenas y en el alcance que de las mismas ha hecho la Corte Constitucional y esta Corporación, dichas comunidades se rigen por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y un sustento normativo propio, autonomía que encuentra los límites allí señalados, verbigracia en lo tocante al derecho a la vida, a la prohibición de torturas y esclavitud, etc. Empero, la mentada autonomía no implica considerar que cuando la actividad de la comunidad trasciende el interior de la misma, la autoridad, en este caso la administrativa, esté impedida de ejercer sus facultades, pues tanto dichas comunidades como las demás integrantes del territorio nacional se encuentran circunscritas a la Constitución y la Ley.

DERECHO A LA INTEGRIDAD CULTURAL DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS - Contenido y alcance / PRINCIPIO DE IDENTIDAD CULTURAL – Aplicación / COMUNIDADES INDIGENAS - Uso ancestral de la hoja de coca como manifestación de su derecho a la identidad cultural. Jurisprudencia constitucional / HOJA DE COCA – Beneficios

Existen suficientes antecedentes jurisprudenciales, como normativa internacional que ha sido acogida a nivel nacional a través de la Constitución y las Leyes, por medio de los cuales se respalda la diversidad étnica y cultural en sus distintas manifestaciones, pues tales comunidades gozan de una protección especial, debido a su condición de vulnerabilidad ante el resto de la humanidad, en la medida en que son conglomerados pequeños distribuidos en diferentes territorios a nivel mundial, arraigados a una cultura ancestral, sin poderío económico ni político. Esta protección se traduce, entre otras, en el respeto a su identidad cultural, que aplicado al caso sub examine, adquiere gran relevancia, pues estudios tanto históricos como científicos han demostrado que el uso de la hoja de coca por parte de las comunidades indígenas hace parte fundamental de su tradición milenaria y tiene grandes beneficios medicinales como alimenticios. Por consiguiente, no es admisible que el Estado colombiano, a través de entidades como el INVIMA, induzca a la comunidad en general a que se abstenga de consumir cualquier producto que contenga la hoja de coca, derivados de los territorios indígenas, dado que ello restringiría su desarrollo económico a nivel nacional, pues tal como se mencionó en el fallo transcrito, estos pueblos tienen derecho a proyectar su identidad “más allá del lugar donde está ubicada la respectiva comunidad”, ya que lo contrario, “... equivaldría a establecer políticas de segregación y de separación. Las diversas identidades culturales pueden proyectarse en cualquier lugar del territorio nacional, puesto que todas son igualmente dignas y fundamento de la nacionalidad”

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 16 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 18 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 24 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 70 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 246 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 286 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 330 / DECRETO 2164 DE 1995 – ARTICULO 21 / RESOLUCIÓN 001 DE 2002

NORMA DEMANDADA: ALERTA SANITARIA 001 DE 2010 (23 de febrero) INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS INVIMA (Anulada)

NOTA DE RELATORIA: Sobre el control judicial de circulares administrativas ver sentencia Consejo de Estado Sección Primera de 27 de noviembre de 2014, Rad 2012-00533, CP Guillermo Vargas Ayala. Con respecto a las comunidades indígenas sentencias Corte Constitucional T-254 de 1994, T-349 de 1996, SU-510 de 1998, T-514 de 2009, T-1253 de 2008, C-882 de 2011 y T-477 de 2012.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-24-000-2011-00271-00

Actor: FABIOLA PIÑACUE ACHICUE

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS - INVIMA

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Se decide la acción pública de nulidad instaurada por la señora **FABIOLA PIÑACUÉ ACHICUE**, a través de apoderado contra la Alerta Sanitaria núm. 001 de 23 de febrero de 2010, expedida por el INVIMA, por medio de la cual se advierte que no se han expedido registros sanitarios para productos que contengan hoja de coca.

I.- ANTECEDENTES.

I.1- FABIOLA PIÑACUÉ ACHICUE, actuando a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación, tendiente a que mediante sentencia, se declare la nulidad de la Alerta Sanitaria núm. 001 de 23 de febrero de 2010,

expedida por el **INVIMA**, por medio de la cual se advierte que no se han expedido registros sanitarios para productos que contengan hoja de coca.

I.2- Los hechos de la demanda.

En el acápite de la demanda referido a los “*Hechos*”, la parte actora, referencia como tales, los siguientes:

1.- Que el 23 de febrero de 2010, el **INVIMA** expidió “Alerta Sanitaria” con el fin de advertir a la población colombiana para que se abstuviera de “*consumir y comercializar productos de té, aromáticas, galletas o cualquier alimento que contenga entre sus ingredientes hoja de coca*”.

2.- Que en ejercicio del derecho de petición, la ciudadana demandante, comunera del resguardo indígena de Calderas, solicitó al **INVIMA** que retirara y rectificara la Alerta Sanitaria en cuestión, por considerarla ilegal, ya que atenta contra el interés general, por generar un injustificado agravio contra los pueblos indígenas y varios de sus derechos fundamentales.

3.- Que en respuesta a dicha petición, el **INVIMA**, con fecha 29 de abril de 2011 y radicado núm. 11038702, esgrimió una serie de argumentos con los que consideró improcedente acceder a su solicitud.

4.- Que en los años 2002 y 2005, la autoridad indígena, en coordinación con distintas autoridades del orden nacional, expidió los registros sanitarios a diferentes productos de hoja de coca. Dichos registros fueron debidamente publicados en el Diario oficial de la República de Colombia y no han sido cuestionados por autoridad competente o derogados.

I.3- Considera la parte demandante que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas jurídicas:

- Constitución Política: artículo 83 (violación al principio de buena fe y confianza legítima).

- Decreto Ley 01 de 1984 (C.C.A.): artículo 84 (por falsa motivación e infracción a las normas en que debía fundarse).

Adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

PRIMER CARGO.- Falsa Motivación.

En su criterio, el **INVIMA** incurre en falsa motivación cuando señala simplemente que los alimentos no cuentan con registros sanitarios, ya que desconoce la propia entidad que, por intermedio de su Director General, los registros sanitarios fueron producidos por la autoridad indígena y debidamente publicados en el Diario Oficial de la República de Colombia.

Manifiesta que se desconoce que el **INVIMA** reconoció, igualmente, los registros sanitarios mediante comunicación DG 100-00131-04 de 8 de junio de 2004, en carta de respuesta a la demandante.

Asegura que como actos administrativos que son, los registros sanitarios expedidos por la autoridad indígena gozan de presunción de legalidad y ninguna entidad o persona la ha cuestionado mediante los recursos o acciones judiciales pertinentes y, en consecuencia, están vigentes.

Sostiene que los registros sanitarios buscan certificar unas determinadas condiciones de salubridad en la comercialización de alimentos a la población en general, por lo cual la autoridad indígena, cuando expidió los registros, solicitó a las autoridades sanitarias, incluido el **INVIMA**, que verificara el cumplimiento de las normas fitosanitarias en la producción de alimentos y otros bienes derivados de la hoja de coca.

Concluye señalando que, en cumplimiento de sus competencias, el **INVIMA** ha ejercido su función en salvaguarda de la salud pública y ha ejercido control y vigilancia a la producción de alimentos de hoja de coca, llegando incluso a imponer una medida sanitaria de seguridad en diligencia de inspección, vigilancia y control, tal como consta en la respectiva acta de visita realizada al sitio de empaque de aromáticas de coca.

SEGUNDO CARGO.- Infracción de las normas en que debía fundarse.

