

LA CONSULTA PREVIA Y SU IMPACTO EN EL DESARROLLO SOSTENIBLE DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS: UNA PERSPECTIVA DESDE EL CONTROL FISCAL. ANÁLISIS COMPARADO COLOMBIA-BRASIL

Tito Alejandro Castellanos Laiton¹

RESUMEN

La consulta previa constituye un derecho fundamental de los pueblos indígenas en Colombia, orientado a garantizar su participación en decisiones que afectan sus territorios, cultura y formas de vida. No obstante, su implementación ha estado marcada por desafíos estructurales como la débil institucionalidad, la escasa articulación con el control fiscal y los intereses económicos en juego. Este artículo analiza la relación entre consulta previa, control fiscal y desarrollo sostenible, examinando sus fundamentos jurídicos en Colombia, el papel de las Contralorías Territoriales y la Contraloría General de la República en el cumplimiento del principio de desarrollo sostenible de la vigilancia y control de los recursos públicos en el marco de procesos de consulta previa. A través de un enfoque comparado, se estudia el modelo brasileño, particularmente su marco normativo, institucional y los mecanismos de participación indígena, con el fin de identificar fortalezas y debilidades. Los hallazgos revelan que el control fiscal aún no ha logrado desempeñar un rol efectivo en la garantía del derecho a la consulta previa ni en la evaluación del cumplimiento de sus objetivos en términos de sostenibilidad social, ambiental y económica. En consecuencia, se proponen recomendaciones para fortalecer la articulación entre los mecanismos de participación indígena, los entes de control para la fiscalización de los recursos públicos y los principios del desarrollo sostenible, reconociendo el enfoque diferencial y los derechos colectivos de los pueblos originarios. La comparación con Brasil ofrece un espacio que determina avances y atrasos en materia de consulta previa.

ABSTRACT

Prior consultation is a fundamental right of Indigenous peoples in Colombia, intended to guarantee their participation in decisions that affect their territories, culture, and ways of life. However, its implementation has been marked by structural challenges such as weak institutions, limited coordination with fiscal oversight, and economic interests at playmate.

¹Abogado de la Universidad Unisangil, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Candidato a Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás de Tunja. Correo electrónico: tito.castellanos@usantoto.edu.co

This article analyzes the relationship between prior consultation, fiscal oversight, and sustainable development—examining their legal foundations in Colombia, the role of the Territorial Comptroller's Offices and the Office of the Comptroller General of the Republic in ensuring the principle of sustainable development through oversight and control of public funds within prior consultation processes.

Through a comparative approach, it studies the Brazilian model—particularly its normative and institutional framework, as well as mechanisms for Indigenous participation—in order to identify strengths and weaknesses. The findings reveal that fiscal oversight has not yet succeeded in playing an effective role in guaranteeing the right to prior consultation, nor in evaluating whether its objectives are met in terms of social, environmental, and economic sustainability.

Consequently, recommendations are proposed to strengthen the coordination between Indigenous participation mechanisms, oversight bodies for public resource management, and the principles of sustainable development, all while recognizing the differentiated approach and collective rights of Indigenous peoples. The comparison with Brazil provides insight into both progress and setbacks in the matter of prior consultation.

PALABRAS CLAVE

Consulta Previa, Desarrollo sostenible, Comunidades Indígenas y Control Fiscal.

KEY WORDS

Prior Consultation, Sustainable Development, Indigenous Communities and Fiscal Control.

INTRODUCCIÓN

Colombia se diferencia a nivel mundial por las grandes riquezas naturales y biodiversas de fauna y flora, así como por la pluriculturalidad, al respecto, la Oficina Internacional de los Derechos Humanos Acción Colombia (OIDHACO, 2024) determinó que en Colombia existen 115 pueblos indígenas nativos, de los cuales las etnias Wayuu, Sinú, Nasa y Pastos son los más numerosos; concentrando el 58,1% de la población indígena del país. La participación de los indígenas en el total de población nacional es de 4,4%.

Actualmente en Colombia se distinguen 4 grupos étnicos, indígenas, afrocolombianos, raizales, los cuales están asentados en San Andrés y Providencia, y Rom gitanos; de acuerdo al Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA, 2025), alrededor del 54,9 % de la población indígena habita en zonas rurales dispersas o centros poblados que se localizan al interior de 896 resguardos formalizados, mientras que el 41,5 % reside en áreas urbanas o centros poblados por fuera de resguardos.

La consulta previa se ha consolidado en Colombia como un derecho fundamental de los pueblos indígenas, en virtud del cual se garantiza su participación en decisiones que afectan directamente sus territorios, recursos naturales, identidad cultural y formas de vida. No obstante, su implementación enfrenta serias dificultades, entre ellas la débil articulación con los mecanismos de control fiscal encargados de supervisar el uso de los recursos públicos involucrados en estos procesos, máxime cuando por disposición legal uno de los principios de la vigilancia y control fiscal es el desarrollo sostenible. Esta situación ha generado tensiones entre el cumplimiento formal del derecho y su efectividad como herramienta para garantizar el desarrollo sostenible de las comunidades indígenas. Ante esta realidad, la presente investigación se propone analizar el impacto del mecanismo de consulta previa desde la perspectiva del control fiscal, con el fin de determinar en qué medida éste puede contribuir a fortalecer la transparencia, la rendición de cuentas y el logro de resultados tangibles en los territorios indígenas. Además, se incorpora un análisis comparado con la experiencia de Brasil, con el propósito de establecer el avance normativo, institucional y garantista de la consulta previa frente a Colombia, lo que permitirá identificar buenas prácticas y lecciones útiles frente al procedimiento consultivo.

El objetivo general de esta investigación es analizar el impacto del mecanismo de consulta previa en el desarrollo sostenible de las comunidades indígenas en Colombia, desde la perspectiva del control fiscal, incorporando un análisis comparado con la experiencia de Brasil. Para ello, se

plantean como objetivos específicos: examinar los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales que sustentan la consulta previa en el contexto colombiano; analizar cómo dicho mecanismo ha contribuido o limitado el desarrollo sostenible de las comunidades indígenas en Colombia; comparar el enfoque normativo y práctico de la consulta previa en Brasil y Colombia, con el fin de identificar fortalezas y debilidades; y finalmente identificar el papel y las herramientas del control fiscal en la vigilancia de los procesos de consulta previa.

Los órganos de control fiscal, como la Contraloría General de la República y las Contralorías Territoriales, tienen la función constitucional de controlar y vigilar el uso eficiente y transparente de los recursos públicos, incluso aquellos en los que se ejecuten en un acuerdo de consulta previa, puesto que no hay limitación o restricción alguna. Sin embargo, en contextos donde se protegen derechos colectivos y se requiere un enfoque diferencial, su intervención no ha sido efectiva ni mucho menos fructífera, puesto que ha sido excepcional. Esta falta de desarrollo institucional y técnico impide que el control fiscal cumpla un papel decisivo en garantizar uno de los principios de la vigilancia y control fiscal como es el desarrollo sostenible, visto desde un enfoque diferencial en la efectividad de la consulta previa, entendido no solo en términos económicos, sino también en su dimensión social, ambiental y cultural que garantice la existencia de generaciones futuras acorde con la cosmovisión de los pueblos indígenas.

La falta de vigilancia por parte de los entes de control, ha conllevado a que los procesos consultivos no garanticen aspectos importantes como la transparencia, eficiencia y eficacia de los recursos Estatales que se invierten producto de un acuerdo consultivo, sobre todo en la adopción de medidas administrativas y legislativas, como tampoco el cumplimiento de uno de los principios esenciales del control fiscal como es el desarrollo sostenible, en tanto que la inversión del componente ambiental en el marco del cumplimiento de un acuerdo consultivo, es de vital importancia para garantizar el desarrollo sostenible de las comunidades.

En este sentido, el análisis comparado con Brasil, respecto a enfoque, regulación e implementación de la consulta previa, resulta especialmente relevante y la vigilancia que pueden hacer los entes de control en el marco del principio de desarrollo sostenible. Por ello, surge la necesidad de preguntarse: ¿en qué medida el control fiscal contribuye a garantizar que la consulta previa sea un mecanismo efectivo para promover el desarrollo sostenible de las comunidades indígenas en Colombia, y qué diferencias se pueden determinar derivadas del modelo brasileño?

La metodología de esta investigación es de enfoque cualitativo, con un diseño exploratorio-descriptivo, orientado al análisis documental y comparado. Se utilizará la revisión y sistematización de fuentes jurídicas nacionales e internacionales, incluyendo normas, jurisprudencia, informes institucionales, doctrinas especializadas y estudios de caso relevantes sobre consulta previa, control fiscal y desarrollo sostenible en comunidades indígenas. En particular, se analizará el marco normativo colombiano y brasileño, así como pronunciamientos de la Corte Constitucional, la Contraloría General de la República, Contralorías Territoriales y organismos internacionales como la OIT. El análisis comparado con Brasil permitirá identificar prácticas, diferencias institucionales y modelos de articulación entre participación indígena y fiscalización pública. Esta metodología facilitará la comprensión de la consulta previa no solo como una garantía jurídica, sino como un instrumento potencial de transformación socioambiental, evaluado desde el impacto de su implementación en el contexto colombiano y las posibilidades de mejora a través del aprendizaje internacional.

El artículo abordará inicialmente la discriminación sistemática que han sufrido las comunidades étnicas para llegar a materializar el derecho fundamental a la consulta previa, estableciendo los criterios constitucionales, legales, jurisprudenciales y la manera en que se hace efectivo el Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico de Colombia, analizando los avances de reglamentación que ha logrado la consulta previa a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y finalmente los principios rectores, etapas y partes que hacen parte de la consulta previa.

Teniendo en cuenta que la consulta previa genera impactos sociales, culturales, ambientales y espirituales, se analizará la manera en que se afecta la cosmovisión y el desarrollo sostenible de las comunidades, verificando de manera especial los indicadores de sostenibilidad de comunidades de la región amazónica, la cual es limítrofe con Brasil. En el marco de un proyecto, obra, actividad, medida legislativa o administrativa en territorio étnico, en el cual se deba realizar consulta previa, se debe realizar en la etapa de preconsulta, un análisis de los impactos que generará el desarrollo del proyecto, en consecuencia, se tratarán las medidas de compensación que establecen las entidades para mitigar dichos impactos, analizando casos trascendentes en materia de impacto y compensación, que han sido abordados por la Corte Constitucional.

Afrontar la consulta previa desde la perspectiva del control fiscal es un tema sui generis, dado que si bien dentro de las atribuciones constitucionales que tiene la Contraloría General de la República y las Territoriales no está la vigilancia y control a procesos de consulta previa, se

realizará una aproximación de la manera en que el ente de control fiscal realiza vigilancia y control a los procesos de consulta previa y el modo en que se evalúan los recursos públicos desde el componente de la valoración de costos ambientales; así como la forma en que el control fiscal se constituye en un mecanismo de garantía de derechos colectivos.

Finalmente, se realizará un análisis de derecho comparado de la consulta previa en Brasil y Colombia, analizando el marco jurídico, la implementación del Convenio 169 de la OIT en la Constitución Federal de Brasil de 1988 y la función del FUNAI en la consulta previa; se revisarán algunos casos emblemáticos de la región Amazónica y Pará de Brasil en los que exigen el desarrollo de la consulta previa, destacando las implicaciones en materia ambiental y desarrollo sostenible para las comunidades y el estado de la ejecución de los proyectos en el territorio indígena; por ultimo se realiza un paralelo con enfoque institucional, control fiscal y participación indígena entre el desarrollo del proceso de consulta previa en Brasil y Colombia.

(i) La consulta previa en Colombia

A lo largo de la historia se han presentado un sin número de escenarios en los que se ha limitado la participación de ciertos grupos, por razones de diversa índole, entre ellas, la ideología política, la orientación sexual, ser miembro de comunidades indígenas o afrodescendientes, en razón al sexo, entre otras. Estas restricciones han implicado precisamente luchas constantes de dichos sectores poblacionales por obtener ciertas garantías que propendan por un orden más justo e igualitario, en el que se promueva el goce efectivo de aquellos derechos reconocidos constitucional y legalmente (incluso amparados por el bloque de constitucionalidad).

Es por ello que una de las minorías más vulneradas en Colombia, ha sido las comunidades indígenas, quienes además de ser unas de las principales víctimas de la violencia en el país, el desplazamiento de sus territorios no ha sido del todo a causa del conflicto armado, sino también debido a múltiples factores como la expansión de los límites o linderos agrícolas, la ganadería extensiva, extracción de minerales, la economía propia de la industria, la urbanización de la naturaleza a causa de medidas administrativas entre otros.

La consulta previa, nace como un mecanismo protector de los derechos fundamentales de comunidades indígenas, negras afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas. (Corte Constitucional, Sentencia T-219/22), precisamente para evitar la pérdida de identidad de las comunidades étnicas, para que a través de un procedimiento administrativo que desarrolla el Estado, se garantice la participación real, libre y espontánea de las autoridades indígenas frente a la ejecución de proyectos, obras o actividades a desarrollarse, siempre y cuando éstas afecten de manera directa la integridad física, cultural o ancestral de sus territorios. (Ministerio del Interior, 2023, p23), con el fin que las comunidades puedan concertar el manejo, mitigación o compensación del impacto o afectación que se genere a causa de la acción a desarrollarse.

Fundamento Constitucional, legal y jurisprudencial de la Consulta Previa

El Convenio 169 de la OIT y su incorporación al derecho interno

El derecho a la consulta previa tiene fundamento convencional en el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT- sobre pueblos indígenas y tribales, el cual, dispone en su artículo 6 que los gobiernos, deberán consultar a los pueblos, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente y garantizar que dichos pueblos participen libremente. “La consulta previa es una de esas herramientas que implica obtener un consentimiento libre, previo e informado antes de llevar a cabo intervenciones en los territorios indígenas” (Cruz, 2017, p.43).

