
Ricardo Soberón Garrido
LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO
DE MINISTROS Y LA ORDENANZA
LEGAL DEL GOBIERNO
REGIONAL DEL CUSCO

El Poder Ejecutivo, por intermedio del procurador encargado de los asuntos de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), ha interpuesto una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (TC) contra los artículos 1, 2 y 3 de la ordenanza regional 031-2005 del Gobierno Regional del Cusco, aprobada y promulgada el 21 de junio y publicada el 29 de junio en el diario oficial *El Peruano*. La citada acción se sustentaría en tres motivos:

- (i) no haber cumplido con el deber de reglamentación;
- (ii) violar el orden jurídico al romper compromisos internacionales adquiridos por el Perú relacionados con la lucha contra el narcotráfico; e,
- (iii) invadir atribuciones que le corresponden al Gobierno Nacional.

Sobre la dación de la ordenanza regional 031-2005-GRC/CRC se han vertido una serie de comentarios, análisis y opiniones equivocados y desinformados, cuando no mal intencionados, y que sirven de sustento a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la PCM. Por su parte, la prensa y los operadores mediáticos de los que promueven salidas represivas e indiscriminadas han contribuido con esta campaña que tilda de manera genérica como “narco-ordenanzas” promotoras de la legalización de las drogas las iniciativas que tienen una lógica social, económica y política particular y sujeta al contexto regional en cada sitio donde se han producido.

Si bien al final ambas ordenanzas fueron declaradas inconstitucionales por el TC, es importante reparar en que en las 68 páginas de la sentencia se

señalan un conjunto de consideraciones que constituyen una señal de alerta al Estado peruano por su falta de resultados en varios temas: (i) en lo que concierne a la política general de control de drogas; (ii) en cuanto a la diminuta acción de la Empresa Nacional de la Coca (Enaco S.A.) como empresa encargada de la comercialización de la coca para fines tradicionales (acopia menos de 3 por ciento de la producción total);¹ (iii) en lo que atañe a los nulos resultados de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (Devida) como ente rector en la materia; y, (iv) en lo que se refiere al ocio legislativo del Congreso de la República para legislar sobre la hoja de coca, en cuanto recurso natural, y su relación con el mundo andino.

¿Qué hubo detrás de estas decisiones de diversas instancias regionales en el marco de un proceso de regionalización? ¿No se trató más bien de respuestas frente a un vacío de treinta años producido por un Estado centralista al que le cuesta reconocer la existencia de una economía ancestral basada en el manejo racional del arbusto de la coca?

Desde la perspectiva del Gobierno Regional —en este caso el del Cusco, pero esto es aplicable también a los de Puno, Huánuco e incluso el de La Libertad—, no se estaba interfiriendo con las normas peruanas en materia de lucha contra el tráfico ilícito de drogas, ni con las disposiciones de los tratados internacionales pertinentes, como se sostendrá a lo largo de este artículo.

Muchas de estas opiniones críticas han provenido de los mismos funcionarios de Devida (Ericsson, Hurtado, Valencia), cuya gestión en la conducción de la política peruana de control de drogas ilícitas ha sido considerada un fracaso, particularmente en materia de desarrollo rural. No en vano ni los recursos ni la presencia de esta institución son aceptados por la población urbana y rural en la propia provincia de La Convención y otros valles cocaleros del país, pues su gestión se ha basado en la permanente desinformación y el engaño al productor campesino y sus organizaciones representativas. En otras oportunidades las voces discrepantes han provenido del propio Gobierno Central: así lo han hecho el hoy ex premier Carlos Ferrero y otros voceros de Perú Posible. Incluso la propia PCM ha sido víctima de la desinformación de Devida, especialmente en lo que concierne al manejo de las cifras sobre los cultivos de coca y su productividad, la consecución de las metas de erradicación de cultivos y, peor aun, la gestión de los escasos recursos económicos con los que cuenta el Estado peruano para generar desarrollo sustentable en las zonas cocaleras. Aparentemente, el nuevo Gabi-

¹ Compras netas de Enaco S.A., por agencia (1998-2004). *Fuente:* Base de datos de Enaco S.A.

nete, presidido por Pedro Pablo Kuczynski, seguirá aplicando las acciones iniciadas por su antecesor, a pesar de algunas declaraciones iniciales disidentes o de las propias exhortaciones del TC para que se revisen exhaustivamente los marcos, las estrategias y los resultados obtenidos.

En este proceso de debate sobre la constitucionalidad o no de las ordenanzas, entre julio y setiembre recién pasados las críticas han sido impulsadas desde embajadas extranjeras —particularmente la estadounidense— como una forma de presionar al Gobierno peruano, o han sido promovidas por algunos interesados en echarle a estas ordenanzas la culpa de otros problemas coyunturales, como el retraso de la firma del Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos, la reducción de la asistencia económica de este país, el incumplimiento de ciertas metas o la posible culminación, en diciembre del 2006, del régimen de la Ley de Preferencias Comerciales Andinas y Erradicación de la Droga. (ATPDEA) que tanto favoreció a la agroindustria del país durante su vigencia. Siempre sostuvimos que la carpeta “drogas” era importante —para el Perú y, por supuesto, para Colombia— en la negociación de temas comerciales, pero al final son los negociadores norteamericanos quienes la están utilizando a su favor.

Vista pues la realidad como una sola, sin respetar el carácter multicultural de la sociedad peruana, no ha sido ni es posible construir políticas públicas que respondan a las características de nuestra población, particularmente las de aquellos 8 millones de habitantes de los Andes y la selva alta, así como su ubicación en esta sociedad globalizada. De todos los órganos del Estado democrático, el TC es el único que se ha dado cuenta de esto.

LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

Más allá del propio contenido de la ordenanza, los siguientes conceptos jurídicos están relacionados con los principios que subyacen a ella, a la luz de la interpretación de las normas del Derecho Internacional y el Derecho interno aplicables a este caso. Estos argumentos han sido presentados a fines de agosto del 2005 a la Federación de Campesinos de La Convención, Yanatile y Lares (Fepcacyl) y, por su intermedio, al Gobierno Regional del Cusco, como fundamentos para la contestación de la acción de inconstitucionalidad referida:

- (i) ni la ordenanza ni su contenido rompen o transgreden el marco jurídico internacional y doméstico; más bien ayudan a su consolidación y aplicación selectiva, proporcional y priorizada; y,
- (ii) se trata del pleno uso de facultades y competencias por los gobiernos regionales, dentro de sus ámbitos territoriales y en competencias estrictas.

tamente de gestión administrativa relacionadas con el ordenamiento, empadronamiento, registro y vigilancia de los mercados de hoja de coca.

Tales argumentos no son fruto de la invención detrás de un gabinete burocrático, sino más bien el resultado de la experiencia de veinte años de seguimiento de la aplicación de políticas antidrogas en el Perú y en los países de la región andina, desde la Iniciativa Regional Andina (1991) hasta el Plan Colombia (2000). Son también el producto del acompañamiento del movimiento de productores campesinos, colonos e indígenas en los proyectos de desarrollo rural, y del seguimiento de las consecuencias de una represión indiscriminada e inútil basada en la erradicación compulsiva de cocales que, lejos de golpear al narcotráfico, fomenta los factores que impulsan el conflicto armado en el Perú y en Colombia y produce recurrentes violaciones de los derechos humanos de campesinos y policías en el Chapare boliviano.

LA ORDENANZA 031 NO ROMPE COMPROMISOS INTERNACIONALES; POR EL CONTRARIO, LOS ESPECIFICA Y REGULA

El Perú tiene diversos compromisos jurídicos y políticos internacionales en materia de lucha contra el delito de tráfico de drogas ilícitas, y los ha venido cumpliendo de manera sostenida, sobre todo cuando se separó al productor de la cadena ilegal; lo ha honrado, asimismo, incluso en aquellos años en los que el Gobierno peruano planteó una política de revalorización de la hoja de coca (1995 y 1996) y, por tanto, suspendió las acciones de interdicción y erradicación.

A pesar del oscuro periodo del “fujimontesinismo”,² cuando Vladimiro Montesinos estableció relaciones con las organizaciones criminales mexicanas, podemos señalar que el Perú ha cumplido permanentemente con sus objetivos de luchar contra el narcotráfico en la medida de sus recursos y posibilidades. Ha participado en los espacios de interlocución en la materia en la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la Organización de Estados Americanos, OEA (Cumbre Hemisférica de 1996), en la ONU (Asamblea General de 1998) y en la Confederación Andina de Naciones, CAN (cumbres y estrategias específicas). En los últimos veinte años ha tenido relaciones privilegiadas con los Estados Unidos y la Unión Europea a este respecto. No se nos puede enros-

² Trabajo sobre corrupción y narcotráfico preparado por el autor para la Iniciativa Nacional contra la Corrupción, Ministerio de Justicia, 2001.

trar, entonces, falta de cumplimiento ni de compromisos. Este es un aspecto que no ha sido bien entendido desde el fallo del Tribunal Constitucional.

Nuestro país dispone, además, de una legislación frondosa en la materia, que incorpora todos los ámbitos relevantes de la lucha contra este delito, incluyendo la represión del tráfico de insumos químicos y el control del lavado de activos. Es precisamente esa legislación la que muestra la opción soberana del Estado peruano de especificar los ámbitos de la represión penal.