Manifiesta que el artículo 6º de la Resolución núm. 1478 de 2006, en la que se funda el **INVIMA** para expedir la alerta sanitaria demandada, fue expresamente derogada por el artículo 1º de la Resolución núm. 940 de 2007, proferida por el Ministerio de la Protección Social, y excluyó a la hoja de coca de las sustancias que hacen parte del monopolio del Estado y, en su lugar, incluyó la sustancia denominada "*cocaína con fines terapéuticos*".

Considera que aún en el evento en que el citado artículo 6º de la Resolución núm. 1478 de 2006, estuviese vigente, es decir que la hoja de coca fuera monopolio del Estado, no obsta para que una autoridad pública del Estado colombiano, que tiene la facultad constitucional y legal para definir sobre su uso, lo haga. Las autoridades indígenas son públicas y hacen parte de la estructura del Estado

colombiano y, en consecuencia, pueden decidir sobre un monopolio del mismo.

Agrega que la hoja de coca, en sentido lato, no es objeto de la fiscalización de que trata la Lista I de la Convención de Lucha Contra los Estupefacientes de 1961. Dicho instrumento internacional ordena la fiscalización de los productos preparados con un contenido superior al cero punto uno por ciento (0.1%) de la cocaína. Éstos, y solamente estos, son considerados para los efectos de la Convención, hoja de coca.

Indica que el control de sustancias sometidas a fiscalización no puede atentar contra los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C-176 de 1994, mediante la cual se declaró exequible la Convención citada.

Recuerda lo establecido en el artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, en el sentido de admitir el uso de la hoja de coca en aquellos lugares en los cuales existiera evidencia histórica de ello, y ni siquiera se establece que tal derecho recaea de manera exclusiva sobre unos grupos culturalmente diferenciados.

Expone que el **INVIMA**, en su comunicación, expresa que reconoce la naturaleza pluralista de la Nación colombiana y que *“los resguardos indígenas son entes territoriales, característica que reconoce la Constitución Política, entre otros, en su artículo 330 (...)”*.

A su juicio, lo anterior evidencia claramente el enorme desconocimiento de elementales principios constitucionales; los resguardos indígenas no son entes

territoriales, tal condición se otorgó a los territorios indígenas en el artículo 330 superior.

En su criterio, esta distinción es sustancial habida cuenta de que se trata de dos (2) conceptos que distinguen realidades socio jurídicas diferenciadas. Así, existe una definición legal de territorio indígena con una significación determinada y otra para el resguardo indígena, establecidas en el artículo 2º del Decreto 2001 de 1988.

Resalta que el **INVIMA** incorpora en el acto enjuiciado una visión inadecuada y excluyente de lo que significa CULTURA, pues recoge un documento de la Dirección Nacional de Estupefacientes, según el cual la comercialización de alimentos de hoja de coca es un fin distinto a los tradicionales y culturales así como para consumo de personas que no pertenecen a las poblaciones indígenas.

Argumenta que la alerta sanitaria demandada derogó *ipso iure* un derecho que fue otorgado por una autoridad administrativa distinta al **INVIMA**, esto es, los registros sanitarios para los alimentos de hoja de coca.

Considera que se lesionó la confianza legítima que el Resguardo Indígena de Calderas, titular de los registros sanitarios, tuvo en la legalidad y actuación del **INVIMA**, quien sin que mediara orden judicial alguna, se arrogó el derecho a decidir cuál es el ámbito de aplicación de las normas proferidas por la autoridad indígena.

Agrega que la venta de alimentos de hoja de coca lleva varios años en el comercio formal sin que se haya cuestionado tal hecho, que ha sido notorio y público. Los medios de comunicación se han ocupado y resaltado esta actividad de los

integrantes de un pueblo indígena, que con este hecho, sin duda aportan a la construcción de alternativas de paz, en la que prima la resolución de graves conflictos por medios pacíficos.

Finaliza señalando que el **INVIMA** jamás dirigió una comunicación a la autoridad indígena que expidió los registros sanitarios; tampoco los controvertió judicialmente y, por el contrario, los reconoció y los avaló, lo que significa que el ente demandado afectó gravemente la garantía del debido proceso, en tanto que omitió totalmente la consulta previa al pueblo indígena NASA.

I.4- Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la entidad pública demandada, a través de apoderado judicial, contestó la demanda en los términos que a continuación se resumen:

Considera que la Alerta Sanitaria no es un acto administrativo ni una circular de servicio, por lo que no puede la demandante demostrar que la motivación explícita sea inexacta y, en su lugar, lo que se observa es que aquella, en ningún momento exterioriza una decisión administrativa ni tampoco crea, modifica o extingue una situación jurídica con el administrado.

Asegura que lo señalado en la alerta sanitaria es un llamado de atención a los particulares y a las Secretarías de Salud para que ellas estén pendientes de la presencia de productos elaborados con hoja de coca, y sean ellos quienes tomen una decisión. Respecto a lo señalado por el **INVIMA**, observa que no es un acto de fondo que pone fin a una actuación administrativa y que el mismo actor lo reconoce.

Agrega que, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 84 del C.C.A., modificado

por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, son demandables en acción de nulidad, entre otros, las circulares de servicio y los actos de certificación y registro.

Sostiene que las circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo siempre y cuando contengan una decisión de la Administración capaz de producir efectos jurídicos frente a los administrados, esto es, si son actos administrativos, pues si se limitan a reproducir el contenido de normas, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones, sin que contengan decisiones, no serán susceptibles de control judicial.

Agrega que en el comunicado atacado en el presente proceso, el **INVIMA** realizó las tareas propias para las que fue asignado y se apegaron a la normatividad aplicable y vigente, así como que obedecieron al fin misional de dicho Instituto, el cual es garantizar la salud del conglomerado social colombiano. El interés del INVIMA al expedir los requisitos sanitarios es garantizar la salud de los habitantes del territorio nacional, sin que medie interés económico o comercial. Este Instituto verifica de manera imparcial el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para los alimentos en aras de proteger y garantizar la salud pública, efectuando para ello las actuaciones administrativas del caso.

Manifiesta que no es necesaria la consulta previa con los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia para que el **INVIMA** pueda cumplir con sus funciones legales y constitucionales.

Señala que la consulta previa es el derecho fundamental que tiene los pueblos indígenas y demás grupos étnicos para poder decidir sobre medidas legislativas o administrativas o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro

de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social, económica, así como garantizar el derecho a la participación.

Reitera que lo señalado en la Alerta Sanitaria demandada es un llamado de atención a los particulares y a las Secretarías de Salud para que ellas tomen una decisión respecto a lo destacado por el **INVIMA** y, en ningún momento, de la lectura de dicho comunicado, se observa que la misma decide sobre medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a la comunidad indígena, por el contrario, el **INVIMA** reconoce y respeta el uso ancestral de la hoja de coca por parte de las comunidades indígenas, derivadas de su tradición y cultura, pero dichos usos están restringidos a sus resguardos.

Finaliza proponiendo la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, debido a que la actora debió ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., y no la contemplada en el artículo 84 de la misma codificación, en consecuencia, debió haber agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación previsto en el artículo 42A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009; y porque la Alerta Sanitaria núm. 001 de 2010, no es un acto administrativo, debido a que no crea, modifica o extingue una situación jurídica en relación con el administrado. Luego, entonces, la alerta sanitaria no puede ser considerada como un acto administrativo definitivo, ni tampoco de trámite, por lo que los presupuestos de la acción que guarda relación directa con la pretensión de la demandante no son de recibo ya que no se puede declarar la nulidad de un comunicado.

II. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Dentro de la etapa procesal de alegaciones finales, el Agente del Ministerio Público, después de un análisis de los actos administrativos acusados y los cargos de la demanda, así como de las excepciones propuestas, en su vista de fondo consideró que la Sala debe declararse inhibida para pronunciarse de fondo sobre los cargos formulados, por las siguientes razones:

Establece que, conforme al ordenamiento jurídico colombiano, el acto administrativo es toda declaración unilateral proferida en ejercicio de una función administrativa o que, a falta de esta función, el Constituyente o el Legislador ha asignado su control a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que produce efectos jurídicos directos o definitivos, generales o particulares, sobre un determinado asunto.

Considera que al evaluar el acto de la administración con la definición de acto administrativo elaborada por la Doctrina, conforme al ordenamiento jurídico colombiano, encuentra que el acto de la Administración realiza un llamado de atención a los ciudadanos de abstenerse de consumir y comercializar una serie de productos con hoja de coca a los cuales no se les ha expedido registro sanitario por parte del **INVIMA**.

Manifiesta que la misma prevención se realiza frente a productos de la misma clase que tengan registro sanitario del **INVIMA**, toda vez que el mismo es falso, agregando que estos productos solo pueden elaborarse y consumirse dentro de los resguardos indígenas, pero no en todo el territorio nacional, haciendo finalmente un llamado a las autoridades correspondientes para que se realice el control y vigilancia de los mismos en centros de expendio para que los mismos sean retirados, toda vez que no poseen el respectivo registro sanitario expedido por autoridad competente.

Concluye afirmando que lo anterior evidencia que el acto de la Administración tiene como propósito prevenir al público sobre una conducta irregular y realizar un llamado a las autoridades competentes para que cumplan su misión de control de estos productos retirándolos del mercado, y no está encaminada a decidir una situación jurídica para crear, modificar o extinguir una relación de derecho.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En orden a estudiar el asunto que nos ocupa, la Sala analizará los siguientes temas: 1). El objeto del litigio; 2). El acto acusado; 3). Análisis de las excepciones planteadas por la demandada; y, 4). De los cargos planteados por la demandante, con un análisis paralelo de las disposiciones que protegen a los pueblos indígenas y la posición Jurisprudencial al respecto.

1). El Objeto del litigio.

Observa la Sala que el problema jurídico se contrae a establecer si la Alerta Sanitaria núm. 001 de 2010, expedida por el **INVIMA**, reúne las condiciones para ser considerada como acto administrativo susceptible de control judicial para así determinar su legalidad o ilegalidad, de conformidad con los cargos planteados en la demanda.

2). El acto acusado.

El texto del acto demandado, es el siguiente:

“ALERTA SANITARIA 001 - 2010

**INVIMA ADVIERTE QUE NO HA EXPEDIDO REGISTROS
SANITARIOS PARA PRODUCTOS QUE CONTENGAN HOJA DE
COCA.**

Bogotá D.C., 23 de febrero de 2010.

El INVIMA hace un llamado de prevención a los ciudadanos para que se abstengan de consumir y comercializar productos como té, aromáticas, galletas o cualquier alimento que contenga entre sus ingredientes hoja de coca. Estos productos no cuentan con Registro Sanitario y los beneficios de tipo medicinal, preventivo, curativo o terapéutico que se anuncian por su consumo, no se encuentran autorizados ni avalados por el INVIMA.

El cultivo y uso de plantas como la hoja de coca por parte de las comunidades indígenas, de acuerdo con los usos y prácticas derivados de su tradición y cultura, están restringidos a sus resguardos y no se ha autorizado la producción ni el consumo de estos productos para el resto del territorio nacional.

Se advierte a la población en general que productos como té, aromáticas galletas o cualquier alimento que contenga entre sus ingredientes hoja de coca y que incluya en su etiquetado la referencia de un Registro Sanitario INVIMA, son fraudulentos. Se solicita a las Secretarías de Salud de todo el país intensificar las acciones de vigilancia y control en almacenes de cadena, hipermercados, tiendas naturistas y demás establecimientos de la cadena de distribución y comercialización de productos alimenticios, para retirar del mercado este tipo de productos.

JAIRO CÉSPEDES CAMACHO
Director General

LAURA PASCULLI HENAO
Subdirectora de Alimentos y Bebidas Alcohólicas”.

3). Análisis de las excepciones propuestas por la entidad demandada.

Previamente a abordar el estudio de los cargos endilgados por la actora, se hace indispensable, de conformidad con lo expuesto por la entidad demandada, así como por el Agente del Ministerio Público, determinar, como primera medida, la categoría y naturaleza del acto cuestionado.

Sea lo primero señalar que las autoridades administrativas, en el ejercicio de sus funciones, tienen la posibilidad de adoptar decisiones y concretar situaciones,

algunas en forma voluntaria y espontánea, y otras de manera provocada, que producen efectos jurídicos respecto de los asociados.

Dentro de las diferentes formas en que se manifiestan las autoridades administrativas, se encuentran los Actos Administrativos, entendiendo por tales aquellas manifestaciones unilaterales de voluntad de la Administración tendientes a producir efectos jurídicos, esto es, encaminados a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, ya sean de carácter subjetivo, particular, como en el caso de los permisos, un nombramiento y otorgamiento de una licencia, etc., o de carácter general u objetivo, como resulta, por ejemplo, del ejercicio de la potestad reglamentaria.

Respecto a la noción de acto administrativo, la Corte Constitucional, en Sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2000¹, sostuvo que:

“El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la Administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados”.

De igual forma, esta Corporación ha señalado que:

“La diferencia entre los actos de contenido particular y general depende del grado de indeterminación que tengan los sujetos destinatarios del mismo, como lo ha precisado esta Sala: ‘Para diferenciar un acto administrativo general de uno particular es necesario tener presente los siguientes aspectos: El acto administrativo se entiende, entre otras perspectivas, como una decisión adoptada o expedida en función administrativa a través de la cual la autoridad crea, modifica o extingue una posición de una persona o conjunto de personas determinadas o indeterminadas frente a una norma de derecho (situación jurídica). El acto singular o particular no necesariamente tiene un destinatario único, por cuanto puede ir dirigido tanto a una persona como a un grupo determinado

¹ Expediente D-2952. Magistrado ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

de personas; en tanto que el acto general se expide siempre para un grupo indeterminado de personas a quienes se les crea, modifica o extingue una situación jurídica, dependiendo de las conductas o roles que ellas mismas asuman”².

En este punto, debe dejar en claro la Sala que no todo acto de la Administración tiene la vocación o cualidad de producir efectos jurídicos, en este sentido, se diferencian los actos administrativos, que sí gozan de tal condición, de los actos de la Administración, entendidos como meramente declarativos, es decir, que son manifestaciones unilaterales de las autoridades administrativas que no producen efectos jurídicos a los administrados, ni a favor ni en contra.