De tal manera que el Convenio 169 de 1989 de la OIT, busca preservar y fortalecer la cultura, identidad y forma de vida de las comunidades indígenas, en la medida que realiza una

exigencia Estatal para que a través de un mecanismo de consulta se garantice que las comunidades decidan las medidas que puedan afectar la vida, costumbres, creencias, actividades económicas y cosmovisión indígena, entendida ésta última como la conexión espiritual de la comunidad con el territorio y la naturaleza.

En el ordenamiento jurídico Colombiano, el derecho a la consulta previa encuentra su génesis en la Constitución Política de Colombia de 1991 desde el preámbulo, donde se reconoce el carácter democrático y participativo en aras de garantizar un orden social justo; así mismo los artículos 7, 8, 9 y 10 reconocen y protegen la diversidad étnica y cultural de la Nación; la obligación del Estado y particulares de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación; y el respeto a la autodeterminación de los pueblos.

De otra parte, el artículo 93, establece el respeto y prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales que ratifique el Congreso de la República, situación que acaeció en nuestro ordenamiento, en tanto que el Convenio 169 de 1989 de la OIT, fue integrado al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991.

El artículo 330 de la Constitución Política de Colombia de 1991, especialmente el párrafo, tiene una gran preponderancia dentro del objeto de la investigación, bajo la consideración que consagra de manera expresa que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, es decir que cualquier tipo de intervención en los territorios que implique dicha actividad deberá garantizar el desarrollo sostenible de la comunidad.

La consulta previa tiene como principal propósito garantizar la autodeterminación de las comunidades étnicas y en Colombia, la entidad encargada de adelantar dicho procedimiento administrativo es la Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa² que pertenece a la estructura orgánica del Ministerio del Interior, quien de acuerdo al artículo 4 del Decreto 2353 de 2019, lidera, dirige y coordina el ejercicio del derecho a la consulta previa mediante un procedimiento reglado, garantizando la participación de las comunidades.

Conforme al Convenio 169 de la OIT, hay lugar a desarrollar el procedimiento de Consulta Previa cuando ocurran dos situaciones a saber; un proyecto obra o actividad (POA) que puede ejecutar tanto un empresa privada por ejemplo para extracción de minerales, o contratistas que en el desarrollo de un contrato estatal en el sector de hidrocarburos, minería, infraestructura o energía, de otra parte, también es necesario adelantar dicho procedimiento en la implementación

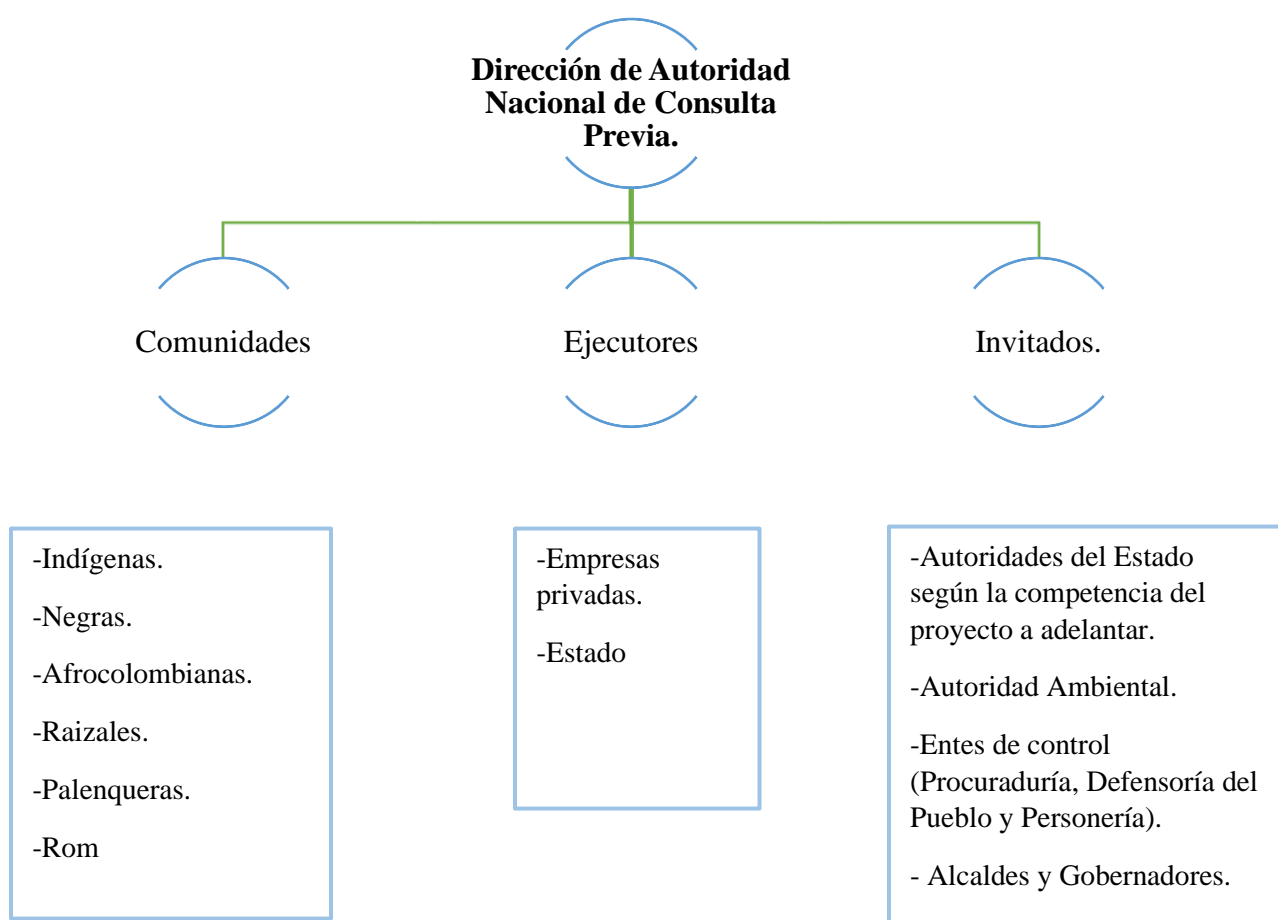
² Entidad del orden nacional creada conforme lo dispone la Ley 489 de 1998, mediante Decreto 2353 de 2019.

de una medida legislativa o administrativa de carácter social, económico, ambiental o cultural por parte del Estado.

Los dos escenarios planteados anteriormente, guardan una particularidad especial para que proceda la Consulta Previa, y es que dichas acciones deben afectar de manera directa a una comunidad étnica, bien sea una afectación social, ambiental, económica o de la cosmovisión y cultural que constituya la base de la cohesión social de la comunidad étnica.

Las partes intervinientes y que integran el procedimiento de Consulta Previa son las siguientes:

Figura 1. Partes que intervienen e integran la consulta previa



Nota: Elaboración propia.

En Colombia, la Consulta Previa ha venido siendo objeto de discusión en escenarios judiciales por parte de la Corte Constitucional, dado que producto de las actuaciones abusivas y leoninas de empresas locales como del exterior, han aprovechado su posición dominante para tomar ventaja de las condiciones de indefensión de las comunidades étnicas, donde también el Estado debido a la poca reglamentación del procedimiento consultivo antes del año 2013, desconocía en muchas ocasiones ese derecho fundamental de las comunidades.

Lo anterior ha conllevado a que las comunidades a través del mecanismo constitucional de la acción de tutela, contemplado en el artículo 86 de la carta magna y reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, acudan ante juez constitucional para solicitar el amparo de sus derechos, exigiendo el derecho a la consulta previa en la ejecución de POA, medidas legislativas o administrativas que afecten de manera directa sus territorios que a lo largo del tiempo, ha venido siendo desconocido por parte de las empresas y Estado por su poca intervención y falta de reglamentación del asunto.

De acuerdo a lo anterior, la Corte Constitucional en desarrollo de las sentencias producto de las acciones de tutela formuladas por las comunidades étnicas, se ha visto avocada a ordenar al Estado Colombiano a reglamentar y definir de manera clara y con plenas garantías de participación real y efectiva de las comunidades en los POA que los afecten.

Marco jurisprudencial

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha marcado un camino importante en la reglamentación del Estado Colombiano en la consulta previa, por tal razón se hace necesario poner de presente las principales consideraciones de los fallos que han permitido avanzar en la regulación del procedimiento de consulta previa.

Sentencia T-428/92

La acción de tutela fue promovida por la comunidad indígena de Cristianía ubicada en el municipio de Jardín Antioquía., en contra de la compañía solarte y el ministerio de obras públicas, quienes adelantaban la construcción de la troncal del café en el Departamento de Antioquía.

La fase de ampliación de construcción de la vía ha afectado terrenos de la comunidad indígena, causando destrozos y afectaciones ambientales producto de la intervención a la infraestructura.

La Corte indicó que la comunidad no tenía por qué soportar las consecuencias negativas de la construcción de la vía, máxime cuando no se realizó un estudio de impacto ambiental que hubiese provenido y compensado las afectaciones ambientales sufridas por la comunidad, citó el Decreto 2811 de 1994, (Código de Nacional de Recursos Naturales), el cual indica.

Para la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier otra actividad que, por sus características, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, será necesario el estudio ecológico y ambiental previo y, además, obtener licencia. (art. 28).

El fallo recalca la importancia de la protección a la diversidad étnica y cultural, el respeto por la autodeterminación de los pueblos que determinan los artículos 7,8 y 9 de la Constitución Política de Colombia.

De otra parte, refiere la reciente para la época de los hechos, Ley 21 de 1992, indicando que el numeral 3 del artículo 7 del Convenio 169 de la OIT de 1989, fue recogido de manera íntegra la Constitución Política de Colombia, el cual indica:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades. (art. 330)

Sentencia SU-039/97

La acción de tutela se instauró debido a que el ministerio de medio ambiente, otorgó una licencia ambiental a la sociedad occidental de Colombia, con el propósito que el privado realizará actividades de prospección sísmica dentro de un área de influencia de la comunidad indígena U'wa, sin que se hubiera realizado el procedimiento de consulta previa en los términos previstos en el Convenio 169 de la OIT, Ley 21 de 1992 y Constitución Política de Colombia.

El caso en mención tiene una particularidad especial en razón a que una vez expedida la licencia ambiental, el Ministerio del Interior y Ministerio de Ambiente, realizaron acciones tendientes a materializar el procedimiento de Consulta Previa con la comunidad indígena, sin embargo, el despacho indicó que el proceso consultivo debió haberse realizado antes de la expedición de la licencia ambiental y no posterior a ésta, adicionalmente a que en las actas allegadas producto de los acuerdos, algunas reuniones se realizaron únicamente entre los ejecutores del proyecto y la comunidad sin presencia de la representación del Estado, es este caso del Ministerio del Interior, razón por la cual, determinó vulnerado el derecho a la consulta previa de la comunidad indígena. El fallo, decantó parámetros importantes para el desarrollo del procedimiento de consulta previa, como mecanismo de protección de derechos de las comunidades étnicas.

Sentencia SU-383 de 2003

La acción de tutela fue interpuesta por la organización de pueblos indígenas de la Amazonía, contra el ministerio de interior, ministerio de ambiente y otras entidades del Estado, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales, a causa de las actividades de erradicación de cultivos ilícitos con glifosato que estaba realizando el gobierno nacional en territorios indígenas en el marco del cumplimiento del plan Colombia.

La Corte Constitucional en su oportunidad, estudió la decisión del Juez Quince Civil del Circuito de Bogotá, quien negó el amparo de tutela, argumentando la improcedencia de la acción en tanto que a su juicio interpretó que el Convenio 169 de la OIT, únicamente procedía la consulta previa respecto a comunidades indígenas que realizaran actividades lícitas o que se estuviera frente a explotación de recursos naturales, es decir que por el hecho que existieran cultivos ilícitos en territorios indígenas, no era aplicable la consulta previa, adicional a que interpretó que dicho Convenio, procedía únicamente frente a extracción de recursos naturales.

En trámite de impugnación, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Bogotá, confirmó la decisión de primera instancia, en tanto que a su juicio el derecho a amparar era colectivo y no subjetivo, el cual, debía ventilarse a través de acción popular, finalmente la alzada ratificó la postura de la procedencia de la consulta previa únicamente frente a al desarrollo de procesos de extracción de recursos naturales dentro de los territorios indígenas, indicando que el derecho a la consulta previa no era procedente en la ejecución de políticas estatales ni de política criminal.

La Corte Constitucional en esta oportunidad resalta la importancia del significado cultural que tienen los indígenas de la selva y la concepción que tiene el hombre de la misma como un espacio natural, mientras que, para las comunidades étnicas, se trata de su cosmovisión como un espacio sagrado que únicamente quienes habitan dicho territorio conocen su significado.

El alto tribunal constitucional, revocó las decisiones proferidas y en su lugar amparó los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía a la consulta previa, indicando que las comunidades indígenas no pierden el derecho fundamental a la consulta previa por el hecho de tener plantaciones ilícitas, dado que ello hace parte de la costumbre y su raigambre cultural, de otra parte, resaltó la Corte que los Jueces de instancia no podían interpretar que la consulta previa únicamente procedía en el marco de explotación de recursos naturales, lo anterior en razón a que el Convenio 169 de la OIT, estableció que la consulta previa es un mecanismo inherente a la existencia de los pueblos indígenas y que por tal razón la consulta previa se debía entender como un derecho a ser garantizado a efectos que la comunidad sea escuchada y obtener su consentimiento en el desarrollo de actividades que afecten los territorios indígenas.