Su comportamiento se sustenta en el principio de corresponsabilidad y respeto de la soberanía, y ambos son aceptados por la comunidad internacional (ONU, OEA, CAN). Tales obligaciones son aplicadas en los campos de la producción de la materia prima, el tráfico ilícito, la prevención y el uso de drogas, el lavado de dinero y el tráfico de insumos químicos, de acuerdo con las características y posibilidades de cada país. El origen normativo de la regulación de las drogas proviene de tres tratados internacionales de carácter multilateral: la Convención Única de Estupefacientes de 1961, la Convención sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, que, juntas, establecen las disposiciones provenientes del Derecho Internacional en materia de lucha contra el narcotráfico. En particular, son aplicables a este caso los artículos 22,³ 23 y 26⁴ de la Convención de 1961 y los artículos 3⁵ y 14 de la Convención de 1988.

En el caso concreto del Perú, la experiencia de la guerra interna ha demostrado que la prohibición de los cultivos de coca decretada en 1978 y

³ “Artículo 22. Disposición especial aplicable al cultivo. Cuando las disposiciones existentes en el país o en un territorio de una parte sean tales que, a su juicio, la prohibición del cultivo de la dormidera, del arbusto de la coca o de la planta de la cannabis resulte la medida más adecuada para proteger la salud pública y evitar que los estupefacientes sean objeto de tráfico ilícito, la Parte interesada prohibirá dicho cultivo.”

⁴ “Artículo 26. Las Partes que permitan el cultivo del arbusto de coca aplicarán al mismo y a las hojas de coca el sistema de fiscalización establecido en el artículo 23 para la fiscalización de la adormidera; pero, respecto del inciso 2 d) de ese artículo, la obligación impuesta al Organismo allí aludido será solamente de tomar posesión material de la cosecha lo más pronto posible después del fin de la misma.

“1. En la medida de lo posible, las Partes obligarán a arrancar de raíz todos los arbustos de coca que crezcan en estado silvestre y destruirán los que se cultiven ilícitamente.”

⁵ “Artículo 3. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

[...]

“ii) el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada.”

ejecutada desde entonces no es la manera más adecuada, como lo señala un dispositivo del Tratado de 1961, de proteger el bien jurídico de la salud pública. Las políticas implementadas alrededor del cultivo de coca no inciden directamente sobre ella, y sí, más bien, sobre las economías campesinas, pues mantienen intactas las organizaciones delictivas y permiten el crecimiento y la dispersión de las áreas de cultivo. Es en la aplicación de este dispositivo de la Convención Única de 1961 en la que se sustenta la política diferenciada del Estado peruano que se aplicó entre 1991 y 1998.

El artículo 26 de la citada Convención dio nacimiento al régimen de control estatal de los mercados tradicionales de coca en los Andes peruanos, a través primero del Estanco y, luego, de Enaco S.A. y de cualquier otro mecanismo que se invente en el futuro. Lamentablemente, como bien señala el TC, Enaco S.A. no ha tenido capacidad para empadronar a 30.000 productores, mantener actualizado el registro y evitar el desvío de la coca. Este es un primer aspecto en el que el régimen aplicado por el Perú colisiona con el funcionamiento del sistema tradicional de sembrío, comercio y usos tradicionales por la cultura andina.

Por su parte, es el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas de 1988 el que determina la obligación jurídica de establecer los delitos y las sanciones relacionadas con el tráfico de drogas. De manera particular, hay que mencionar la reserva que hiciera el Estado peruano al momento de aprobar la Convención de 1988 en lo que se refiere a su sistema de penas y sanciones previstas en el artículo 3 de la Convención, para lo cual se hace necesario revisar la resolución legislativa 25352 de 1991, realizada por el Congreso de la República. Se trata de la primera manifestación unilateral del Perú sobre el tema de los cultivos de coca, en la que toma distancia del planteamiento universal del Tratado. Este es un factor que debió ser contemplado al momento de discutir la constitucionalidad o no de los planteamientos de la ordenanza en cuestión (omisión grave del TC). Desde 1991 el Perú decidió no penalizar los cultivos de coca ni a los cultivadores, y optó por separarlos de la lucha contra el narcotráfico.

A comienzos de la década de 1990 se incrementó la acción estatal en la región andina, como consecuencia de la nueva regulación internacional, que confía directamente a las políticas penales el tratamiento de temas socioeconómicos complejos. Nuevas leyes,⁶ estrategias,⁷ procedimientos e instituciones asumieron el rol de luchar contra el narcotráfico. En este contexto

⁶ Ley 1008, Régimen de Sustancias Controladas, República de Bolivia.

⁷ Plan Dignidad en 1998 en Bolivia y Plan Colombia en el 2000, desde agosto del 2004 Plan Patriota.

ocurrieron también los procesos de reforma penal en varios de los países involucrados (Bolivia, Colombia y el Ecuador). Hay que señalar que todos los mandatos de la Convención de 1988 se establecen “de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos” (artículo 2), y que otras veces hacen mención “a la reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico” (artículo 3). Así, el propio Tratado establece la posibilidad de que cada país haga prevalecer su ordenamiento constitucional, asunto que aparentemente tuvieron en cuenta los funcionarios peruanos que lanzaron la diferencia entre productores y traficantes.

De manera pues que las obligaciones jurídicas internacionales y generales aprobadas por los estados (incluido el peruano) en materia de drogas son diversas por su naturaleza y complejidad. Comprenden una amplia gama de actividades y acciones en los campos institucional, presupuestal, preventivo, interdictivo, para citar algunos ejemplos. No solamente están relacionadas con la interdicción de los cultivos de la materia prima, la hoja de coca, y su atención, sino que dependen de una serie de factores propios de cada país.

Los países cumplen con el Derecho Internacional de acuerdo con sus criterios de política doméstica, sus prioridades en materia de seguridad y orden público y en función de los recursos financieros de los que disponen. En los Andes se han probado todos los medios —sustitución, interdicción, erradicación, fumigación, control biológico y desarrollo rural—, y lo cierto es que ninguno ha permitido intervenir sobre el ciclo de la producción ilegal de la hoja de coca. En el caso del Perú, pese a ser el segundo productor mundial de hoja de coca, no se puede evaluar el conjunto de su política antinarcóticos a partir de una decisión específica aislada referida al fenómeno del cultivo, por fuera del conjunto de las actividades que realizan las instituciones del Estado respecto de la lucha contra el narcotráfico.

Si después de varios años de aplicación de una fórmula basada principal o únicamente en la erradicación compulsiva de los cultivos de coca, sin acciones definitivas ni sostenibles de desarrollo rural alternativo, un determinado país opta por racionalizar, reducir y priorizar la acción interdictiva del Estado, esta constituye una decisión autónoma que no rompe la estructura básica y los compromisos jurídicos asumidos con la comunidad internacional toda. La incautación de drogas, los controles en zonas específicas, la inteligencia para dismantelar organizaciones y operaciones ilícitas deben seguir siendo la “punta de lanza” de la labor de interdicción y no actos de erradicación que han demostrado ser ineficaces e inútiles. Así, el TC señala:

1. El Tribunal Constitucional considera necesario, en este marco, enfatizar que aun cuando de conformidad con la política nacional vigente resulta plenamente válido proceder a la erradicación de los cultivos de hoja de coca ilegales, es decir, aquellos realizados por personas o en predios no empadronados por Enaco S.A. o aquellos realizados, por ejemplo, en bosques protegidos, reservas naturales u otras áreas protegidas por ley, es preciso que el Estado tenga presente que uno de sus deberes primordiales es promover el bienestar general que se fundamente en la justicia y en el desarrollo equilibrado de la nación (artículo 44 de la Constitución), y de conformidad con el artículo 88 de la Constitución, apoyar preferentemente el desarrollo agrario. Éstas, para efectos del caso que nos ocupa, son responsabilidades del Ministerio de Agricultura, y, particularmente, de Devida.

2. Así, es obligación de Devida proteger y asistir a las personas que se vean social y económicamente afectadas como consecuencia de la aplicación de dicha política, es decir, con la erradicación de cultivos ilícitos, mediante el diseño de políticas de desarrollo alternativo, implementando y consolidando procesos competitivos y sostenibles de desarrollo rural que aseguren el bienestar de la población, el ejercicio de la democracia y la integración de las zonas de economía campesina afectadas por los cultivos ilícitos a la dinámica del desarrollo regional y nacional; de manera que los cultivos de hoja de coca puedan ser reemplazados por productos agrarios y acuícolas de similar o mayor rentabilidad social. Lo cual es propio del desarrollo integral (artículos 44 y 188 de la Constitución) y, en particular, del desarrollo agrario, cuyo apoyo preferente es exigido por el artículo 88 de la Norma Fundamental.

Así ha sucedido en diversas oportunidades en el pasado reciente de otros países de la región. Es el caso de Bolivia, donde se ha suspendido hasta fines del 2005 la erradicación compulsiva de coca en el Chapare, Trópico de Cochabamba; y también el del Perú, cuando entre 1992 y 1996 se decidió detener las erradicaciones indiscriminadas en la selva alta. El propio Estados Unidos, en sus planes anuales de control de drogas, opta por priorizar uno u otro segmento del problema de las drogas ilícitas, y no por ello se le puede acusar de incumplir sus obligaciones internacionales.

Centrarse en una política selectiva y restrictiva que focalice la lucha contra el crimen organizado en donde más daño se hace, esto es, deteniendo el capital ilícito y el producto final y no a los campesinos productores, sería una importante respuesta y fuente de clarificación constitucional sobre la actividad represiva del Estado. Es más eficiente si escoge hacer daño en las cadenas más poderosas del circuito ilegal de narcotraficantes, puesto que el enfoque de la reducción de la oferta lleva ya más de veinticinco años de fracaso en fracaso.

