

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
DOCTORADO EN ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL

TESIS DE DOCTORADO:

PROTECCIÓN JURÍDICA DEL AMBIENTE DESDE EL DERECHO COMERCIAL EN COLOMBIA

Estudio teórico a partir de la teoría del Derecho reflexivo, el principio de precaución ambiental y la contratación mercantil

AUTOR:

RAFAEL E. WILCHES DURÁN

DIRECTORES:

VANESSA SUELT COCK, Ph. D.

MARIO HERNÁNDEZ RAMOS, Ph. D.

Bogotá D.C., 5 de julio de 2018

A mis familias, y a cada uno de sus miembros, siempre presentes en mí como fuente de felicidad, por encima de los efectos no deseados del paso del tiempo imperfecto.

A las generaciones posteriores y futuras de colombianos.

Alejo, creo que la clave está en el equilibrio, la perspectiva, el amor y el humor. Sé feliz pues, desde que naciste, es simplemente hermoso verte sonreír.

REWD.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación de la República de Colombia (COLCIENCIAS) y a la Pontificia Universidad Javeriana, por haberme apoyado financieramente para el desarrollo de mis estudios de doctorado. Igualmente, a la Universidad del Rosario, por el apoyo que en su momento me fue brindado.

Fueron también fundamentales las orientaciones y apoyo recibidos en su momento de parte de Camilo Rodríguez Yong, Julio Gaitán Bohórquez, Fabricio Mantilla, Gregorio Mesa Cuadros, Beatriz Londoño Toro, Gloria Amparo Rodríguez, Isabel Cristina Jaramillo, René Urueña, Luis Fernando Álvarez, S.J., Carlos Ignacio Jaramillo, Julio Andrés Sampedro Arrubla, Sergio Muñoz Laverde, Jorge Pinzón Sánchez, Carlos Darío Barrera, Arturo Solarte Rodríguez, Yolima Prada Márquez, Giovanni Herrera Carrascal, Yadira Alarcón Palacio, Liliana Sánchez Mejía y demás personas con quienes tuve contacto con ocasión del diseño y elaboración de este trabajo en la Universidad del Rosario y la Pontificia Universidad Javeriana.

A su vez, agradezco la labor de compañeros de estudio como Fabián Cárdenas, Pablo Rey Vallejo, Héctor Marín Naranjo, Mariana Bernal Fandiño, Felipe Arbouin, Juan Camilo Contreras, Óscar Sarmiento, Nataly Vargas, João Carlos Maia Neto, entre otros, y los conocimientos adquiridos en clases o conversaciones con profesores como Tatiana Rincón Covelli, Éric Lair, Roberto Vidal López, Hernando Gutiérrez Prieto, Alejandro Aponte Cardona, Fernando Castillo Cadena, Jean d'Aspremont, Lenio Luiz Streck, Peer Zumbansen, Hjalmar Newmark, Fernando Carbajo Cascón, Marco Velásquez Ruiz, Guilherme Leite Gonçalves, Carlos Justino Novoa, S.J. y Joan-Carles Mèlich, entre muchos otros, de quienes recibí aportes valiosísimos para el desarrollo de mi trabajo.

En particular, merece especial mención la labor de mis directores de tesis, Vanessa Suelt Cock y Mario Hernández Ramos, a quienes les agradezco infinitamente por sus comentarios y consejos pero, en especial, por su disposición para escucharme y atenderme. De la misma forma, agradezco a la profesora Mathilde Hautereau-Boutonnet por su labor de orientación y acogida durante mi estancia en la Universidad Aix-Marseille, así como al profesor Gunther Teubner, por enseñarme tanto durante una tarde que me permitió compartir con él, no sólo en relación con mi trabajo sino, sobre todo, en relación con la humildad que caracteriza a los grandes académicos.

Y, por último, agradezco a mis padres, hermanos, sobrinos, cuñados, compañeros de trabajo y amigos en general, por permitirme compartir este camino con ustedes, así como a mi hijo, Paola y María Constanza, por haberme permitido dedicarle tiempo a este trabajo, tiempo que tal vez hubiera podido dedicarle a ellos.

TABLA DE CONTENIDO

| | Página |
|--|--------|
| Dedicatorias | 2 |
| Agradecimientos | 3 |
| Tabla de contenido | 4 |
| | |
| INTRODUCCIÓN GENERAL | 9 |
| | |
| CAPÍTULO 1: COLISIÓN DE DISCURSOS LEGALES A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL DERECHO REFLEXIVO | 40 |
| 1.1. Introducción | 41 |
| | |
| 1.2. Conceptos de Derecho comercial, Derecho ambiental y aproximación epistemológica | 44 |
| 1.2.1. Concepto de Derecho comercial | 45 |
| 1.2.2. Concepto de Derecho ambiental | 49 |
| 1.2.3. Concepto de aproximación epistemológica | 52 |
| | |
| 1.3. Tensiones internas del Derecho comercial y del Derecho ambiental | 56 |
| 1.3.1. Tensiones dentro del Derecho comercial | 56 |
| 1.3.2. Tensiones dentro del Derecho ambiental | 61 |
| | |
| 1.4. Diversas aproximaciones epistemológicas del Derecho comercial y del Derecho ambiental | 67 |
| 1.4.1. El sustrato histórico | 68 |
| 1.4.2. El sustrato filosófico | 70 |
| 1.4.3. El sustrato científico | 74 |

| | |
|---|------------|
| 1.5.El Derecho como discurso | 77 |
| 1.5.1. El iusnaturalismo y el iuspositivismo en la teoría del Derecho | 78 |
| 1.5.2. La justicia como un concepto cultural e histórico | 83 |
| 1.5.3. El Derecho como un constructo de la sociedad | 90 |
| 1.6.La colisión de discursos legales y el Derecho como sistema autopoietico | 94 |
| 1.6.1. La tensión existente en el Derecho de contratos en Colombia a la luz del solidarismo contractual y la constitucionalización del Derecho de contratos | 94 |
| 1.6.2. La colisión de discursos legales | 97 |
| 1.6.3. El Derecho como sistema autopoietico | 103 |
| 1.6.4. Valoración de la teoría del Derecho como un sistema autopoietico | 116 |
| 1.7.La teoría del Derecho reflexivo | 120 |
| 1.7.1. Descripción de la teoría | 120 |
| 1.7.2. Principales aspectos a dilucidar desde la teoría del Derecho reflexivo | 125 |
| 1.8.Conclusiones del capítulo | 130 |
| CAPÍTULO 2: PROTECCIÓN JURÍDICA DEL AMBIENTE EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL EN COLOMBIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AMBIENTAL | 132 |
| 2.1.Introducción | 133 |
| 2.2.Concepto de protección jurídica del ambiente | 139 |
| 2.2.1. El ambiente como un concepto complejo | 139 |
| 2.2.2. El concepto en Colombia | 142 |

| | |
|--|-----|
| 2.3.El principio de precaución ambiental | 149 |
| 2.3.1. Definición y aproximación histórica al principio de precaución ambiental | 151 |
| 2.3.2. Lugar del principio de precaución en el Derecho ambiental y frente a la protección jurídica del ambiente | 157 |
| 2.3.3. Aplicación práctica del principio de precaución en Derecho internacional, extranjero y colombiano | 161 |
| 2.3.4. El principio de precaución como escenario de colisión de discursos | 168 |
| 2.3.5. Los modelos curativo y preventivo como otros escenarios de colisión de discursos | 173 |
| 2.4.Contratación mercantil verde | 180 |
| 2.4.1. La aproximación histórica al concepto de contrato | 181 |
| 2.4.1.1. Aproximación a la historia del contrato en el <i>Civil Law</i> | 184 |
| 2.4.1.2. Aproximación a la historia del contrato en el <i>Common Law</i> | 189 |
| 2.4.2. Las implicaciones ecológicas de la noción de contrato | 194 |
| 2.5.La protección del ambiente a la luz de las teorías del Derecho de contratos | 208 |
| 2.5.1. Los intentos por sistematizar las teorías del Derecho de contratos | 208 |
| 2.5.2. El abordaje por escuelas de pensamiento en teoría jurídica | 212 |
| 2.5.3. La opción por la teoría del Derecho reflexivo | 220 |
| 2.6.La inadecuada protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil en Colombia a la luz del principio de precaución | 224 |
| 2.6.1. La situación en el Derecho francés | 225 |

| | |
|--|-----|
| 2.6.2. La contratación entre comerciantes en Colombia a la luz del principio de precaución ambiental | 231 |
| 2.6.3. Los elementos más relevantes en el Derecho colombiano de contratos desde el punto de vista teórico | 245 |
| 2.7. El desafío constitucional en Colombia - Planteamiento del asunto | 251 |
| 2.7.1. El Derecho comercial y el Derecho ambiental en sentido estricto como órdenes legales parciales y la insuficiencia de tal modelo | 251 |
| 2.7.2. La constitucionalización del Derecho privado | 255 |
| 2.8. Conclusiones del capítulo | 264 |
| CAPÍTULO 3: AUTONOMÍA DE DISCURSOS Y NECESIDAD DE APERTURA COGNITIVA DEL DERECHO COMERCIAL | 267 |
| 3.1. Introducción | 268 |
| 3.2. Orden público ecológico, función ambiental de los contratos y obligación ambiental contractual general | 269 |
| 3.2.1. El orden público ecológico | 269 |
| 3.2.2. La función ecológica de los contratos | 272 |
| 3.2.3. Una obligación ambiental general | 273 |
| 3.2.4. El modelo de cláusulas generales de Derecho privado | 274 |
| 3.3. El derecho al ambiente como un derecho fundamental | 278 |
| 3.3.1. La Constitución Política de Colombia como una Constitución ecológica | 278 |
| 3.3.2. El derecho al ambiente como un derecho fundamental | 284 |
| 3.4. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares | 296 |
| 3.4.1. La <i>Drittwirkung (der Grundrechte)</i> | 296 |

| | |
|--|-----|
| 3.4.2. El concepto de derechos fundamentales en la teoría de Niklas Luhmann | 300 |
| 3.4.3. La dificultad de incorporar la proporcionalidad y la ponderación en el Derecho de contratos | 303 |
| 3.5. Los fragmentos constitucionales y el transconstitucionalismo | 308 |
| 3.5.1. Planteamiento inicial | 308 |
| 3.5.2. Los fragmentos constitucionales | 309 |
| 3.5.3. El transconstitucionalismo | 311 |
| 3.5.4. La teoría de Teubner como el eje central a futuro para el Derecho comercial en Colombia | 314 |
| 3.6. Concentración jurisdiccional y apertura de contenidos del Derecho comercial | 318 |
| 3.6.1. Planteamiento inicial | 318 |
| 3.6.2. La concentración jurisdiccional | 322 |
| 3.6.3. El cambio en contenidos del Derecho comercial | 330 |
| 3.7. Propuesta concreta de protección jurídica del ambiente desde la contratación mercantil en Colombia | 337 |
| 3.7.1. Necesidad de diferenciación funcional del Derecho comercial en Colombia | 337 |
| 3.7.2. Regulaciones legales concretas y de cláusulas generales de Derecho privado como primer mecanismo a utilizar en la solución del problema | 344 |
| 3.7.3. Aspiración de concepción del Derecho comercial como un fragmento constitucional | 348 |
| 3.8. Conclusiones del capítulo | 355 |
| CONCLUSIONES GENERALES | 357 |
| BIBLIOGRAFÍA | 368 |

INTRODUCCIÓN GENERAL

El origen del texto que aquí se introduce se encuentra en una inquietud que me planteé cuando estaba definiendo mis actividades de investigación académica en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

A partir de mi adscripción al Departamento de Derecho Privado de dicha Facultad, en particular en asuntos relacionados con Derecho comercial, quise vincular esa labor con alguna inquietud de naturaleza personal que realmente me motivara a investigar a profundidad durante varios años de mi vida. Fue así como surgió la propuesta de investigar cómo se puede lograr la protección del ambiente desde el Derecho Comercial.

Cuando empecé a indagar por el asunto, encontré que los números topográficos de las obras de Derecho ambiental y las de Derecho comercial, en la Biblioteca Alfonso Borrero Cabal, S.J., de la Pontificia Universidad Javeriana, eran contiguos, pues los libros básicos de Derecho comercial suelen estar ubicados en el número 347.9861 y los de Derecho ambiental en el número 348.0409. Sentí que esto era un indicio de que iba por buen camino.

No obstante, con el tiempo, pude evidenciar que, a veces, la cercanía física no necesariamente implica conexión. Tratando de encontrar una herramienta teórica que me permitiera buscar la relación entre esas dos disciplinas del Derecho, tuve una conversación con Jean d'Aspremont, quien me sugirió leer a Gunther Teubner como camino para entender a Niklas Luhmann. Leer a Teubner no fue fácil y casi desistí cuando empecé a leer a Luhmann.

Sin embargo, siempre le estaré agradecido a Jean d'Aspremont, pues encontré en la teoría del Derecho reflexivo de Teubner y en la teoría de sistemas de Luhmann, en especial en su concepto del Derecho como un sistema autopoietico, unos referentes teóricos potentísimos y casi inagotables para entender la relación entre discursos diferentes.

Con ese marco teórico como referente, el marco conceptual del trabajo viene dado, fundamentalmente, por los conceptos de contratación mercantil y de principio de precaución ambiental, como elementos de los discursos del Derecho comercial y del Derecho ambiental, respectivamente, que sirven como base para entender la estructura y función de cada uno de los discursos de dichas disciplinas del Derecho.

El estudio de tales temas terminó llevándome a abordar las relaciones entre Derecho comercial y Derecho constitucional, ante lo cual, los trabajos de los fragmentos constitucionales de Gunther Teubner y del transconstitucionalismo de Marcelo Neves, me permitieron llegar a la posibilidad de plantearme entender al Derecho comercial como un fragmento constitucional.

En efecto, la propuesta que se formula en el capítulo final tiene como eje central el planteamiento de que ni el Derecho comercial ni el Derecho ambiental en sentido estricto (se denomina así en este trabajo a las normas principalmente de naturaleza de Derecho administrativo que regulan la protección del ambiente, para diferenciarlas del Derecho constitucional ambiental) pueden reclamar primacía de ninguna de dichas ramas del Derecho sobre la otra, pues se trata de discursos distintos respecto de los cuales no aplican relaciones de jerarquía. Este planteamiento es extendido a las relaciones entre Derecho comercial y Derecho constitucional.

La base del trabajo aquí realizado parte del hecho de que la producción y comercialización de bienes y servicios tiene, indefectiblemente, efectos sobre el ambiente¹. Ante ese hecho, la pregunta que surge es si debe primar la legislación comercial o la legislación ambiental, pues lo que demuestra una aproximación inicial es que estos dos lenguajes no se comunican de manera tan evidente, por lo que el propósito que me planteé fue encontrar caminos concretos para lograr una relación armónica, de manera que los comerciantes puedan continuar desarrollando sus actividades de una forma responsable con el ambiente.