Sentencia SU-123 de 2018

La acción constitucional fue impetrada por el gobernador de la comunidad indígena Awá “La cabaña”, ubicada en jurisdicción del municipio de Puerto Asís, Departamento de Putumayo, contra el Ministerio del Interior, la Autoridad de Licencias Ambientales ANLA, y el consorcio Colombia Energy, en razón a que en el desarrollo de un proyecto de exploración y explotación de petróleo en tres campos y nueve pozos que se encuentran dentro del territorio indígena, el consorcio y las entidades del Estado vulneraron el derecho a la consulta previa de la comunidad.

La Corte, revisó el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal de Mocoa Putumayo, el cual, dispuso negar el amparo de los derechos invocados, en tanto que la comunidad indígena no logró establecer que el proyecto se desarrollara en territorio de la comunidad, así como por incumplimiento al requisito de subsidiariedad de la tutela, al no haber agotado recursos en sede administrativa.

Por su parte, en trámite de segunda instancia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, confirmó la decisión revisada indicando que, de acuerdo a las certificaciones del Ministerio del Interior, efectivamente el área de influencia del proyecto de exploración explotación petrolera no se traslapa con el territorio de las comunidades accionantes.

Para la Corte, el proyecto adelantado por el consorcio petrolero, afectó de manera directa el ambiente y salud de la comunidad indígena, por consiguiente previo a la adopción de las medidas debió haberse consultado a la comunidad, lo anterior se logró acreditar ampliamente al punto que la contaminación ambiental generada por el proyecto petrolero, afectó prácticas culturales, económicas y sociales como la pesca y caza, redundando de manera negativa en la supervivencia de la colectividad e intrínsecamente afectando la cosmovisión de ésta, en tanto que dichas prácticas son ancestrales y tienen conexión directa entre la naturaleza y la comunidad, es decir que el concepto de territorio de las comunidad no es el meramente físico sino que trasciende a un concepto amplio que recoge aspectos culturales, ancestrales y espirituales.

El fallo del órgano de cierre constitucional, adicional a lo mencionado, unificó la jurisprudencia en cuanto al contenido y alcance de la consulta previa, indicando que además de las razones ya conocidas para adelantar consulta previa, también procedía adelantar dicho proceso consultivo cuando exista una perturbación a la estructura social, cultural o espiritual, dando un alcance superior a la definición de territorio indígena propiamente dicho a un concepto amplio que incluye la cosmovisión y creencias espirituales; así mismo cuando exista una afectación sobre la forma de subsistencia económica de la comunidad; reubicación de la comunidad a causa de la afectación a la subsistencia.

Por lo anterior, la Corte amparó el derecho a la consulta previa de la comunidad Awa, al haberse acreditado afectaciones directas producto del proyecto petrolero adelantado, consecuencia, ordenó al Ministerio del Interior y demás partes que realizaran el proceso de consulta previa a la comunidad, así mismo, exhortó al gobierno nacional y congreso de la república para que conforme a la sentencia, adoptaran medidas para regular la certificación de presencia de comunidades étnicas y realizaran ajustes para crear una entidad con autonomía e independencia administrativa y financiera para que se garantizara el ejercicio de la consulta previa.

Sentencia SU-121 de 2022

La acción de tutela fue interpuesta por comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, quienes pedían el amparo de los derechos fundamentales a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado, debido al alto número de proyecto de exploración y explotación en el área de influencia de la denominada línea negra, en contra del Ministerio del Interior y otras entidades del Estado.

La Corte acumuló dos expedientes T-6.844.960 del 7 de junio de 2018 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y T-6.832.445 del 12 de abril de 2018 del Tribunal Administrativo de Magdalena, los cuales tenían como propósito el mismo amparo invocado.

En la sentencia, la Corte determina como criterios objetivos de afectación directa o intensa a las comunidades étnicas en el desarrollo de proyectos, obras, actividades o medidas, y que deben ser objeto derecho a la consulta previa I-) cuando se perturben la estructura social, espiritual, cultural en salud y ocupacional; II-) exista un impacto sobre las fuentes de sustento en el territorio de la comunidad; III-) no puedan continuar o se dificulte el desarrollo de actividades de las que se deriva el sustento; IV-) cuando la comunidad deba reasentarse en un lugar distinto al territorio; V-) cuando el proyecto, obra, actividad o medida recaiga sobre cualquier derecho de la comunidad étnica; VI-) cuando la medida esté encaminada a dar cumplimiento al Convenio 169 de la OIT; VII-) la imposición de cargas o beneficios que alteren la posición jurídica; VIII-) se interfiera en la definición o determinación de la identidad, cultura, territorio, ambiente, estructura social o económica de la comunidad étnica.

Bajo ese mismo derrotero el alto tribunal, determino ciertos criterios subjetivos susceptibles para determinar la afectación directa, I-) cuando la medida a implementar se relaciona de manera directa con los usos y costumbres de la comunidad; II-) cuando la medida impacta zonas o parte del territorio en el cual la comunidad étnica desarrolla practicas espirituales y ancestrales; III-) cuando el relacionamiento entre la comunidad y sociedad ha sido reducido o nulo y la medida

impacta permite un relacionamiento social expuesto o mayor entre la comunidad y el exterior; IV) cuando la medida impacta de manera continua y sistemática la comunidad; V-) cuando la medida a implementar degrada el medio ambiente, generando efectos adversos al cambio climático impactando el desarrollo sostenible de la comunidad.

Finalmente, la Corte estableció que cuando exista duda que no se pueda resolver acerca de si la medida implica una afectación directa intensa o una afectación directa, debe resolverse exigiendo el consentimiento previo, libre e informado, y si de otra parte, existe duda que tampoco se pueda resolver acerca de si la medida implica afectación directa o afectación indirecta, se debe resolver a través de la consulta previa.

Principios rectores: consentimiento libre, previo e informado; respeto por la autonomía cultural y territorial

Principios rectores

El trámite o procedimiento administrativo de consulta previa se desarrolla bajo unos principios rectores que, si bien no se encuentran definidos taxativamente en el marco regulador, se nombran en el preámbulo del Decreto 2353 de 2019.

- Buena fe: De acuerdo a la sentencia de la Corte Constitucional T-547 de 2010, el principio de buena fe se materializa en la consulta previa cuando los escenarios resultan adecuados para suministrar la información suficiente y adecuada a efectos que las comunidades puedan evaluar el impacto de la medida o proyecto, y obrar en consecuencia a lo pactado. Es decir, que el procedimiento se realice respetando los preceptos legales y de justicia, poniendo de presente a la comunidad los riesgos de afectación social, cultural, económica y ambiental, producto de la obra o medida que se adelantará.
- Participación: Se constituye como el derecho conexo a la consulta previa, toda vez que el dialogo real y efectivo entre la comunidad y la entidad ejecutora, debe propender porque la opinión de la comunidad indígenas tengan influencia significativa en la toma de las decisiones, es decir, que la participación sea activa y efectiva, (Corte Constitucional, Sentencia T-002/17), con el fin que el acuerdo en estricto sentido sea concertado y como su propio nombre lo indica, acordado, y no se trate de una imposición o medida unilateral, puesto que claramente se encuentran frente a una posición dominante como puede ser una empresa privada o entidad estatal.
- Representatividad: La representación de las comunidades indígenas en la consulta previa no la puede definir la autoridad estatal, ni tampoco la entidad ejecutora, es decir que no puede definir con cuales de los integrantes de la comunidad se van a reunir para adelantar el procedimiento, lo anterior, en razón a que tal y como lo refiere la (Corte Constitucional,

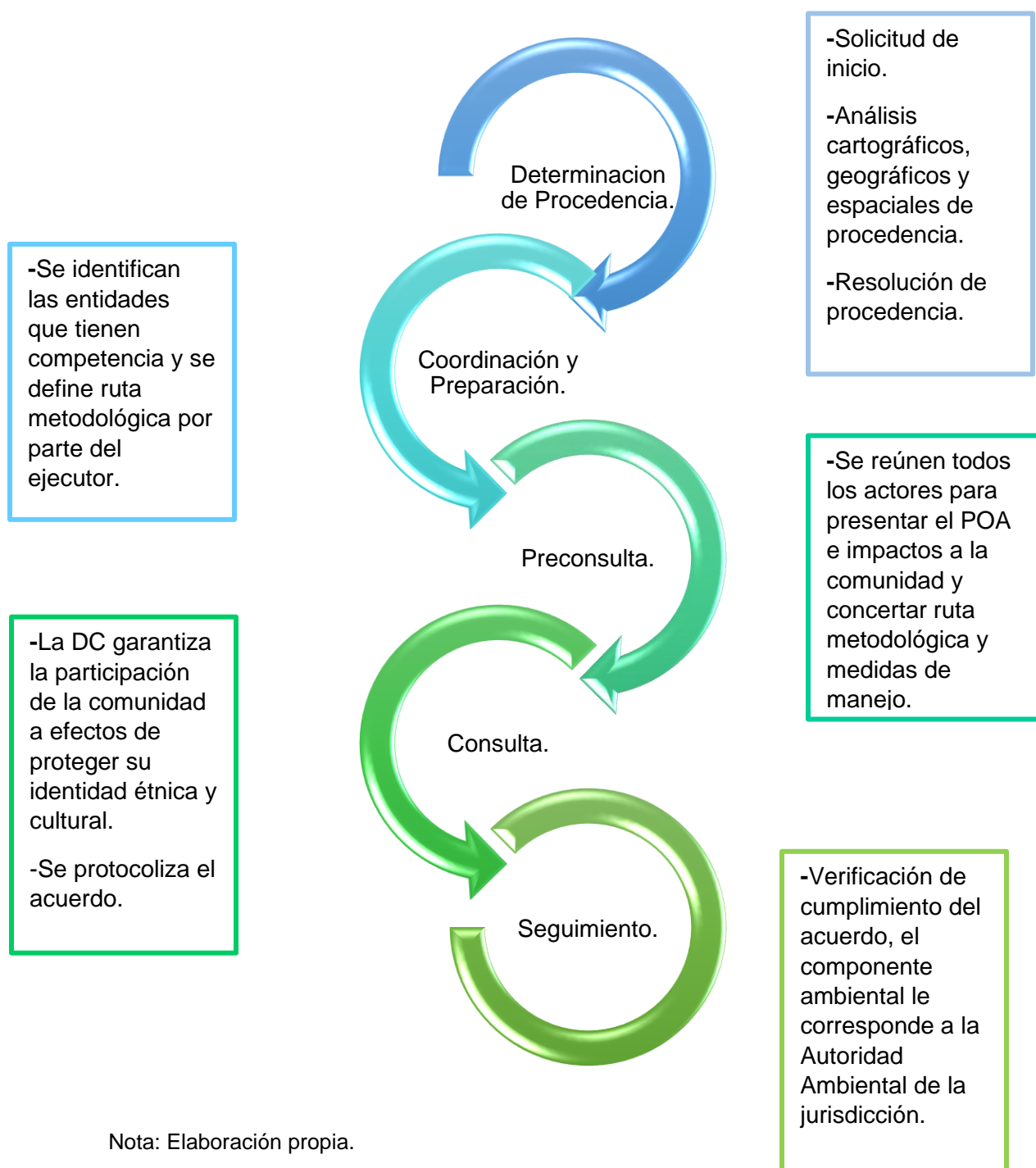
Sentencia T-576/14), se debe respetar las instituciones propias que las comunidades hayan definido y determinado conforme con sus tradiciones, costumbres y mecanismo consuetudinarios, de manera que el pueblo se sienta plenamente seguro de las decisiones de sus representantes a la hora de llegar a un posible acuerdo.

- Interculturalidad: La interculturalidad ayuda a que el proceso de consulta se adapte a las diferencias culturales de los pueblos indígenas u originarios. (Ministerio de Cultura de Perú, 2015, p11), es decir que este principio se encuentra directamente relacionado con la participación, dado que la interculturalidad constituye una herramienta en el relacionamiento de la comunidad y el ejecutor en entornos y lenguas propias adecuadas para que haya una participación real y efectiva.
- Oportunidad: En el desarrollo de un proyecto, obra, actividad o también medida administrativa o legislativa, el ejecutor no puede iniciar ninguna acción, ni siquiera de estudio o diseño, sin que se haya iniciado y finalizado el procedimiento de consulta previa, la (Corte Constitucional, Sentencia T-005/16) aclaró que lo perseguido por la consulta es evitar causar alguna afectación a las comunidades adoptando las medidas que sean necesarias, adecuadas y suficientes para prevenir y minimizar los impactos negativos que tienen los proyectos, por tal razón, el procedimiento de consulta previa, se debe realizar en oportunidad pretérita al inicio de cualquier acción o intromisión que pueda afectar la comunidad indígena.

Las circunstancias de tiempo, modo y lugar, son requisitos indispensables para el desarrollo del trámite consultivo, dado que las desigualdades y la posición dominante del ejecutor frente a la comunidad, de facto hace que el acuerdo se torne desigual debido a las capacidades logísticas, humanas y tecnológicas de la empresa privada o entidad pública que obre como ejecutor, sin embargo, precisamente la Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa, es la entidad gubernamental llamada a velar por la garantía a los derechos de las comunidades en el desarrollo del procedimiento administrativo de consulta previa.

Los fallos mencionados en el marco jurisprudencial, han exhortado a la Dirección de Consulta Previa, hoy Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa, ha definir el procedimiento y etapas de la consulta previa, razón por la cual, el Gobierno Nacional ha realizado lo propio a través de la Directiva Presidencial 10 de 2013 y Directiva Presidencial 08 de 2020, estableciendo y definiendo las siguientes etapas:

Figura 2. Etapas de la consulta previa



Consentimiento libre, previo e informado

Como bien se ha indicado en líneas anteriores, la consulta previa tiene como génesis la defensa de los derechos de las comunidades étnicas, la cual, se materializa a través de un procedimiento de consulta previa que desarrolla el Estado y que implica que las comunidades

étnicas deben ser consultadas sobre cualquier acción que los afecten y éstas a través de un proceso participativo puedan manifestar su posición respecto de las acciones que los puedan afectar y finalmente llegar a un acuerdo.