Así, el país puede seguir dedicando los escasos recursos disponibles —propios y de la cooperación internacional— a la persecución del crimen

organizado alrededor del tráfico y exportación de cocaína, para cumplir con gran parte del artículo 3 de la Convención de 1988. Esa es una forma más eficiente de cumplir el mandato internacional de luchar contra el narcotráfico internacional.

LA ORDENANZA 031 Y EL DESARROLLO DOMÉSTICO DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL

En este orden de ideas, la mencionada ordenanza regional 031-2005 no solamente no violaba ni chocaba contra el ordenamiento jurídico nacional e internacional sobre lucha contra el narcotráfico, sino que lo hace más aplicable a la realidad local andina, al señalar con claridad y exclusividad a la producción tradicional donde existe evidencia histórica, ambos elementos presentes en la realidad del Cusco. Se trata de un acto de reconocimiento de una constatación efectuada desde la historia, la arqueología, la sociología y, por último, la estadística.⁸ Lamentablemente, han sido argumentaciones técnicas sobre ámbitos y ejercicio de competencias de la administración nacional y regional las que han predominado en la posición adoptada por el TC; es decir, se respeta y se reconoce la relación coca-derechos culturales, pero se opta por defender el carácter exclusivo de una competencia que ha sido muy mal ejercida por el Estado a través del Gobierno Central, esto es, el régimen sobre la coca, su ineficiencia y sus daños colaterales sobre las comunidades de productores y consumidores.

Normas como la ordenanza legal antes citada han sido dictadas gracias a las facultades y ámbitos territoriales establecidos en la Ley de Bases de la Regionalización, que cumple con darle un marco legal específico a un aspecto que no ha sido atendido por el Gobierno Central sino a través de sistemas caducos e inflexibles. Nos referimos al artículo 14 de la Convención de Naciones Unidas de 1988, que estipula que el cultivo y utilización tradicional de la hoja de coca son aceptados en aquellos lugares donde existe evidencia histórica de su uso ancestral. Este reconocimiento de la ONU debe vincularse con el resto del ordenamiento jurídico internacional, particularmente el relacionado con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con los derechos culturales de las personas individuales y como colectivo. En el caso particular de los pueblos indígenas, sus derechos especiales han sido reconocidos en los artículos

⁸ Así lo prueba la encuesta realizada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en el 2004.

3,⁹ 5, 8¹⁰ y 15¹¹ del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que reúnen un conjunto de disposiciones aplicables a los pueblos indígenas y el andino en particular; es decir, la debida consideración de sus costumbres y del valor de la hoja de coca en el contexto y cosmovisión andinos.

Finalmente, el siguiente dispositivo del Convenio 169 es aplicable al arbusto de la coca en la cultura andina, por tratarse de un recurso botánico en un contexto social y cultural determinado. Por ejemplo, el artículo 14¹² de la Convención de Naciones Unidas para la Lucha contra el Tráfico Internacional de Estupefacientes, de 1988, es el primer instrumento internacional que reconoce este derecho colectivo de los pueblos indígenas de los Andes al uso tradicional de sus plantas psicoactivas, y es en este marco que se da el desarrollo normativo materia de la presente acción de inconstitucionalidad.

CONSIDERACIONES DE ORDEN CONSTITUCIONAL Y DE DERECHOS HUMANOS RELACIONADAS CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL *PICCHADO* Y *ACULLICO* DE LA COCA

La Constitución de 1979 decía en su artículo 34: “El Estado preserva y estimula las manifestaciones de las culturas nativas, así como las peculiares y

⁹ “Artículo 3:

“1. Los Pueblos Indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación.

“Artículo 5. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

“a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse en consideración la índole de los problemas que se plantean tanto colectiva como individualmente.”

¹⁰ “Artículo 8:

“1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario.”

¹¹ “Artículo 15. Los derechos de los pueblos interesados en los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de sus pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.”

¹² “Artículo 14. Medidas para erradicar el Cultivo Ilícito de Plantas de las que se extraen Estupefacientes y para eliminar la Demanda Ilícita de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

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

genuinas del folklore nacional, el arte popular y la artesanía”. Más adelante, en el segundo párrafo del artículo 161, señalaba: “El Estado respeta y preserva las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes”. Esto quiere decir que desde el retorno del Perú al sistema democrático en 1980, el constituyente de entonces consideró el reconocimiento del Estado, en el plano normativo, de esos “otros mundos” al interior de la Cordillera andina y las cuencas amazónicas.

El artículo 2.19 de la hoy vigente Constitución de 1993 dice que “[...] toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural”. De manera que el propio texto constitucional reconoce ese derecho aplicable a individuos como tales y como miembros de las comunidades ancestrales, que resulta fundamental para el presente caso de la constitucionalidad de la ordenanza 031 y su carácter. Asimismo, el Estado “[...] reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”, lo que determina la aceptación de ese carácter con todos sus componentes y contenidos, como es el caso del uso tradicional de la hoja de coca. Luego tenemos el derecho a la autodeterminación (artículos 49 y 89), así como la facultad de las comunidades nativas y las rondas campesinas de administrar justicia, aspecto relevante para entender el contexto y la cosmovisión del mundo andino. Muchos autores peruanos¹³ y extranjeros se han referido ya a la necesidad de que el Estado reconozca estos principios y derechos colectivos. Incluso el propio TC, en anterior resolución, ha fallado en el mismo sentido (expediente 0872-1999-AA/TC).

Así, debemos partir del concepto de cultura como:

[...] todo el conjunto de experiencias, conocimientos y prácticas que habilitan a las personas para aprovechar los recursos del medio en el esfuerzo de supervivencia [...] es entendible también que el derecho a la identidad y el mantenimiento del patrimonio cultural, tienen así mismo una proyección clara en el aseguramiento de las posibilidades de los integrantes de un grupo culturalmente diferenciado para continuar existiendo como personas.¹⁴

¹³ Albán Peralta, Wálter: “Las comunidades campesinas y nativas en el Perú: Realidad, regulación y alternativas para su tratamiento normativo”, en *Debate Defensorial*. Lima: Defensoría del Pueblo, 1998. Gallo, Máximo, editor: *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional*. Lima: CAAAP, 1993. Pásara, Luis: “La comunidad indígena en nuestro Derecho”, en *Derecho* n.º 26, 1968. Ruiz Miguel, Carlos: “Multiculturalismo y Constitución”, en *Cátedra* n.º 10, 2003. Vilcapoma Ignacio, Miguel: “Constitución y etnia en el Perú”, en García Belaúnde, Domingo, coordinador: *Constitucionalismo y derechos humanos*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana, 2002.

¹⁴ Roldán, Roque y Ana María Tamayo: *Legislación y derechos indígenas en el Perú*. Lima: CONMA/CAAAP, julio de 1999, p. 86.

Del mismo modo, los propios trabajos relacionados con los pueblos indígenas señalan, respecto del concepto de patrimonio, que:

In summary, then, each indigenous community must retain permanent control over all elements of its heritage. It may share the right to enjoy and use certain elements of its heritage, under its own laws and procedures, but always reserves a perpetual right to determine how shared knowledge is used. This continuing collective right to manage heritage is critical to the identity, survival and development of each indigenous society.¹⁵

Es decir, las propias instancias de la ONU reconocen el patrimonio en función de las comunidades indígenas a las que les pertenece, y están de acuerdo con el derecho perpetuo de manejar y gozar de su patrimonio como un factor crítico de su identidad, supervivencia y desarrollo. Stavenhagen, un reconocido promotor de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, señala en relación con el concepto de autonomía:

[...] no hay desde luego una sola fórmula autonómica (ni siquiera una definición única del concepto), sino modalidades diversas que pueden agruparse de alguna manera bajo el manto genérico de la autonomía. En un reciente estudio amplio y comparativo se define el contenido de la autonomía en función de los siguientes elementos: idioma, educación, acceso a los servicios sociales y puestos en la administración pública, tierra (incluyendo territorio), control sobre recursos naturales, y gobierno local representativo.¹⁶

Las mismas organizaciones indígenas de América Latina han generado sus propias construcciones respecto de lo que se debe entender como cultura; así, la Declaración de Tlaxiutl (Oaxaca, México) sobre los Derechos Fundamentales de las Naciones, Nacionalidades y Pueblos Indígenas, de octubre de 1991, estableció:

Las naciones, nacionalidades y pueblos indígenas entendemos nuestra cultura como toda aquella manifestación que expresa nuestra manera integral de concebir la relación que tenemos con nuestra Madre Tierra y las relaciones entre nosotros mismos, como seres humanos comunitarios. Nuestras culturas incluyen elementos

¹⁵ Daes, Érica Irene, Relatora Especial de la Subcomisión sobre Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías (Protection of the Heritage of Indigenous People), United Nations, 1997, p. 4.

¹⁶ Stavenhagen, Rodolfo: "El Sistema Internacional de los Derechos Indígenas", en *Memorias del Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, 12-14 de noviembre del 2003. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (AOCNUDH).

como el idioma, las prácticas sociales, políticas y económicas, las artes, las ciencias, la medicina, la religión, etcétera.