Desatendí deliberadamente las observaciones de algunos colegas que me plantearon que lo que estaba buscando era ponerle más trabas al quehacer de los comerciantes, pues parto de la premisa opuesta, es decir, que si queremos que se siga respetando al Derecho comercial como una disciplina con un discurso propio, hoy en día tiene necesariamente que tenerse en cuenta el Derecho ambiental y las instituciones por él propuestas, pues si el Derecho comercial sólo sigue fomentando la seguridad y rentabilidad económica en las operaciones entre los comerciantes, sin pensar que también hay que proteger el ambiente, lo más seguro es que el Derecho ambiental en sentido estricto y el Derecho constitucional ambiental terminen imponiendo sus discursos, para modificar de manera no muy ordenada las instituciones tradicionales del Derecho privado.

La propuesta elaborada no apunta a abogar por lo que se conoce como 'responsabilidad social empresarial', pues aunque es un enfoque clave en la actualidad en lo que a protección del ambiente se refiere, en últimas hace depender tal protección de la buena voluntad de los empresarios, cuando el Derecho es un discurso distinto que no puede quedar sujeto a ello. Eso sí, como trasfondo de la responsabilidad social empresarial y del trabajo que aquí se presenta, se encuentra la idea de que si deseamos que sigan existiendo comerciantes, que sigan haciendo negocios y teniendo rendimientos económicos, debemos tener claro que la riqueza hoy en día ya no se puede medir sólo en términos de dinero, pues si no se protegen los recursos naturales, que son la base del comercio, no será posible continuar con el desarrollo de los negocios bajo los parámetros

¹ Cfr. ARTUNDUAGA SALAS, Iván Rodrigo. Medio ambiente y evolución: algunas interpretaciones, desde la perspectiva ambiental, de la evolución humana, desde sus cimientos hasta la era del conocimiento en el siglo XXI. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

decantados hasta la fecha, además de que los consumidores cada vez son más conscientes de la importancia del tema ambiental al momento de consumir.

Por el contrario, la propuesta elaborada apunta a señalar que la situación actual de la contratación verde entre comerciantes en Colombia es precaria, por lo que se apunta a que el Derecho comercial colombiano incorpore nuevas figuras como, por ejemplo, una función ecológica de los contratos, el concepto de orden público ecológico o una obligación ambiental general en materia contractual, con regulaciones claras y precisas, de manera que poco a poco se vayan identificando los sectores en donde mayor contaminación se produce, para que las limitaciones a la producción y la comercialización se establezcan de manera gradual, dependiendo de cada sector económico.

Para llegar a dicha propuesta, parto del hecho de que en la actualidad existen muchas especialidades jurídicas, cada una con su propia lógica, y los abogados no podemos dominarlas todas, así lo pretendamos, por lo que la apuesta que aquí se realiza apunta a entender el Derecho bajo la idea de *unitas multiplex* o unidad en la diversidad y multiplicidad en la unidad, como forma de entender que distintos discursos pueden coexistir sin que se pierda la unidad del Derecho como sistema. Las respuestas que el Derecho ofrece a los diversos problemas que regula de la vida práctica deben ser claras para todos sus destinatarios, pues los ciudadanos necesitan que el Derecho les dé soluciones concretas a sus problemas, y no que los juristas nos dediquemos a discusiones interminables sobre cuál disciplina o cuál de los derechos que reconoce el Derecho en general es más importante.

La propuesta se concreta, entonces, en abogar por la necesidad de apertura del Derecho comercial a recibir contenidos de protección del ambiente, así como por reconocer y defender su autonomía como discurso frente a una supuesta supremacía que algunos parecerían encontrar en el Derecho ambiental, principalmente a través del Derecho constitucional. Para ello, abordo los conceptos de colisión de discursos y de regímenes legales, así como la teoría del Derecho reflexivo y la propuesta de los fragmentos constitucionales. La idea base es que los comerciantes necesitan tener reglas de juego claras, para saber cómo pueden funcionar, de manera que necesitamos que la protección del ambiente en el Derecho comercial se dé de manera clara y transparente, para que el asunto no se perciba como una intromisión indebida de los jueces en casos concretos. Sin embargo, en últimas, el punto más difícil reside en ver si eso logra calar en los políticos colombianos.

El trabajo desarrollado nunca ha pretendido ser nada distinto a un estudio teórico a partir del Derecho privado, pues nunca ha sido mi pretensión la de ser un ambientalista ni un constitucionalista, sino tan sólo un iusprivatista consciente de la necesidad de apertura del Derecho privado a los conceptos y dinámicas de otras áreas del Derecho, pues soy un

convencido de la necesidad de búsqueda de unidad y coherencia en el Derecho², como bases para su adecuación a la realidad.

De hecho, acudiendo a lo que en algún momento manifestó el ambientalista Gregorio Mesa Cuadros cuando este trabajo estaba siendo iniciado, gran parte del valor de la propuesta que aquí se realiza reside en que no cae en lo que él denomina la privatización del Derecho ambiental, consistente, en líneas generales, en la incorporación de elementos y herramientas del Derecho privado en el Derecho ambiental³ sino que, por el contrario, busca que el Derecho privado se abra al Derecho ambiental.

Por ello, si bien este trabajo es de Derecho privado, los directores del mismo son dos iuspublicistas, gracias a quienes logré aprender y tener en cuenta nociones elementales para ellos, pero no tan obvias para un iusprivatista, además de que he tratado de contar con comentarios de ambientalistas, todo lo cual hace que el texto aquí presentado aborde ciertos conceptos de dichas disciplinas que, a mi juicio, resultan clave para entender al Derecho comercial como un discurso complejo, respecto del cual debe reconocerse su autonomía pero también su necesaria relación con otros discursos del Derecho.

Así, el punto de partida del estudio aquí realizado fue el hecho de que en el mundo ha empezado a hablarse de la protección del ambiente en los contratos entre particulares, por lo cual la pregunta que fue planteada como problema de investigación es la siguiente: en atención a que no se evidencia en la teoría y regulación de la contratación mercantil en Colombia una adecuada protección jurídica del ambiente, ¿cuál podría ser una forma de relación a establecer entre el Derecho ambiental y el Derecho comercial en Colombia para lograr que tal protección pudiera darse de manera adecuada⁴?

La agenda detrás de esta pregunta está marcada por la convicción de que los particulares también estamos obligados a velar por la protección del ambiente, pues es un asunto que no compete exclusivamente a los Estados y a organismos internacionales ya que, como claramente lo ha establecido la Organización de Naciones Unidas, en

² Cfr. BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis, 1994, pp. 153-207.

³ Cfr. MESA CUADROS, Gregorio. *Ambiente, privatización y derechos*. En: LONDOÑO TORO, Beatriz; RODRÍGUEZ, Gloria Amparo; HERRERA CARRASCAL, Giovanni (Eds.). *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2.006, pp. 51-53.

⁴ El término “adecuadamente” tiene como referente lo expuesto por Luhmann, cuando plantea que el mismo tiene relación con el grado de diferenciación social de los sistemas sociales, sin que con ello se quiera decir que los conceptos jurídicos deban ser conceptos sociológicos o deban reflejar de modo adecuado la sociedad, sino que “adecuado” en Derecho tiene relación con que se logre la transformación conceptual del problema al sistema jurídico. [Cfr. LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 39 y 97-98]. Vale la pena mencionar, desde ya, que en una visión amplia del tema, la protección jurídica del ambiente en Derecho comercial en Colombia no sólo es inadecuada sino inexistente.

materia de empresas y derechos humanos, si bien es deber de los Estados proteger los derechos humanos, es responsabilidad de las empresas el respeto a los mismos, tanto desde el punto de vista de prevención como de remediación⁵.

La principal hipótesis de esta investigación apunta a entender que están dados los elementos jurídicos suficientes para que en Colombia se pueda obligar a los particulares a velar por la protección del ambiente en sus contratos, pero que esa labor de compaginación de los discursos del Derecho comercial y del Derecho ambiental debería realizarse a partir del respeto por la autonomía discursiva de cada una de dichas ramas o disciplinas del Derecho. Así, la apuesta que aquí se realiza es por el diálogo entre los distintos discursos existentes al interior del Derecho como sistema, pero apuntando a que tal diálogo se realice bajo relaciones heterárquicas y no jerárquicas, en concreto buscando que el Derecho comercial de contratos realice ajustes internos para acomodarse desde dentro del mismo a los paradigmas actuales de protección jurídica del ambiente, toda vez que el diálogo bajo el esquema de jerarquía del Derecho constitucional parece no haber dado resultados satisfactorios frente a las construcciones dogmáticas del Derecho comercial. Es más, el Derecho constitucional se ve claramente limitado, con ocasión de las funciones de defensa de la Constitución Política asignadas a la jurisdicción constitucional, para irrumpir en el discurso del Derecho comercial, por lo que si la Corte Suprema de Justicia, el Legislativo y el Ejecutivo no realizan los ajustes del caso bajo el marco de las funciones que constitucionalmente les competen, la posibilidad de protección jurídica del ambiente desde el Derecho comercial, o bien puede verse truncada, o bien se desarrollará de manera desordenada y en contra de la seguridad jurídica, si lo que ocurre es que finalmente los jueces constitucionales y las autoridades ambientales deciden tomar “cartas en el asunto”.

Así, si bien el estudio aquí realizado aboga por la incorporación de la protección del ambiente al discurso del Derecho comercial, también he buscado deliberadamente no caer en el denominado componente “cool” del problema ambiental, pues actualmente “(...) el medio ambiente no sólo debe enfrentar a las industrias que contaminan y desbastan bosques, sino también al discurso ambiental autoritario el cual es un oponente tan o más temible que aquéllas”⁶, lo cual puede terminar en el autoritarismo ambiental, similar a lo que ocurrió bajo la ideología nazi, en la que se concebía al medio ambiente como exterior al hombre y con un valor propio y previo al mismo, lo que claramente implicaba una concepción a-humanista e, inclusive, anti humanista⁷.

⁵ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Nueva York/Ginebra: 2011. Consultado el 20 de noviembre de 2017 y disponible en <file:///C:/Users/Usuario/Documents/Tesis/Empresa%20y%20DDHH%20ONU%202011.pdf>

⁶ Cfr. RISSO, Guido Idelmar. El peligro autoritario del derecho ambiental. Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 73-74.

⁷ Cfr. *Ibíd.*, p. 27.

Los casos prácticos que motivaron este estudio no son del Derecho colombiano sino del Derecho francés pues, como se expone en el trabajo, a la fecha son inexistentes o casi imperceptibles los desarrollos sobre el asunto en Colombia. Gracias a Mathilde Hautereau-Boutonnet fue posible empezar a darle forma a esa idea de que los particulares también tienen el deber u obligación, en sus contratos, de proteger el ambiente. El hecho de que a la fecha no se cuente con referentes concretos en Derecho colombiano no quiere decir que el asunto no sea relevante jurídicamente en Colombia pues, por ejemplo, en materia de principio de precaución, que es una de las herramientas de estudio escogidas en este trabajo, ya es claro en la ley colombiana el grado de vinculación que el mismo tiene frente a los particulares, faltando sólo que los jueces apliquen tal disposición en casos concretos. En efecto, la Ley 99 de 1993 estableció el principio de precaución no sólo como vinculante para las autoridades sino también para los particulares⁸.

Así, por ejemplo, en Francia ya se plantea que en los contratos de compraventa, arrendamiento comercial y cesión de empresas, existen obligaciones de protección del ambiente para las respectivas partes de los contratos, bien sea por imposiciones legales o jurisprudenciales o porque los riesgos derivados del negocio han llevado a esa conclusión⁹.

En la compraventa de bienes inmuebles¹⁰, que en principio es un contrato de ejecución instantánea, de intercambio, que no tiene un objetivo ambiental en sí mismo y que, por consiguiente, no estaría llamado a ser susceptible de generar una problemática ambiental, ya se ha identificado que los inmuebles pueden estar inmersos en medios afectados por polución o molestias, o ser la fuente misma de tal polución o molestias, ante

⁸ Dispone al respecto la Ley 99 de 1993, en su artículo 1º, que: “**Artículo 1º.- Principios Generales Ambientales.** La política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales:

“(…) 6. La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”. [COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 99 (22, diciembre, 1993). Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones. En: Diario Oficial. 22, diciembre, 1993, No. 41.146. Consultado el 20 de junio de 2017 y disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0099_1993.html].

⁹ Cfr. HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde (Dir.) Le contrat et l’environnement. Étude de droit interne, international et européen. Aix en Provence: Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2014, p. 45.

¹⁰ Cfr. LAMOUREUX, Marie. La vente immobilière. En: HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde (Dir.) Le contrat et l’environnement. Étude de droit interne, international et européen. Aix en Provence: Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2014, pp. 47-56.

lo cual se propone tanto la perspectiva negativa de mitigar tales efectos negativos a través de la compraventa, como la perspectiva positiva de utilizar el contrato de compraventa para promover la protección del ambiente.

En Francia, por ejemplo, gracias a disposiciones legislativas, el desempeño energético de los edificios es un asunto que actualmente está entre las principales medidas encaminadas a limitar el impacto de los edificios sobre el ambiente, y que debe ser presentado por el vendedor desde las ofertas inmobiliarias, así como, gracias a jurisprudencia ya consolidada, se ha podido identificar a la polución o molestias de los bienes inmuebles, que se descubran después de la compraventa, como el principal riesgo que deben manejar las partes en el contrato desde el punto de vista de protección del ambiente, siendo el vendedor quien debe asumir las principales consecuencias. La jurisprudencia francesa, con base en disposiciones del Código del Ambiente y el Código de la Construcción y de la Habitación, ha formulado consecuencias no previstas originalmente en el Código Civil ni en el Código de Comercio para las partes del contrato de compraventa de bienes inmuebles, sin que ello implique que el Derecho ambiental esté "asesinando" al Derecho de contratos o la libertad contractual, pero sí refleja que el orden público ambiental o ecológico gana cada vez más terreno frente al Derecho común de los contratos de Derecho privado.

En materia de contrato de arrendamiento comercial¹¹, el principal riesgo se encuentra en el evento en que un arrendador entregue un terreno sobre el cual el arrendatario desarrolle una actividad industrial que sea fuente de polución, de manera que no queden claras cuáles son las obligaciones de las partes del contrato de arrendamiento comercial, pues con base en la legislación vigente en Francia y decisiones del Consejo de Estado y la Corte de Casación de tal país y la Corte Europea de Derechos del Hombre, se han predicado importantes efectos de responsabilidad para el arrendador de un bien que produzca desechos contaminantes, ante lo cual se ha podido apreciar el paso de un estricto orden público administrativo a un orden público contractual, pues las partes del contrato de arrendamiento comercial se han visto en la obligación de introducir cláusulas que regulen el asunto, lo que permite vaticinar que los cambios por venir dependerán, principalmente, de la política jurídica y la influencia social de este tipo de figuras.