Sin embargo, es importante mencionar que la consulta previa no siempre se debe relacionar de manera implícita con el consentimiento libre, previo e informado, en tanto que éste último se trata de un procedimiento que se realiza de manera excepcional siempre y cuando se presenten ciertas circunstancias en la implementación de una medida legislativa o administrativa, de manera que el consentimiento libre, previo e informado únicamente se adelanta siempre y cuando se cumplan ciertos criterios que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha decantado.

El consentimiento libre, previo e informado, tiene tres criterios objetivos de afectación intensa para su realización, el traslado, reubicación o desplazamiento de comunidades; almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en territorios étnicos; las medidas que representen un alto impacto social, cultural y ambiental que ponga en peligro la existencia de la comunidad. (Corte Constitucional, Sentencia SU121-22).

Respeto por la autonomía cultural y territorial

La consulta previa más allá de ser un derecho de las comunidades étnicas y que propende por la participación de éstos en las decisiones que los afecte, implica *per se* un procedimiento que depende de la autodeterminación de las comunidades, situación que permite que cada procedimiento consultivo se realice de acuerdo a las características espirituales, consuetudinarias del territorio, respetando la cultura y autonomía de la comunidad, donde la relación de comunicación entre las partes permita que se garantice el debido proceso bajo el principio de buena fe.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del año 2007 en el caso *Saramaka versus Surinam*, indicó que los procedimientos de consulta previa deben ser culturalmente apropiados y según las costumbres y tradiciones de las comunidades

Así las cosas, los partes intervinientes en el desarrollo del proceso consultivo, deben ajustarse al cumplimiento de las reglas y costumbres ancestrales que tenga cada comunidad, garantizando que de manera autónoma la comunidad étnica sea la que determine quien o quienes serán los representantes de la comunidad en el procedimiento, así como determinar en qué lugar del territorio se pueden reunir o no para dicho proceso, por tal razón, el desarrollo de la consulta previa debe garantizar el respeto por todas las tradiciones y cultura de la comunidad.

(ii) Desarrollo sostenible en las comunidades indígenas

Concepto de desarrollo sostenible desde una visión intercultural.

Los territorios habitados y determinados desde el punto de vista de la cosmovisión de las comunidades étnicas, son espacios que además de tener una importancia espiritual y cultural, gozan de gran riqueza natural, biodiversa y con enormes nichos de minerales metálicos como el oro, plata entre otros, así como recursos renovables como el agua mineral, madera, recursos no renovables como el gas, petróleo y carbón entre otros.

Por tal razón, aquellos proyectos que tienen como propósito la exploración, explotación de hidrocarburos, construcción de carreteras o puentes, generan un impacto ostensible sobre el medio ambiente, es por ello que la consulta previa debe garantizar un criterio de sostenibilidad del espacio de la comunidad, con el propósito de no solamente garantizar la subsistencia de la generaciones venideras de la comunidad, sino también al tratarse de zonas de importancia ambiental estratégica, la subsistencia de la humanidad.

Respecto al desarrollo sostenible en el marco de los procesos de consulta previa Rodríguez, G. (2014) menciona que:

Así las cosas, la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución y, por otro, la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de los indígenas que los ocupan, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su mantenimiento. (p. 151)

Conforme a lo anterior, la consulta previa debe propender por garantizar el desarrollo sostenible de la comunidad reconociendo la diversidad de las creencias, practicas ancestrales y su cosmovisión, entendida ésta última como la conexión espiritual de la comunidad con el territorio y la naturaleza, desde un enfoque diferencial para cada comunidad, en tanto que cada comunidad tiene culturas distintas y diferentes formas de comunicación y relación con la naturaleza.

Indicadores de sostenibilidad en contextos indígenas en algunas comunidades de la región amazónica (territorio, salud, educación, economía propia).

La llegada e intromisión del ser humano occidental a las comunidades indígenas, genera drásticos cambios en la sostenibilidad ambiental, cultural, espiritual, social y económica, incluso afectando la subsistencia de éstos, dado que en el desarrollo de procesos consultivos en algunos casos se modifica o altera la manera en que la comunidad obtiene el sustento, por ejemplo la

caza o pesca, actividad que no solamente sirve como alimento sino en algunos casos también es la base de la economía que utilizan las comunidades.

Por tal razón, esa intromisión del hombre que no está obligada a soportar la comunidad indígena, tiene efectos adversos a la forma tradicional y consuetudinaria de la vida diaria de los indígenas, es por ello que, si bien el procedimiento de consulta previa en su etapa final busca llegar a un acuerdo entre las comunidades y los ejecutores, donde las comunidades pueden concertar aspectos económicos de inversión o mejoramiento en vías, maquinaria, proyectos productivos, bienes muebles y demás, es palmario que existe un cambio en la forma tradicional en que las comunidades habitan normalmente, situación que conlleva a que las comunidades indígenas conozcan y en algunos casos empiecen a adoptar la forma en que el hombre occidental realiza las actividades cotidianas de vida.

El Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas, SINCHI, en el Informe final de ejecución Técnico y Financiero de Monitoreo de Indicadores de Bienestar Humano Indígena (IBHI). (2023, elaboro 14 líneas de acción para monitorear los Indicadores de Bienestar Humano Indígena de comunidades ubicadas en los departamentos de Caquetá, Putumayo y Amazonas que hacen parte de la región amazónica de Colombia.

En la línea de acción número 11 denominada monitoreo de indicadores de bienestar humano indígena, realizó un encuentro con 54 Autoridades Tradicionales y Consejos Directivos, donde con información generada con el apoyo técnico y económico del Instituto SINCHI, muestra los cambios observados en el periodo 2016 a 2022 de la siguiente manera.

En general, la presencia de las Autoridades Tradicionales permanece estable, mostrando que las prácticas tradicionales tuvieron algunas recuperaciones frente con un leve crecimiento de la población, con un poblamiento cada vez más diverso y comunidades cada vez más multiétnicas. La práctica del idioma propio continúa siendo crítica, toda vez que la mayor parte de la población que se comunica en el idioma español y en menor proporción los que son bilingües (idioma propio y español), frente a la ausencia de estrategias y acciones para el fortalecimiento de los idiomas originarios. Cada vez más la población en las comunidades cuenta con más grados de educación del sector público.

En general, la autonomía alimentaria presenta una situación estable en las comunidades. Se observa mayor uso cultural de las plantas, con una tendencia a la disminución de las prácticas tradicionales de transformación y conservación de las especies alimenticias, manteniéndose en un buen nivel las reservas de semillas tradicionales que aseguran la producción de autosuficiencia alimentaria.

Las problemáticas sociales en las comunidades continúan siendo internas en una situación de estabilidad, pero con un limitado rol de las Autoridades Tradicionales para atenuarlas. Se observan que las comunidades continúan con grandes limitaciones en el acceso a los servicios públicos esenciales. En las comunidades es notable el papel de la medicina tradicional en la prevención, curación y atención de los partos, se muestra que es un servicio estable frente al limitado e inexistente servicio que pudiera prestar el sector público de la salud. Son comunidades que no presentan casos significativos de desnutrición en la población. Sin embargo, se considera que son comunidades vulnerables y con una situación de riesgo social, que implica prender las alarmas para evitar episodios de desnutrición. En general, en el periodo observado, en las comunidades los eventos deportivos de carácter oficial fueron casi inexistentes, se continua con la práctica de las disciplinas occidentales y un desuso de las prácticas deportivas tradicionales.

Las AATIs³ que se localizan en el Eje del río Putumayo adelantan la implementación del Decreto 632 de 2018. La información de los IBHI levantada desde los resguardos indígenas, se proyecta como estratégica y oportuna en la actualización y retroalimentación de los planes de vida, en la estructuración de programas y proyectos, lo cual permitirá la institucionalización de las ETI y la autonomía política administrativa en los territorios de los pueblos indígenas en los departamentos de Amazonas, Vaupés y Guainía, figura 3. (SINCHI, 2023)

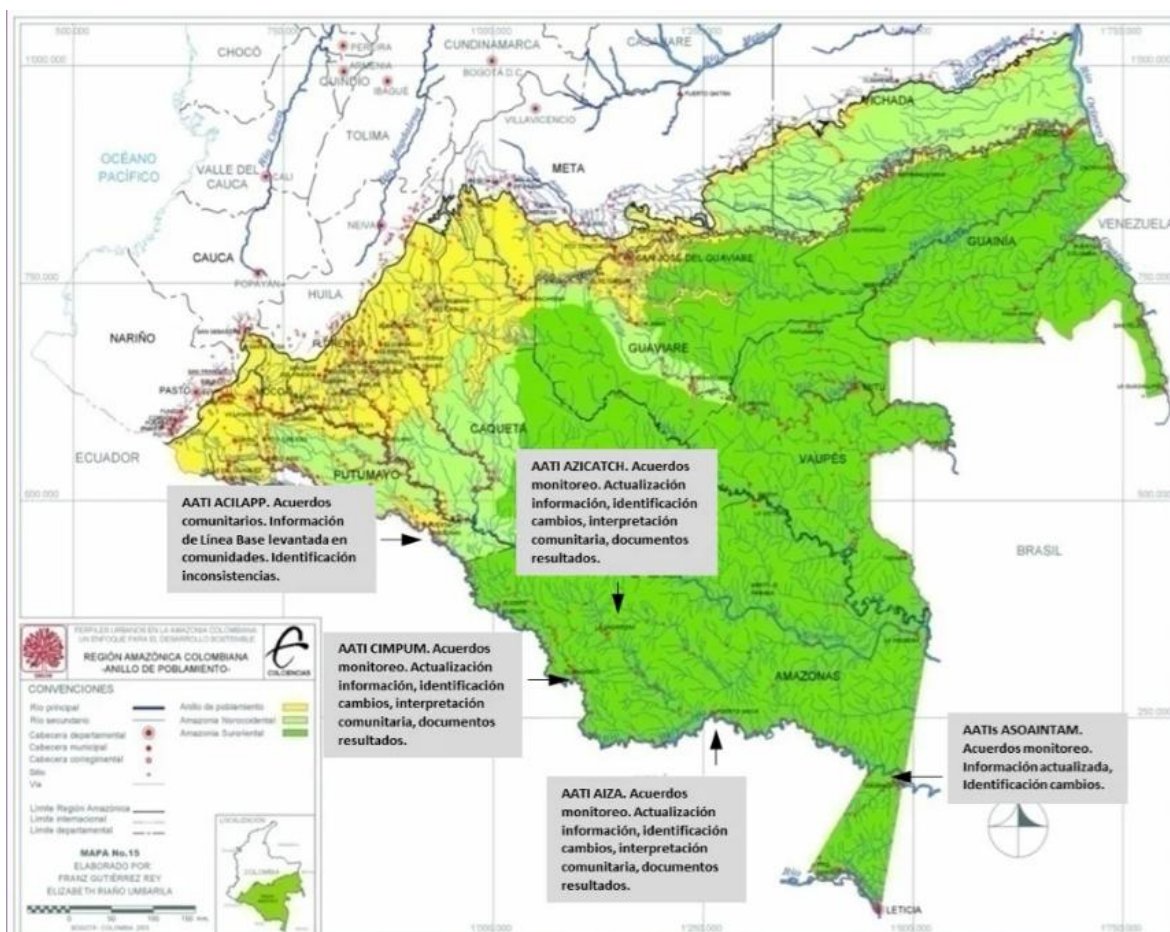
De acuerdo a los indicadores revelados por el Instituto SINCHI, se logra evidenciar que las comunidades indígenas han sufrido cambios que afectan la sostenibilidad especialmente en el sector educativo y social del territorio, dado que la llegada del Estado a la Colombia profunda para garantizar el derecho a la educación, ha logrado una cobertura importante para cerrar brechas de desigualdad en el sector educativo en comunidades indígenas, sin embargo, la inclusión de comunidades indígenas en la educación implica perse un cambio de la percepción de vida desde un punto de vista holístico, a tal punto que como lo indica el estudio en mención, el uso de la lengua nativa ha empezado a migrar al español del mundo occidental.

Por otra parte, es preocupante el déficit que tienen las comunidades indígenas en temas como servicios públicos especialmente el acceso a unidades sanitarias y luz, en razón a que, si bien, carecen de otros como gas y agua potable, utilizan otros métodos que suplen dichas necesidades como la cocción con leña y el agua de nacimientos naturales.

³ Asociaciones De Autoridades Tradicionales Indígenas Del Amazonas

En ese mismo sentido, se evidencia que es nula la atención especializada en salud, en razón a que, si bien las comunidades tienen métodos ancestrales de medicina natural, la cual, también le ha aportado importantes logros a la medicina científica, lo cierto es que estas comunidades carecen de centro de salud público de atención médica profesional para eventos en los cuales más allá de la medicina natural, se requiera la intervención de la medicina convencional.

Figura 3. Líneas Base y monitoreo de los IBHI sobre los modos de vida pueblos indígenas. Ejes ríos Amazonas y Putumayo (2022 – 2023).