El concepto de pueblo indígena se funda pues en la idea de la continuidad histórica de sus pobladores con los territorios que ocupan actualmente,¹⁷ como aquel del que gozan las más de mil comunidades campesinas que viven en el departamento del Cusco y a lo largo de la Cordillera de los Andes y que tienen en el arbusto de la hoja de coca un referente social, religioso, económico y cultural. ¿Cómo puede desconocer la PCM la relación existente entre la ordenanza 031 y el respeto de los derechos reconocidos por nuestra Constitución y los principales instrumentos internacionales? El concepto de pueblo es entendido como:

[...] aquellos pueblos que dentro de su proceso de desarrollo mantienen aspectos importantes de sus propios valores, creencias, instituciones o estilos de vida y que simultáneamente intercambian elementos con otras culturas, conservando una identidad propia que los distingue de la sociedad dominante.¹⁸

La idea de identidad adquiere el sentido de pertenencia, reconocimiento como sociedad indígena. En el Perú existen 8'793.295 peruanos entre quechuas, aimaras, aguarunas y asháninkas; es decir, casi un tercio de su población. Según la propia encuesta realizada por el INEI en el 2004 por encargo de Devida, aproximadamente 4 millones de peruanos tienen relación con la hoja de coca. Y la propia Defensoría del Pueblo del Perú ha establecido que:

[...] el derecho a la identidad étnica o cultural de los miembros de los pueblos indígenas consiste en la atribución que tienen de mantener y desarrollar sus propias características culturales comunes, como el idioma, la religión, el modo de vida y todos los elementos que los identifican.¹⁹

En el caso que nos concierne, el del arbusto de la coca, su cultivo, cosecha, comercio y consumo constituyen parte integral de la cultura andina, y están asociados a prácticas sociales, culturales y religiosas plenamente re-

¹⁷ Informe Final del Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, Relator José Martínez Cobo.

¹⁸ Prólogo al libro *Legislación y derechos indígenas en el Perú*, de Roque Roldán y Ana María Tamayo. Lima: CAAAP/CONAM/Unión Europea, 1999.

¹⁹ Comentarios al Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Lima, setiembre del 2003, p. 21.

conocidas que este TC no puede dejar de tomar en cuenta y que han sido amparadas por la ordenanza 031.

El artículo 37 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, suscrita en Guayaquil el 26 de julio del 2002, señala:

Los pueblos indígenas y comunidades de afrodescendientes, además de los derechos humanos que poseen sus miembros como ciudadanos a título individual, gozan como grupos humanos de raíz ancestral, de derechos colectivos, cuyo ejercicio en común promueve su continuidad histórica, la preservación de su identidad y su desarrollo futuro.

Por desgracia, este aspecto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no ha sido ni debidamente utilizado por los gobiernos regionales (fundamentalmente el del Cusco), ni apropiadamente recogido y analizado por los magistrados del TC, craso error del máximo intérprete de la Constitución. Por ello, las organizaciones campesinas deberían pensar en una acción posterior en los espacios judiciales y cuasi judiciales del Sistema Interamericano o del Sistema Universal de Derechos Humanos. Personalmente pienso que si luego de un tiempo prudencial el Gobierno Central no corrige esta medida, como lo manda la sentencia del TC, y no ejerce a cabalidad esa competencia exclusiva que tanto reclama, entonces se tendrán los caminos abiertos para denunciar la falta de cumplimiento en ese sentido.

*El cultivo, el comercio y el consumo de la hoja de coca
es un derecho del pueblo quechua*

Las acciones que realice el Estado peruano respecto de la hoja de coca deben ser vistas en su doble contexto. Uno, muy específico, que se encuentra fuera del alcance de la ordenanza 031, relacionado con la lucha contra el delito del narcotráfico (competencia exclusiva del Gobierno Central), con sus especificidades y con las particularidades establecidas por el artículo 296 del Código Penal, que extrae del ámbito delictivo los actos de cultivo, por las complejas particularidades sociales en que se realiza el cultivo mismo. Y el otro, relacionada con la coca en el ámbito cultural andino.

En este sentido, el Gobierno Regional empezó por recoger y mostrar al TC la existencia de suficiente evidencia histórica sobre la estrecha relación entre el hombre peruano y la hoja de coca, pero el TC abandonó esa lectura del problema y se quedó en el aspecto meramente técnico del ejercicio de las competencias. Se trataba de recoger las evidencias históricas, pero me temo que no es eso lo que han hecho los magistrados:

Probablemente este descubrimiento hace retroceder la fecha del origen del uso humano de la coca hasta por lo menos 3,000 años antes de Cristo y sugiere que pudo haber sido llevada desde el Ecuador hasta la costa peruana, junto con otros productos tropicales como la mandioca y el maní.²⁰

En el Perú²¹ y en el extranjero²² abundan los estudios sobre el origen de la coca y su importancia social en las comunidades andinas; allí están los trabajos de Weil,²³ Gagliano²⁴ y Carter y Mamani en Bolivia²⁵, y los de Ossio y Cabieses para el Perú. Esto quiere decir que uno de los criterios que deben ser considerados por los magistrados del TC es que la ordenanza 031, fuera de su carácter normativo regional, recoge y reconoce la importancia del acto del *picchado* o *acullicado* de la hoja para el mundo y la sociedad andinos como factor de cohesión social y, en definitiva, como la plasmación de un derecho del hombre andino como individuo y como miembro de una comunidad caracterizada por el consumo de esa hoja.

Debe considerarse, asimismo, la relevancia económica de la coca para el desarrollo de las faenas agrícolas y el pastoreo. También ha sido documentada su importancia en el sistema redistributivo andino, el trueque:

[...] un requisito *sine qua non* para el desarrollo del trabajo [...]. Más aun, las formas tradicionales de trabajo comunitario cooperativo y de reciprocidad (*minka* y *ayni*) no son posibles sin coca.

[...] la documentación etnohistórica confirma que la coca en la sociedad tradicional andina corresponde a la categoría de bien de lujo [...] siendo tratada como tal [...]. Dado su carácter sagrado y sus múltiples funciones económicas y sociales, la coca actuaba y actúa como símbolo de prestigio y de poder. Los bienes de lujo son siempre intensamente intercambiados, repartidos, distribuidos y convertidos en otros bienes equivalentes. Esto hace a la hoja objeto de intercambio recíproco, regalo preciado, deuda, crédito y convertibilidad. Mayer señala que, en el contexto indígena, la coca es la primera mercancía, y en particular la de mayor

²⁰ Henman, Anthony: *Mama coca*. Bogotá: Ancora Ediciones, 1978, p. 45.

²¹ Rostworowski de Diez Canseco, María: *Plantaciones prehispánicas de coca en la vertiente del Pacífico*. Lima: IEP, 1977.

²² Escohotado, Antonio: *Historia general de las drogas*. Barcelona: Anagrama, 1996.

²³ Weil A., Timothy: "The Therapeutic Value of Coca in Contemporary Medicine", *Journal of Ethno Pharmacology*, 1981.

²⁴ Gagliano, Joseph A.: "La medicina popular y la coca en el Perú: Un análisis histórico de actitudes", en *La coca andina: Visión indígena de una planta satanizada*. México: Instituto Indigenista Interamericano, 1986.

²⁵ Carter, William y Mauricio Mamani: *Patrones de uso tradicional de la coca en Bolivia*. Lima, 1980.

liquidez, pues circula ampliamente funcionando como una cuasi moneda. La coca era uno de los productos susceptibles de ser intercambiados por casi el total de los bienes que circulan en la economía campesina de los Andes.²⁶

Sobre la importancia religiosa en el mundo andino, el propio Instituto Indigenista Interamericano de la OEA planteaba en 1986 que:

[...] la ausencia o restricción de su uso tradicional es vista por la sociedad usuaria [...] como un atentado contra sus derechos sociales, culturales y económicos, y como una acción etnocida y represiva.

Con estas consideraciones, el propio Estado peruano, y el boliviano en su momento, por medio de sus respectivas cancillerías, iniciaron en 1994, 1995 y 1996 acciones para lograr un cambio en las instituciones de las Naciones Unidas responsables de haber puesto al arbusto de la hoja de coca en la Lista I de sustancias sometidas al control más riguroso del sistema de fiscalización de drogas, particularmente la Comisión de Estupefacientes. Lamentablemente, estas acciones se diluyeron en los planes antinarcóticos.

El Sistema Internacional de Derechos Humanos

El Sistema Internacional de Derechos Humanos también se ha dedicado al tema. Primero la Convención contra el Genocidio de 1948, que proscribió la exterminación metódica de un grupo étnico nacional, racial o religioso. Luego vendría la resolución 1514 (XV), declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales y el Comité de Descolonización, que reconoció:

[...] la libre determinación de los pueblos consiste en el derecho a establecer libremente su condición política a proveer a su desarrollo económico, social y cultural y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales.

El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en 1966 y en vigor desde 1976:

²⁶ Camino, Alejandro: "Coca: Del uso tradicional al narcotráfico", en *Coca, cocaína y narcotráfico: Laberinto en los Andes*. Lima, noviembre de 1989, p. 95. Literatura adicional al respecto: Cabieses, Fernando: "Aspectos etnológicos de la coca y la cocaína" y "Etnología, fisiología y farmacología de la coca y la cocaína", ambos en *Cuadernos del Museo Peruano de Ciencias de la Salud* n.º 1. Lima: Beneficencia Pública de Lima, 1985.

[...] señala, reconoce y garantiza a los miembros de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, dentro de sus estados, el derecho a tener en común con los demás miembros de su grupo su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Esta es la primera manifestación de un derecho colectivo en un instrumento jurídico internacional de carácter vinculante, y fue aceptada por el propio Estado peruano al momento de aprobar la Constitución de 1979.