Y el asunto en materia de cesión de empresas también es relevante¹², pues si el contrato es visto en las empresas como un instrumento de gestión de riesgos, siendo el riesgo ambiental uno de naturaleza muy distinta al riesgo fiscal o al riesgo social, es necesario prever en los contratos de cesión de empresas la mitigación del riesgo ambiental, mucho

¹¹ Cfr. HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde. *Les obligations environnementales et le contrat de bail*. En: HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde (Dir.) *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*. Aix en Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014, pp. 57-68.

¹² Cfr. GOFFAUX CALLEBAUT, Géraldine. *Les clauses de garantie de passif environnemental*. En: HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde (Dir.) *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*. Aix en Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014, pp. 69-87.

más difícil de definir y de medir que los otros tipos de riesgo. Así, de lo que se trata es de proteger al cesionario contra la existencia de pasivos de orden ambiental, existentes al momento de la cesión, pues la legislación y jurisprudencia francesas son la base para comprender que las empresas tienen tanto obligaciones de hacer (ajustarse a las normas, rehabilitación del sitio de trabajo, y eliminación de desechos) como de reparación del daño ecológico, responsabilidad que se extiende también a las sociedades controlantes. La forma de hacer frente a tales responsabilidades es esencialmente de naturaleza contractual, para lograr anticiparse y gestionar los riesgos que impone el orden público en materia ambiental. Para el caso colombiano, el asunto también es relevante, pues normas como el párrafo segundo del artículo 5º de la Ley 1333 de 2009, que consagra que, en materia de infracciones en materia ambiental, el infractor será responsable ante terceros de la reparación de los daños y perjuicios causados por su acción u omisión, es un claro fundamento normativo que permitiría derivar consecuencias como las que ya se plantean en Derecho francés.

Inclusive, además de los contratos de compraventa y de arrendamiento, en materia de contrato de hipoteca el asunto también se ha ventilado en Derecho quebequés¹³, donde gracias a las disposiciones legales se ha entendido que el acreedor hipotecario pueda ser considerado como un guardián del terreno contaminado, de manera que tal acreedor podría terminar respondiendo por dicha contaminación y los gastos que ella implique, ante lo cual es cada vez más frecuente la inclusión de cláusulas encaminadas a proteger a tales acreedores, generalmente del sector financiero. Sin embargo, ese tipo de cláusulas deben ser claras y, sobre todo, respetuosas del ordenamiento jurídico, pues no siempre se podrán invocar como medio de defensa si van en contra de disposiciones de orden público.

De esta manera, ha logrado identificarse¹⁴ al contrato como un instrumento privilegiado para asegurar la protección efectiva del ambiente, pues al ser el objeto ambiental de los contratos un asunto que es sustancialmente definido por el mercado y no directamente por los poderes públicos, el contrato se convierte en revelador de lo que la sociedad en general considera como esencial, como un interés colectivo, reflejando además la necesidad de utilizar instrumentos de Derecho privado como complemento indisoluble del Derecho ambiental.

El asunto cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que el Principio 7 del Pacto Global o Pacto Mundial de las Naciones Unidas, conocido en inglés como Global Compact, invita a que, en materia de protección del ambiente, las empresas acojan la

¹³ Cfr. LAVALLÉE, Sophie. *Le terrain contaminé: une fatalité historique pour le contrat? Perspective québécoise*. En: HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde (Dir.) *Le contrat et l'environnement: étude de droit comparé*. Bruselas: Bruylant, 2015, pp. 69-114.

¹⁴ Cfr. LAVOILLOTTE, Marie-Pierre. *La contribution de la technique contractuelle à l'émergence de l'ordre public écologique*. En: BOUTELET, Marguerite y FRITZ, Jean-Claude (Dir.) *L'ordre public écologique: Towards an Ecological Public Order*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 293-308.

aproximación del principio de precaución¹⁵ para hacer frente a los desafíos que se les presentan¹⁶.

De esta manera, surgió la inquietud por indagar si ese enfoque del principio de precaución ambiental también debería verse protegido desde la contratación mercantil, pues a primera vista parecería demasiado complejo, hipótesis que se confirma en el desarrollo del presente trabajo, fundamentalmente porque se concluye que el Derecho de los contratos y la aproximación del principio de precaución ambiental corresponden a discursos muy distintos, cuya compaginación no es imposible pero tampoco evidente.

En efecto, con fundamento en la consagración legal que se hace del principio de precaución en Colombia, surge la inquietud de si, en desarrollo del mismo, una de las partes de un contrato de suministro o, inclusive un tercero, podrían alegar la nulidad del mismo por objeto ilícito al versar sobre bienes o servicios que pusieran en riesgo la salud humana y el derecho al ambiente sano. Por ejemplo, ¿podría ocurrir en Colombia que se afectara la validez de contratos de suministro que versaran sobre biberones que

¹⁵ La versión en español confunde los principios de prevención y precaución, pero la versión en inglés claramente hace referencia desde su inicio al principio de precaución, cuando afirma:

“Principle Seven: Environment

“Businesses should support a precautionary approach to environmental challenges.

“What does it mean?”

“Introducing the precautionary approach, Principle 15 of the 1992 Rio Declaration states that ‘where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation’.

“Precaution involves the systematic application of risk assessment, risk management and risk communication. When there is reasonable suspicion of harm, decision-makers need to apply precaution and consider the degree of uncertainty that appears from scientific evaluation.

“Deciding on the ‘acceptable’ level of risk involves not only scientific-technological evaluation and economic cost-benefit analysis, but also political considerations such as acceptability to the public. From a public policy view, precaution is applied as long as scientific information is incomplete or inconclusive and the associated risk is still considered too high to be imposed on society. The level of risk considered typically relates to standards of environment, health and safety. (...)”. [UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. (26, julio, 2000). The Ten Principles of the UN Global Compact. Consultado el 13 de noviembre de 2017 y disponible en <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-7>].

¹⁶ El Principio 7 del Pacto Mundial o Pacto Global se enuncia en español así:

“Principio Siete: Medio Ambiente

“Las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente”. [UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. (26, julio, 2000). Los Diez Principios del Pacto Mundial de la ONU. Consultado el 13 de noviembre de 2017 y disponible en <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-7>].

contuvieran bisfenol A en su composición o sobre ciertos materiales que contuvieran asbesto¹⁷? ¿Podría ocurrir en Colombia que, con base en los estudios que plantean los efectos del polvo fino y el óxido de nitrógeno generado por los motores de los vehículos sobre la salud humana, se pudieran ver afectados los contratos de compraventa y concesión celebrados sobre vehículos automotores? ¿Existen en Colombia regulaciones concretas para el sector automotriz, similares a las que dieron origen al llamado "Dieselgate" de Volkswagen, que ha despertado alertas sobre otras compañías automotrices, cuando ya están claras las afectaciones que tales contaminaciones tienen para la salud humana¹⁸? ¿Es posible que, ante estudios que plantean la posible relación entre el uso de teléfonos celulares y la aparición de cáncer, con base en el principio de precaución, se pudieran ver afectados en Colombia los contratos de compraventa y suministro celebrados respecto de tales aparatos? ¿Están prohibidos legalmente en Colombia los contratos que versen sobre organismos genéticamente modificados, con fundamento en lo dispuesto por la Ley 99 de 1993 y la Ley 1523 de 2012 sobre el principio de precaución? ¿Podría obligarse a almacenes de grandes superficies y tiendas por departamentos a que sólo adquirieran y ofrecieran ropa elaborada con elementos biodegradables? ¿Cabría la posibilidad de obligar a que las grandes empresas en Colombia sólo adquirieran y utilizaran papel ecológico elaborado con fibra de caña de azúcar? ¿Es posible que las acciones mencionadas fueran ejercidas no sólo por las partes de tales contratos sino por terceros, en desarrollo de una acción popular, una acción de grupo o una acción de tutela?

Las respuestas a tales preguntas parecieran sencillas en unos casos pero no tanto en otros. Por eso, a continuación, se exponen la estructura, propuesta metodológica y alcances de este trabajo, y una explicación de por qué fueron escogidos como eje del mismo las instituciones de la contratación mercantil, el principio de precaución ambiental y el fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado.

Así, en cuanto a estructura del trabajo, el mismo está dividido en tres capítulos, a los que se suman la presente introducción general y las conclusiones generales del mismo. A su vez, cada uno de los mencionados capítulos incluye una introducción y conclusiones para cada uno de ellos.

El primer capítulo está encaminado a exponer el marco teórico escogido, el segundo capítulo aborda los conceptos clave en relación con el problema de investigación, y el tercer capítulo presenta la propuesta de solución al problema de investigación. Las

¹⁷ En Argentina se prohibió comercializar productos compuestos por dichos elementos por disposiciones del poder ejecutivo, con fundamento en el principio de precaución. Cfr. BESTANI, Adriana. Principio de precaución. Buenos Aires: Astrea, 2012, pp. 278-286.

¹⁸ Cfr. BARRETT, Steven R. H. et al. Impact of the Volkswagen emissions control defeat device on US public health. *Environmental Research Letters*. 2015, vol., 10, nro. 15, pp. 1-10. También OLDENKAMP, Rik; VAN ZELM, Rosalie y HUIJBREGTS, Mark. Valuing the Human Health Damage Caused by the Fraud of Volkswagen. *Environmental Pollution*. 2016, vol. 212, pp. 121-127.

conclusiones del trabajo condensan los resultados de la investigación y los asuntos que quedan abiertos para futuros trabajos sobre la materia.

El marco teórico escogido es expuesto en el primer capítulo, antes del marco conceptual, expuesto en el segundo capítulo, pues desde un punto de vista pedagógico pareciera conveniente resaltar la necesidad de pensar y explicar el mundo por la vía de la teoría, antes que buscar su transformación en lo concreto, en especial en un momento caracterizado por "(...) *el carácter instrumental que en la modernidad ha asumido la educación, donde se privilegia la acción, lo instrumental, la intervención empírica, sin una teoría previa que le dé sentido, [pues] (...) no se debe perder de vista que no es función de la pedagogía transformar la realidad sino explicarla, comprenderla, aquí se reliva el nivel teórico de ésta*"¹⁹.

En efecto, a mi juicio, antes de estudiar los conceptos relevantes del problema de investigación, es necesario presentar el marco teórico escogido para el efecto, de manera que en el tercer y último capítulo, en el que es expuesta la propuesta de solución concreta al problema propuesto, ya estén claros los referentes teóricos y conceptuales necesarios para dar ese paso a lo instrumental. Así, la relación entre teoría y práctica es clave para superar el "hiato estructural" que propone Teubner como dificultad surgida después de que aparecieron los métodos empíricos de investigación, pues mientras en los métodos clásicos de la sociología jurídica, la unidad entre la investigación empírica y las grandes teorías del Derecho estaba garantizada al recurrir a las grandes teorías de la sociología, la aparición de nuevos métodos de análisis empírico ha destruido el nivel de teorización de los clásicos sin proporcionar un sustituto adecuado²⁰.

De esta forma, en el primer capítulo se presenta el marco teórico escogido para abordar la respuesta al problema de investigación planteado. Se parte de la necesidad de definir los conceptos de Derecho comercial, Derecho ambiental y aproximación epistemológica.

En efecto, abordar tales conceptos es indispensable para entender las tensiones internas del Derecho comercial y del Derecho ambiental, y las diversas aproximaciones epistemológicas que tiene cada una de dichas disciplinas del Derecho. Esto permite entender que el Derecho refleja tensiones existentes entre los diversos intereses evidentes en la realidad. En últimas, se llega al planteamiento del Derecho como un discurso, como un constructo de la sociedad, en el que se ven reflejados los diferentes intereses de quienes conforman la misma.

¹⁹ DÍAZ GÓMEZ, Álvaro; HENAO MONTOYA, Susana y ÁNGEL, Victoria Eugenia. Pensar la formación humanista. Un acercamiento epistémico-pedagógico desde las perspectivas de Luhmann y de Morin. *Revista Hallazgos*. 2005, vol. 2, nro. 4, pp. 85-95.

²⁰ Cfr. MORALES DE SETIÉN RAVINA, Carlos. La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bordieu y Gunther Teubner. En: BORDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre/Instituto Pensar/Universidad de los Andes, 2000, pp. 23-24.

Esa es la base para plantear la relación entre Derecho comercial y Derecho ambiental como una colisión de discursos, concepto que tiene sustento en los trabajos de Niklas Luhmann del Derecho como un sistema autopoietico. En efecto, si bien Luhmann plantea la existencia de discursos como una forma de entender las relaciones entre el Derecho y sistemas como la economía, la política, la ciencia y la religión, entre otros, esa idea ha sido trabajada por Gunther Teubner y Andreas Fischer-Lescano para plantear el concepto de colisión de regímenes legales.

Este concepto de colisión de regímenes legales, si bien fue concebido para estudiar casos en que distintos ordenamientos jurídicos se entrecruzan, en este trabajo es trasladado a la relación entre Derecho comercial y Derecho ambiental para el caso colombiano, pues permite entender que se trata de dos discursos distintos, existentes al interior del sistema del Derecho, en los que no se puede plantear una relación jerárquica sino, por el contrario, una relación heterárquica, de cierres normativos y aperturas cognitivas, de manera que el Derecho comercial, perspectiva de estudio desde la cual parte este trabajo, pueda recibir elementos del "ruido" que hace el Derecho ambiental, necesarios para incorporarse en su discurso y ajustarlo a la necesidad del mundo actual de velar por la protección del ambiente.

De esta manera, los elementos estudiados llevan a identificar la teoría del Derecho reflexivo de Gunther Teubner como el marco teórico apropiado para desarrollar una propuesta de solución al problema de investigación como la que se expone en el tercer capítulo. Dicha teoría de Teubner, así como las principales críticas formuladas a la misma, constituyen el cierre del primer capítulo. Es importante mencionar, desde ya, que la teoría del Derecho reflexivo es la base teórica de este trabajo, lo cual no impide que en algunos momentos se realicen aportes propios o basados en otras aproximaciones teóricas, con los que no es posible saber si Teubner y Luhmann estarían o no de acuerdo; sin embargo, he tratado que esos aportes se realicen de la manera más compatible y coherente posible con la concepción del Derecho como un sistema autopoietico, que es la que enmarca teóricamente este trabajo.