Ha señalado esta Sección que:

*“Si bien es cierto que el Código Contencioso Administrativo Colombiano no contiene una definición sobre acto administrativo, la doctrina ha intentado definirlo expresando que **se entiende como tal la manifestación de la voluntad de la Administración, que en cumplimiento de funciones administrativas, está encaminada a producir efectos jurídicos.** (...) Ahora, la Sección Primera de esta Corporación ha clasificado los actos administrativos en actos definitivos o actos de trámite. En este sentido ha sostenido que solo los actos administrativos definitivos que producen efectos jurídicos son enjuiciables por esta jurisdicción, en consecuencia, como los actos de trámite, en principio, no producen efectos jurídicos, escapan de la jurisdicción contencioso administrativa. (...) Como se aprecia del estudio del caso concreto y de la citada jurisprudencia, la distinción entre actos administrativos definitivos y de trámite, ha alcanzado particular relevancia, de carácter práctico, en consideración a su impugnación, toda vez que resulta que, los primeros pueden ser siempre cuestionados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mientras que los segundos, generalmente, no son enjuiciable por esta jurisdicción. De acuerdo con lo anterior, reitera la Sala en esta oportunidad que los actos de trámite solo podrán ser enjuiciados ante esta jurisdicción cuando generen efectos reales frente a otros sujetos de derecho. En este orden de ideas, en el proceso objeto de estudio, como quiera que los actos acusados no modifican, extinguen o crean una nueva situación jurídica a la parte actora, no pueden ser considerados como actos administrativos definitivos, y en consecuencia, no son enjuiciables ante esta jurisdicción. En efecto, según se infiere de los actos acusados, la Administración por medio de los mismos, está explicando a la parte actora el procedimiento que se surtió para la*

² Sentencia de 4 de marzo de 2010, Expediente: 2003-00360-01(3875-03), Sección Segunda, Subsección “A”, Magistrado ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón.

*notificación de los verdaderos actos definitivos, sin que por medio de las respuestas, se cree, modifique o extinga alguna situación de la actora que ya se había consolidado*³. (Destaca la Sala).

Ahora bien, también se había entendido que, en atención a que en el cumplimiento de sus funciones la Administración puede expedir actos que por tener un valor meramente orientativo, instructivo o informativo, pueden carecer de efectos jurídicos directos sobre las situaciones jurídicas de los particulares, ya que en estos eventos no resultaría procedente el control judicial a cargo del Contencioso Administrativo.

Sin embargo, la Sala, en pronunciamiento reciente, dio un viraje en su tradicional posición respecto al punto en cuestión. En efecto, señaló en dicha sentencia⁴ lo siguiente:

“Pese a la validez de la interpretación tradicional, la Sala estima que a la vista del cambio operado en el orden contencioso administrativo a partir de la entrada en vigor del CPACA y de las visibles transformaciones en los modos de actuación de la Administración, cada vez más proclive al uso de instrumentos blandos o atípicos (desde la perspectiva clásica del acto administrativo), resulta procedente replantearse esta postura. El alcance restrictivo del control judicial a cargo de los jueces de la Administración prolijado por la línea jurisprudencial en cuestión, así como el efecto de crear una suerte de inmunidad jurisdiccional a favor de actos que pese a ser expresión de la función administrativa presentan solo efectos orientativos, instructivos o informativos al interior de la Administración (ad intra) o hacia los particulares (ad extra), y el hecho de encerrar un desconocimiento de la regla hermenéutica según la cual todos los enunciados jurídicos deben interpretarse de tal forma que produzcan un efecto útil y que esta clase de interpretaciones debe preferirse sobre aquellas que supongan una redundancia en las disposiciones de la ley, llevan a la Sala al convencimiento de que es preciso replantearse dicha posición y entender que en virtud de lo previsto por el artículo 137 CPACA toda circular administrativa, cualquiera que sea su contenido, es susceptible de control judicial.”

³ Sentencia de 17 de febrero de 2011. Expediente 2009-00080-01, Magistrado ponente: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno.

⁴ Sección Primera del Consejo de Estado, sentencia de 27 de noviembre de 2014, Expediente: 2012-00533-01, Magistrado ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala.

En efecto, y en relación con el primero de los argumentos expuestos en precedencia, encuentra la Sección que como resultado de la línea jurisprudencial comentada resulta un recorte injustificado del ámbito de control de la justicia administrativa, que desconoce que conforme al artículo 103 del CPACA, en línea con lo previsto por el artículo 89 de la Constitución, “[l]os procesos que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico”. Lo anterior, a más que al definir el ámbito de la jurisdicción el artículo 104 del CPACA lo hace en términos más amplios que lo previsto al respecto por el artículo 83 CCA, pues mientras que éste último precepto alude al control contencioso sobre “los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas”, aquél hace referencia a “las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”. De modo que al prescindir de la alusión concreta a los actos administrativos para hacer mención al género “actos (...) sujetos al derecho administrativo”, más amplio y omnicompreensivo que la categoría empleada por el legislador anterior, **es manifiesta la voluntad del legislador de alargar el radio de cobertura del control a cargo de la justicia administrativa más allá de las simples manifestaciones unilaterales de la Administración capaces de producir efectos jurídicos directos.**

Siendo esto así, es claro que el sometimiento de cualquier manifestación de la Administración Pública al control del contencioso no puede depender únicamente de que se afecten situaciones jurídicas particulares. En tanto que garante de la constitucionalidad y legalidad de las decisiones y actuaciones de las autoridades administrativas **su control deberá extenderse también a aquellas manifestaciones de la función administrativa que pese a proyectar sus efectos únicamente sobre la órbita interna de la Administración o limitarse a informar o a instar a los particulares a una determinada conducta deben también someterse plenamente a la Constitución y la ley.** Aun cuando ello constituye una parte esencial de su cometido, el papel del contencioso administrativo no se limita exclusivamente a la tutela de los derechos individuales de los particulares. Al envolver un aspecto determinante para la realización de los principios y valores establecidos por la Constitución, así como para el cabal desarrollo y garantía de los derechos colectivos, sociales e individuales reconocidos por la Carta, la guarda de la integridad del orden jurídico es también una misión irrenunciable a cargo de la jurisdicción (artículos 2 y 89 de la Constitución y 103 del CPACA).

(...).

(...).

*En consecuencia, en aras de una más efectiva garantía del principio de Estado de Derecho y de una mayor materialización del propósito perseguido por el legislador al definir la efectividad de los derechos y la preservación del orden jurídico como objeto de la jurisdicción (artículo 103 CPACA) y a los “actos (...) sujetos al derecho administrativo” como parte del ámbito de sus competencias (artículo 104 CPACA), y en virtud de la interpretación literal y sistemática de lo previsto por el párrafo 3º del artículo 137 CPACA y de las consideraciones antes expuestas sobre la predilección de la hermenéutica que promueva el efecto útil de las disposiciones normativas que controlan el ámbito de actuación del contencioso administrativo, entiende la Sala que **toda clase de circulares, con independencia de su objeto, por ser expresión del ejercicio de la función administrativa a cargo de las autoridades que la expiden, se encuentra sujeta al control de los jueces de la Administración.***

(...).

Para la Sección Primera del Consejo de Estado el contencioso administrativo no puede dar la espalda a las nuevas realidades en que opera la Administración (de escenarios complejos e inciertos, que formulan una permanente necesidad de colaboración tanto inter e intra-administrativa como con el sector privado) ni a las nuevas lógicas que rigen parte de sus actuaciones (más promocional y cooperativa que coercitiva y unilateral). De aquí que sea natural ajustar sus posturas a la pluralidad de modelos regulativos adaptados hoy por las autoridades administrativas como forma de responder a los desafíos que plantea esta notable transformación en el obrar del sujeto de control. En consecuencia, y aun cuando ello suponga llevar el escrutinio judicial fuera de su escenario tradicional de fiscalización de actos administrativos –y justamente por eso o con esa finalidad-, una posición que pudo ser funcional y pacífica durante muchos años puede ser revaluada ante la evidencia del creciente recurso de las autoridades a estas formas de decisión y de los riesgos que su exclusión del control genera para el Estado de Derecho. Máxime cuando la propia legislación contenciosa administrativa parece ser consciente de esta realidad y en los artículos 103 y 104 el CPACA ensancha deliberadamente el objeto de la jurisdicción”. (Destacado por la Sala extra texto).