En 1982 se creó el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas (resolución 1982/34),²⁷ que tiene como funciones: (i) revisar los acontecimientos relacionados con los derechos humanos de los pueblos indígenas; y, (ii) elaborar normas internacionales aplicables. En 1985 el Grupo de Trabajo comenzó a elaborar un proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Desde 1994 este Proyecto, de 45 artículos, está siendo examinado por la Comisión de Derechos Humanos. A pesar de que no es aún un instrumento jurídicamente vinculante, resulta necesario observar algunos de los criterios tomados en cuenta por este autorizado Grupo de Trabajo en el marco de la ONU, en relación con los pueblos indígenas. En este sentido, este instrumento es más claro aun.²⁸

El artículo 12 de la mencionada Declaración señala:

Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho de mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales y dramáticas y literaturas, así como el derecho de restitución de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que han sido privados sin consentimiento, libremente y con pleno conocimiento o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

En este sentido, la hoja de coca debe ser vista y considerada por el TC como un bien cultural de la sociedad y la cultura andinas.

²⁷ Roulet, Florencia: *Derechos humanos y pueblos indígenas*. Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas de la ONU, 1997.

²⁸ “Artículo 4. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales, así como sus sistemas jurídicos, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.”

El artículo 13 de la Declaración señala:

Los pueblos indígenas tienen derecho 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 vigilar los objetos de culto y a obtener la repatriación de restos humanos.

Los estados adoptarán medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas interesados, para asegurar que se mantengan, respeten y protejan los lugares sagrados de los pueblos indígenas, en particular sus cementerios.

Es en ese contexto sociocultural en el que debe ser ubicado el reconocimiento del Gobierno Regional del Cusco en su ordenanza acerca del uso de la coca:

Artículo 24. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas y prácticas de salud tradicionales, incluido el derecho a la protección de plantas, animales y minerales de interés vital desde el punto de vista médico. También tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todas las instituciones de sanidad y los servicios de salud y atención médica.

Aunque no es aún instrumento jurídico vigente ni vinculante, este Proyecto de Declaración da cuenta de las tendencias de protección en la comunidad jurídica internacional, particularmente la interamericana, de los derechos colectivos de los pueblos indígenas del mundo, entre los que debemos incluir a los pueblos quechua, aimara y amazónicos.

La Organización Internacional del Trabajo

Creada en 1919, la OIT se convirtió en 1946 en la primera agencia especializada de la ONU. Como parte del sistema de Naciones Unidas y en este contexto, ha elaborado más de 350 convenios y recomendaciones en materia laboral. En paralelo, comenzó a trabajar el tema de los pueblos indígenas, por lo general sometidos a condiciones de pobreza extrema por la erosión de sus derechos territoriales. En 1953 publicó el libro *Pueblos indígenas: Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones aborígenes en los países independientes*. En 1957 aprobó el primer instrumento internacional, el Convenio 107, “Sobre la Protección e Integración de las Poblaciones Aborígenes y otras Poblaciones Tribales y Semi Tribales en los Países Independientes”, cuyos 37 artículos tenían un claro espíritu integracionista y asimilacionista.

Este instrumento entró en vigor el 2 de junio de 1959, pero pronto fue objeto de críticas de aquellos que pedían un mayor respeto del derecho de

todas las culturas del mundo a mantener sus costumbres, distintas de las de la sociedad dominante. Por ello, se comenzó a trabajar en su reemplazo, para lo cual se elaboró el Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado en junio de 1989, adoptado por el Congreso peruano mediante resolución legislativa 26253 del 2 de noviembre de 1993 y ratificado el 17 de enero de 1994. Además, en el contexto de las instituciones de la ONU tenemos el caso de la propia Unesco, que emitió en 1978 la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, en la que señaló que “[...] todos los pueblos y grupos humanos contribuyen a su manera al progreso de la civilización y de las culturas y constituyen el patrimonio común de la humanidad”. Finalmente, en su trabajo de impulso a la Agenda 21 y el Convenio sobre la Biodiversidad la propia FAO también ha tocado el tema. Cabe resaltar la literatura existente sobre su valor nutricional.²⁹ En el contexto del sistema interamericano, tenemos algunos avances en la OEA. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos inició en 1996 la elaboración de un proyecto de Declaración Interamericana de Derechos de los Pueblos Indígenas que se encuentra también en fase de estudio por los gobiernos, pero que reconoce el concepto de pueblo indígena (artículo primero) y su derecho al desarrollo cultural (artículos 7 al 13).

El Convenio 169 habla de la responsabilidad de los gobiernos de asegurar a los indígenas el goce, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población de promover “[...] la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos (indígenas), respetando su identidad social y cultural y sus costumbres y tradiciones y sus instituciones”.

Más concretamente, su artículo 3.1 reconoce:

Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

El segundo párrafo del mismo artículo es más enfático aun:

[...] no deberá emplearse ninguna forma de fuerza o coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

²⁹ Duke, James: “Nutritional Value of Coca”, en *Botanical Museum Leaflets*, volumen 24, n.º 6. Harvard: Harvard University, 1975, pp. 113-119.

¿Acaso no debe ser esta una de las razones para que el TC confirme la naturaleza plenamente constitucional de la ordenanza 031 y, más bien, someta a escrutinio todas aquellas normas que, so pretexto de una lucha indiscriminada y a ciegas contra el narcotráfico, se dirigen contra el productor campesino de la selva alta? Nos referimos a los Planes Anuales de Erradicación de Cultivos de Coca que aprueba y no publica anualmente el Ministerio del Interior, o a la pretendida aplicación de un decreto ley como el 22095 que sí resulta claramente inconstitucional e irracional.

El artículo 5 del Convenio de la OIT señala que:

[...] al aplicar las disposiciones de este Convenio deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en cuenta la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente [...]; deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos.

Es decir, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuenta con un conjunto de instrumentos, vigentes o en proceso de concreción jurídica, que señalan y reconocen los distintos contenidos de los derechos sociales, económicos y culturales aplicables a los pueblos indígenas que habitan en esta parte del continente, y en nuestro caso particular, para el pueblo quechua, que tiene en el arbusto de la hoja de coca un referente fundamental. Como señala Artucio:

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por objeto promover y proteger el disfrute por toda persona de sus derechos humanos, tratando de evitar su violación, buscando fórmulas para hacerla cesar, si ella se hubiere producido, y acordando reparación para las víctimas.³⁰

Nos plantea al Perú, y en este caso al TC, el reto y la obligación jurídica positiva de recoger y respetar, para su goce por esos millones de peruanos y peruanas, las normas relacionadas con el uso tradicional de la hoja de coca.

Como dicen algunos juristas reconocidos:

En el caso del Convenio 169 de la OIT, éste tiene una doble naturaleza porque en cuanto instrumento internacional obligatorio lo es para los Estados que lo ha-

³⁰ Artucio, Alejandro: "Mecanismos convencionales para la protección de los derechos humanos en el marco del sistema de Naciones Unidas", en "Derechos Humanos: Derechos de los Pueblos Indígenas". Seminario internacional organizado en Bolivia por la Corte Interamericana de Justicia y la Comisión Andina de Juristas en marzo de 1996, p. 137.

yan ratificado como en el caso del Perú y, a la vez, puede convertirse en instrumento internacional conformante del derecho consuetudinario internacional por la práctica continua y observancia de sus normas por los Estados.³¹

Finalmente, el artículo 8 del Convenio 169 señala:

Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario; 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho 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.

Para finalizar esta sección relativa al problema de la coca debemos señalar que el uso tradicional de la hoja de coca constituye una forma de ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en este caso particular de la población andina en su conjunto, que han sido reconocidos por la Constitución y los tratadistas que han abordado este tema; que la ordenanza regional 031 no solamente no colisiona con la normativa constitucional, sino que constituye, además, expresión de sus disposiciones fundamentales relativas a los derechos humanos, así como de diversos instrumentos jurídicos vinculantes o no para el Estado peruano.

En la segunda sección nos referiremos a las políticas del Estado, para lo cual incluiremos unas líneas sobre el tema de la producción de coca, luego de las cuales abordaremos las políticas del Estado peruano y, finalmente, el tema de las competencias compartidas.

EL FENÓMENO DE LOS CULTIVOS DE COCA Y LAS ACCIONES DEL ESTADO

La evolución de las áreas geográficas sometidas al cultivo de la coca (como a otras plantas con propiedades psicoactivas), su productividad y la dependencia de las organizaciones de productores de estas actividades no responden a decisiones que tomen los estados, a favor o en contra, de esos cultivos. Eso sería desconocer la propia dinámica del circuito internacional del narcotráfico, que obedece a la demanda y oferta de drogas ilícitas. Así lo han reconocido la propia Junta Internacional de Fiscalización de Estupefa-

³¹ Rendón Escobar, Elena: “Los derechos humanos de los pueblos indígenas en los instrumentos internacionales”, en *Derechos humanos y pueblos indígenas de la Amazonía peruana*. Lima: CAAAP, noviembre de 1996, p. 44.

cientes (JIFE), la Comisión de Estupefacientes, el International Narcotics Matters Reports y otros informes que hacen seguimiento a la evolución del narcotráfico.³²

Es falso, pues, que una decisión como la mencionada promueva el cultivo desordenado; expresa, más bien, la decisión del Gobierno Regional de ordenar una situación preexistente y que ellos han debido afrontar conforme avanza el proceso de regionalización y descentralización en el país.