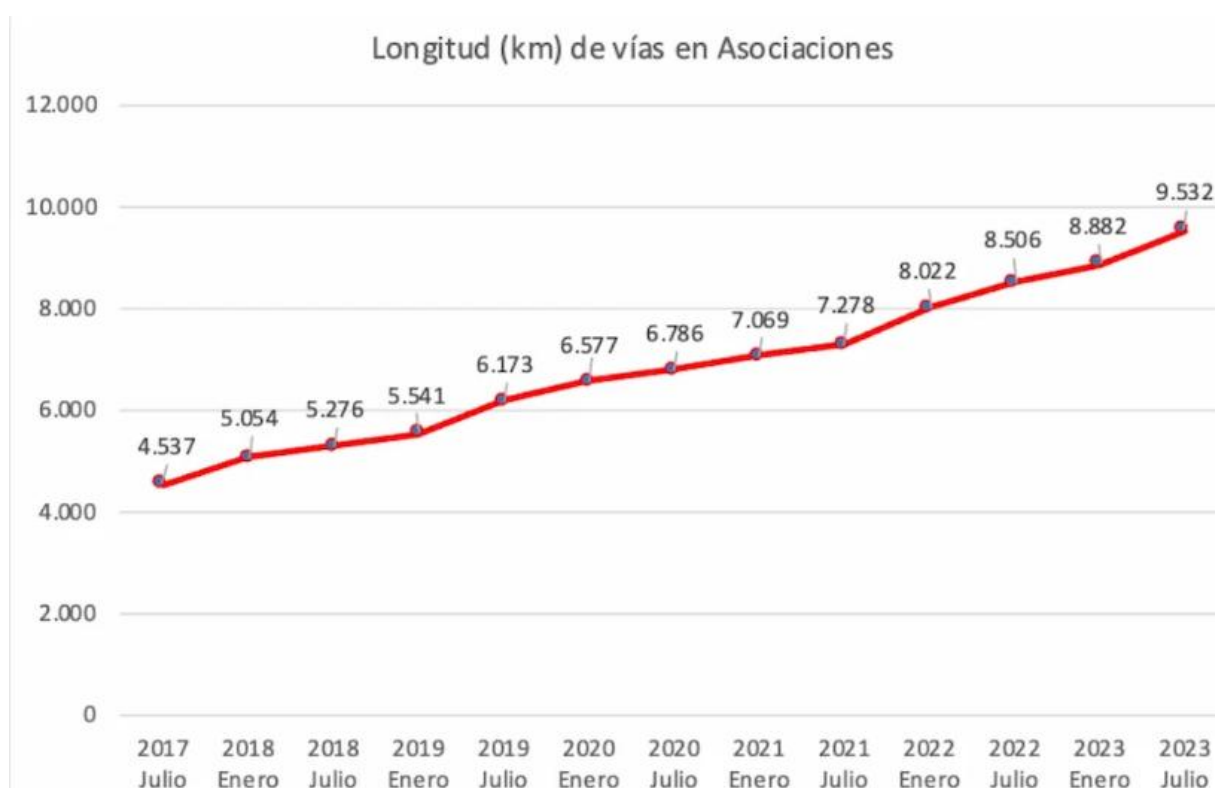


Nota. SINCHI. 2023. Módulo Monitoreo de Indicadores de Bienestar Humano Indígena (IBHI) del departamento del Amazonas. <https://ierna.sinchi.org.co/informe/11-monitoreo-de-indicadores-de-bienestar-humano-indigena-ibhi-del-departamento-del-amazonas-2023/#>

La línea de acción número 10 del informe mencionado, logra determinar un importante impacto a la sostenibilidad del territorio de las comunidades indígenas en cuanto a la comunicación terrestre de la siguiente manera:

Las vías de acceso terrestre son uno de los factores predeterminantes de los cambios de las coberturas en los territorios amazónicos. En este periodo de monitoreo con MoSCAL⁴ de los acuerdos, se detectó que, en el área de las 25 asociaciones, se ha presentado un aumento de la longitud de las vías del 110.1% (4.995 km), pasando de 4.537 km en julio de 2017 a 9.532 km en julio de 2023. (SINCHI, 2023)

Figura 4. Longitud de vías (km) en Asociaciones bajo de acuerdo de conservación.



Nota. SINCHI. 2023. Módulo de seguimiento al cumplimiento de los acuerdos locales de conservación del bosque. <https://siatac.co/MoSCAL/>.

Lo anterior, no solamente significa que las comunidades buscan comunicarse de una manera más rápida con el hombre occidental, sino que en términos de sostenibilidad ambiental, es una afectación enorme a la fauna y flora de la naturaleza, en tanto que la construcción de vías implica la tala indiscriminada de árboles, desvío de cauces, como también la migración de

⁴ Módulo de Seguimiento al Cumplimiento de los Acuerdos Locales de Conservación del Bosque.

especies animales nativas, situación que genera un impacto negativo en la sostenibilidad no solamente de la comunidad sino de la región amazónica que limita con Brasil.

Impacto y medidas de compensación de los proyectos; una amenaza a la existencia de las comunidades.

El impacto del proyecto, obra, actividad o medida que afectará a la comunidad, tal vez es uno de los temas más importantes en el desarrollo de la consulta previa, el cual se adelanta en la etapa de preconsulta, manifestándole a la comunidad los posibles impactos culturales, sociales, económicos, espirituales y demás, así como el respectivo plan de compensación para mitigar dichos impactos.

Sin embargo, los impactos que pueda llegar a decantar el ejecutor sobre la comunidad, son generalmente los menos gravosos y pueden llegar a ser inciertos, bajo la consideración que en la ejecución del proyecto se pueden presentar situaciones que generan impactos mayores a la comunidad, como por ejemplo derrumbes a causa de la explotación minera; inundaciones, desbordamientos y cambios de cauce en proyectos hidroeléctricos entre otros. Por tal razón, los impactos en la etapa de preconsulta no logran ser del todo ciertos máxime cuando el desarrollo del proyecto perdura en el tiempo.

Es por ello que una vez se realice el acuerdo de consulta previa, las partes deben acordar un mecanismo para que periódicamente se actualice la identificación de impactos, así como las respectivas medidas de manejo. (Corte Constitucional, Sentencia T-129-11).

Conforme lo establece el Ministerio del interior (2023), en el proyecto, obra, actividad o medida que tenga algún impacto ambiental, debe contar con la respectiva licencia ambiental expedida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, licencia que debe tramitar el ejecutor una vez la Autoridad Nacional de Consulta Previa, certifique la procedencia de la consulta.

Expedida la licencia, se identifican los impactos y se formulan los planes de manejo y medidas con el propósito de prevenir, mitigar y compensar dichos impactos y sus efectos, así como el respectivo plan de seguimiento y control a éstos.

El Decreto 2041 de 2014, por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, establece y define el tipo de medidas que mitigan el impacto.

- **Medidas de compensación:** Son las acciones dirigidas a resarcir y retribuir a las comunidades, las regiones, localidades y al entorno natural por los impactos o efectos negativos generados por un proyecto, obra o actividad, que no puedan ser evitados, corregidos o mitigados.

- **Medidas de corrección:** Son las acciones dirigidas a recuperar, restaurar o reparar las condiciones del medio ambiente afectado por el proyecto, obra o actividad,
- **Medidas de mitigación:** Son las acciones dirigidas a minimizar los impactos y efectos negativos de un proyecto, obra o actividad sobre el medio ambiente.
- **Medidas de prevención:** Son las acciones encaminadas a evitar los impactos y efectos negativos que pueda generar un proyecto, obra o actividad sobre el medio ambiente. (Art.1)

En el desarrollo de la consulta previa siempre existirán impactos y la necesidad de realizar estudios de impacto ambiental conforme al artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT, donde los Estados deben garantizar cuando haya lugar a que, de manera conjunta con las comunidades étnicas, se evalúe la incidencia social, espiritual, cultural y medio ambiental que el desarrollo de las actividades pueda afectar a las comunidades. Rodríguez, G. (2017).

Las medidas que como contraprestación o mitigación de impactos acuerden entre el ejecutor y la comunidad pueden llegar a generar escenarios que afectan la existencia de la comunidad en el territorio, tal y como se logra evidenciar en el caso de la represa de Urrá, citado también por Rodríguez, G, como uno de los más graves conflictos en temas ambientales en la historia del país, en el desarrollo de la consulta previa con la comunidad Emberá Katío, caso abordado por la Corte Constitucional en sentencia T-652-98, la cual, ordenó que se indemnizara a la comunidad por los graves impactos causados.

En el desarrollo del proyecto de la represa de Urrá, la fuerza de la corriente del agua, hizo que desapareciera en gran parte el hábitat de peces del río Sinú en la zona donde habita la comunidad indígena, razón por la cual, empezó a escasear el alimento y pan coger de la comunidad y también la economía de la misma, ya que los peces además de servir como alimentos era fuente de ingresos por la comercialización del mismo.

El desarrollo del proyecto, generó un impacto a tal punto que transformó la biodiversidad y el paisaje de la zona, situaciones que generaron conflictos de gobernabilidad y convivencia entre la comunidad, y finalmente, producto de la indemnización ordenada por la sentencia mencionada anteriormente, el dinero catapultó en el abandono paulatino de la comunidad del territorio, en tanto que el dinero conllevó a que algunos migraran a pueblos y ciudades cercanas, cambiando la cotidianidad de sus costumbres en territorio por una vida citadina casi que desconocida, hecho que produjo algunos casos de alcoholismo, drogadicción y prostitución.

Es por ello, que un plan de manejo impactos ambientales, el seguimiento y control del mismo y el respectivo plan de mitigación o compensación, son fundamentales para garantizar no

solo en realidad el derecho a la consulta previa, sino la base de la cohesión social de la comunidad étnica.

(iii) Perspectiva del control fiscal

Funciones y competencias de la Contraloría General de la República en contextos étnicos.

La Contraloría General de la República es el órgano que realiza vigilancia y control para el manejo de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia y gestión económica de las entidades o particulares que manejen recursos públicos en el orden nacional o territorial, la Constitución Política de Colombia, establece que:

El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. (art. 267).

El ordenamiento jurídico no establece de manera taxativa que el ente de control fiscal tenga función o competencia específica en contextos étnicos, sin embargo, por disposición constitucional, tiene competencia de vigilancia y control a los recursos públicos en cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. (Párr. 4 art. 267).

De acuerdo a ello, si bien la Contraloría como ente fiscalizador del Estado no tiene competencia para realizar vigilancia y control en contextos étnicos, dicho ejercicio se puede ver materializado en la vigilancia y control de los recursos públicos que las entidades destinan al componente ambiental y el desarrollo sostenible, el cual, de golpe puede verse inmersa una comunidad étnica, tal y como ocurrió en la orden que impartió la Corte Constitucional en la sentencia T-733/17, en la cual, ordenó a los entes de control incluida la Contraloría General de la República realizar seguimiento al fallo que ordenó amparar el derecho y realizar una consulta previa a las comunidades Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo y el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré todas ubicadas en el departamento de Córdoba, con ocasión a las actividades extractivas que estaba realizando la empresa Cerro Matoso S.A., en territorios de dichas comunidades.

De acuerdo a la Contraloría General de la República, en respuesta a petición incoada para determinar la participación de dicho ente en el desarrollo de consultas previas, mencionó que la realización o no de un proceso de consulta previa en un determinado proyecto obra o actividad, no implica su obligatoria inclusión como un Objeto de Vigilancia y Control Fiscal-OVC en el Plan Nacional de Vigilancia y Control Fiscal de la Contraloría General de la República en la respectiva vigencia, siendo la autoridad ambiental quien, en los términos de la Resolución 1084 de 2018 para la realización de estudios ambientales, señala las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se hace requisito indispensable efectuar la valoración económica ambiental.

Control fiscal como mecanismo de garantía de derechos colectivos.

La vigilancia y control fiscal tiene como propósito asegurar y velar por la buena gestión económica, eficaz y eficiente de los recursos públicos que ejecutan las entidades en cumplimiento de los fines del Estado, en aras de proteger el patrimonio público, el cual, pertenece a todos los administrados o ciudadanos, en consecuencia dicha protección al erario constituye una garantía a un derecho colectivo, a través de los procesos auditores que instala el ente de control a las entidades vigiladas, las cuales son todas las entidades públicas del orden nacional, territorial y los particulares que manejen fondos o bienes públicos en todos los niveles administrativos, donde por medio del proceso auditor se evalúa el componente presupuestal.

De otra parte, uno de los principios del control fiscal es el desarrollo sostenible que propende por garantizar la existencia futura de la comunidad, por ende, puede también enmarcarse el desarrollo sostenible como un derecho colectivo, dado que una posible afectación al mismo pondrá en peligro un determinado grupo de personas o comunidad.

El Decreto 403 de 2020, define el desarrollo sostenible como uno de los principios de control fiscal de la siguiente manera.

En virtud de este principio, la gestión económica financiera y social del Estado debe propender por la preservación de los recursos naturales y su oferta para el beneficio de las generaciones futuras, la explotación racional, prudente y apropiada de los recursos, su uso equitativo por todas las comunidades del área de influencia y la integración de las consideraciones ambientales en la planificación del desarrollo y de la intervención estatal.

Las autoridades estatales exigirán y los órganos de control fiscal comprobarán que en todo proyecto en el cual se impacten los recursos naturales, la relación costo-beneficio económica y social agregue valor público o que se dispongan los recursos necesarios para satisfacer el mantenimiento de la oferta sostenible. (Lit. g. Art. 3)

Calderón (2020, como se citó en Escudero, 2023) indica que:

El artículo 267 Superior sustenta la aplicación del control fiscal ambiental cuando consagró la valoración de costos ambientales como principio fundante de la vigilancia a la gestión fiscal y, recientemente, con el Acto Legislativo No. 04 de 2019, al adicionar el desarrollo sostenible como orientador de la labor misional del máximo órgano de control fiscal, a nivel nacional, así como de las entidades de control en el ámbito territorial, según su competencia. Igualmente, con el numeral 7 del artículo 268, quedó establecida la necesidad de evaluar el estado de los recursos naturales y del ambiente para proteger el patrimonio natural del Estado Colombiano de una inadecuada gestión fiscal.

Es así que el control fiscal más allá de tener una función y competencia primigenia por salvaguardar los recursos públicos, también por disposición legal del decreto 403 de 2020, se introdujeron competencias para que en el desarrollo de la evaluación fiscal, se realice un control fiscal ambiental que se materialice en la protección a los recursos naturales en garantía al principio de desarrollo sostenible, siendo éste con el de valoración de costos ambientales, los pilares de control fiscal ambiental.