De conformidad con lo expuesto, la Sala declarará no probada la excepción propuesta por la parte demandada, tendiente a que se profiera pronunciamiento inhibitorio, al considerar que la Circular acusada no es pasible de control jurisdiccional.

Propone, igualmente la demandada, la excepción denominada “*ineptitud sustancial de la demanda*”, ya que al citar como violada la norma del artículo 85

del CCA, referida a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la accionante debió agotar el requisito previo de la conciliación prejudicial, de conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

Para la Sala, la naturaleza de la Alerta Sanitaria demandada en la que se orienta e informa al público en general para que, entre otras, se “...*abstengan de consumir o comercializar productos de té, aromáticas, galletas o cualquier alimento que contenga entre sus ingredientes hoja de coca*”, reviste naturaleza de acto de contenido general sujeto a control jurisdiccional a través de la acción pública de nulidad, máxime si se tiene en cuenta que con la demanda no se persigue, ni de la sentencia de nulidad que se produjere, un restablecimiento del derecho automático en favor de la actora ni de tercero alguno.

Por esta razón, la excepción propuesta tampoco tiene vocación de prosperar, por lo que la Sala estudiará de fondo el asunto sometido a su consideración.

4). De los cargos planteados por la demandante con un análisis paralelo de las disposiciones que protegen a los pueblos indígenas y la posición Jurisprudencial al respecto.

Afirma la actora que la Alerta Sanitaria núm. 001 de 2010, expedida por el **INVIMA** adolece de falsa motivación, por cuanto desconoce la presencia de registros sanitarios en los alimentos elaborados con hoja de coca, proveniente de territorios indígenas, registros de cuya existencia admite conocer dicha entidad a través de la Comunicación DG 100-00131-04 de 8 de junio de 2004 (folio 8 del expediente).

Al respecto, encuentra la Sala que en tal Comunicación, el Director General de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos de la demandada, hizo referencia a la

Resolución núm. 001 de 2002, publicada en el Diario Oficial núm. 45029 de 11 de diciembre de la citada anualidad, que previó:

**“RESOLUCIÓN NÚMERO 001 DE 2002
(junio 29)**

La Asociación de Cabildos ‘Juan Tama’, en uso de las facultades que la Constitución Política y las leyes de la República de Colombia le conceden y atendiendo la solicitud presentada por el Resguardo de Calderas en la zona de Tierradentro, Cauca para permitir la comercialización del producto de aromática a base de hoja de coca, y

CONSIDERANDO:

(...)

3. Que las leyes de la República de Colombia reconocen el uso legal y tradicional de la hoja de coca por los pueblos indígenas y el derecho a cultivar la planta, en especial el artículo 7º de la Ley 30 de 1986 y el artículo 14 de la Ley 67 de 1993, que su consumo es generalizado en la población colombiana y que existen posibilidades enormes de industrialización con fines benéficos.

(...)

6. Que la Constitución Política de Colombia en su artículo 330, la Ley 21 de 1991 en particular el artículo 7º, el Decreto 1088 de 1993 en su artículo 3º y la Ley 691 de 2001 en especial su artículo 4º, facultan a las autoridades propias para resolver la solicitud presentada por el Resguardo Calderas.

(...)

8. Que el Resguardo de Calderas presenta documentos donde consta el apego a la ley de las plantas cultivadas en territorio indígena, sobre la inocuidad del consumo de hoja de coca y la favorabilidad que dan a esta iniciativa diferentes autoridades de la República como la Defensoría del Pueblo y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, certificaciones de reconocidos científicos e instituciones, que avalan el uso legítimo de esta planta Y que en el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en diversos fallos y en especial la sentencia 176 de 1994.

9. Que se hace necesario encontrar alternativas de comercio a la hoja de coca que sean rentables en la medida en que las diversas organizaciones y comunidades han ejecutado acciones tendientes a desalojar de los territorios indígenas a personas y grupos al margen de la ley que usan la hoja de coca como insumo para la producción de sustancias estupefacientes y que la comercialización de las

aromáticas cumple adecuadamente con el papel de reemplazar los ingresos ilícitos por ingresos lícitos.

(...)

RESUELVE:

1. Otorgar al Resguardo de Calderas en zona de Tierradentro, Cauca, el **permiso para la utilización de La hoja de coca producida en los territorios indígenas**, para la producción de aromáticas de acuerdo con la solicitud presentada por el Gobernador del Resguardo.
2. Solicitar a las autoridades sanitarias nacionales y del departamento del Cauca la **verificación del cumplimiento de las normas fitosanitarias en la producción de las aromáticas de acuerdo con las facultades que corresponden a esas entidades, sin detrimento de la presente autorización.**
3. **La presente resolución faculta a la comunidad de Calderas para la compra, transporte y comercialización de la hoja de coca que proceda de cultivos en territorio indígena**, respetando las restricciones legales, en especial la Ley 30 de 1986 y la Ley 67 de 1993 sobre cultivo de planta de coca.” (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Lo anterior permite concluir que desde el año 2002, el cultivo, elaboración y comercialización de la hoja de coca, para su uso en aromática, proveniente de territorios indígenas, está avalado por autoridades diferentes a la nativa, como la Defensoría del Pueblo y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, certificaciones de reconocidos científicos e instituciones, así como de reiteraciones Jurisprudenciales proferidas por la Corte Constitucional (de las que se hará referencia más adelante).

A la fecha, la Resolución citada goza de presunción de legalidad y tal como lo mencionó la actora, no ha sido cuestionada y se encuentra vigente, por ende, para la Sala es evidente que la Alerta censurada se encuentra falsamente motivada, pues en ella se manifiesta que el “*El cultivo y uso de plantas como la hoja de coca por parte de las comunidades indígenas, de acuerdo con los usos y prácticas derivados de su tradición y cultura, están restringidos a sus resguardos y no se ha*

autorizado la producción ni el consumo de estos productos para el resto del territorio nacional”, lo cual contradice tanto la Constitución Política (tal como se explicará en párrafos posteriores), como la Resolución transcrita, pues si bien es cierto, que la misma se centra en la elaboración de aromática y respecto del Resguardo Calderas, también lo es que en su numeral tercero se amplía su comercialización, al autorizar a la referida comunidad la compra, transporte y comercialización de la **hoja de coca**, siempre que sea proveniente de **cultivos en territorios indígenas**, es decir, que no limita la autorización a la producción de aromática, ni que la hoja de coca, materia prima de ésta, sea proveniente de un resguardo determinado, ni que su mercadeo se efectúe dentro de zonas indígenas, lo que significa, que se permite su comercio a nivel nacional, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 16⁵, 18⁶, 24⁷ y 70⁸ de la Carta Política.

Así mismo, la Resolución en cita, solo se limita a las restricciones legales establecidas en las Leyes 30 de 1986 y 67 de 1993, es decir, que no sea cultivada ni transformada ni comercializada como droga ilícita, estupefaciente, sustancia Psicotrópica o afines a éstas, lo cual, obviamente no es el caso, dado que tales comunidades indígenas emplean dicha planta para diversas funciones benéficas para la salud del ser humano, de acuerdo con la costumbre ejercida desde tiempos antiguos.