El crecimiento y la evolución de los cultivos están subordinados a la propia demanda del negocio internacional de cocaína: ventajas ecológicas (suelo, clima, lluvia), ventajas sociales (zona de reciente colonización) y ventajas económico-comerciales (pobreza campesina), todas presentes en la selva alta del país. Ello deriva en la conexión de una determinada zona productora al circuito ilegal de las drogas. Así lo reconocen autores especializados como De Rementería,³³ Vargas³⁴ y Rumrill.

La evidencia histórica de los últimos treinta años muestra que el crecimiento y la evolución de las áreas sometidas a cultivos de coca no tienen relación con cuestiones de decisión estatal en ninguno de sus niveles (local, nacional, regional andino, amazónico o global). Así, por ejemplo, la Cumbre de Cartagena de 1990, la Iniciativa Regional de 1992, la Cumbre de San Antonio de 1992, el Plan Dignidad en Bolivia de 1998, el Plan Colombia de agosto del 2000 y el Plan Patriota del 2004 son instrumentos políticos que no han tenido efectos duraderos y definitivos sobre el mapa regional de la producción y flujos de crecimiento y evolución de la coca en los Andes. O, en todo caso, las organizaciones de traficantes han sabido “sacarle la vuelta” a estas medidas mediante la dispersión (efecto “mer-

³² Soberón Garrido, Ricardo: “Evaluaciones sobre la lucha antidrogas”, en revista *Cuestión de Estado* n.º 36. Lima: IDS, mayo del 2005.

³³ *La elección de las drogas*. Lima: Fundación Friedrich Ebert, junio de 1995: “Pero no basta con que exista una demanda sostenida y solvente para que los campesinos asuman el riesgo de criminalizarse conduciendo cultivos ilegales. Es necesario, además, que sus condiciones económicas y sociales sean tales que los cultivos ilícitos acaben siendo la única estrategia de sobrevivencia viable para las familias campesinas de las regiones tropicales de altura” (p. 73).

³⁴ TNI-Acción Andina: *Drogas, máscaras y juegos: Narcotráfico y conflicto armado en Colombia*. Bogotá: TNI-Acción Andina, mayo de 1999: “Como conclusión, la economía ilegal de la coca generó nuevos procesos de migración en los años ochenta, encontrándonos hoy con un mapa muy complejo de ocupación de zonas de reserva indígena, reserva forestal, parques naturales con graves impactos de deforestación del bosque húmedo tropical cuya causa no es solo la coca sino, entre otros, la misma política de represión contra los cultivos ilícitos dentro del cual la fumigación obliga a los colonos a derribar más bosque con el fin de recuperar las áreas perdidas” (p. 88).

curio”), el aumento de tecnología y productividad y el cambio de áreas de cultivo (“efecto globo”).

Esa es una simple regla entre la oferta y la demanda internacional. Por lo tanto, debemos rechazar, por inconsistente, cualquier intento de vinculación entre la dación de una norma como la ordenanza legal 031 y la evolución de los cultivos de coca en el Perú.

La ordenanza no legalizaba lo que ya se encuentra sujeto a un marco jurídico de carácter internacional y nacional, aunque este sea absolutamente perfectible en beneficio de los propios productores campesinos de las sociedades rurales pobres. Ni pretendía promover zonas liberadas, ni espacios no sujetos al ordenamiento jurídico peruano. Al contrario: cuando la acción de inconstitucionalidad retoma su argumento a partir del carácter unitario y único del Estado peruano (página 9 de la demanda), deja de lado que es precisamente ese camino por el que va la ordenanza: la posibilidad de ofrecer institucionalidad estatal a los productores de la selva alta, así como el ejercicio de sus derechos de ciudadanía.

Por otro lado, la dación y la vigencia del decreto ley 22095 han quedado en entredicho, pero, de nuevo, el TC prefirió omitir este aspecto. Han transcurrido dos constituciones, la de 1979 y la de 1993, que han establecido un nuevo marco jurídico, particularmente en lo que se refiere a la economía de mercado. Las políticas del Estado se han modificado por medio de Estrategias de Control de Drogas de 1996 y el 2003. La política del Estado respecto del crimen ha cambiado con el nuevo Código Penal de 1991 y el reciente Código Procesal — en implementación —, que modifica sustancialmente la política sobre delitos en el Perú. En el caso del tráfico ilícito de drogas-TID (artículos 296 y siguientes), elimina el cultivo como parte de ese tráfico. Me pregunto entonces: ¿Cómo puede mantenerse vigente una norma restrictiva como el decreto ley 22095 a pesar de tales cambios? ¿Cuán ciego ha sido el TC para no corregir este enorme problema de aplicación de un decreto ley prehistórico?

Como puede observarse de la propia lectura de la acción interpuesta, las normas a las que alude la PCM relacionadas con el tema (decreto legislativo 824 y decreto supremo 004-2004-PCM) tienen especial cuidado en mencionar el desarrollo integral y sostenible y evitan el uso del concepto erradicación, pues optan por el de sustitución.

LA SEPARACIÓN ENTRE LOS PRODUCTORES CAMPESINOS Y LOS TRAFICANTES COMO POLÍTICA DE ESTADO

En los últimos treinta años los gobiernos peruanos, militares o democráticos, han tenido actitudes ambivalentes en relación con la hoja de coca. Es

posible que sus políticas hayan sido influidas por factores externos, como por ejemplo la presión de ciertos países, o condicionadas por los donantes de la cooperación económica. Así ha sucedido con la normatividad dictada en 1978 (decreto ley 22095 y la institucionalidad del Estado: Contradrogas en 1996 y ahora Devida).

Pero también se ha debido a factores internos, como el impacto de la guerra contra Sendero Luminoso en el Alto Huallaga entre 1985 y el 2000. Ello nos ha obligado a diferenciar, en el discurso y en la práctica, el eslabón más vulnerable del circuito internacional de las drogas, que son los productores cocalleros asentados en las provincias de San Martín, Huánuco, Cusco y Puno, compuesto por 50.000 personas y sus familias. La posición del presidente García en 1989 antes de ir a la Cumbre de Cartagena (1989), el desarrollo de la propia “Doctrina Fujimori” de 1992 y las normas que resultaron de ello son muestra de un mejor entendimiento desde el Gobierno Central. Ahí está la reserva establecida por el Perú respecto del artículo 3 de la Convención, que penaliza los cultivos de coca en virtud de la resolución legislativa 25352, del 20 de noviembre de 1991. En sus discursos, el propio presidente Toledo ha hecho esa diferenciación: productor no es traficante; en todo caso, ni siquiera aquellos irresponsables productores que llevan su coca a la poza de maceración deben ser el foco de atención de la acción represiva del Estado (el sistema carcelario peruano tiene 32.000 presos y 84 cárceles con capacidad para 20.000 presos; entre los distintos delitos cometidos por ellos, el TID es uno de los más numerosos).³⁵

Algo similar ocurre con los 13 millones de consumidores de cocaína en el mundo, que forman parte del segmento uso y abuso de drogas, pero que deben ser diferenciados de quienes participan del crimen organizado, agrupados en organizaciones criminales locales, nacionales e internacionales. La separación hecha por los gobiernos peruanos respecto de los productores campesinos y los segmentos del TID guarda relación y correspondencia con la distinción establecida en el artículo 8 de la Constitución de 1993: “[...] lucha contra el tráfico de drogas ilegales y controla las legales”.

Desde que se inició el Gobierno del presidente Toledo (julio del 2001), Devida y el Ministerio del Interior han seguido aplicando normas que en realidad ya no están vigentes, de manera indiscriminada o equívoca. Continuar con la ejecución de disposiciones administrativo-penales contenidas

³⁵ Soberón Garrido, Ricardo: “Las agencias y las políticas de control penal y el tráfico de drogas en los Andes”, en CEAS: Encuentro Bolivariano de Pastoral Penitenciaria “Drogas en la Sociedad y en la Cárcel: Un Desafío para la Pastoral”. Lima, 15 al 17 de mayo del 2004.

en el decreto ley 22095 —como las acciones de erradicación compulsiva del Proyecto Especial de Control y Reducción de los Cultivos de Coca en el Alto Huallaga (Corah)— no solo es ineficiente para el control de la producción, sino que esta no constituye parte del delito, razón por la cual las actividades del Corah carecen de sustento legal e incluso podrían tener visos de inconstitucionalidad por la forma en que son aplicadas por el Ministerio del Interior, cuando el Estado peruano reconoció en la década de 1990 la diferencia entre el acto de cultivo y el narcotráfico, así como la manera de hacer más selectiva la aplicación de la ley penal. A ambas instituciones, como a sus funcionarios, les interesa esencialmente seguir percibiendo los fondos de la cooperación norteamericana partiendo del cumplimiento de la meta establecida para el Perú: la erradicación de 8.000 hectáreas de coca al año.

El enfoque de reducción de la oferta implica aplicar la ley sobre los sectores más vulnerables del ciclo ilegal, sin resolver definitivamente el problema de la gran producción de materia prima para la elaboración de cocaína. Pero, además, no debilita las estructuras de las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico, sino que solo criminaliza a los eslabones más débiles y vulnerables, generando una inútil protesta social. Esta política desperdicia los escasos recursos con los que se cuenta para atacar el problema, tanto los que provienen de la cooperación internacional cuanto los que vienen del Tesoro Público.

Un efecto colateral de la aplicación no selectiva de la represión penal es que se convierte en la causante de los problemas de la administración de justicia, particularmente en el campo penal, tal como lo han mostrado los diversos informes del Instituto Nacional Penitenciario (Inpe) relacionados con la situación del sistema penal y carcelario en el Perú. El TID fluctúa entre la segunda y la tercera causa de criminalización, y se puede convertir en el factor que haga colapsar los sistemas de justicia penal, desde la Policía Nacional, la administración de justicia penal, el trabajo del Ministerio Público, hasta el sistema de prisiones.