En ese orden, el control fiscal ambiental tiene como fin velar por que los recursos públicos que se inviertan en el componente ambiental, en etapas de conservación, protección, uso y explotación de recursos, se realicen conforme a los intereses de los fines esenciales del Estado, lo que conlleva a garantizar los derechos colectivos de la comunidad.

Evaluación del uso de recursos públicos en proyectos con consulta previa.

Como bien se ha mencionado, la Contraloría General de la República, puede eventualmente hacer control de la inversión de recursos en la consulta previa, con el propósito de garantizar la protección, conservación del medio ambiente y desarrollo sostenible del entorno.

Cabrera (2014, como se citó en Escudero, 2023), estableció de qué manera interviene la Contraloría General de la República en ejercicio del control fiscal ambiental.

Acorde con sus funciones, la CGR tiene como ejercicio no solamente la corrección y sanción de los daños causados sino también la prevención de los mismos. En consecuencia, las herramientas que le son entregadas por la Constitución y la ley deben ser aplicadas para prevenir los efectos nocivos que puedan producir en el medio ambiente, contando para ello con la función de advertencia, que busca informar a los sujetos bajo su control de la posibilidad de producción de un daño durante la ejecución del proyecto, contribuyendo así a que éste no llegue a concretarse.

En este contexto la Contraloría General de la República en su escrito de respuesta a la pregunta formulada, indica que la función de ésta radica en verificar, a través del procedimiento de control fiscal la aplicación de los principios de desarrollo sostenible y de valoración de costos

ambientales en la vigilancia y control fiscal que ejerce la CGR la aplicación de los Principios de Desarrollo Sostenible y de Valoración de Costos Ambientales en la gestión fiscal de los sujetos de control. En este sentido, cobran especial importancia los planes de manejo ambiental. Dado que es en este instrumento en el que se plasman las medidas de compensación, mitigación y corrección atinentes a atacar los impactos identificados por el uso de los recursos naturales, y que deben poseer quienes cuentan con una licencia ambiental o los titulares de proyectos, obras o actividades cobijados por un régimen de transición, donde la Contraloría General de la República puede desplegar su acción de control fiscal desde las auditorías u otras actuaciones de control fiscal.

En comunicación recibida por parte de la Contraloría General de la República, indica que de la vigencia 2022 a 2025, únicamente ha realizado dos auditorías de cumplimiento en proyectos que tienen que ver con consulta previa, los cuales fueron por orden de la Corte Constitucional en sentencias T-733/17 y T-614/19, en lo corrido del año 2023 – 2025, no se han realizado auditorías a proyectos que versen sobre consulta previa.

La Contraloría General de la República indicó en el informe de auditoría de cumplimiento que como resultado del proceso auditor adelantado, sobre el cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-733 de 2017 de diciembre del 2020 a junio de 2022 por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, resulta conforme, en todos los aspectos significativos, con los criterios aplicados y de acuerdo con el derecho a la salud de las personas, afectadas por el proceso de explotación y transformación del ferroníquel en el departamento de Córdoba, la empresa Cerro Matoso, llevando a cabo procesos de control, prevención y compensación en pro de la salud de las comunidades que se encuentran en el área de influencia del proyecto, así las cosas, mejora la atención de las comunidades afectadas en la Fundación PANZENU, la cual brinda una atención permanente a las comunidades afectadas, por medio de servicios gratuitos y brigadas de salud. Cumpliendo con la orden de la sentencia. Por otra parte, se encontraron falencias en el desarrollo del control ambiental que realiza la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge -CVS, con respecto al reporte de información de calidad de aire y meteorológica al Subsistema de Información sobre Calidad del Aire, razón por la cual, el ente de control estableció dicho hallazgo como administrativo en el informe definitivo de auditoría, con el fin que la entidad formulara un plan de mejoramiento, con cual implemente acciones que le permitan mejorar las deficiencias encontradas.

En consecuencia, podría indicarse que el control fiscal ambiental como garantía de derechos colectivos y evaluación de recursos, puede realizarlo la Contraloría General de la República en el marco de la consulta previa en el desarrollo de un proyecto, obra o actividad, en

dos situaciones, i-) En el marco de un proceso auditor que se instaure a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, con el fin de evaluar la valoración de costos ambientales, ii-) por orden de autoridad judicial como la Corte Constitucional, con el propósito de realizar seguimiento a los acuerdos de la consulta previa, tal y como ocurrió en el caso de la sentencia T-733/17 y T-614/19.

(iv) Análisis de derecho comparado con Brasil

Marco jurídico de la consulta previa en Brasil: Constitución Federal de 1988, FUNAI, y ratificación del Convenio 169 de la OIT.

Brasil es una república federativa, considerado como el país más fuerte económicamente y el más grande en extensión de Latinoamérica, poseedor de una zona ambientalmente importante para el mundo como lo es la Amazonía, que, si bien comparte con Colombia, el área más grande del inmenso pulmón verde se encuentra en el país brasileño.

La Fundación Nacional de los Pueblos Indígenas indicó que:

Un estudio realizado por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) con el apoyo de la Fundación Nacional de los Pueblos Indígenas (FUNAI). La encuesta indica que la población indígena del país alcanzó los 1.693.535 habitantes, lo que representa el 0,83 % de la población total. Según el IBGE, poco más de la mitad (51,2 %) de la población indígena se concentra en la Amazonia Legal. (2023).

En Brasil, existe un aproximado de 305 pueblos indígenas y cerca de 4.000 comunidades tribales quilombolas.

El Convenio 169 de la OIT, fue aprobado mediante Decreto Legislativo 143 de 20 de junio de 2002, sin embargo, éste fue promulgado sino dos años después a través del Decreto 5.051 del 19 de abril de 2004, el cual, fue derogado por el Decreto 10.088 del 05 de noviembre de 2019, éste último acto de 2019, consolidó todos los actos normativos emitidos por el Poder Ejecutivo Federal sobre convenios y recomendaciones de la OIT que han sido ratificados por Brasil.

Marco constitucional y normativo de la consulta previa en Brasil.

El marco normativo o regulatorio de la consulta previa en Brasil, es escaso y su reglamentación nula, sin embargo, la Constitución Federal de Brasil de 1988, reconoce los derechos de los pueblos indígenas indicando que “se reconoce la organización social, costumbres, lenguas, credos y tradiciones de los indios, así como sus derechos originales a las tierras que tradicionalmente ocupan.” (art. 231).

Respecto a la protección de su territorio frente al desarrollo de proyectos, actividades o actuaciones que puedan intervenir o afectar la comunidad, el mismo artículo en mención indicó.

La utilización de los recursos hídricos, incluido su potencial energético, así como la prospección y explotación minera de las riquezas minerales en las tierras indígenas, sólo podrán hacerse con la autorización del Congreso Nacional, previa audiencia de las comunidades interesadas, resultados de la minería, como provisto por ley. (párr. 3°).

En ese mismo hilo, la norma *ibidem*, menciona que como poder exclusivo del Congreso Nacional “autorizar la explotación y uso de recursos de agua, la prospección y minería de riquezas minerales en tierras indígenas” (núm. XVI. Art. 49).

Lo anterior, deja entrever que el sentido del constituyente brasileño de 1988 es que, cuando existiera actuación ambiental alguna sobre territorios indígenas, el legislativo era el llamado a autorizar dicha intervención, estableciendo *per se* la norma casi que el procedimiento de consulta previa propiamente dicho, al indicar que previo al desarrollo de las actividades las comunidades intervinientes se deben reunir para determinar la intervención y resultados.

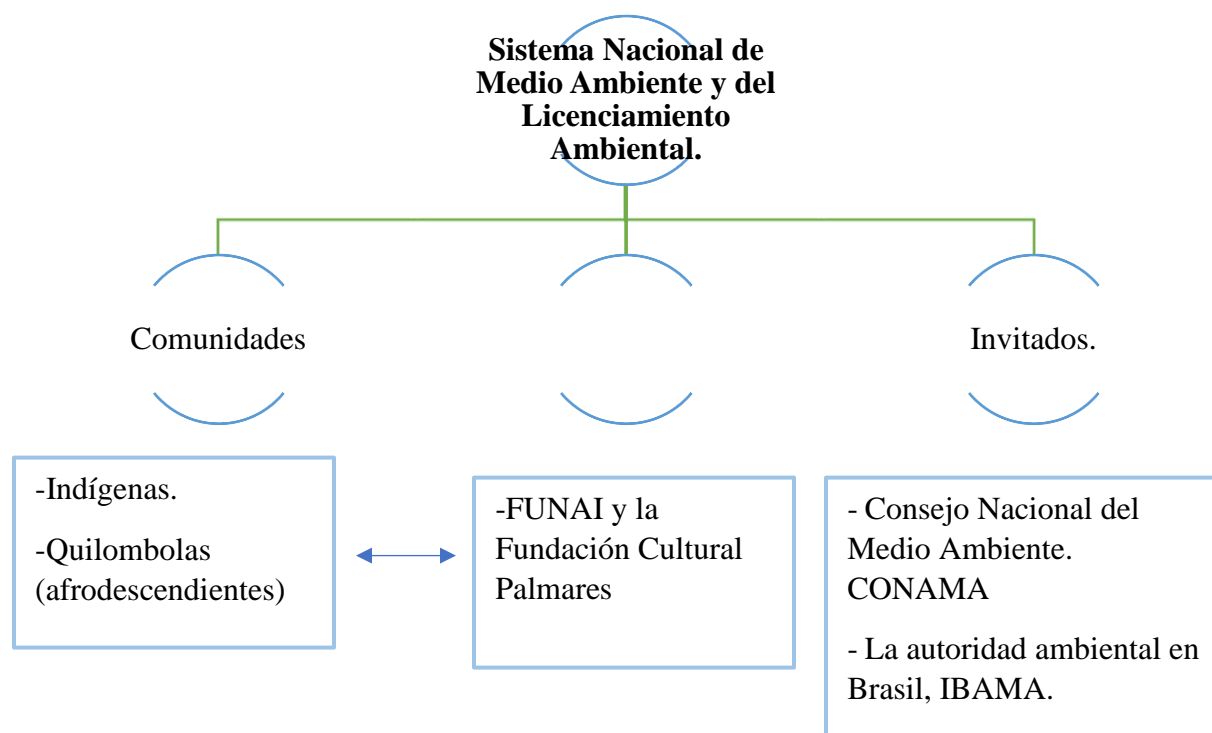
Llama la atención que la Constitución de Brasil, denomina a los indígenas como indios, término que, si bien es significado de un aborigen, puede llegar a convertirse en un significado despectivo de las comunidades.

De acuerdo a la Constitución Federal de Brasil, la Unión es integrada por los territorios federales, convirtiéndose la Unión en la autoridad que determina y autoriza la prospección o explotación de recursos naturales sobre territorios indígenas, tal y como lo establece el artículo 176 de dicha carta.

No existe norma específica del nivel federal o estadual que reglamente la consulta previa en Brasil (OIT, 2021.), vía jurisprudencia el Tribunal Supremo Federal, ha establecido que los convenios y tratados internacionales son de obligatorio cumplimiento y aplicación, situación que en efecto el legislativo realizó con la aprobación del Decreto Legislativo 143 de 20 de junio de 2002 y que posteriormente fue derogado por el Decreto 10.088 del 05 de noviembre de 2019, sin embargo parece ser que dichos actos constituyen un saludo a la bandera frente a la esencia real que trata el Convenio 169 de la OIT.

La consulta previa ha sido inserta en el ordenamiento jurídico brasileiro únicamente frente a proyectos, obras, actividades o medidas que tengan como requisito previo la aprobación de una licencia ambiental, y que la ejecución se realice dentro del territorio de la comunidad indígena, siempre y cuando se cumplan tres requisitos, proceso que será guiado por parte de una entidad del Estado, de esa manera se encuentra dentro del marco del Sistema Nacional del Medio Ambiente y licenciamiento ambiental.

Figura 5. Partes que intervienen e integran la consulta previa en materia ambiental.



Nota: Elaboración propia.

Tal y como lo indica la (OIT, 2021.), de conformidad con la Resolución 237 de 1997 del Consejo Nacional de Medio Ambiente, el proceso de licenciamiento ambiental contiene tres etapas, i-) otorgamiento de la licencia previa; ii-) licencia de instalación; iii-) licencia de operación.

Al respecto es importante precisar que la participación de las comunidades en procesos que deban tener como requisito la licencia ambiental, debe ocurrir antes de la primera etapa, lo que significa que antes del otorgamiento de la licencia previa el ejecutor debe haber hecho participe a la comunidad.

El procedimiento de consulta previa en temas de licenciamiento ambiental, según la (OIT, 2021.), consiste en la participación de la comunidad de acuerdo a un plan de consulta que es acordado entre la autoridad ambiental y el FUNAI, con las comunidades que se involucren, de manera que la consulta previa se realiza conforme a los protocolos autónomos de las mismas comunidades, las cuales, a falta de reglamentación del orden federal o estadual, han realizado este tipo de protocolos que reglamentan las etapas de la consulta previa.

La participación de la comunidad involucrada, tiene como propósito instaurar un dialogo que permita negociar entre el proponente y las comunidades afectadas, para que una vez lleguen a un acuerdo, el ejecutor proceda a solicitar la licencia previa.

Como quiera que el Estado no tiene parametrizado el procedimiento de consulta previa, las comunidades indígenas y quilombolas, han optado por realizar protocolos o reglamentos de consulta previa, con el fin que en el desarrollo de actividades que tengan como requisito la licencia ambiental, la comunidad pueda participar afectivamente en la toma de decisiones sobre situaciones que puede llegar a afectar las condiciones culturales, sociales, económicas y espirituales de la comunidad.