Así, es necesario precisar que en este trabajo no se concibe al Derecho como un sujeto epistémico autónomo, ni se pretende plantear que los individuos no son los que producen el Derecho como artefacto cultural sino que el Derecho es tan sólo un proceso comunicativo en el que los actores humanos serían meros artefactos semánticos, como podría desprenderse de la teoría del Derecho reflexivo de Teubner²¹. En efecto, la utilización de la teoría del Derecho reflexivo de Gunther Teubner y de los trabajos del mismo Teubner y Luhmann del Derecho como un sistema autopoietico tiene una aproximación meramente instrumental para efectos de lograr entender la relación entre discursos disímiles como lo son el Derecho comercial y el Derecho ambiental.

²¹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 30-31.

Debe quedar claro, entonces, que en este trabajo el Derecho no se concibe como un sujeto epistémico autónomo sino como un constructo social que termina reflejándose en un discurso en el que, en últimas, las decisiones políticas, las decisiones de poder, terminan teniendo un rol esencial. Esa aproximación al estudio del Derecho como un ejercicio de poder tan sólo se menciona en algunos pasajes, pues en ningún momento constituye el espectro dentro del cual se mueve este trabajo. De esta manera, se reitera, la aproximación a la teoría del Derecho reflexivo y a la visión del Derecho como un sistema autopoietico no implica acoger en su totalidad los planteamientos de Luhmann y Teubner, pues lo que se pretende, en últimas, es que el Derecho comercial en Colombia adopte los mecanismos de reflexión, autorregulación y autolimitación que trae la teoría del Derecho reflexivo y la concepción del Derecho como un sistema autopoietico, para que, por esa vía, otros discursos, como son los del Derecho ambiental en sentido estricto y el Derecho constitucional, también reflexionen y se autorregulen y autolimiten²².

El segundo capítulo, el que plantea el marco conceptual del trabajo, introduce los conceptos eje de estudio del problema de investigación, a saber, los de contratación mercantil, el principio de precaución ambiental, y la constitucionalización del Derecho privado.

Allí se hace especial énfasis en los trabajos de Cass Sunstein respecto del principio de precaución, pues dicho autor parte de la base de que actualmente las sociedades son vulnerables ante riesgos y peligros, llevando a que muchas veces se tomen decisiones con base en el miedo, que terminan siendo peores que el problema real, lo cual cobra especial relevancia con el principio de precaución, que *“(...) posee una estructura ideológica basada en la premisa según la cual tanto el ordenamiento legal como las autoridades deben adoptar medidas concretas contra posibles daños que aún no se concretaron, pues justamente esto es lo que se desea evitar, y además sus cadenas causales son inciertas e imprecisas, generando paradójicamente nuevos riesgos. Por ello es que a los peligros existentes en todo el planeta se suman los provocados por las medidas de precaución”*²³.

En dicho momento se llama la atención sobre las relaciones entre ciencias naturales y Derecho pues, como lo sostiene Rosatti, en cuanto a protección del ambiente se refiere, *“(...) Inicialmente, la convicción de que el tema ambiental debía ser estudiado y explicado siguiendo el modelo de las ciencias naturales o duras, resultándole ajeno el sistema de las ciencias sociales o blandas, ha prohiado una consecuencia nefasta, derivada de lo que Kuhn advertía respecto de los ‘paradigmas’ de ambas ciencias: mientras en las ciencias naturales lo común es el consenso en torno a un ‘paradigma’, en*

²² Cfr. *Ibíd*, pp. 132-136. Allí afirma Morales que: *“(...) El derecho reflexivo, en otras palabras, no determinará autoritariamente las funciones sociales de otros subsistemas sociales ni regulará sus operaciones internas y externas, pero promoverá mecanismos que sistemáticamente llevarán más lejos el desarrollo de las estructuras reflexivas dentro de otros subsistemas sociales”*, p. 135.

²³ RISSO, Guido Idelmar. *Op. cit.*, p. 44.

las ciencias sociales lo común es el disenso en técnicas, métodos, hipótesis, creencias o valoraciones"²⁴.

Una vez abordados los conceptos de protección jurídica del ambiente, principio de precaución ambiental y contratación mercantil verde, el trabajo se enfoca en el estudio de la protección jurídica del ambiente a la luz de las teorías del Derecho de contratos, como base para entender que el asunto tampoco ha sido planteado de manera clara en sus teorías tradicionales. Con base en ello, la pregunta que se aborda a continuación es la de si podría incorporarse la lógica del discurso de protección del ambiente, a través del principio de precaución ambiental, dentro de la lógica de la contratación mercantil.

La respuesta que se obtiene al anterior interrogante es negativa, básicamente en atención a las diferencias tan profundas que existen entre los discursos del Derecho comercial y el Derecho ambiental, pues se evidencia que sería más cercana al Derecho de contratos la lógica del principio de prevención que la del principio de precaución, ya que mientras la precaución obra frente al riesgo dudoso, la prevención lo hace frente al riesgo cierto, de manera que suele asociarse el principio de precaución a la protección de intereses de la colectividad y el principio de prevención a la protección de intereses individuales.

Sin embargo, la lógica del principio de prevención también es distinta a la del Derecho de contratos, pues se trata de discursos distintos, por lo que la última parte del capítulo segundo se concentra en introducir las bases de una posible solución al problema de cómo sería posible establecer una forma de relación entre tales disciplinas del Derecho para lograr que tal protección pudiera darse de manera adecuada, es decir, respetando los intereses que tradicionalmente ha defendido el Derecho de contratos entre comerciantes, pero haciendo eco de esa preocupación que impone el mundo actual por proteger el ambiente en el que vivimos.

Tal posible solución viene dada por la idea de que la Constitución Política de Colombia incorpora un amplio conjunto de normas que implican la consagración de una Constitución ecológica, debido a la gran cantidad y relevancia de disposiciones de la misma encaminadas a proteger el ambiente.

De hecho, se ha planteado jurisprudencialmente que *"(...) La Corte coincide con los demandantes en que la Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa de la sociedad colombiana con la naturaleza. Por ello esta Corporación ha señalado, en anteriores decisiones, que la protección del medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que la Carta contiene una verdadera 'constitución ecológica', conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente. Igualmente la Corte ha precisado que esta Constitución ecológica tiene dentro del*

²⁴ ROSATTI, Horacio Daniel. Derecho ambiental constitucional. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 19.

ordenamiento colombiano una triple dimensión: de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación (CP art 8). De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales (CP art 79). Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares. Es más, en varias oportunidades, la Corte ha insistido en que la importancia del medio ambiente en la Constitución es tal que implica para el Estado, en materia ecológica, 'unos deberes calificados de protección'. Igualmente, y conforme a lo señalado por los actores, la Corte también ha precisado que la Carta constitucionaliza uno de los conceptos más importantes del pensamiento ecológico moderno, a saber, la idea según la cual el desarrollo debe ser sostenible. (...) La dimensión ecológica de la Carta y la constitucionalización del concepto de desarrollo sostenible no son una muletilla retórica ya que tienen consecuencias jurídicas de talla, pues implican que ciertos conceptos jurídicos y procesos sociales, que anteriormente se consideraban aceptables, pierden su legitimidad al desconocer los mandatos ecológicos superiores"²⁵.

Así, se plantean como normas constitucionales que reflejan ese concepto de Constitución ecológica el Preámbulo (vida), y los artículos 2 (fines esenciales del Estado: proteger la vida), 8 (obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación), 11 (inviolabilidad del derecho a la vida), 44 (derechos fundamentales de los niños), 49 (atención de la salud y del saneamiento ambiental), 58 (función ecológica de la propiedad), 66 (créditos agropecuarios por calamidad ambiental), 67 (la educación para la protección del ambiente), 78 (regulación de la producción y comercialización de bienes y servicios), 79 (derecho a un ambiente sano y participación en las decisiones ambientales), 80 (planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales), 81 (prohibición de armas químicas, biológicas y nucleares), 82 (deber de proteger los recursos culturales y naturales del país), 215 (emergencia por perturbación o amenaza del orden ecológico), 226 (internacionalización de las relaciones ecológicas), 268-7 (fiscalización de los recursos naturales y del ambiente), 277-4 (defensa del ambiente como función del Procurador), 282-5 (el Defensor del Pueblo y las acciones populares como mecanismo de protección del ambiente), 289 (programas de cooperación e integración en zonas fronterizas para la preservación del ambiente), 300-2 (Asambleas Departamentales y medio ambiente), 301 (gestión administrativa y fiscal de los departamentos atendiendo a recursos naturales y a circunstancias ecológicas), 310 (control de densidad en San Andrés y Providencia con el fin de preservar el ambiente y los recursos naturales), 313-9 (Concejos Municipales y patrimonio ecológico), 317 y 294 (contribución de valorización para conservación del ambiente y los recursos naturales), 330-5 (Concejos de los territorios indígenas y preservación de los recursos naturales), 331 (Corporación del Río Grande de la Magdalena y preservación del

²⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-126/98. (1o., abril, 1998). M.P. Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO. Consultada el 20 de abril de 2017, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-126-98.htm>.

ambiente), 332 (dominio del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables), 333 (limitaciones a la libertad económica por razones del medio ambiente), 334 (intervención estatal para la preservación de los recursos naturales y de un ambiente sano), 339 (política ambiental en el plan nacional de desarrollo), 340 (representación de los sectores ecológicos en el Consejo Nacional de Planeación), 366 (solución de necesidades del saneamiento ambiental y de agua potable como finalidad del Estado) ²⁶.

Bajo esa premisa, que invita a entender que el discurso del Derecho ambiental colombiano tendría un gran soporte en la existencia de disposiciones de índole constitucional que eventualmente prevalecerían sobre el discurso del Derecho comercial, el capítulo segundo cierra con lo que allí se denomina el desafío constitucional en Colombia, pues el Derecho comercial y el Derecho ambiental en sentido estricto, que tiene una naturaleza primordialmente de Derecho administrativo, se conciben acá como órdenes legales parciales, que bajo ese modelo son insuficientes para explicar la relación entre la protección jurídica del ambiente desde el Derecho constitucional frente al Derecho comercial, por lo cual es expuesto el fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado y las implicaciones del mismo frente al Derecho comercial colombiano, como puente de enlace con el tercer capítulo.

De esta forma, el tercer y último capítulo tiene como objetivo formular una propuesta de solución al problema de investigación, la cual tiene como eje el reconocimiento de la autonomía de discursos en el mundo del Derecho y la necesidad de efectuar una apertura cognitiva dentro del Derecho comercial, lo que se traduce en sugerir regulaciones legales concretas y de cláusulas generales de Derecho privado como primer mecanismo a utilizar en Derecho de contratos comerciales en Colombia, para luego plantear la aspiración de poder llegar a una concepción del Derecho comercial como un fragmento constitucional.

Para el desarrollo de dicho capítulo se estudian cinco elementos que aportan elementos de solución al problema de investigación, bien sea porque plantean incorporar elementos de protección al ambiente o porque abordan la relación entre Derecho constitucional y Derecho comercial.

Los cinco elementos estudiados son: i) el planteamiento de cláusulas generales de Derecho privado como son el orden público ecológico, la función ambiental de los contratos y una obligación ambiental contractual general; ii) la discusión acerca del derecho al ambiente como un derecho fundamental; iii) la aproximación a la *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia de los derechos fundamentales entre particulares; iv) las propuestas de los fragmentos constitucionales de Gunther Teubner y del

²⁶ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-095/16. (25, febrero, 2016). M.P. Alejandro LINARES CANTILLO. Consultada el 20 de abril de 2017, disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-760-07.htm#_ftn4.

transconstitucionalismo de Marcelo Neves; y v) una propuesta propia de concentración jurisdiccional y apertura de contenidos del Derecho comercial.

Esos cinco elementos tienen en común que han sido estudiados bajo el prisma del marco teórico escogido, es decir, de la teoría del Derecho reflexivo, de manera que los distintos elementos estudiados aportan herramientas para la elaboración de una propuesta con base en la cual, a partir del reconocimiento de la autonomía de discursos dentro del sistema del Derecho, se lograría la incorporación en el Derecho comercial de ciertos elementos del discurso del Derecho ambiental en sentido estricto, teniendo siempre presente la necesidad de ajustar el Derecho comercial a los desarrollos del Derecho constitucional.

En efecto, la propuesta de solución al problema de investigación concluye con la sugerencia de una relación heterárquica entre Derecho comercial y Derecho constitucional como aspiración de solución a largo plazo del problema de inadecuada protección del ambiente en Derecho comercial en Colombia, fundamentalmente a través de la expedición de regulaciones en concreto que ayuden a destrabar y dar claridad sobre la protección del ambiente desde el Derecho comercial pues, siguiendo a Cass Sunstein, parece que la regulación y no la inacción es el curso adecuado frente a la duda²⁷.

La propuesta que se formula en esta investigación no desconoce lo dispuesto por el artículo 4° de la Constitución Política colombiana, en el sentido de que la Constitución es norma de normas, que debe ser protegida por todos los jueces de la República, como lo disponen también los artículos 228 y 230 de la Constitución Política, de manera que, en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales de manera preferente. Así, es claro que en el ordenamiento jurídico colombiano actual la relación entre Derecho constitucional y Derecho comercial es claramente jerárquica, pero aquí se propone que, a futuro, se piense en la posibilidad de entender al Derecho comercial como un fragmento constitucional, en los términos de Gunther Teubner.

Otro de los presupuestos para la formulación de la propuesta elaborada en este trabajo es que las Constituciones Políticas tienen, en su interior, diversos discursos del mismo nivel jerárquico, que colisionan, de manera que la propuesta de los fragmentos constitucionales puede ser una solución a tal problema. Como lo plantea Marco Velásquez Ruiz²⁸, las Constituciones Políticas están conformadas por diversas dinámicas normativas en tensión, que generalmente son el reflejo de normas de inferior valor jerárquico. Las Constituciones Políticas actuales, de esta manera, tienen contradicciones

²⁷ Cfr. SUNSTEIN, Cass R. Riesgo y razón: seguridad, ley y medioambiente. Buenos Aires: Katz, 2006.

²⁸ Cfr. VELÁSQUEZ RUIZ, Marco. The Colliding Vernaculars of Foreign Investment Protection and Transitional Justice in Colombia: A Challenge for the Law in a Global Context. Tesis para optar al título de Ph. D. Toronto: Universidad de York – Osgoode Hall Law School, 2016.

internas, lo cual puede explicarse en el hecho de que ya no son estrictamente nacionales sino un elemento clave para el desarrollo de proyectos globales. No obstante lo anterior, los Estados-Nación siguen siendo un nodo fundamental de producción de normas, aunque es fundamental comprender que la armonización de los diversos discursos que tienen en su interior las Constituciones Políticas, no termina siendo un problema de índole jurídica, de hermenéutica o de interpretación, sino esencialmente un asunto de manejo de dinámicas de naturaleza política. La Corte Constitucional trata de solucionar esas controversias internas que posee la misma Constitución Política, pero su ámbito de competencias no le permite inmiscuirse en ciertos asuntos de las relaciones entre particulares, que competen a instituciones como la Corte Suprema de Justicia, el Legislativo y el Ejecutivo, y a discursos como el del Derecho comercial.