La debilidad de los 50.000 campesinos en el circuito ilegal reside en su escasa fuerza, cantidad y disponibilidad de recursos para participar del mercado ilegal o de sus ganancias comparadas con las de las organizaciones de traficantes. Así lo ha entendido entre 1991 y 1998 el Gobierno del Perú, cuando discriminó entre productores y el resto de la cadena ilegal. La Carta de 1993 no hace mayor mención a estos asuntos, aunque plantea el tema de la Amazonía, el desarrollo y los pueblos indígenas.³⁶ Todos los documen-

³⁶ A este respecto, véase el artículo 296 del Código Penal de 1991, que elimina los actos de cultivo del tipo penal básico del TID.

tos internacionales producidos por el Perú — ante la ONU, la CICAD, etcétera — plantean el principio de selectividad y de proporcionalidad en la aplicación de la ley penal y el poder coercitivo del Estado. Esto tiene impacto sobre cuatro millones de peruanos vinculados a la hoja de coca en su calidad de productores, comerciantes o consumidores.³⁷

Por otro lado, desde 1998 el Estado peruano, con la influencia de la Embajada de los Estados Unidos, ha realizado intensas acciones de erradicación compulsiva en otras zonas del país, como los departamentos de Ucayali, San Martín y Huánuco, con el apoyo de la cooperación económica y policial internacional, pues se trata de zonas muy difíciles y con un elevado índice de protesta social. Las acciones que realiza el Corah de acuerdo con los planes anuales de erradicación son indiscriminadas, carecen de selectividad y afectan a productores y predios lícitos. A esto se agregan las denuncias por control biológico, el hongo *fusarium*, la fumigación, etcétera.

La dación de la ordenanza regional materia de este artículo recaía en el ámbito territorial del Cusco, de manera que no comprometía la política ni los compromisos del Estado peruano en la lucha contra el narcotráfico. Por el contrario, la utilización de las normas represivas y de control penal permite realizar operaciones selectivas de descubrimiento y destrucción de grandes laboratorios de producción de drogas, detección de desvío de insumos químicos e incluso las mismas acciones dudosas de erradicación de cultivos en otras zonas del país.

LA INEXISTENCIA DE UN RÉGIMEN Y LA DECLARACIÓN COMO PATRIMONIO CULTURAL

Para cumplir con sus compromisos, el Estado creó Enaco S.A., y así la ha dejado subsistir desde 1978 hasta la actualidad, a pesar de la prohibición constitucional de las prácticas monopólicas.³⁸

Durante los últimos treinta años, tanto esta empresa cuanto las diversas instituciones estatales dedicadas al problema de las drogas ilícitas (Autoridad Autónoma de Desarrollo Alternativo-AADA, Instituto de Desarrollo Alternativo-Idea, Contradrogas, Devida) se han negado a tocar el tema de la producción y los mercados tradicionales, y han mantenido un régimen antiguo y restrictivo que afecta a la población andina productora y consumidora tradicional. Es el caso del régimen de empadronamiento de 25.000 produc-

³⁷ Véase la Encuesta Nacional del INEI del 2004.

³⁸ “Artículo 61. El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios [...]”.

tores de 1978, que no ha sido actualizado; la no determinación de las áreas legales de producción de coca como lo establece el artículo 26.2, a), de la Convención Única de 1961, aplicable a la coca; las prohibiciones legales contra los cultivadores;³⁹ el no establecimiento de un régimen de licencias, entre las más importantes omisiones del Estado peruano en relación con los productores legales de la hoja de coca.

A partir de la década de 1980 estas instituciones se han negado a legislar y dar directivas para la determinación de reglas claras respecto del mantenimiento de los mercados tradicionales de la hoja de coca. Han preferido mantener un régimen administrativo obsoleto, controlador y fiscalizador que, en la práctica, no impidió el contrabando ni el desvío de los cultivos de coca para el narcotráfico. Más bien, han generado un clima de protesta y confusión social entre productores, comerciantes y consumidores, quienes venden barato a los intermediarios y compran muy caro. Es este vacío del Estado de Derecho el que pretende llenar el Gobierno Regional del Cusco con su ordenanza.

La falta de definición de la política agraria asociada a la hoja de coca, además, atenta contra los principios del libre mercado contenidos en el artículo 58 de la Constitución vigente, que establece que “la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado”. ¿Cómo pueden ponerla en práctica, entonces, los productores de coca legales? Asimismo, contraviene los artículos 58 (sobre iniciativa privada), 60 (sobre pluralismo económico), 61 (sobre la facilidad a la libre competencia y que, sobre todo, “combate toda práctica que la limite y el abuso de posición dominante o monopólica”). En virtud de tales consideraciones, ¿cómo puede permanecer el régimen de Enaco S.A.?

Tampoco el Congreso de la República ha cumplido con su función de legislar al respecto. En los últimos cinco años se han presentado hasta quince proyectos de ley que no han logrado generar el consenso de la representación parlamentaria nacional alrededor del tema de la hoja de coca tradicional. Son los casos de los proyectos 2348/2001, 3626/2002, 4107/2002, 6516/2002, 4151/2002, 4695/2002, 5484/2002, 5802/2002, 5966/2002, 6033/2002, 6575/2003, 7086/2003, 9309/2003, 11883/2004 y 11919/2004, presentados por diversos congresistas, que no han sido vistos por el Pleno.

¿No ha llegado el momento de que los gobiernos regionales comiencen a cumplir las funciones que no ha realizado el Gobierno Central? Precisamente frente a esta situación, los gobiernos regionales (Huánuco, Puno) comienzan a tomar decisiones sobre asuntos socialmente complejos que les

³⁹ Véase el decreto ley 22095.

conciernen. Por eso es fundamental que el TC haya llamado poderosamente la atención del Estado para que cumpla su deber: que el Congreso legisle, y que lo haga bien. Eso significa tres cosas: (i) conocer mejor el problema general de las drogas en el Perú y asumir la mejor forma de prevenir y reducir esta forma de criminalidad; (ii) conocer mejor todos los aspectos que envuelven la cultura y las sociedades andinas y su relación con la hoja de coca; y, (iii) tener un grado de autonomía mayor respecto de los Estados Unidos.

El argumento que utiliza la PCM en relación con la declaración de la hoja de coca como parte del Patrimonio Cultural por el Gobierno Regional (punto 3.2.1 de la acción de inconstitucionalidad), en el sentido de que se excede en sus atribuciones, sería parcialmente cierto si se tratase de la declaración específica que suelen hacer el Instituto Nacional de Cultura (INC), la Biblioteca Nacional o el Archivo General de la Nación respecto de restos y bienes arqueológicos o históricos.

Pero se equivoca la PCM, pues el Gobierno Regional la declara, en el artículo 1 de la ordenanza, “Patrimonio regional, natural, biológico, cultural, histórico del Cusco”. Es decir, se trata de una declaración más amplia y general, relacionada con todos los caracteres del arbusto de la hoja de coca para la cultura y la cosmovisión andinas, que ha sido reconocida por diversos académicos y científicos, entre ellos Unanue, Matienzos, Mortimer y Mayer. Si durante treinta años el Estado central ha mantenido una actitud restrictiva, irracional, ignorante, represiva, no selectiva, contra el arbusto de la hoja de coca, conociendo su valor y su estrecha relación con la cultura andina, ¿podía acaso el TC dejar de darle legitimidad a la declaración del Gobierno Regional?

LAS COMPETENCIAS REGIONALES Y LA ORDENANZA LEGAL

Los argumentos de la acción de inconstitucionalidad se sustentan en una supuesta colisión de competencias entre la ordenanza 031 y las políticas generales del Estado en lo que a la lucha contra el narcotráfico se refiere (punto II.2 de la acción de inconstitucionalidad). Se fundamenta precisamente en que con la dación de la ordenanza 031 el Gobierno Regional del Cusco habría interferido con una competencia exclusiva del Gobierno Central. En primer lugar, las acciones del Estado en materia de cultivos deben ser vistas como un asunto administrativo y no penal; por lo tanto, no son perseguibles por cualquier medio policial, menos aun cuando muchas veces van acompañadas de privaciones a la propiedad de campesinos y colonos que seguramente tienen cultivos de coca. En segundo lugar, no se trata de

un acto de autarquía, como sostiene la PCM. Si se tiene claridad sobre la separación de lo legal y lo ilegal, y el cultivo no es parte de esto último, y dada la inacción del Estado, se debe entender el proceso que culminó con la dación de la ordenanza 031.

En virtud de tal separación, sostenemos que la medida del Gobierno Regional destinada a ordenar los cultivos de coca en todo el país no interfiere con la obligación jurídica del Gobierno de perseguir el delito. Con mayor razón en regiones como el Cusco, donde la evidencia histórica que exige el artículo 14 de la Convención de 1988 es notoria. Pensamos que, en esta materia, al TC le faltó avanzar en el desarrollo de las competencias, pues en este caso nos estamos refiriendo a un asunto que concierne al Gobierno Central y a los gobiernos regionales, como se explica en los siguientes párrafos.