De acuerdo a la (OIT, 2021.), en Brasil cerca de 32 comunidades entre indígenas y quilombolas, han adoptado protocolos autónomos para reglamentar las etapas de la consulta previa, los cuales se empezaron a desarrollar entre el año 2014 y 2020.

FUNAI – Fundación nacional de pueblos indígenas.

Es una entidad del Estado Federal, la cual, tiene una participación fundamental en el desarrollo de la consulta previa entre las comunidades y el proponente, dado que la FUNAI, tiene la facultad directa de participar en la consulta previa en representación de la comunidad conforme a la Ley Complementaria N°140/2011.

“En 1967, se creó la Fundación Nacional del Indio (FUNAI): entidad coordinadora y ejecutora de la política oficial en materia de pueblos indígenas, cuya misión esencial es proteger y promover los derechos de dichos pueblos en el Brasil. Es responsable de la protección y promoción de los derechos sociales de los pueblos indígenas, proteger su medio ambiente, garantizar el derecho inalienable sobre las tierras que ocupan, garantizar la participación de los pueblos indígenas en las instancias del Estado que dicten políticas que les conciernen, monitorear servicios de educación diferenciada, entre otras acciones. Desde el año 2019, se trasladó la FUNAI y el Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT) del Ministerio de Justicia al Ministerio de la Familia, Mujer y Derechos Humanos.” (OIT, 2021).

Teniendo en cuenta que Brasil no tiene una regulación específica de la consulta previa, FUNAI, como entidad encargada de coordinar la política indígena del país, ha participado de manera significativa en la construcción de los 32 protocolos autónomos de las comunidades indígenas, permitiendo que se garantice el sentir primigenio del Convenio 169 de la OIT, que no es otro que respetar la vida, territorio, derechos y la libre determinación de los pueblos indígenas.

La FUNAI, también es la entidad encargada de tener un registro actualizado de comunidades indígenas y quilombolas, como también identificación delimitación y demarcación de las tierras de las comunidades.

En ese orden FUNAI, es una entidad que tiene como propósito proteger y promover los derechos de las comunidades indígenas de Brasil en los términos del Convenio 169 de la OIT.

Casos emblemáticos de proyectos que exigen consulta previa en la región Amazónica y Pará de Brasil

En Brasil no se encuentra documentado el primer procedimiento de consulta previa que haya sido adelantado por parte de Estado Federal o Estadual, básicamente en razón a que dicho procedimiento no se encuentra reglamentado en un acto que contenga efectos jurídicos, sin embargo, tal y como se indicó anteriormente la consulta previa en Brasil se desarrolla de acuerdo a los protocolos autónomos que las comunidades han implementado con base en el Convenio 169 de la OIT.

El poder judicial de Brasil, ha sido crítico del Estado Federal al permitir el desarrollo de procesos extractivos y de afectación a las comunidades indígenas sin que exista un procedimiento estatal que regule la consulta previa.

El Ministerio Público Federal (2025), dio a conocer que el Tribunal Regional Federal de la región 1, determinó que en el marco del proyecto Belo Sun en Xingu, el cual se desarrolla en la selva amazónica de la región Pará y Amazonia brasileña, debía desarrollarse el proceso de consulta previa, el cual, no se adelantó por parte de los ejecutores conforme lo establece el Sistema Nacional de Medio Ambiente y Licenciamiento Ambiental para ese tipo de proyectos.

El proyecto es desarrollado por una multinacional canadiense, que tiene como propósito la extracción a gran escala de oro, a través de la construcción de una mina a cielo abierto.

Según el Ministerio Público Federal (2025), en la zona de la región Amazónica y Pará de Brasil donde se adelanta el proyecto existen dos territorios de los pueblos Juruna Yudjá y Arara.

El fallo judicial suspendió la licencia de instalación del proyecto mencionado, ordenando la realización de la consulta previa con las comunidades que habitan la región.

El proyecto de extracción minera, ha venido siendo estudiado por el Ministerio Público Federal desde el año 2017, cuando ya había condicionado la validez de la licencia de instalación y la necesidad de realizar consulta previa a la comunidad con el acompañamiento de FUNAI e IBAMA.

Los impactos ambientales y el desarrollo sostenible de las comunidades indígenas, fue estudiado por AIDA (2020), quien determinó que la empresa canadiense no contemplaba medidas suficientes para evitar que la mina de oro contaminara aguas subterráneas y

superficiales, por la utilización de cianuro y procesos que generarían fluidos ácidos contaminantes, situaciones que ponía en peligro la salud y existencia de las comunidades indígenas, como también afectaciones al ecosistema de la selva amazónica.

Conforme a lo anterior, ordenó la suspensión de actividades del proyecto extractivo minero, con el propósito de garantizar los derechos de las comunidades como también la implementación de medidas que protejan el medio ambiente.

Comparación con el modelo colombiano: enfoques institucionales, control fiscal, y participación indígena.

Enfoques institucionales.

De acuerdo a lo mencionado a lo largo del escrito, se logra establecer que el Estado colombiano posee una estructura institucional mucho más amplia y sólida frente a la institucionalidad de Brasil, bajo la consideración que Colombia a través de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, encuentra una consolidación institucional que permite operar el aparato Estatal en función de los derechos de las comunidades étnicas, el cual, tiene por objeto velar porque las normas que regulan el procedimiento de consulta previa, se cumplan en aras de garantizar los derechos fundamentales de las comunidades étnicas a la luz del Convenio 169 de la OIT. Acciones que Colombia inició con la promulgación de la Constitución Política de 1991 y posteriormente con el marco normativo y jurisprudencial que se decantó de manera pretérita en el escrito.

Por su parte, Brasil cuenta con el sistema de medio ambiente y licenciamiento ambiental que lo comprenden dos entidades, FUNAI e IBAMA, las cuales tienen funciones diferentes, la primera como se mencionó en líneas anteriores en estructurar la política oficial en materia de pueblos indígenas, cuya misión esencial es proteger y promover los derechos de dichos pueblos en el Brasil; la segunda encargada de acompañar el proceso de licenciamiento ambiental de los proyectos.

Como quiera que la consulta previa en el ordenamiento Brasileiro fue establecida normativamente únicamente frente a proyectos, obras, actividades o medidas que requiera como requisito previa licencia ambiental, El FUNAI, tiene como propósito realizar acompañamiento al proceso de consulta previa, el cual, como se mencionó, no se encuentra regulado en Brasil, tan solo la Constitución Federal de 1988, hace referencia al reconocimiento de los pueblos indígenas y los determina como indios, posteriormente en el año 2002 se adopta el Convenio 169 de la OIT, sin embargo, la norma expedida por Brasil en materia de consulta previa resulta ser un saludo a la bandera, dado que si bien se han realizado procesos de consulta previa en materia ambiental, el procedimiento que se adelanta es el que las mismas comunidades adoptan a través

de los protocolos autónomos, situación que genera incertidumbre frente a la garantía de los derechos de las comunidades indígenas.

Por lo anterior, Colombia refleja un marco normativo, jurisprudencial e institucional con enfoque garantista de los derechos de las comunidades que bascula alrededor del Convenio 169 de la OIT, contrario sensu Brasil, donde la institucionalidad no tiene un enfoque definido por el Estado frente a la consulta previa, situación que incluso ha sido observada por el mismo poder judicial, en tanto que únicamente se encuentra escrita en el papel sin regulación alguna, lo que hace que se convierta en letra muerta a la hora de garantizar de manera efectiva el derecho a la consulta previa de las comunidades, tan así que a la fecha no ha existido el primer procedimiento de consulta previa en Brasil.

Control fiscal

El Estado Colombiano y el Estado Federal de Brasil, tienen entidades encargadas de realizar la vigilancia y control fiscal, en Colombia, el principal órgano de control fiscal es la Contraloría General de la República y Contralorías territoriales; Brasil cuenta con tres entidades que se encargan de realizar el respectivo control fiscal, el Tribunal de Cuentas de la Unión, Ministerio Público Federal y la Controlaría General de la Unión, cada una con funciones diferentes respecto a la competencia para auditar de manera externa e interna al Estado, tal y como ocurre en Colombia, dado que la Contraloría General de la República, es el ente de control encargado de realizar la vigilancia y control de los recursos provenientes del orden nacional a las entidades públicas de todo orden, por su parte, las contralorías territoriales realizan la vigilancia y control de los recursos provenientes del orden territorial a las entidades públicas de la jurisdicción territorial donde se encuentre.

En materia de consulta previa, de acuerdo a las partes intervinientes en ésta, la Contraloría General de la República puede hacer parte de las entidades invitadas para hacerse participe en el desarrollo de la consulta previa, y lo hace específicamente por dos razones, i-) garantizar el desarrollo sostenible como uno de los principios rectores del control fiscal, ii-) velar porque los recursos y compromisos que se destinen al componente ambiental y valoración de costos ambientales se cumplan conforme al acta de acuerdo, pero no siempre, ocurre cuando el ente de control en el marco de un proceso auditor a la autoridad ambiental, realiza un proceso auditor de cumplimiento o cuando por orden judicial de la Corte Constitucional, así lo determina para vigilar el cumplimiento del acuerdo de consulta previa, es decir, la participación del ente de control no es determinada y definida en medio del proceso de consulta previa, sino que es posterior y selectivo.

En Brasil, si bien las entidades de control fiscal por disposición legal no tienen ninguna intervención en la consulta previa, las veces de control y vigilancia al cumplimiento de los acuerdos en materia ambiental a los que se lleguen entre los protocolos autónomos de las comunidades y los proponentes, es realizada por el FUNAI e IBAMA, encargadas de realizar acompañamiento al cumplimiento de dichos acuerdos, sin embargo a diferencia del ente de control de Colombia quien tiene la facultad de declarar responsabilidad y sancionar fiscalmente por daño patrimonial o conductas contrarias a buen ejercicio del control fiscal, las cuales pueden aplicar como invitados en la consulta previa, las entidades de Brasil no tienen dicha facultad, puesto que su función se circunscribe es al acompañamiento para el cumplimiento, es decir como un mediador que está a favor de las comunidades.

Participación indígena.

La consulta previa en el Estado colombiano al estar reglamentada en el ordenamiento jurídico, tiende a que la participación de la comunidad tenga efectos tendientes a garantizar el derecho a las comunidades, tan así que una de las etapas del procedimiento es la preconsulta, en la cual, la participación de la comunidad es fundamental para el desarrollo de las siguientes etapas, razón por la cual, la participación se erige a partir de la buena fe, representatividad, interculturalidad y oportunidad como principios rectores de la participación real y efectiva de las comunidades étnicas, haciendo que la opinión tenga influencia en la toma de decisiones y adoptando el procedimiento consultivo a un enfoque intercultural, a efectos que el procedimiento se adapte a las diferencias culturales y sociales del ejecutor y la comunidad, garantizado de esta manera la participación de la comunidad en los proyectos, obras, actividades y medidas que los afecten, el cual se constituye en requisito *sine quanon* para que se desarrolle la consulta previa.

La participación indígena en Brasil en lo que se considera consulta previa, no la realiza de manera directa la comunidad con el proponente o ejecutor sino que el FUNAI e IBAMA son los que llegan a acuerdos con la comunidad en virtud del protocolo autónomo que tenga definido la comunidad para que posteriormente el ejecutor cumpla, según la OIT “En este proceso de participación, se produce un diálogo y negociación que conduce al establecimiento en la «licencia previa» (u otra licencia si es el caso) de condiciones específicas que debe cumplir el proponente respecto a las comunidades indígenas o quilombolas involucradas.” (2021), es decir que las entidades en mención pueden incluso reemplazar a las comunidades en la participación de la consulta previa, situación que no garantiza la participación real y efectiva de la comunidad en las potenciales decisiones que los afecten, sino que es un tercero, quien intermedia y acuerda por ellos.

CONCLUSIONES.

La consulta previa en Colombia ha tenido un desarrollo de la teoría del Convenio 169 de la OIT a la práctica, en razón al desarrollo jurisprudencia de la Corte Constitucional, en tanto que si bien la Constitución Política de 1991 reconoce el respeto y autodeterminación de los pueblos indígenas y la Ley 21 de 1991, integró al derecho interno el Convenio 169 de la OIT, lo cierto es que a partir de las ordenes impartidas por el Juez constitucional en el marco de vulneración a derechos de comunidades étnicas en el desarrollo de proyectos en sus territorios, se dio la verdadera materialización de la garantía al derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas.

Sentencias de unificación de fallos de acción de tutela de la Corte Constitucional como la Sentencia SU-039 de 1997, Sentencia SU-383 de 2003 y Sentencia SU-123 de 2018, dieron paso para que el Estado expidiera la Directiva Presidencial 10 de 2013, Directiva Presidencial 08 de 2020 y el Decreto 2353 de 2019, normas que reglamentaron el procedimiento de la consulta previa, establecimiento, principios rectores, características, competencias y etapas, estableciéndose como herramientas de coordinación interinstitucional que garantizan del derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas en Colombia.

En ese orden, podemos advertir que toda la reglamentación del proceso de consulta previa ha sido por la lucha constante de las comunidades étnicas en procura del respeto y garantía de sus derechos, con el propósito de mantener la cultura, costumbres, cosmovisión de las comunidades con el territorio y el tejido de la cohesión social, por ende, sin la intervención de las comunidades ante el Juez constitucional a través de la acción de la acción de tutela, seguramente no se hubiera conseguido el avance que tiene el Estado en materia de consulta previa.