⁵ “**Artículo 16.-** Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.”

⁶ “**Artículo 18.-** Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”.

⁷ “**Artículo 24.-** Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia”.

⁸ “**Artículo 70.-** El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la nación”.

Lo anterior, se encuentra en consonancia con los diversos estudios y normativa expedida a nivel internacional y que ha sido adoptada en Colombia, no solo a través de la norma constitucional sino de Leyes que han respaldado la importancia de proteger la identidad cultural indígena, manifestada, entre otras, en el cultivo y comercialización de productos provenientes de la hoja de coca, como parte fundamental de su actividad social y la conservación de su tradición ancestral, entre otros aspectos.

El artículo 286 superior, reconoce los Territorios Indígenas, así como los Departamentos, Distritos y Municipios, como entidades territoriales, una entidad político - administrativa que dispone de cierta autonomía. Dentro de estas Entidades Territoriales Indígenas (ETI's), las autoridades indígenas ejercerán funciones de gobierno autónomo, como la administración de los recursos económicos y la recaudación de impuestos (artículo 287 ibídem). La Constitución no dio instrucciones específicas para la creación de las ETI's y el reparto de competencias entre éstas y el Gobierno Central, pero declaró que estas cuestiones podrían resolverse mediante la elaboración de una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.

Sin embargo, el artículo 330 in fine, proporciona una lista de funciones autónomas que ejercerán las autoridades indígenas en los territorios de su propiedad, **sin que tal autonomía se limite a los territorios oficialmente reconocidos como ETI's.**

Las autoridades indígenas ejercen sus funciones autónomas dentro de los resguardos de las comunidades indígenas. Estos resguardos han sido definidos por el artículo 21 del Decreto 2164 de 1995, así:

“Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y

se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio”.

No obstante regirse por un sistema normativo propio, de conformidad con lo señalado por la disposición legal en cita, el artículo 246 de la Constitución Política, prevé que la autonomía jurisdiccional comporta la potestad de crear normas y procedimientos para resolver los conflictos de las comunidades, siempre que no se opongan a la Constitución y la Ley.

En la primera aproximación que se efectuó al sentido de esa disposición, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, mediante sentencia T-254 de 94 (Ananías Narváez contra comunidad indígena de El Tambo) estimó que la autonomía jurisdiccional resultaba prevalente frente a normas legales dispositivas; pero en cambio, debía ceder en caso de incompatibilidad con cualquier norma constitucional o legal imperativa.

Posteriormente, mediante Sentencia T-349 de 1996, la Corte Constitucional planteó que la autonomía de las comunidades indígenas debe respetarse al máximo y que solo puede ser limitada frente a lo verdaderamente intolerable, a partir de un consenso intercultural de la mayor amplitud posible. De esa reflexión, nació el principio de maximización de la autonomía, que con el tiempo se convirtió en el criterio de interpretación más relevante en este tipo de procesos.

Así, pues, en Sentencia SU-510 de 1998, el Alto Tribunal recordó que los derechos fundamentales son mínimos de convivencia social y que deberán estar siempre protegidos de los actos arbitrarios de las autoridades. Señaló, que:

“La Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que éstas 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”.

Nuevamente, mediante Sentencia T-514 de 2009, explicó la Corte que esa exposición (es decir, la presentada en la SU-510 de 1998) podría llevar a concluir que los límites a la autonomía están dados, en primer lugar, por un “*núcleo duro de derechos humanos*”, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales, en tanto “*mínimos de convivencia social*”.

En sentencias T-1253 de 2008 y T-514 de 2009, la Corte Constitucional señaló que existen ámbitos de autonomía en los cuales la intervención de órganos externos a las comunidades indígenas resulta particularmente nociva, pues puede aumentar las tensiones entre las facciones en disputa o generar el rompimiento definitivo de sus relaciones y diálogos.

La Corte ha optado entonces por proteger la autonomía de las comunidades, sin acoger la posición de una de las partes en conflicto, sino **promoviendo el agotamiento de nuevos espacios de participación y solución de conflictos.** Entre esas alternativas puede evaluarse la intervención de comunidades cercanas, conocedoras de sistemas de derecho propio similares, asociaciones de cabildos, escuelas de derecho propio, médicos tradicionales, e incluso autoridades del Sistema Jurídico Nacional, siempre que esa mediación sea autorizada por la comunidad y los órganos que contribuyan en ella no pretendan imponer decisiones al grupo, sino facilitar el diálogo.

Como quedó reseñado en el acápite relativo al análisis sucinto de la normativa de las comunidades indígenas y en el alcance que de las mismas ha hecho la Corte

Constitucional y esta Corporación, dichas **comunidades se rigen por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y un sustento normativo propio, autonomía que encuentra los límites allí señalados**, verbigracia en lo tocante al derecho a la vida, a la prohibición de torturas y esclavitud, etc. **Empero, la mentada autonomía no implica considerar que cuando la actividad de la comunidad trasciende el interior de la misma, la autoridad, en este caso la administrativa, esté impedida de ejercer sus facultades**, pues tanto dichas comunidades como las demás integrantes del territorio nacional se encuentran circunscritas a la Constitución y la Ley.

Por consiguiente, la Sala considera de gran relevancia determinar el análisis constitucional que el Alto Tribunal en la materia ha efectuado frente a la hoja de coca proveniente de territorios indígenas, de conformidad con la normatividad existente, su tradición milenaria e importancia en el desarrollo de la autonomía e identidad cultural de estos pueblos.

En efecto, se vislumbra que en sentencia T-477 de 25 de junio de 2012⁹, dicha autoridad judicial fue enfática al señalar que dicha planta se constituye en un elemento fundamental desde el punto de vista cultural, religioso, medicinal, alimenticio para estas comunidades, cuyo uso data de miles de años atrás y se encuentra amparado por el derecho a la identidad cultural y autonomía de dichos pueblos; y, masticar hoja de coca hace parte de una norma social, política y religiosa.

⁹ Magistrada Ponente doctora ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO, Actor: Luis Evelis Andrade (Representante de la Organización Indígenas de Colombia –ONIC-) y demandada la Superintendencia de Industrias y Comercio.

La mencionada Corporación, en sentencia C-882 de 23 de noviembre de 2011¹⁰, efectuó un análisis normativo acerca del derecho que tienen estas comunidades de preservar su identidad cultural y la forma como el Estado debe protegerla, así:

“1.1.1. El artículo 1º de la Constitución adopta el pluralismo como valor y principio que guía nuestro ordenamiento. En clave con esta disposición, el artículo 7 señala que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. El reconocimiento de este principio, como ha resaltado esta Corporación, obedece a (...) la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental.”¹¹ Además, en los términos de la sentencia C-742 de 2006¹², la existencia de una Constitución cultural dentro de la Carta de 1991 y la protección de las diferentes manifestaciones culturales de la Nación obedece al reconocimiento de que los diálogos interculturales contribuyen a crear sociedades más organizadas que resuelven sus conflictos de una mejor manera.¹³
(...)

2.5.14. Este derecho tiene además fundamento en varios instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad. Por ejemplo, el **artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** dispone que “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, **no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma**’.