El estudio cierra con las Conclusiones del mismo, en las cuales se plantean los principales resultados obtenidos y los retos que a futuro implicaría la propuesta de solución al problema de investigación.

Ahora, en cuanto a metodología utilizada para el estudio se puede decir que el mismo se inscribe dentro de la propuesta metodológica del método jurídico-teórico²⁹ o “black-letter approach”³⁰, por oposición al método de investigación sociojurídica³¹, realista³² o “sociological approach”³³.

Siendo aún más preciso, el método escogido para este trabajo es el de una aproximación de “Expository Research”, con gran apoyo en elementos y herramientas de “Legal Theory Research”, siguiendo la clasificación hecha en su momento por Harry W. Arthurs, retomada por Chynoweth³⁴. En efecto, si bien el tema de estudio aquí propuesto se

²⁹ Cfr. WITKER, Jorge. *Cómo elaborar una tesis en derecho*. Madrid: Civitas, 1986, pp. 85-96. También PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Bogotá: Temis, Bogotá, 1999.

³⁰ Cfr. SALTER, Michael y MASON, Julie. *Writing Law Dissertations. An Introduction and Guide to the Conduct of Legal Research*. Harlow: Lancashire Law School/Pearson Education, 2007, pp. 44-118.

³¹ Cfr. GIRALDO ÁNGEL, Jaime; GIRALDO LÓPEZ, Mónica; GIRALDO LÓPEZ, Alejandro. *Metodología y técnica de la investigación sociojurídica*. Bogotá: Ediciones del Profesional, 2005.

³² Cfr. WITKER, Jorge. *Op. cit.*, pp. 97-120.

³³ Cfr. SALTER, Michael y MASON, Julie. *Op. cit.*, pp. 119-181.

³⁴ En efecto, la clasificación de Harry W. Arthurs apunta a señalar dos grandes metodologías: una Metodología Interdisciplinaria o investigación sobre el Derecho y una Metodología Doctrinal o investigación desde el Derecho.

Así, en la Metodología Interdisciplinaria o investigación sobre el Derecho se encontrarían dos métodos: primero, bajo una visión aplicada y de profesionales del Derecho, el método denominado “Law Reform Research”, propio de la “Socio-legal research” y de los estudios de “Law in context” y, segundo, un método denominado “Fundamental Research”, propio de la Sociología del Derecho y las aproximaciones de los

hubiera podido abordar bajo una perspectiva de metodología interdisciplinaria o de estudios sobre el Derecho, la opción tomada no fue la de realizar una investigación empírica, con amplia recolección de datos, sino la de seguir el método que tradicionalmente ha caracterizado los trabajos jurídicos, aquel que se concentra en el análisis y manejo de conceptos teóricos, que no pocas críticas ha recibido por parte de otras disciplinas, pero que no se puede negar como una realidad y particularidad del discurso del Derecho³⁵.

Es decir, el método escogido es uno de los que tradicionalmente se han empleado en las investigaciones jurídicas, con gran énfasis en los conceptos y las teorías, pero con vocación de aplicación de lo estudiado, de manera que la novedad de este trabajo no reside en el método escogido sino en el tema abordado y en las propuestas realizadas. Se acoge, así, en este trabajo, un planteamiento realizado por Harry W. Arthurs, en el sentido de que el futuro de la escuelas de Derecho y, en últimas, agrego, del Derecho, se halla no en formar abogados con habilidades para el día a día de la práctica legal y con reiteración del conocimiento convencional, sino en contribuciones a largo plazo al bien común y para servir como agentes de cambio, bajo un esquema de comunidades de conocimiento multifuncional³⁶. Este trabajo teórico le apunta a eso, al objetivo de, siguiendo un método de investigación tradicional, servir como base teórica para propender por el cambio de contenidos al interior de Derecho comercial, en materia de contratos, de manera que el mismo se acompase con las realidades de protección del ambiente que impone el mundo actual.

Es necesario precisar que esta investigación realiza una interpretación de las normas al interior del Derecho, no bajo el método exegético, que busca exclusivamente desentrañar la voluntad del legislador, sino bajo el método sistemático, que pretende interpretar el Derecho al interior de los principios y formulaciones teóricas que surgen de

“Critical Legal Studies” y el “Law & Economics”, método caracterizado por una visión “pura” o académica del Derecho.

Por su parte, la otra metodología, distinta a la Interdisciplinaria, es la que Arthurs denominó Metodología Doctrinal o de investigación desde el Derecho. Allí es que se encuentran los dos métodos dentro de los cuales se enmarca este trabajo: el de “Expository Research”, propio de los tratados y artículos convencionales en Derecho, pues es un método que privilegia la aproximación doctrinal, dogmática, de “black-letter”, con mezcla de deducción e inducción, formalista, y con recurso a la analogía y a la textura abierta de las reglas, al ser un método con visión aplicada y de profesionales del Derecho. De otro lado, dentro de la Metodología Doctrinal también se encuentra el denominado “Legal Theory Research”, propio de la Teoría del Derecho y la Filosofía del Derecho, pues se encuentra influenciado por una visión “pura” o académica del Derecho. (Cfr. CHYNOWETH, Paul. *Legal research*. En: KNIGHT, Andrew y RUDDOCK, Les (Eds.) *Advanced Research Methods in the Built Environment*. Chichester: Blackwell – Wiley, 2008, pp. 28-31).

³⁵ Cfr. CHYNOWETH, Paul. *Legal research*. En: KNIGHT, Andrew y RUDDOCK, Les (Eds.) *Advanced Research Methods in the Built Environment*. Chichester: Blackwell – Wiley, 2008, pp. 28-37.

³⁶ Cfr. ARTHURS, H. W. The Future of Law School: Three Visions and a Prediction. *Alberta Law Review*. 2014, vol. 51, nro. 705, pp. 705-716.

un concepto en particular del Derecho³⁷, que para este caso es el concepto del Derecho como un sistema autopoietico. El método de interpretación sistemático aquí acogido no busca llegar a una concepción del Derecho guiada por el iusnaturalismo racionalista³⁸ sino, por el contrario, entender al Derecho como un constructo cultural, como se explica en el desarrollo del trabajo.

En efecto, entender al Derecho como un sistema autopoietico implica concebirlo como una red de operaciones elementales que recursivamente reproduce otras operaciones elementales, cuyos elementos básicos son comunicaciones jurídicas y no normas, ni legisladores, dándose estas comunicaciones a partir de participación, información y comprensión; el Derecho como sistema autopoietico se entiende como una red comunicativa que produce comunicaciones jurídicas, de manera que el mundo exterior no instruye al Derecho sino que el Derecho construye el mundo exterior³⁹, por lo cual se concibe al Derecho como un sistema autónomo que funciona dentro del sistema social, es decir, un Derecho que es cerrado y abierto al mismo tiempo, bajo las figuras de cierres operacionales y acoplamientos estructurales⁴⁰.

Así, si bien una opción para este trabajo pudo haber sido la de una investigación de campo que recogiera la situación actual de la contratación verde entre comerciantes en Colombia, no fue esa la opción escogida, pues desde un comienzo hubo claridad en estudiar el asunto desde un punto de vista teórico, indagando desde la dogmática jurídica si sería posible encontrar una forma de establecer una relación entre Derecho comercial y Derecho ambiental en el ordenamiento jurídico colombiano.

La investigación llevó a descubrir en los planteamientos de la teoría del Derecho reflexivo de Gunther Teubner los elementos teóricos que permitieron elaborar la propuesta teórica que se consagra en el capítulo tercero. Como bondades de la teoría de Teubner es necesario destacar su inscripción dentro del grupo de teorías que abordan el pluralismo de ordenamientos jurídicos, yendo un poco más allá al comprender al Derecho como uno de los sistemas sociales existentes, además de abogar por la “construcción progresiva de un sistema en red, puramente horizontal, que justifica las relaciones en términos de concertación, negociación y contractualización”; no obstante, no se puede desconocer

³⁷ Cfr. GIRALDO ÁNGEL, Jaime; GIRALDO LÓPEZ, Mónica; GIRALDO LÓPEZ, Alejandro. Op. cit., pp. 47-51.

³⁸ Cfr. *Ibíd.*, p. 51.

³⁹ Cfr. TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico*. En: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.) *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 17-67.

⁴⁰ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Operational Closure and Structural Coupling: the Differentiation of the Legal System*. *Cardozo Law Review*. 1992, vol. 13, pp. 1419-1441.

que las teorías de Luhmann y Teubner del Derecho como un sistema autopoietico muchas veces se quedan en lo abstracto y general, dando una falsa impresión de armonía⁴¹.

En efecto, no se desconocen aquí las limitaciones que implica la aproximación metodológica escogida, pues es claro que el Derecho actual no se puede construir con base en dogmas y esquemas cerrados de plenitud, a la manera de las religiones, como sí ocurría bajo el esquema del Estado liberal de derecho⁴². Además, un estudio juicioso de Derecho debe tener una vocación eminentemente práctica y no limitarse a una simple discusión teórica, principal crítica que se hace desde la investigación sociojurídica a la denominada investigación jurídica⁴³. No obstante, como ya se manifestó previamente en relación con el "hiato estructural" que plantea Teubner entre teoría y práctica, para poder superar el mismo es necesario hacer referencia a grandes teorías del Derecho, como ocurre en este trabajo al hacer referencia a la teoría de Luhmann del Derecho como un sistema autopoietico y a la teoría del Derecho reflexivo de Teubner.

El mencionado hiato estructural, en lo que a protección jurídica del ambiente desde el Derecho comercial en Colombia se refiere, a mi juicio debería superarse a través de la comprensión de que el discurso del Derecho constitucional es insuficiente para resolver los asuntos que precisamente le compete resolver al Derecho comercial.

El Derecho constitucional ha sido muy respetuoso en lo que a protección jurídica del ambiente atañe, para no inmiscuirse de manera abrupta en el discurso del Derecho privado, a pesar de que la misma Corte Constitucional ha reconocido claramente que las normas de la Constitución ecológica y del derecho al ambiente sano en concreto irradian todo el ordenamiento jurídico, por lo que tal derecho debe ser protegido de manera transversal⁴⁴.

De esta manera, el hiato estructural sólo puede ser resuelto de manera satisfactoria, a mi juicio, bajo la comprensión de que precisamente no hay ejemplos que den cuenta de la aplicación en casos de contratación mercantil en Colombia de principios de protección del ambiente, como el principio de precaución o el principio de prevención, precisamente porque: i) el fenómeno no se ha dado al interior del Derecho comercial, en pronunciamientos de la justicia ordinaria, encabezada por la Corte Suprema de Justicia, pues la formulación de protección del ambiente que realiza el Derecho ambiental en

⁴¹ Cfr. MEKKI, Mustapha. *L'intérêt général et le contrat: contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*. París: LGDJ, 2004, pp. 655-657.

⁴² Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*. Madrid: Trotta, 2005, pp. 29-33.

⁴³ Cfr. GIRALDO ÁNGEL, Jaime; GIRALDO LÓPEZ, Mónica; GIRALDO LÓPEZ, Alejandro. *Op. cit.*

⁴⁴ Cfr., por ejemplo, COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-608/11. (12, agosto, 2011). M.P. Juan Carlos HENAO PÉREZ. Consultada el 5 de mayo de 2017, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-608-11.htm>

sentido estricto y el Derecho constitucional ambiental se entiende que es ajena al discurso del Derecho privado y, en consecuencia, la idea de protección del ambiente no se ha asumido como algo interno del Derecho comercial. Es decir, la formulación de la protección jurídica del ambiente por parte de discursos ajenos al Derecho comercial no parece haber sido comprendida y asumida desde el interior por los jueces ordinarios y por el Derecho comercial en general; y ii) el ámbito de aplicación del Derecho ambiental en sentido estricto y del Derecho constitucional ambiental no ha llegado todavía a traspasar de manera realmente impactante las fronteras del discurso del Derecho privado, en particular del Derecho comercial. De esta manera, por el momento, el asunto sólo puede abordarse bajo una perspectiva teórica, pero con la conciencia de que en otros ordenamientos ya se están dando los pasos para que esas fronteras actualmente existentes entre el Derecho privado y la protección del ambiente, sean cada vez más difusas.

Así, la opción por una investigación teórica sigue siendo válida en el mundo del Derecho, máxime cuando el estudio realizado no se reduce a una simple discusión dogmática sino que busca aportar una solución a un problema concreto del Derecho a la luz de una teoría jurídica como la de Gunther Teubner. Adicionalmente, la opción por el concepto del Derecho como un sistema autopoiético no desconoce en ningún momento que la relación entre ser humano y ambiente pasa indispensablemente por la política⁴⁵, así como la necesaria relación del Derecho con la economía⁴⁶.

En lo que a alcances del trabajo se refiere, es necesario exponer cuáles perspectivas sí hacen parte del estudio realizado y cuáles han quedado excluidas del mismo, bien sea por elección consciente o porque escapan al objeto de estudio. En efecto, tras varios años de estudio del tema objeto de investigación, es necesario concluir que uno de los límites, así como uno de los resultados más importantes de este estudio, es el de plantear lo aquí trabajado como una de las posibles visiones y soluciones del problema de protección del ambiente desde el discurso del Derecho privado, quedando por fuera muchas otras que no se plantean acá.

Es decir, lo que aquí deseo señalar como uno de los principales resultados de la investigación realizada es que queda en evidencia que la especialización del Derecho ha llegado a unos niveles tales, que es verdaderamente muy difícil para un abogado poder incursionar con solvencia en otra área o áreas del Derecho para poder ser considerado como experto en todas ellas. Si esto le ocurre a un estudiante doctoral, para quien, en principio, su actividad más importante y casi única es el estudio, qué podrá decirse

⁴⁵ Cfr. MESA CUADROS, Gregorio. Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el “Estado ambiental de derecho”. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007.

⁴⁶ Cfr. CARNELUTTI, Francesco. Cómo nace el derecho. Bogotá: Temis, 1.994.

respecto de un juez o un funcionario administrativo a quien se le someta para su decisión un asunto similar.

Lo anterior lleva a pensar en el reconocimiento de ese hecho para sostener que una manera adecuada para lograr la compaginación de discursos, como los del Derecho comercial y del Derecho ambiental, reside en reconocer la autonomía y complejidad de cada una de dichas áreas del Derecho, que es la base de la propuesta formulada en el capítulo tercero.