Sin embargo, la consulta previa también ha traído consecuencias e impactos negativos a las comunidades, de ahí que no todo proceso consultivo es exitoso, bajo la consideración que si bien existe una valoración de impactos y medidas para mitigarlos, lo cierto es que en ocasiones los impactos son impredecibles y desbordan la capacidad de contención, incluso desde el punto vista social y económico, en razón a que los acuerdos de la consulta previa pueden tener aspectos de remuneración o inversión para mejorar las condiciones de vida de la comunidad, en el campo de la remuneración con emolumentos, ha conllevado a la pérdida de identidad de los integrantes de la comunidad, quienes optan por explorar una vida citadina con el dinero compensado y alejarse de la vida consuetudinaria y ancestral a la que pertenece; el impacto de una proyecto extractivo en una comunidad étnica hace que territorio al que pertenecen tenga cambios en su entorno natural, de ahí que también afecte la economía y supervivencia de las

comunidades, situación que también conlleva a que la comunidad reinvente otras fuentes de ingresos económicos para la subsistencia, que en ocasiones no son los mejores, ya que como bien lo dejó plasmado la Corte Constitucional en Sentencia T-652-98, el impacto del proyecto adelantado fue tanto, que integrantes de la comunidad optaron por dedicarse a actividades al margen de la Ley y prostitución.

Pese a lo anterior, la consulta previa se erige en Colombia como la herramienta por la cual se garantiza el derecho a la participación real y efectiva de comunidades étnicas afectadas por el impacto del desarrollo de un proyecto, obra, actividad o medida en sus territorios.

Resolviendo la pregunta en cuestión, la consulta previa en Colombia determina como una de las partes intervinientes en su procedimiento a los entes de control, sin embargo, éstos se circunscriben específicamente al Ministerio Público entendido como la Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y Personerías, así lo determina el Ministerio del Interior (2023), dejando de un lado a la Contraloría General de la República, la cual que debería hacer parte, con el propósito de verificar que el acuerdo de la consulta previa, se cumpla en los términos del principio de desarrollo sostenible del control fiscal.

La Contraloría General de la República, hace control fiscal en materia de consulta previa de manera excepcional, cuando el Juez constitucional ordena el seguimiento a una sentencia de tutela, o en el marco del proceso auditor a una entidad del Estado que haya ejecutado recursos públicos en el marco de la consulta previa, sin embargo, dicho control y vigilancia es excepcional e insuficiente en términos de desarrollo sostenible, en razón a que el seguimiento al componente ambiental y desarrollo sostenible que se realiza es posterior a que haya ocurrido la afectación ambiental, es decir, no es preventivo, pese a tener dicha facultad de hacerlo; según la misma Contraloría General de la República, desde el año 2022, únicamente han realizado intervenciones en materia de consulta previa en dos ocasiones, precisamente porque la Corte Constitucional ordenó hacer seguimiento a la tutela T-733 de 2017, T-614/19.y en desarrollo de una auditoria de cumplimiento a la Autoridad de Licencias Ambientales.

En este punto es de capital importancia precisar que pese a que el desarrollo sostenible es uno de los principios del control fiscal tal y como lo prevé en Decreto 403 de 2020, y que las Contralorías por disposición constitucional tienen como función realizar el seguimiento a los recursos públicos en cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales, constituyéndose como un mecanismo articulador de derechos colectivos, lo que se evidencia es que el ente de control no garantiza dichos principios en el marco de la consulta previa, sencillamente porque no es parte interviniente como si lo es la procuraduría y defensoría del pueblo, por tal razón, el seguimiento y control fiscal al desarrollo sostenible y valoración de costos

ambientales, únicamente lo realiza el ente de control en desarrollo del proceso auditor a sus sujetos de control.

Ahora, puede que claramente las comunidades étnicas y el proceso de consulta previa no constituyan un sujeto o punto de control y vigilancia de las Contralorías, no obstante, no pueden las contralorías dejar a un lado la intervención en la consulta previa, dado que el impacto negativo que puede llegar a generar un proyecto, no se supedita únicamente a la comunidad étnica, en razón a que, si no se realiza un adecuado control y vigilancia a los recursos que se inviertan en el componente ambiental, puede redundar en afectaciones al desarrollo sostenible de población aledaña que no necesariamente sea comunidad étnica.

Los recursos que se ejecutan en la consulta previa, no solamente son de fuentes de financiación privada, también lo son de recursos provenientes del orden nacional o territorial, en razón a que el Estado en casos como el desarrollo de proyectos de energías renovables en territorios de comunidades étnicas, realiza consulta previa a través del contratista ejecutor del proyecto, el cual, al manejar recursos públicos se convierte en gestor fiscal para que el ente de control tenga la competencia para realizar la vigilancia y control, el cual, será preventivo y concomitante en los términos del Acto legislativo 04 de 2019, es decir de competencia exclusiva de la Contraloría General de la República, sin embargo, ello no ocurre, comprometiendo el desarrollo sostenible no solo de las comunidades étnicas sino de población aledaña.

Es por ello que el Estado o por iniciativa propia de la Contraloría General de la República, debería reglamentar la participación del ente de control fiscal en sede de la consulta previa, máxime cuando el Acto legislativo 04 de 2019, le otorgó la facultad de realizar control fiscal preventivo y concomitante.

En ordenamiento jurídico de Brasil en materia de consulta previa es escaso y su reglamentación nula, puesto que no existe norma específica del nivel federal o estadual que reglamente la consulta previa en Brasil, de hecho, no existe la primera consulta previa documentada, sin embargo, la Constitución Federal de Brasil de 1988, reconoce los derechos de los pueblos indígenas, de acuerdo a la Constitución Federal de Brasil, la Unión es integrada por los territorios federales, convirtiéndose la Unión en la autoridad que determina y autoriza la prospección o explotación de recursos naturales sobre territorios indígenas, tal y como lo establece el artículo 176 de dicha carta.

La única regulación existente es frente a proyectos, obras, actividades o medidas que tengan como requisito previo la aprobación de una licencia ambiental, y que la ejecución se realice dentro del territorio de la comunidad indígena, siempre y cuando se cumplan tres requisitos, proceso que será guiado por parte del FUNAI entidad del Estado, sin embargo, a la

fecha en el desarrollo de proyectos medio ambientales, no se realiza la consulta previa propiamente dicha donde el Estado garantice los preceptos del Convenio 169 de la OIT, dado que el FUNAI tiene atribuciones para representar a la comunidad en la consulta previa, situación que conllevó a que las mismas comunidades realizaran protocolos autónomos para se garantizara el derecho a la consulta previa, en consecuencia, el proceso de consulta previa en Brasil, lo realiza el ejecutor o proponente con el FUNAI y posteriormente, la entidad acuerda directamente con la comunidad, con las formas que cada comunidad tenga, sin control de cumplimiento por parte del Estado.

Por lo anterior, Colombia refleja un marco normativo, jurisprudencial e institucional con enfoque garantista de los derechos de las comunidades que bascula alrededor del Convenio 169 de la OIT, contrario sensu Brasil, donde la institucionalidad no tiene un enfoque definido por el Estado frente a la consulta previa, situación que incluso ha sido observada por el mismo poder judicial, en tanto que únicamente se encuentra escrita en el papel sin regulación alguna.

Brasil es un país con una extensión muy superior a Colombia, Colombia posee 115 pueblos indígenas nativos, de los cuales las etnias Wayuu, Zenú, Nasa y Pastos son los más numerosos; concentrando el 58,1% de la población indígena del país, es decir que la participación de los indígenas en el total de población nacional es de 4,4%. Por su parte en Brasil la población indígena del país para el año 2023 alcanzó los 1.693.535 habitantes, lo que representa el 0,83 % de la población total, de ésta poco más de la mitad (51,2 %) de la población indígena se concentra en la Amazonia, así en Brasil, existe un aproximado de 305 pueblos indígenas y cerca de 4.000 comunidades tribales quilombolas.

De acuerdo a las cifras en mención, Brasil aun cuando posee un mayor número de pueblos indígenas y una extensión selvática significativa en comparación a Colombia, Brasil se encuentra rezagada en materia de protección a los derechos de la consulta previa a las comunidades indígenas, tan así que como bien lo mencionó la OIT (2021) no hay evidencia de reglamentación del proceso de consulta previa, por ende su materialización no está garantizada a la luz del ordenamiento jurídico de Brasil, por su parte, son las mismas comunidades quienes poseen sus propios procedimientos de consulta previa a través de los protocolos autónomos, razón por la cual, denota la desprotección de las comunidades indígenas, la Amazonía, el medio ambiente y el desarrollo sostenible en materia de consulta previa por parte del Estado Brasileño.

REFERENCIAS

Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, AIDA. (2020) *Proyecto de Belo Sun pone a la Amazonía brasileña en grave riesgo de contaminación*. Altamira. <https://aida-americas.org/es/prensa/proyecto-de-belo-sun-pone-la-amazonia-brasilena-en-grave-riesgo-de-contaminacion>

Corte Constitucional. Sentencia T-219/22. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. 22 de junio de 2022

Corte Constitucional. Sentencia T-574/10. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. 01 de julio de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia T-129/11. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 03 de marzo de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia T-002/17. M.P. Alberto Rojas Ríos. 17 de enero de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia T-576/14. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. 4 de agosto de 2014.

Corte Constitucional. Sentencia T-428/92. M.P. Ciro Angarita Barón. 24 de junio de 1992.

Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97. M.P. Antonio Barrera Carbonell. 03 de febrero de 1997.

Corte Constitucional. Sentencia SU-383/03. M.P. Álvaro Tafur Galvis. 13 de mayo de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia SU-123/18. M.P. Álvaro Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes. 15 de noviembre de 2018.

Corte Constitucional. Sentencia SU-121/22. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. 30 de marzo de 2022.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2007. Caso Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

Constitución Federal de Brasil, Senado Federal. 05 de octubre de 1988.

Cruz (2017) Logros y contradicciones de la jurisdicción especial indígena en Colombia. *Diálogo de Saberes*, 51-68. Conclusiones.

Decreto 2353 de 2019. Por el cual se modifica la estructura del Ministerio del Interior y se determinan las funciones de algunas dependencias. 26 de diciembre de 2019.

Decreto 2041 de 2014. Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. 15 de octubre de 2014.

Decreto 403 de 2020. Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal. 16 de marzo de 2020.

Escudero Aranda, G. A (2023) *Desarrollo sostenible y el desafío del control fiscal ambiental* [Artículo Revista, Universidad Libre] https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/10501/10751#content/contributor_reference_1

Fundación Nacional de los Pueblos Indígenas. (2023). Acciones de los pueblos indígenas. <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/quem-sao>

Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, IWGIA. (2025). *El Mundo Indígena*. https://iwgia.org/es/colombia/5731-mi-2025-colombia.html#_edn3

Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas, SINCHI. (2023). *Informe final de ejecución Técnico y Financiero. Vigencia 2023. Proyecto BPIN Investigación Conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica, socioeconómica y cultural de la Amazonia Colombiana Amazonas, Caquetá, Putumayo, Guaviare, Vaupés, Guainía. BPIN No. 2017011000137, Programa Dinámicas Socioambientales y Culturales. Línea Estratégica Conocimientos tradicionales – Dialogo de saberes*. Bogotá,

<https://ierna.sinchi.org.co/informe/11-monitoreo-de-indicadores-de-bienestar-humano-indigena-ibhi-del-departamento-del-amazonas-2023/#>

Ley 21 de 1991. Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989. 04 de marzo de 1991.

Ministerio del interior. (2023). ABC de la consulta previa.

<https://www.mininterior.gov.co/wp-content/uploads/2023/11/abc-consulta-previa-colombia.pdf>

Ministerio de cultura de Perú. (2015). Consulta previa: orientaciones para la participación de los pueblos indígenas u originarios.

<https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/consulta-previa.pdf>

Ministerio Público Federal, (2025). *Comunidades indígenas y tradicionales*

https://www.mpf.mp.br/regiao1/sala-de-imprensa/noticias-r1/trf1-mantem-exigencia-de-consulta-previa-a-indigenas-e-comunidades-tradicionais-para-instalacao-do-projeto-belo-sun-no-xingu?utm_source=Manchetes+Socioambientais&utm_campaign=ce8d5d924f-EMAIL_CAMPAIGN_2024_10_21_08_05_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_-242efd2cc1-279051904&mc_cid=ce8d5d924f&mc_eid=b2036c3b1c

Oficina Internacional de los Derechos Humanos Acción Colombia, ODHACO. (2024), *Contexto población de los pueblos étnicos en Colombia*. https://www.oidhaco.org/wp-content/uploads/2024/09/Oidhaco_pueblos-indigenas-y-etnicos-1.pdf

Organización Internacional del Trabajo, OIT. (2021). *Perspectiva empresarial sobre la consulta previa del C169 en América Latina. Lecciones aprendidas. Brasil › Colombia › Chile › Guatemala Honduras › México › Paraguay › Perú*. <https://www.ilo.org/sites/default/files/2025-03/Perspectiva%20Empresarial%20Sobre%20la%20Consulta%20Previa%20del%20C169%20en%20Ame%CC%81rica%20Latina.pdf>

Organización Internacional del Trabajo. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Convenio 169. 27 de junio de 1989. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

Organización Internacional del Trabajo, OIT. (2021). *Perspectiva empresarial sobre la consulta previa del C169 en América Latina. Brasil.* https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@act_emp/documents/publication/wcms_821354.pdf

Rodríguez, Gloria Amparo. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia.* Primera edición. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario – Grupo Editorial Ibáñez.

Rodríguez, Gloria Amparo. (2017). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia.* Segunda edición. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario – Grupo Editorial Ibáñez.

Organización Internacional del Trabajo, OIT. (2021). *Perspectiva empresarial sobre la consulta previa del C169 en América Latina. Lecciones aprendidas. Brasil › Colombia › Chile › Guatemala Honduras › México › Paraguay › Perú.* <https://www.ilo.org/sites/default/files/2025-03/Perspectiva%20Empresarial%20Sobre%20la%20Consulta%20Previa%20del%20C169%20en%20Ame%CC%81rica%20Latina.pdf>