Por su parte, **Convenio 169 de la OIT indica en el artículo 4.1 que los estados tienen la obligación de adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar, entre otros aspectos, las culturas y el medio ambiente de los pueblos indígenas y tribales; luego, en el artículo 5, dispone que los estados, al aplicar el Convenio, deben reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos, así como respetar la integridad de sus valores, prácticas e instituciones; por último, el artículo 8.2**

¹⁰ Por la cual se estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 2 de 2009 “Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”. Magistrado Ponente doctor JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

¹¹ Cfr. Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³ La Corte afirmó: “Como manifestación de la diversidad de las comunidades, como expresión de la riqueza humana y social de los pueblos y como instrumento para construir sociedades organizadas que aprenden a manejar sus relaciones adecuadamente, la cultura fue reconocida en la Constitución de 1991 como un pilar fundamental que requiere especial protección, fomento y divulgación del Estado. En efecto, es amplio el conjunto de normas constitucionales que protegen la diversidad cultural como valor esencial de nuestra Nación, de tal manera que dicho bloque normativo, que también se ha denominado por la doctrina como la Constitución Cultural, entiende la cultura como valor, principio y derecho que deben impulsar las autoridades.” Cfr. Sentencia C-742 del 30 de agosto de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

reconoce el derecho de dichos pueblos a '(...) conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos'.

A su turno, la **Declaración de las Naciones Unidas** sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁴ reconoce que **estos pueblos tienen derecho a (i) conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (artículo 5); (ii) 'a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura', para lo cual los estados deben establecer mecanismos eficaces para prevenir y resarcir los daños causados por '[t]odo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica' (artículo 8); (iii) 'a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas' (artículo 11.1); (iv) "a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos" (artículo 12.1); (v) "a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos" (artículo 13.1); y (vi) 'a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital' (artículo 24.1).**¹⁵

Por último, varias declaraciones y otros documentos provenientes de diferentes instancias internacionales, que sirven de guía hermenéutica de los derechos reconocidos en nuestra Carta y en el bloque de constitucionalidad, reconocen el derecho a la identidad cultural, especialmente en cabeza de las minorías étnicas y culturales. Por ejemplo, la Declaración de Friburgo sobre derechos culturales, emitida en el marco de la Unesco en 2007, reconoce los derechos de todas las personas, individual y colectivamente (i) elegir y a que se respete su identidad cultural, en la diversidad de sus modos de expresión (artículo 3.a); (ii) a conocer y a que se respete su propia cultura, como también las culturas que, en su diversidad, constituyen el patrimonio común de la humanidad (artículo 3.b); y

¹⁴ Si bien es cierto Colombia no se ha adherido a esta declaración, la Corte ha reconocido la posición actual de la comunidad internacional sobre la materia, por lo que es una pauta de interpretación de los derechos fundamentales que debe ser tomada en cuenta por el juez constitucional. Ver sentencia T-514 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵ Este derecho está estrechamente relacionado con el derecho a la cultura que tiene unos alcances más generales. Sobre el contenido y fundamento constitucional de dicho derecho ver la sentencia C-434 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

(iii) al acceso y participación en la vida cultural, el cual comprende prerrogativas como las siguientes (artículo 4):

- ‘La libertad de expresarse, en público o en privado, en lo o los idiomas de su elección ;
- La libertad de ejercer, de acuerdo con los derechos reconocidos en la presente Declaración, las propias prácticas culturales, y de seguir un modo de vida asociado a la valorización de sus recursos culturales, en particular en lo que atañe a la utilización, la producción y la difusión de bienes y servicios ;
- La libertad de desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, emprender investigaciones y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios;
- El derecho a la protección de los intereses morales y materiales relacionados con las obras que sean fruto de su actividad cultural.’

2.5.1.5. A nivel legal, la **Ley 397 de 1997 –modificada por la Ley 1185 de 2008-** resalta los derechos de los grupos étnicos y lingüísticos, las comunidades negras y raizales y los pueblos indígenas: **(i) a conservar, enriquecer y difundir su identidad y patrimonio cultural, a generar el conocimiento de las mismas según sus propias tradiciones y a beneficiarse de una educación que asegure estos derechos;** **(ii)** a la protección de sus lenguas (artículo 1°); **(iii)** a conservar los derechos que efectivamente estuvieren ejerciendo sobre el patrimonio arqueológico que sea parte de su identidad cultural; **(iv)** a gozar de derechos de autoría colectiva con el fin de proteger sus lenguas, tradiciones, usos y costumbres y saberes; **(v)** a recibir apoyo en sus procesos de etnoeducación; y **(vi) a obtener estímulos para la difusión de su patrimonio a través de los medios de comunicación** (artículo 13).

(...)

2.5.1.8. **Finalmente, como en el mismo fallo se explicó, el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas puede ejercerse no solamente en los territorios indígenas sino en todo el territorio nacional.** La Corte afirmó:

‘El derecho a **la identidad cultural de los pueblos indígenas es un derecho que se proyecta más allá del lugar donde está ubicada la respectiva comunidad.** Esto obedece a que el principio de diversidad étnica y cultural es fundamento de la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo en cualquier lugar del territorio nacional, ya que es un principio definitorio del estado social y democrático de derecho. Es este un principio orientado a la inclusión dentro del reconocimiento de la diferencia, no a la exclusión so pretexto de respetar las diferencias. **Concluir que la identidad cultural solo se puede expresar en un determinado y único lugar del territorio equivaldría a establecer políticas de segregación y de separación.** **Las diversas identidades culturales pueden**

proyectarse en cualquier lugar del territorio nacional, puesto que todas son igualmente dignas y fundamento de la nacionalidad (artículos 7 y 70 C.P.).

La opción de decidir si es conveniente o no dicha proyección y sobre el momento, la forma y los alcances es de cada pueblo indígena en virtud del principio de autodeterminación.’

2.5.19. En resumen, el derecho a la identidad cultural otorga a las comunidades indígenas prerrogativas como las siguientes: **(i)** tener su propia vida cultural, **(ii)** profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural, **(iii)** preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc. **(iv)** emplear y preservar su propio idioma, **(v)** no ser objeto de asimilaciones forzadas; **(vi)** conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad; **(vii)** conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; **(viii)** utilizar y controlar sus objetos de culto; **(ix)** revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales. Filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; **(x) emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales;** **(xi)** participar en la vida cultural de la Nación; **(xii)** seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; **(xiii) preservar y desarrollar su modos de producción y formas económicas tradicionales;** y **(xiv)** exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole.

Es claro, entonces, que existen suficientes antecedentes jurisprudenciales, como normativa internacional que ha sido acogida a nivel nacional a través de la Constitución y las Leyes, por medio de los cuales se respalda la diversidad étnica y cultural en sus distintas manifestaciones, pues tales comunidades gozan de una protección especial, debido a su condición de vulnerabilidad ante el resto de la humanidad, en la medida en que son conglomerados pequeños distribuidos en diferentes territorios a nivel mundial, arraigados a una cultura ancestral, sin poderío económico ni político.

Esta protección se traduce, entre otras, en el respeto a su identidad cultural, que aplicado al caso sub examine, adquiere gran relevancia, pues estudios tanto históricos como científicos han demostrado que el uso de la hoja de coca por

parte de las comunidades indígenas hace parte fundamental de su tradición milenaria y tiene grandes beneficios medicinales como alimenticios.