En efecto, la propuesta formulada en este estudio apunta a lograr la protección jurídica del ambiente desde el Derecho comercial a través de la apertura cognitiva del mismo para entender ciertas instituciones del Derecho ambiental, y luego ajustarlas e incorporarlas al discurso del Derecho comercial, pues la adecuada protección del ambiente no parecería conveniente que se lograra imponiendo instituciones a los comerciantes desde fuera del Derecho comercial, sino planteando las mismas desde el interior del régimen de los comerciantes.

Acá vale la pena hacer claridad sobre una opción tomada en este estudio. En efecto, se plantea que *“(...) Existen dos formas de captar, desde el derecho, un tema. La primera consiste en tomar al tema o materia como eje de regulación e intersecar –desde ella- a las distintas especialidades del derecho; la segunda consiste en tomar como eje las distintas especialidades del derecho e intersecar –desde ellas- a la materia susceptible de regulación. En el primer caso, puede decirse que se ‘fracciona’ el derecho en homenaje a la materia regulable; en el segundo caso, puede decirse que se ‘fracciona’ a la materia regulable en homenaje al derecho”*⁴⁷.

Con base en lo anterior, plantea Rosatti que, para él, la mejor forma de regular la problemática ambiental es la primera y no la segunda, pues *“debe ser la materia la que imponga su lógica y ‘arrastre’ a la disciplina”*, de manera que para él la Ley 25.675 de la República Argentina, regulatoria de los presupuestos mínimos de protección ambiental es el enfoque acertado, pues involucra en torno al tema del ambiente normas de naturaleza constitucional, de naturaleza administrativa, de naturaleza civil, de contenido comercial y de seguros, de derecho urbanístico, normas procesales y de educación ambiental⁴⁸.

Según él, ese tipo de regulación tiene la ventaja de que en un sólo cuerpo normativo está reunida o compilada toda la temática, y la desventaja, para los especialistas del Derecho, de que su disciplina deja de estar compilada en un código, mientras que la ventaja del segundo esquema de regulación, el que tiene como base las distintas especialidades del Derecho, es que evita la dispersión regulatoria de cada disciplina pero con la consecuencia negativa de dispersar o desarticular la temática objeto de

⁴⁷ ROSATTI, Horacio Daniel. Op. cit., p. 34.

⁴⁸ Cfr. *Ibíd.*, pp. 34-36.

regulación; con base en estas consideraciones, él termina prefiriendo el enfoque holístico antes que el fragmentario⁴⁹.

La opción tomada en este trabajo es la totalmente opuesta a la escogida por Rosatti, pues precisamente aquí se aboga por la necesidad de entender que, si bien el Derecho es uno y constituye un sistema único, dentro del sistema del Derecho conviven varios discursos respecto de los cuales debe reconocerse su autonomía, en aras de la coherencia del Derecho mismo. En este trabajo se entiende al Derecho como un sistema de *unitas multiplex* o unidad en la multiplicidad, concepto que será desarrollado posteriormente, pero que apunta, en líneas generales, a la necesidad de reconocer esos diferentes discursos, cada uno con sus propias estructura y funciones, como mecanismo que permita la adecuada convivencia e interacción de las disciplinas jurídicas que reflejan los diversos intereses existentes en el sistema del Derecho.

Otro punto que es necesario aclarar desde ya es que acá no se realiza una propuesta que abarque por igual a todos los comerciantes ni a todos los sujetos a los cuales se les apliquen normas de Derecho comercial. En efecto, como se ve en el capítulo segundo, en cuanto a contratos de consumo se refiere, en los que ya ha empezado a hablarse también de contratación verde, es necesario tener claro que, en un primer momento, no parece posible ni conveniente imponer deberes a los consumidores sino tan sólo a ciertos productores, proveedores o comercializadores.

A su vez, es necesario precisar que acá no se aborda la perspectiva de violaciones a derechos humanos por parte de empresas privadas, dentro de las cuales suelen aparecer afectaciones al ambiente como, por ejemplo, a través de explotaciones mineras. En efecto, como es expuesto en el capítulo tercero, ese tipo de aproximación, si bien apunta a denunciar los casos más aberrantes de violaciones al derecho al ambiente en Colombia, no es el enfoque escogido aquí, que se concentra en la comprensión de los discursos del Derecho comercial y el Derecho ambiental, para buscar su compaginación.

Es relevante también mencionar que a la fecha existen trabajos importantes en Colombia y el mundo sobre la responsabilidad por daño ecológico o ambiental. Tales trabajos obedecen a una perspectiva desde el Derecho de la responsabilidad civil, que deliberadamente no fue el enfoque escogido en este trabajo de investigación, pues precisamente quise escoger el Derecho de contratos comerciales, área aparentemente sin ningún tipo de relevancia en cuanto a protección del ambiente se refiere, para lograr entender desde un área límite o de frontera cómo podría darse la protección del ambiente desde el Derecho privado.

Pienso que el aporte que realizo al Derecho de contratos en Colombia consiste en demostrar que, no sólo es posible sino necesario, encontrar herramientas que permitan innovar los contenidos y objetivos tradicionales del Derecho de contratos, pues sólo a

⁴⁹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 34-36.

través de la adecuación del mismo a las realidades actuales se puede seguir defendiendo su autonomía como discurso. Y esa autonomía como discurso debe seguir defendiéndose, pues el Derecho de contratos es el producto de una construcción histórica que ha permitido el acoplamiento estructural entre Derecho y economía y, en consecuencia, el buen funcionamiento de la sociedad. Así, a futuro, esperaba que el Derecho de contratos pudiera ser concebido como una especie de Constitución, o fragmento constitucional, para ser preciso.

Este trabajo no aborda la perspectiva de cuáles serían las modificaciones o adaptaciones que deberían surtirse al interior del Derecho ambiental en sentido estricto y del Derecho constitucional, pues ello escapa del objeto de estudio propuesto. En efecto, la perspectiva escogida es la de estudio de los cambios que deberían realizarse al interior del Derecho comercial, en particular en materia de Derecho de contratos, con el fin de lograr la protección jurídica del ambiente. Es claro que el Derecho ambiental en sentido estricto y el Derecho constitucional también se encuentran en permanente construcción, por lo que es posible predecir que siempre se seguirán presentando colisiones con instituciones del Derecho privado. Sin embargo, creo que es labor de los comercialistas, ambientalistas y constitucionalistas trabajar por que cada vez esas colisiones sean menos fuertes, de manera que la unidad y coherencia del Derecho como sistema social se vean cada vez más fortalecidas; tal vez la solución de esas colisiones pase por acoger una concepción habermasiana del Derecho en la que el consenso, que reconozca el disenso que defiende la concepción del Derecho como un sistema autopoiético, sea el eje de discusión. Ese asunto, entonces, no es abordado aquí, pues lo realizado en este trabajo es un aporte desde el Derecho comercial para la búsqueda de un mejor manejo de tales colisiones.

Y, como se expone en el texto del trabajo, el área del Derecho escogida como objeto de estudio es el Derecho comercial en particular y no el Derecho privado en general, pues a pesar de que existen voces que invitan a la unificación del Derecho privado⁵⁰, es posible plantear argumentos en contra de tal unificación⁵¹, fundamentalmente porque en Colombia ciertas instituciones del Derecho civil y del Derecho mercantil obedecen a lógicas y discursos distintos. Así, debido a que en este trabajo era necesario entrar a estudiar el menor número de discursos que colisionaran entre sí, para facilitar la labor de compaginación, desde el ámbito del Derecho privado la escogencia se limitó al Derecho comercial, sin perjuicio de que en ciertos pasajes y en el trabajo en general se aborde una perspectiva de estudio a partir del Derecho privado en general.

⁵⁰ Cfr. DÍAZ BRAVO, Arturo. *La unificación del derecho privado*. En: PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge; NAVAS HERRERA, María Fernanda y ALARCÓN PALACIO, Yadira (Eds. Académicos). *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI. Derecho privado, tomo IV, volumen 1*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Temis, 2010, pp. 77-93.

⁵¹ Cfr. ALDANA GANTIVA, Carlos Andrés. *La evolución del derecho comercial ante la unificación del derecho privado: reflexiones desde una Colombia globalizada*. *Revista de Derecho Privado*. 2007, nro. 38, pp. 3-20.

Por último, en cuanto a alcances del trabajo se refiere, es necesario precisar que varias de las ideas que se encuentran expuestas en este trabajo son fruto de escritos elaborados a lo largo de estos años de estudios, algunos previamente difundidos, como lo exige el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Por lo tanto, el lector va a encontrar en este texto apartes similares a los difundidos en escritos previos de mi autoría, sin que se haga expresa referencia o cita de los mismos, pues entiendo a las citas y referencias de textos propios como un ejercicio dotado de un poco de petulancia, por lo que acá no se realizan.

Para dar cierre a esta Introducción general, paso a exponer las razones por las que han sido escogidos la contratación mercantil, el principio de precaución ambiental y la constitucionalización del Derecho privado como los conceptos eje de desarrollo del estudio.

En primer lugar, es necesario precisar que acá se habla de contratación mercantil y no de contratos mercantiles, por cuanto no se pretende realizar un estudio pormenorizado de todos y cada uno de los contratos mercantiles en Colombia o, por lo menos, de los principales, sino de la "acción y efecto de contratar"⁵² entre comerciantes, es decir, de la institución como tal de la contratación entre comerciantes, a la luz de criterios de protección al ambiente.

La figura de la contratación mercantil ha sido escogida, básicamente, con base en lo expuesto por Galgano, en el sentido de que el Derecho comercial se ha presentado como el Derecho del capitalismo, que terminó por convertirse en el Derecho de la burguesía comercial y de la naciente burguesía industrial, por oposición al Derecho civil, entendido como el Derecho de la burguesía terrateniente, lo cual explica que en el Derecho comercial se haya desplazado el centro normativo de la propiedad a los contratos⁵³. Los contratos y, en concreto, la contratación, entendida como eje principal del Derecho comercial, constituyen la principal razón para la escogencia realizada.

La protección al ambiente es uno de los asuntos que deben ser abordados bajo el estudio de los contratos mercantiles pues, como lo reconoce la doctrina colombiana, "*(...) el conocimiento que hemos adquirido sobre el impacto que la actividad humana produce sobre el medio ambiente, hace que la concepción contemporánea del derecho no*

⁵² Primera acepción de la voz "contratación". (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 23ª edición. Versión en línea, consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://www.rae.es>).

⁵³ Cfr. GALGANO, Francesco. Derecho comercial. Volumen I: el empresario. Bogotá: Temis, 1999, pp. 1-5. Como referente histórico al respecto, ver MOSSA, Lorenzo. Historia del derecho mercantil en los siglos XIX y XX. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1948, pp. 1-4.

pueda evadir la consideración de los asuntos relacionados con la ecología"⁵⁴, de manera que la protección del ambiente se constituye en uno de los nuevos retos del Derecho mercantil de contratos, de la contratación mercantil.

Por su parte, en relación con la escogencia del principio ambiental de precaución como lente a través del cual estudiar la contratación mercantil, la misma obedece, fundamentalmente, a que, como sostiene la doctrina, "(...) el 'principio de precaución' ambiental constituye una de las piedras angulares del desarrollo sostenible. Hemos seleccionado el principio de precaución como tópico de investigación, por resultar determinante a la hora de afrontar los críticos cambios climáticos globales de nuestro tiempo y por ser punto de inflexión de la más alta sensibilidad al momento de definir los límites del desarrollo científico-tecnológico-económico y las relaciones entre comercio y medio ambiente (eje de articulación del desarrollo sostenible)"⁵⁵.

En efecto, como lo sostiene la doctrina colombiana en relación con las transacciones privadas, "(...) se exige repensar algunas categorías jurídicas tradicionales influidas por razones ambientales. Una es la de la distribución de riesgos entre las partes como consecuencia de temas ambientales, así como la temporalidad de la responsabilidad poscontractual como consecuencia de la aparición de efectos ambientales futuros. También surgen nuevos retos, como la incorporación del principio de precaución, de no regresión o, incluso, el principio de prevención o el de la preeminencia de los derechos de participación.

"En fin, son diversos los aspectos derivados de la protección ambiental y del Derecho Ambiental que inciden en la actualidad en cualquier negocio jurídico y que nos lleva a repensar no solamente las categorías jurídicas tradicionales, sino también las del Derecho Ambiental, (...)"⁵⁶.

Y es que sobre el principio de precaución se ha dicho que, a pesar de que en la actualidad no existe una respuesta clara sobre el estado de aplicación del mismo, sí permite adicionar a las dos categorías tradicionales de obligaciones de Derecho internacional, las de obligaciones consentidas y de obligaciones asumidas, una tercera categoría, la de obligaciones necesarias, pues la precaución se ha convertido en una condición *sine qua non* de la sobrevivencia humana, de manera que ante esa nueva

⁵⁴ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Tomo IV: Contratos contemporáneos. Medellín: Diké, 2009, p. 35.

⁵⁵ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Dir.), *et al.* El principio de precaución ambiental. La práctica argentina. Córdoba: Lerner, 2008, p. 9.

⁵⁶ MACÍAS GÓMEZ, Luis Fernando. Los riesgos jurídicos ambientales en transacciones privadas y contratación pública. En: *Ámbito Jurídico*. Bogotá. 23, marzo, 2017. Consultado el 15 de abril de 2017 y disponible en <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Ambiental-y-Agropecuario/los-riesgos-juridicos-ambientales-en-transacciones-privadas-y-contratacion-publica>.

visión del mundo es necesario que el Derecho se repense para hacer frente a las decisiones por venir⁵⁷.

En efecto, sobre la importancia de la protección al ambiente a través de contratos, se afirma en Colombia que: *“(...) debe tenerse en cuenta que siendo el deber de protección un mandato constitucional, tanto para los ciudadanos como para el Estado, resultaría difícil dejar de lado este deber-obligación en virtud de acuerdos entre las partes. En especial, no se debe dejar de lado que las normas ambientales, por ser de orden público y constitucional, hacen parte del marco jurídico del contrato.*

“(...) Otro asunto que urge es la aplicación de un principio del Derecho Ambiental, como es el principio de precaución en los contratos. En efecto, en la doctrina francesa, se viene preguntando hasta dónde y cómo aplicar este principio en la ejecución contractual”⁵⁸.

Por su parte, en cuanto a la constitucionalización del Derecho privado, tal fenómeno se aborda como concepto eje de desarrollo del estudio, por cuanto la Constitución Política de Colombia establece mecanismos de protección del ambiente, tanto en la forma de principio, de garantía institucional, y de derecho subjetivo, de manera que, por deficiente, inconveniente o inaplicada que sea esta regulación, o por muchos problemas que ocasione en la práctica, que no es del caso evaluar acá, no se pueden obviar los planteamientos de tal Constitución como una Constitución ecológica y, la manera de ilustrar la influencia de tales disposiciones normativas en el Derecho comercial es a través del fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado, abordado al final del capítulo segundo.