El accionante pretende confundir al TC cuando hace referencia a la necesidad de contar con una ley expresa que determine las competencias exclusivas del Gobierno Regional (artículo 192 de la Constitución y artículo 35 de la Ley de Bases de la Descentralización), como si en el caso de la organización del régimen legal de la coca habláramos de un asunto de competencia exclusiva del Gobierno central. Si así fuera, entonces ¿por qué este ha abandonado durante tanto tiempo este sector y mantenido un régimen restrictivo, obsoleto y monopolístico que atenta contra los derechos culturales de la población andina y quechuahablante del Cusco, Puno y Apurímac?

El accionante ha confundido maliciosamente la acción policiva del Estado (esta sí de exclusividad del Gobierno nacional) con lo que significan las acciones que emprenden los gobiernos regionales, dentro de su jurisdicción y competencias, para el ordenamiento de una actividad específicamente tradicional, amparada por la ley y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (véase la segunda sección de este escrito).

Si hacemos un análisis más detallado del resto de competencias de los gobiernos nacionales y regionales, tanto las exclusivas cuanto las compartidas, podemos observar que el reconocimiento del Gobierno Regional del Cusco bien puede recaer en la fase de las competencias compartidas: los mercados tradicionales de la coca guardan relación con la salud pública de la población andina, la agricultura tradicional, la gestión sostenible y la difusión de la cultura (artículo 36 de la Ley de Bases de la Descentralización). El accionante incurre en un error de información cuando sostiene:

El Gobierno Regional del Cusco carece de esta competencia en forma exclusiva y tampoco la tiene en forma compartida ni delegada, porque no existe coordinación ni delegación del nivel competente [el Gobierno Nacional, como demost-

remos más adelante], lo cual se puede verificar de su contenido, que no señala la forma de coordinación o el acto de delegación de esta competencia.

Es atribuible al Gobierno Central el no haber escuchado las demandas de los gobiernos regionales en lo que a la hoja de coca se refiere; es responsabilidad de Devida —desde la fecha de su creación y desde que es solventada por la cooperación económica de los Estados Unidos— el haber promovido políticas discriminatorias y excluyentes contra la población campesina productora de hoja de coca y el haber impulsado políticas divisionistas y arbitrarias.

Así, pues, el ordenamiento que pretendió hacer el Gobierno Regional del Cusco cae dentro de sus competencias en una de las áreas históricas de cultivo de coca, aun antes de la existencia del régimen del Estanco de la Coca o de Enaco S.A. Es interesante, por ejemplo, analizar la trayectoria de distintas organizaciones sociales en el ordenamiento y el control que han ejercido sobre el cultivo y producción de la hoja de coca tradicional.⁴⁰

¿Se puede pensar en una superposición de atribuciones y competencias? Nosotros creemos que se trata más bien de competencias sucesivas, por fases, en el terreno del circuito económico de la hoja de coca tradicional, tanto en el ámbito regional cuanto en el nacional. Así, el artículo 26 de la Ley de Bases de la Descentralización establece como competencia exclusiva del Gobierno Central el diseño de políticas nacionales, como es el caso de la lucha antidroga. Los actos de cultivo no son parte integrante del delito de narcotráfico (artículo 296 del Código Penal de 1991), pues el productor campesino cumple un rol subordinado en la cadena económica de este mercado ilegal. ¿Cómo es posible que el demandante argumente que la acción del Gobierno Regional respecto del arbusto de la coca puede colisionar con la acción represiva del Estado?

El contenido de la ordenanza 031 no se entromete en el ámbito policivo que corresponde a las autoridades del Gobierno Central en materia de la lucha contra el delito de narcotráfico, desde las pozas de maceración en adelante, a lo largo de la cadena criminal representada por la transformación, acopio, transporte, exportación y distribución de la droga, así como la legitimación de activos y el tráfico de insumos químicos. Con ello el Perú puede de hecho demostrar el cumplimiento de sus obligaciones internacio-

⁴⁰ Véase las declaraciones de la Fepcacyl, la Federación Departamental de Campesinos del Cusco (FDCC) y otras organizaciones sociales en los últimos cinco años.

nales⁴¹ en la materia, de manera más efectiva contra el crimen organizado y la legitimación de activos. Así, las disposiciones de la ordenanza 031 tan solo pretenden reconocer el ámbito administrativo, de ordenamiento territorial, del registro de productores y del otorgamiento de licencias en lo que se refiere a la hoja de coca de los valles a los que se refiere.

Uno de los principios fundamentales del proceso de descentralización en el Perú es el de la integralidad, en el sentido de que su realización corresponde a todas las áreas del Estado. Desde esta perspectiva y la del Gobierno Regional del Cusco, la actividad del sector Agricultura, y más precisamente aquella ligada a la hoja de coca, es un factor crítico para la estabilidad social de una zona —la provincia de La Convención en este caso—, que es muy importante para el turismo y por la presencia de recursos gasíferos estratégicos para la economía nacional. Más cuando la propia Ley de Bases establece responsabilidades muy concretas a los gobiernos regionales en el ámbito de la planificación del desarrollo integral de la región y el manejo de los programas regionales de cuencas.

De esta manera, con la decisión adoptada por la referida ordenanza se trataba de extraer del ámbito del orden público el tema de la producción, comercio y consumo tradicionales y económicos lícitos de la hoja de coca, para lo cual sería fundamental que este TC considere necesario proponer un nuevo empadronamiento que actualice y reemplace al actual. En los últimos treinta años el Gobierno Central ha sido persistentemente incapaz de delimitar con claridad las funciones, atribuciones y forma de funcionamiento de un régimen económico de la hoja de coca que genere desarrollo y respete costumbres y tradiciones muy importantes para el pueblo cusqueño y en especial de esta provincia.

¿Cómo puede un Estado arrogarse exclusividad de una actividad que en la práctica no realiza? Un Estado que no puede controlar la economía de la coca destinada al narcotráfico; que ha importado y mantiene leyes como el decreto ley 22095, sin tomar en consideración las características y necesidades de su población rural, particularmente de la selva alta del país? Dado este vacío institucional, el Gobierno Regional del Cusco ha buscado establecer un ordenamiento razonable, con participación de la población organizada.

El contenido de la ordenanza y su finalidad estaban lejos de pretender la promoción de los cultivos de coca dirigidos al narcotráfico, como señalan erróneamente sus detractores. En las zonas de producción de coca en

⁴¹ Artículo 3 de la Convención de 1988, contra el Tráfico Internacional de Estupeficientes y Drogas Psicotrópicas.

el departamento del Cusco, la Fepcacyl ha reducido el desvío de coca para el narcotráfico a través de los propios conductos comunitarios y gremiales. Los propios informes policiales de la Dirección Nacional Antidrogas (Dinandro) de la PNP así lo indican. Además, como lo reconocen la propia ONU, la JIFE,⁴² la CICAD-OEA, la Agencia Antidrogas de los Estados Unidos (DEA por sus siglas en inglés) y otras instancias de carácter internacional, la cantidad de cultivos depende de la oferta y la demanda internacionales, y no de las acciones que tome un Estado a favor o en contra de la producción del bien que se comercia.

Por ello, sostenemos que la ordenanza debió ser entendida más bien como la decisión tomada por un Gobierno Regional para responder a una reivindicación histórica de la población de esa parte del país. Además, le da contenido a todas las manifestaciones de derechos humanos colectivos planteados en la parte 1 de este recurso.

Tanto es así que incluso una parte de la Estrategia Nacional de Control de Drogas 2002-2007, aprobada por decreto supremo 004-2004-PCM del propio Estado peruano, está dirigida a reconocer el uso tradicional. Así también lo ha informado la Encuesta Nacional realizada por el INEI en el 2004, cuando reconoce que hay cuatro millones de peruanos vinculados con la producción, comercio y consumo tradicionales. Por ello, el TC le dice al Gobierno Central:

En atención a lo expuesto y en base al deber constitucional del Estado previsto en el artículo 8 de la Constitución, corresponde al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo, de conformidad con sus atribuciones, rediseñar la política del Estado contra el tráfico ilícito de drogas, enfocando el esfuerzo en todos los estadios de la producción, particularmente en aquellos descuidados a la fecha y que se encuentran relacionados, fundamentalmente, con la demanda y no solo con la oferta, y con pleno respeto de los derechos fundamentales, en especial aquellos de contenido cultural.

Por último, creemos que, al mismo tiempo, se debió pedir al TC que revise la constitucionalidad y la vigencia o no del decreto ley 22095 de 1978, que es el sustento legal para las acciones de erradicación compulsiva e indiscriminada de cultivos que está llevando a cabo la PNP en otras regiones del país. Asimismo, debe ordenar que esta publique de forma abierta y transparente los planes anuales de reducción de cultivos en aquellas zonas donde existan las

⁴² Véase los diversos informes anuales que publica esta dependencia científica del Sistema de Naciones Unidas.

condiciones de hacerlo, de modo que no se afecten los derechos y las libertades de los productores de la selva alta.

Si, después de todos los elementos presentados, los magistrados del TC decidieron darle la razón a la PCM, podemos decir que ha prevalecido un razonamiento parcial, sesgado por una pobre interpretación de la Constitución. El TC prefirió, tímidamente, asumir una actitud conservadora, con lo que ha cometido un grave error de omisión no solo en el campo jurídico sino, y sobre todo, como factor de graduación y eliminación de la conflictividad social en la selva alta y en la sierra del Perú. Ha demostrado, así, su preferencia por los dictados que provienen del extranjero antes que por los que vienen de la historia y la sociedad peruanas. En última instancia, está perpetuando una situación de injusticia que afecta a más de 50.000 productores campesinos y casi cuatro millones de peruanos vinculados con la cultura andina.