Por consiguiente, no es admisible que el Estado colombiano, a través de entidades como el **INVIMA**, induzca a la comunidad en general a que se abstenga de consumir cualquier producto que contenga la hoja de coca, derivados de los territorios indígenas, dado que ello restringiría su desarrollo económico a nivel nacional, pues tal como se mencionó en el fallo transcrito, estos pueblos tienen derecho a proyectar su identidad “*más allá del lugar donde está ubicada la respectiva comunidad*”, ya que lo contrario, “*... equivaldría a establecer políticas de segregación y de separación. Las diversas identidades culturales pueden proyectarse en cualquier lugar del territorio nacional, puesto que todas son igualmente dignas y fundamento de la nacionalidad*” (Destaca la Sala).

Para ser más precisos, en sentencia T-477 de 25 de junio de 2012¹⁶, la Corte Constitucional trajo a colación una serie de estudios relativos a la cultura de la hoja de coca y sus usos en la población indígena, entre otros, mencionó el siguiente concepto emitido por Octavio García ‘Jotoma’ representante de Azcaita, Asociación Zonal de Cabildos Indígenas de Tierra Alta- Ticuna Uitoto, Acitu, aludido en sentencia Su-383-03, en el que se precisó que la coca:

“... es la mediadora de la interdependencia de todo lo que sucede en el universo de los indios: el trabajo, la fiesta, la producción, el recto pensamiento”; es ‘un alimento casi espiritual (año 1500 Profecía de Kjana Chuyma), es un recurso natural originario de los pueblos andinos, con más de 5000 años de producción y consumo. Su uso tradicional como cohesivo social en rituales religiosos, como medicina y fuente de energía, en la adivinación y predicción del futuro, en la planificación del trabajo, como fuente de valor e intercambio, como acompañante fundamental en las labores agrícolas, como parte de la ‘etiqueta’ andina y de las buenas costumbres, fue un elemento sustancial de las diversas culturas que habitaron nuestra tierra antes de la llegada de los españoles”. (Negritas y subrayas fuera del texto).

¹⁶ Magistrada Ponente doctora ADRIANA MARÍA GUILLEN ARANGO, Actor: Luis Evelis Andrade (Representante de la Organización Indígenas de Colombia –ONIC-) y demandada la Superintendencia de Industrias y Comercio.

Así mismo, en el referido fallo T-477 de 25 de junio de 2012, el Alto Tribunal aclaró que si bien es cierto que la hoja de coca ha estado relacionada con la elaboración de cocaína como sustancia estupefaciente y psicoactiva, también lo es que en aras de salvaguardar precisamente el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas se ha avalado su consumo y producción siempre que estén ligados a dicha cultura.

En efecto, diversos análisis le permitieron concluir a la citada Corporación Judicial que *“el uso de la hoja de coca hace parte de la identidad cultural de las comunidades indígenas y que la persecución del narcotráfico no puede desconocer dicho derecho protegido por la Constitución. **Su utilización por parte de este colectivo social, precisamente, se deriva del conocimiento creado por generaciones que han interactuado con esta planta y quienes le han atribuido el calificativo de sagrada en razón a los beneficios y atributos que la misma posee, tanto es así que no constituye solamente un alimento sino que es un elemento importante en la concepción social y religiosa de la comunidad.**”* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Entre los distintos beneficios encontrados, se resalta que dicha planta es fuente natural de energía, de calcio, vitaminas y riboflavina; ayuda a equilibrar el hambre, la sed y el cansancio de manera natural y sana; sirve, entre otros, para mermar dolores de cabeza, problemas estomacales, en general funciona como analgésico y anestésico local.

Así mismo, en la sentencia citada, la Corte Constitucional afirma que *“**Quienes mambean regularmente dan fé de que protege las raíces de los dientes. Su uso tópico calma los dolores de los dientes. De hecho de ella se producen dentífricos(...)** Tanto en Perú y Bolivia como en Colombia, durante muchos siglos la hoja de coca fue utilizada como alimento. Los indígenas*

precolombinos y sus herederos la utilizaron tostándola como alimento. El mambeo servía para recuperar energías (...) la resistencia para el trabajo fuerte parecía multiplicarse. El indígena se alimentaba de las hojas y apenas con un puñado de maíz o yuca, que pasaba con agua, mientras que el español necesitaba llenarse la panza (...) pero no es solamente la presencia de los alcaloides la que hacía de la hoja de coca un buen alimento. **La hoja es rica en vitamina A y C y el mambeo proporciona calcio, hierro, fibras y proteínas. Y las calorías que significan para el organismo una nutrición**¹⁷.” (Negrilla y subraya fuera de texto).

En síntesis, la referida Corporación Judicial precisó, en la sentencia citada, que la comercialización de la hoja de coca por las comunidades indígenas, se sustenta en el **“principio constitucional de identidad cultural, a partir del cual se han emitido resoluciones provenientes de autoridades indígenas, debidamente reconocidas, que han autorizado la comercialización de este producto natural**¹⁸.” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

¹⁷ www.mamcoca.org. Los beneficios han sido estudiados de tiempo atrás, así un estudio de la Universidad de Harvard denominado Valor nutricional de la hoja de coca del año 1975 determinó que tienen alto valor nutricional.

¹⁸ Así, mediante Resolución 001 del 29 de junio de 2002 publicada en el diario oficial n.º 45.029 “la Asociación de Cabildos ‘Juan Tama’, en uso de las facultades que la Constitución Política y las leyes de la República de Colombia le conceden y atendiendo la solicitud presentada por el Resguardo de Calderas en la zona de Tierradentro, Cauca, para permitir la comercialización del producto aromática a base de hoja de coca” se resolvió “1. Otorgar al Resguardo de Calderas en la zona de Tierradentro, Cauca, el permiso para la utilización de hoja de coca producida en los territorios indígenas, para la producción de aromático de acuerdo con la solicitud presentada por el Gobernador del Resguardo (...) 3. La presente resolución faculta a la comunidad de Calderas para la compra, transporte y comercialización de la hoja de coca que proceda de cultivos en territorio indígena, respetando las restricciones legales, en especial la Ley 30 de 1986 y la Ley 67 de 1993 sobre cultivos de planta de coca”. Y en resolución n.º 001 de 2005 la misma autoridad atrás mencionada resolvió: “1. Otorgar al Resguardo de calderas ubicado en la zona de Tierradentro, Cauca, Registros Sanitarios Especiales para la elaboración de los siguientes productos alimenticios y cosméticos de conformidad con la solicitud presentada por el Gobernador del Resguardo: 01. Bebida hidratante a base de hoja de coca; 02. Productos de panadería a base de hoja de coca; 03. Mixtura de hoja de coca con frutas deshidratadas y otras plantas que garanticen inocuidad para la salud humana; 04. Aperitivo con alcohol a base de hoja de coca tipo vino; 05. Pasta dental a base de hoja de coca; 06. jabón para baño base de hoja de coca (...)”. Recuerda la Sala que la figura de la Asociación de Cabildos está regulada por medio del Decreto 1088 de 1993 y entre sus funciones está “adelantar actividades de carácter industrial y comercial, bien sea en forma directa, o mediante convenios celebrados con personas naturales o jurídicas” (literal a. numeral 3).

Así las cosas, es evidente para la Sala que el acto acusado, no solo se encuentra falsamente motivado, sino que contraría la Constitución Política y los Pactos Internacionales debidamente acogidos por Colombia, razón por la cual, se declarará su nulidad, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

1). DECLÁRANSE no probadas las excepciones planteadas por la parte demandada.

2). DECLÁRASE la nulidad de la Alerta Sanitaria núm. 001 de 23 de febrero de 2010, expedida por el **INVIMA**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 18 de junio de 2015.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO
Ausente en comisión