La constitucionalización del Derecho privado y del Derecho de contratos en particular son un fenómeno innegable, pero precisamente se quiere llamar la atención en este trabajo sobre la idea de que los conceptos de Derecho privado utilizados por los jueces constitucionales no tienen siempre el mismo sentido que el que les es atribuido por los privatistas⁵⁹, por lo cual una de las principales conclusiones que se obtienen al final de la

⁵⁷ Cfr. BELAÏDI, Nadia. La lutte contre les atteintes globales à l'environnement: vers un ordre public écologique? Bruselas: Bruylant, 2008, pp. 195-201 y 446-450.

⁵⁸ MACÍAS GÓMEZ, Luis Fernando. Los mecanismos alternativos de solución de conflictos y el medioambiente. En: *Ámbito Jurídico*. Bogotá. 28, septiembre, 2017. Consultado el 19 de octubre de 2017 y disponible en <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/ambiental-y-agropecuario/los-mecanismos-alternativos-de-solucion-de-conflictos-y-el-medioambiente> Concluye sobre el particular dicho autor que: *“(...) Este es un tema nuevo que, como se dijo al inicio, puede generar dudas, indiferencia o inquietud, pero la realidad es que cada día más se hace necesario abordarlo con la seriedad académica y jurídica que lo amerita. El tema ambiental no puede ser abordado por los juristas en forma displicente, como es la tendencia de algunos colegas que, en medio de su desconocimiento, consideran que el Derecho Ambiental se reduce a la licencia ambiental, el plan de manejo ambiental y las consultas con comunidades étnicas. Nada más alejado de la realidad y del contexto internacional del Derecho Ambiental”.*

⁵⁹ Cfr. MEKKI, Mustapha. L'intérêt général et le contrat: contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé. Op. cit., p. 250.

investigación es que el Derecho comercial se tiene que repensar en términos constitucionales, es decir, se aboga por que la constitucionalización del Derecho comercial no se dé como un fenómeno de lucha de fuerzas sino como el producto de una reflexión interna del Derecho comercial.

Aquí también vale la pena tener en cuenta que, en materia de Derecho constitucional, para ciertos ambientalistas, los estándares ambientales asociados a la protección de los derechos ambientales, en lugar de avanzar, en los últimos gobiernos han producido una situación de retroceso que puede catalogarse de “estado de cosas inconstitucional anti-ambiental”, pues la defensa y protección efectiva de los derechos colectivos y ambientales quedan en entredicho, siendo los pueblos, comunidades y grupos humanos más vulnerables los directamente afectados⁶⁰. No es objeto de este trabajo validar o refutar ese tipo de afirmaciones, pues escapa ello del objeto de estudio, pero sí parece necesario mencionarlas, para que el lector se haga una idea del contexto colombiano.

De esta manera, en cuanto al asunto de la contratación mercantil bajo la perspectiva del principio de precaución ambiental, se puede decir que, en relación con el Derecho privado, el principio de precaución ha sido planteado como sustento de una nueva perspectiva en materia de responsabilidad civil, encaminada a que la misma no se conciba como una aplicación *a posteriori* del Derecho, sino como una actuación del Derecho antes de la ocurrencia de los daños, así como a que el principio de precaución no se vea como un principio de abstención sino de acción y que, si bien se acepte su origen en disposiciones constitucionales y ambientales, se reconozca su propio sustento y ubicación dentro del Derecho privado; tal posición no es del todo pacífica, a pesar de que la jurisprudencia, por lo menos en Francia, ha hecho expresa referencia al tema⁶¹.

De otro lado, en materia de contratación mercantil colombiana, no he encontrado a la fecha una aplicación en casos judiciales del principio de precaución. En consecuencia, es necesario acudir a doctrina extranjera para identificar el tratamiento de la relación entre los contratos mercantiles y la protección al ambiente. En efecto, como ya fue mencionado, se destaca el trabajo de Mathilde Hautereau-Boutonnet, por ser uno de los pocos referentes a nivel mundial y con un juicioso desarrollo del tema, sobre todo desde una perspectiva dogmático-teórica; ella ha profundizado primordialmente en la relación entre principio de precaución y responsabilidad civil, pero su estudio sobre la relación entre los contratos y el ambiente se destaca por presentar el panorama que se describe en el capítulo segundo.

⁶⁰ Cfr. MESA CUADROS, Gregorio. *Introducción*. En: MESA CUADROS, Gregorio, *et al.* Estado Ambiental de Derecho o ‘Estado de cosas inconstitucional ambiental’: derechos colectivos y ambientales bajo amenaza en la era de las locomotoras normativas. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – UNIJUS, 2013, p. 11.

⁶¹ Cfr. BOUTONNET, Mathilde. Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile. *Recueil Dalloz*. 2010, vol. 40, nro. 7445, pp. 2662-2670.

Sin perjuicio de lo que es expuesto en dicho capítulo, hay un presupuesto y una conclusión que plantea Hautereau-Boutonnet, que es necesario mencionar desde ya, pues son parte fundamental de los elementos acogidos acá. El presupuesto tiene relación con la aparente contradicción entre el contrato, acto voluntarista a través del cual se manifiesta la creación de efectos de Derecho entre particulares, y el Derecho ambiental, originalmente público, de policía administrativa, lo cual explica que el contrato como herramienta de protección del ambiente siempre se haya visto de manera marginal, ignorada, frente a las herramientas que ofrece el Derecho administrativo, contradicción que puede ser superada si se tiene en cuenta que la política y la realidad jurídicas demuestran la necesidad de tener al contrato como un instrumento para reforzar la eficacia del Derecho ambiental y responder a las carencias del Derecho administrativo, es decir, las acciones negociadas se imponen como modo alternativo de regulación del ambiente⁶².

Por su parte, la conclusión planteada por la mencionada autora está relacionada con la idea según la cual están surgiendo reglas de Derecho objetivo que contemplan un nuevo orden público, completando el orden moral y económico clásico con la idea de orden público ecológico, pero que no todo esto es completamente deseable sino que depende de la finalidad asignada al contrato a la luz del Derecho objetivo, para complementar su finalidad económica con una finalidad ambiental, todo lo cual cae en el ámbito de la política jurídica, de la cual depende, en últimas, que se pueda hablar de la eficacia ambiental del contrato⁶³.

Esos planteamientos son identificados y adoptados en este estudio como referentes hacia los cuales deberían dirigirse los esfuerzos dentro del Derecho comercial colombiano si realmente es un deseo común que la unidad y coherencia del Derecho se sigan manteniendo con ocasión de los necesarios ajustes que debe surtir el mismo para acomodarse a las nuevas realidades del mundo y de la vida.

En efecto, lo que en últimas busca plantearse al finalizar este trabajo, y que se constituye en su hipótesis central de trabajo, es lo siguiente: la protección jurídica del ambiente es un asunto que ya hace parte del Derecho comercial colombiano, fundamentalmente porque las disposiciones de la Constitución Política de Colombia llevan a ello, de manera que el tema objeto de esta investigación no corresponde a un estudio de *lege ferenda* sino de *lege lata*⁶⁴. Cosa distinta es que los operadores jurídicos colombianos hasta el

⁶² Cfr. BOUTONNET, Mathilde. *L'efficacité environnementale du contrat*. En: BOSKOVIC, Olivera. (Dir.) *L'efficacité du droit de l'environnement : Mise en oeuvre et sanctions*. París: Dalloz-Sirey, 2010, pp. 24-26.

⁶³ Cfr. *Ibíd.*, pp. 36-45.

⁶⁴ Frente a las investigaciones de *lege lata* se dice que: “La investigación destinada a ofrecer soluciones de *lege lata* tiene como punto de partida la identificación de un problema de interpretación de una o varias normas del ordenamiento jurídico vigente. Identificado el problema interpretativo, este tipo de investigación se dirige a esclarecer la naturaleza de este problema, discutir alternativas interpretativas y ofrecer la que –a juicio de quien realiza el trabajo de investigación- constituye la mejor solución posible. (...) lo característico

momento no hayan acogido tal interpretación, lo cual se puede explicar en el hecho de que la jurisdicción ordinaria no se ha apropiado del asunto, mientras que la jurisdicción constitucional se ve limitada en sus funciones para inmiscuirse dentro del discurso del Derecho comercial. La Corte Constitucional sólo puede resolver en materia de revisión de tutela, a su vez que el Legislativo y el Ejecutivo tampoco se han apropiado del asunto. La importancia del tema radica en que si el Derecho privado colombiano no realiza los ajustes internos del caso, es muy posible que los jueces constitucionales o autoridades ambientales no demoren en hacerlo, lo cual puede eventualmente ir en contra de los valores que autodefinen al discurso del Derecho privado.

Obviamente, también es necesario que se introduzcan expresamente nuevas herramientas que actualmente no existen en el Derecho comercial colombiano, en concreto en su Derecho de contratos, como serían los conceptos de orden público ecológico o función ecológica de los contratos, por ejemplo, pues el asunto de protección al ambiente todavía no ha sido adecuadamente acogido por el mismo, y esa es otra de las apuestas que se realizan en este trabajo pero, se reitera, el asunto dependería, fundamentalmente, tan sólo de un cambio en la interpretación por parte de de la jurisdicción ordinaria colombiana, pues ya existen elementos constitucionales y legales para ello.

de esta tarea de la dogmática es que no se detiene en la descripción de las alternativas interpretativas posibles en caso de indeterminación del derecho, sino que avanza un paso más allá, mediando a favor de una solución que se considera mejor –más justa, más adecuada, más razonable– que las alternativas rivales”.

Por su parte, en relación con las investigaciones de *lege ferenda* se dice que: “Bajo este rótulo considero las investigaciones dedicadas a la propuesta de reformas o modificaciones al derecho positivo. La motivación de este tipo de investigación es la insatisfacción del jurista con una regulación vigente en el derecho positivo –o con la ausencia de regulación de un determinado caso. La investigación de *lege ferenda* se dirige a criticar la solución normativa vigente y a propugnar su reemplazo, enmienda o complementación por otra norma aún no vigente, propuesta por el investigador. La propuesta de solución está destinada, paradigmáticamente, a convencer de la necesidad de su adopción al legislador, o a la autoridad que tenga poder de modificar o complementar la norma criticada”. (COURTIS, Christian. *El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática*. En: COURTIS, Christian (Ed.). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006, pp. 122-125).

CAPÍTULO 1 ⁶⁵.

COLISIÓN DE DISCURSOS LEGALES A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL DERECHO REFLEXIVO.

SUMARIO: 1.1. Introducción. 1.2. Conceptos de Derecho comercial, Derecho ambiental y aproximación epistemológica. 1.2.1. Concepto de Derecho comercial. 1.2.2. Concepto de Derecho ambiental. 1.2.3. Concepto de aproximación epistemológica. 1.3. Tensiones internas del Derecho comercial y del Derecho ambiental. 1.3.1. Tensiones dentro del Derecho comercial. 1.3.2. Tensiones dentro del Derecho ambiental. 1.4. Diversas aproximaciones epistemológicas del Derecho comercial y del Derecho ambiental. 1.4.1. El sustrato histórico. 1.4.2. El sustrato filosófico. 1.4.3. El sustrato científico. 1.5. El Derecho como discurso. 1.5.1. El iusnaturalismo y el iuspositivismo en la teoría del Derecho. 1.5.2. La justicia como un concepto cultural e histórico. 1.5.3. El Derecho como un constructo de la sociedad. 1.6. La colisión de discursos legales y el Derecho como sistema autopoietico. 1.6.1. La tensión existente en el Derecho de contratos en Colombia a la luz del solidarismo contractual y la constitucionalización del Derecho de contratos. 1.6.2. La colisión de discursos legales. 1.6.3. El Derecho como sistema autopoietico. 1.6.4. Valoración de la teoría del Derecho como un sistema autopoietico. 1.7. La teoría del Derecho reflexivo. 1.7.1. Descripción de la teoría. 1.7.2. Principales aspectos a dilucidar desde la teoría del Derecho reflexivo. 1.8. Conclusiones del capítulo.

⁶⁵ Varias de las ideas expuestas en este capítulo ya fueron previamente dadas a conocer en el capítulo de libro de WILCHES DURÁN, Rafael E. *Derecho comercial y derecho ambiental: diferentes aproximaciones epistemológicas*. En: ALJURE, Antonio, *et al.*, (Coords. Académicos). *Estudios de derecho privado: Liber Amicorum en homenaje a Hernando Tapias Rocha*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2013, pp. 405-457; y en los artículos WILCHES DURÁN, Rafael E. La protección del ambiente en el contrato a la luz de las teorías del derecho de contratos. Estudio a partir del derecho comercial colombiano. *Revista Opinión Jurídica*. 2014, vol. 13, nro. 25, pp. 87-104; y WILCHES DURÁN, Rafael E. Protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil. Estudio práctico del caso colombiano. *Revista de Derecho*. 2015, nro. 43, pp. 237-268.

1.1.INTRODUCCIÓN

Este primer capítulo persigue exponer el marco teórico que he escogido como referencia para abordar el estudio de la protección jurídica del ambiente en el Derecho comercial en Colombia.

Es necesario recordar que, según lo expuesto en la Introducción, el problema de investigación ha sido planteado en los siguientes términos: ¿cuál podría ser una forma de relación a establecer entre el Derecho ambiental y el Derecho comercial en Colombia para lograr que tal protección pudiera darse de manera adecuada?

Igualmente, vale la pena recordar que la agenda detrás de tal pregunta viene determinada por la convicción de que los particulares también estamos obligados a velar por la protección del ambiente, pues es un asunto que no compete exclusivamente a los Estados y a organismos internacionales. Lo anterior, teniendo como referente los distintos mandatos constitucionales⁶⁶ que han dado para catalogar a la Constitución Política de Colombia como una Constitución con una concepción ecologista⁶⁷, mandatos que obligan no sólo al Estado sino también a los particulares.

Sin embargo, no está claro hasta qué punto esa concepción ecologista de la Constitución Política colombiana afecta el discurso propio del Derecho privado y, en concreto, del Derecho mercantil.

Con base en el planteamiento de tal pregunta de investigación, fue posible encontrar diversas tensiones entre teorías y discursos provenientes del Derecho ambiental, del Derecho comercial y del Derecho constitucional. Lo que pretende este capítulo es presentar, en un primer momento, un panorama de tales tensiones, para luego plantear los referentes teóricos y discursivos con base en los cuales se decidió abordar el estudio del problema de investigación.

Lo anterior implica, en este primer capítulo, proponer definiciones para los conceptos de Derecho ambiental, Derecho comercial y aproximación epistemológica (1.2). Dar definiciones siempre es difícil pues, de una u otra forma, en las mismas se incluyen o se excluyen elementos sobre los cuales no hay consenso en cuanto a su inclusión o exclusión, y por cuanto las mismas siempre estarán influidas por los prejuicios e intenciones de quien

⁶⁶ Ejemplo de normas de “índole ecológica” son las consagradas en los artículos 2º, 8º, 49, 58, 67, 79, 80 y 95-8 de la Constitución Política colombiana [COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política. (20, julio, 1991). En: Gaceta Constitucional No. 116. Consultada el 20 de junio de 2017 y disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html].

⁶⁷ Cfr. AMAYA NAVAS, Óscar Darío. La Constitución ecológica de Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. También GONZÁLEZ VILLA, Julio Enrique. Derecho ambiental colombiano. Parte general, tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

las formula; sin embargo, es evidente la necesidad de establecer significados, pues ello permite que en ciencia y filosofía se puedan establecer referentes distintos de los del conocimiento empírico y su lenguaje común⁶⁸.

Posteriormente son expuestas las que aquí se consideran como las principales tensiones internas tanto del Derecho comercial como del Derecho ambiental (1.3), así como una confrontación de las diversas aproximaciones epistemológicas que tienen cada una de dichas ramas del Derecho (1.4), en especial a través del estudio de los fundamentos filosófico, histórico y científico de cada una, para concluir, en relación con el Derecho ambiental, que *"(...) la especificidad del derecho ambiental no viene tanto de la especificidad del objeto (la norma) como de la especificidad de la lectura del objeto [por lo cual] (...) el derecho ambiental 'lee' ciertas normas jurídicas que están comprendidas en el campo de estudio de otras disciplinas con 'gafas de ambientalista' y para formular otro tipo de juicios"*⁶⁹, y frente al Derecho comercial se concluirá que *"(...) el derecho comercial pasa a ser, actualmente, apenas un prisma desde el cual estudiar el orden jurídico"*⁷⁰.

Todo lo anterior tiene como base el concepto de aproximación epistemológica, respecto del cual es preciso manifestar que, para este estudio, es acogida la propuesta de epistemología constructivista de Jean Piaget, fundamentalmente porque dicha visión coincide con la concepción del Derecho como un discurso (1.5), es decir, como un constructo social, base para poder entender al Derecho como un sistema autopoiético y presentar el concepto de colisión de discursos legales (1.6), pues precisamente aquí ha sido escogida la teoría del Derecho reflexivo de Gunther Teubner (1.7), elaborada principalmente a la luz de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, como los referentes teóricos adecuados para guiar este estudio de protección jurídica del ambiente desde el Derecho comercial en Colombia.

Las razones para tal escogencia tienen que ver, fundamentalmente, con que entender al Derecho y a otros subsistemas sociales como sistemas autopoiéticos cerrados, implica necesariamente compartir que ningún sistema puede gobernar exclusivamente a la sociedad⁷¹. En efecto, uno de los principales hallazgos de este trabajo es que, si se quiere realizar un estudio de cómo puede ser suficientemente protegido el ambiente en el Derecho comercial en Colombia, no es recomendable otorgar primacía ni al discurso del Derecho ambiental ni al del Derecho comercial, pues precisamente lo que se necesita es

⁶⁸ Cfr. SARTORI, Giovanni. *La política: lógica y método en las ciencias sociales*. México: Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 15-55.

⁶⁹ SERRANO, José Luis. *Principios de derecho ambiental y ecología jurídica*. Madrid: Trotta, 2007.

⁷⁰ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. *Derecho comercial y económico. Parte general*. Buenos Aires: Astrea, 2001.

⁷¹ Cfr. NOBLES, Richard y SCHIFF, David. *Observing Law Through Systems Theory*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2013.

un referente teórico que permita respetar la autonomía de cada uno de dichos discursos, así como su interrelación.

De esta manera, el andamiaje teórico que Luhmann estructuró alrededor del concepto de autopoiesis para "(...) *promover un paradigma teórico acéntrico, fragmentado, no centrado en el ser humano, en contra de las soluciones fáciles y del control o dominio de un sistema sobre otro, con reconocimiento de ser simplemente una teoría entre muchas, favoreciendo la diferencia sobre la unidad*"⁷², favorece la descripción de la complejidad del problema ambiental y, en concreto, de la relación entre ambiente y Derecho.

De fondo se encuentra presente una visión del Derecho como discurso, como un producto cultural, en el cual cobra relevancia la protección del ambiente⁷³, la cual se acompasa con la epistemología constructivista que es acogida por la teoría del Derecho reflexivo⁷⁴.

Se cierra este primer capítulo con las conclusiones obtenidas en el mismo (1.8), dentro de las cuales se dejan señalados los principales elementos teóricos a ser abordados en los capítulos segundo y tercero. Como se verá, especialmente en el tercer capítulo, la opción tomada en este trabajo aboga por comprender al Derecho de contratos como una especie de Constitución, de manera que a futuro los principios de protección del ambiente no se entiendan como valores o principios de justicia impuestos desde fuera al discurso del Derecho de contratos, sino que sean concebidos como "(...) *principios sistémicos que los jueces pueden utilizar para hacer legítimas sus decisiones*"⁷⁵.

En últimas, lo que busca plantearse al finalizar este trabajo es que la protección jurídica del ambiente es un asunto que ya hace parte del Derecho comercial colombiano, fundamentalmente porque las disposiciones de la Constitución Política de Colombia llevan a ello, de manera que el tema objeto de esta investigación no corresponde a un estudio de *lege ferenda* sino de *lege lata*.

⁷² Traducción propia de PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. *Towards a Critical Environmental Law*. En: PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas (Ed.). *Law and Ecology: New Environmental Foundations*. New York: Routledge, 2011.

⁷³ Cfr. OST, François. *Naturaleza y derecho: para un debate ecológico en profundidad*. Bilbao: Mensajero, 1996, pp. 174-178.

⁷⁴ Cfr. TEUBNER, Gunther. *How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law*. *Law & Society Review*. 1989, vol. 23, nro. 5, pp. 727-757.

⁷⁵ MEJÍA QUINTANA, Óscar. *Filosofía del derecho contemporánea. Una reconstrucción del estatuto epistemológico*. Bogotá: Ibáñez, 2016, p. 188.

1.2. CONCEPTOS DE DERECHO COMERCIAL, DERECHO AMBIENTAL Y APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA.

Como ya fue señalado en la Introducción general, al proponerse en este trabajo la indagación por la posibilidad de protección jurídica del ambiente desde el Derecho comercial, han sido escogidas las instituciones de la contratación mercantil y del principio de precaución ambiental como los elementos que permitan estudiar la relación entre tales ramas del Derecho.

En efecto, aunque se pueda estar de acuerdo o no sobre la relación entre el Derecho comercial y el Derecho ambiental, se dice que: *"(...) Considerando por un lado que el Derecho comercial o mercantil regula las relaciones jurídicas implicadas por la realización de actos de comercio, y las surgidas de la actividad de los comerciantes en el ejercicio del comercio y, por otro lado, reconociendo que no hay acto de comercio que prescinda de basarse en recursos naturales, en los cuales las actividades comerciales encuentran su fundamento y acción, el vínculo entre el Derecho comercial o mercantil y el entramado ambiental surge indudable y directo. (...) De todas formas, en la calidad y cantidad que sean, los recursos naturales, bienes imprescindibles para la vida, representan un claro ejemplo de la dependencia y pervivencia de las actividades comerciales. Por ello es necesario aplicar efectivamente las normas jurídico ambientales a los diferentes casos comerciales, teniendo siempre presente que toda la actividad comercial se funda sobre la Naturaleza transformada, y en Naturaleza pura en aquellas situaciones en las cuales los bienes naturales son cosificados, (...)"*⁷⁶.

Así, para efectos de esta exposición, en primer lugar serán abordados los conceptos base de esta reflexión teórica, como son los de Derecho comercial, Derecho ambiental y aproximación epistemológica.

Tales conceptos permitirán ilustrar, posteriormente, las tensiones existentes, desde el punto de vista epistemológico, al interior de cada una de las dos ramas del Derecho ya mencionadas. Seguidamente, serán expuestas las apreciaciones del caso sobre las diferentes aproximaciones epistemológicas del Derecho comercial y el Derecho ambiental.

El objetivo de lo anterior es poder plantear que el Derecho es un discurso, un conocimiento que está en permanente construcción a partir de tensiones vividas tanto al interior de cada una de las ramas del mismo, como con otras ramas, y con otros discursos diferentes a él.

⁷⁶ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. Derecho ambiental. Madrid: Dykinson, 2004, pp. 229-230.

1.2.1. Concepto de Derecho comercial

Para ilustrar lo que se entiende por Derecho comercial o mercantil⁷⁷ y, precisamente, por ser un referente habitual⁷⁸, se puede acudir a la definición clásica del italiano Alfredo Rocco, quien señaló que Derecho mercantil es “(...) el conjunto de normas jurídicas por las que se rigen las relaciones nacidas de la industria comercial”⁷⁹.

Esta definición se critica por denominar “industria comercial” a una actividad que simplemente se denomina “comercio”⁸⁰, además de la limitación que implica la teorización de Rocco sobre el acto de comercio, pues la misma peca tanto por exceso como por defecto, por la ya mencionada imprecisión de la expresión “industria comercial”, y por la enumeración de actos de comercio que excluye o incluye actos que tradicionalmente sí se asocian o no se asocian, respectivamente, con el comercio⁸¹.

Así, cierta doctrina propone inicialmente que el Derecho comercial o mercantil es el conjunto de instituciones jurídicas por las que se rigen las relaciones nacidas en el comercio, entendiendo por comercio el conjunto de actividades que efectúan la circulación de los bienes entre productores y consumidores, definición de comercio en la que inmediatamente se advierte la exclusión del concepto de servicios, pero se advierte que no todo el Derecho del comercio es Derecho mercantil y que no todo el Derecho mercantil es un Derecho para el comercio, ante lo cual se señala que no se puede fundar el Derecho mercantil sobre el concepto, bien sea jurídico o económico, de comercio, pues el comercio es una simple referencia histórica⁸².

⁷⁷ Por los adjetivos “comercial” y “mercantil”, calificativos tanto de la rama del Derecho que se está abordando, como de otros conceptos, se entiende en este trabajo lo mismo, pues en ambos casos se trata de asuntos pertenecientes o relativos al mercader o al comerciante, a la mercancía o al comercio. Un mercader es una persona que comercia con géneros vendibles y comerciar es negociar comprando y vendiendo o permutando géneros. (Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 23ª edición. Versión en línea, consultada el 20 de mayo de 2017 y disponible en <http://www.rae.es>). Voces “comercial”, “mercantil”, “comerciante”, “mercader” y “comerciar”. Así, acá se hablará indistintamente de Derecho comercial o mercantil.

⁷⁸ Cfr. MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón Eduardo. Principios de derecho comercial. Bogotá: Temis, 2000, pp. 1-2. También ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Op. cit., p. 2.

⁷⁹ ROCCO, Alfredo. Principios de derecho mercantil. Parte general. México: Nacional, 1960, p. 3.

⁸⁰ Sobre los conceptos de “industria” y “comercio” también ver RIPERT, Georges. Tratado elemental de derecho comercial. Volumen I: comerciantes. París/Buenos Aires: LGDJ/Tipográfica Editora Argentina, 1954, pp. 1-2.

⁸¹ Cfr. ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Op. cit., pp. 2 y 80.

⁸² Cfr. GARRIGUES, Joaquín. Curso de derecho mercantil. Op. cit., pp. 5-20.

También se destaca que el Derecho comercial no es únicamente el Derecho de la empresa ni totalmente el Derecho de la empresa, sino que es un conjunto de instituciones unidas y relacionadas por motivos históricos vinculados a un orden profesional⁸³, caracterización con la que se superaría la discusión sobre si el Derecho comercial, en la actualidad, consiste en ser el regulador de los empresarios y de la actividad externa propia de las empresas⁸⁴, o si es necesario hablar del Derecho comercial como un Derecho de la economía de masas⁸⁵.

En efecto, la definición del Derecho comercial ha estado influida por las tensiones generadas por concepciones basadas en los criterios subjetivo de la Edad Media y objetivo del Código de Comercio Francés de 1807, las nociones de comercio y de industria, de empresa y de economía de masas, del Derecho de los negocios y del Derecho económico, ante lo cual se plantea su comprensión bajo la idea de especificidad de instituciones que lo conforman⁸⁶.

Así, el carácter del Derecho comercial o mercantil demuestra la relatividad de estas divisiones que suelen plantearse en el "afán clasificatorio del Derecho, pues las mismas no responden a realidades ontológicas sino a contingencias, al entendimiento del Derecho como un producto de la historia" pues, precisamente, no siempre ha existido un Derecho mercantil como rama del Derecho positivo, y no siempre el Derecho mercantil ha respondido a unos mismos contenidos y límites, por lo cual es indispensable adentrar en el origen y desarrollo histórico del mismo, para poder llegar a un concepto pero, sobre todo, para averiguar el porqué de su existencia, sus contenidos y fines⁸⁷, advirtiendo que, si bien se puede compartir la idea proveniente desde el Derecho privado en el sentido de que el

⁸³ Cfr. ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Op. cit., pp. 1-3 y 75-134. En el mismo sentido: PINZÓN, Gabino. Introducción al derecho comercial. Bogotá: Temis, 1985, pp. 7-9; RIPERT, Georges. Op. cit., pp. 15-17; y GARRIGUES, Joaquín. Curso de derecho mercantil. Op. cit., pp. 28-30.

⁸⁴ Cfr. OLIVENCIA RUIZ, Manuel. *La autonomía del derecho mercantil. La Constitución y el derecho mercantil. Ensayo de un concepto del derecho mercantil.* En: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. (Coord.). Derecho Mercantil I, Volumen 1º. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 33-40. Olivencia no cierra su concepción del derecho comercial a los empresarios y la actividad externa de la empresa sino que también concibe la posibilidad de extender el concepto "(...) a todos los operadores del mercado, incluidos los consumidores, y no sólo a los actos de la empresa, sino a cualesquiera otros de producción de bienes o servicios para el mercado, su distribución y adquisición", afirmando que es una tendencia de futuro. (Cfr. OLIVENCIA RUIZ, Manuel. *La autonomía del derecho mercantil. La Constitución y el derecho mercantil. Ensayo de un concepto del derecho mercantil.* Op. cit., pág. 39).

⁸⁵ Cfr. GARRIGUES, Joaquín. Curso de derecho mercantil. Op. cit., pp. 18-28. También FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 2005, pp. 1-35.

⁸⁶ Cfr. REINHARD, Yves. Droit commercial (actes de commerce, commerçants, fonds de commerce). París: Litec, 1987, pp. 1-17.

⁸⁷ Cfr. OLIVENCIA RUIZ, Manuel. *El derecho mercantil. Origen y evolución histórica.* En: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. (Coord.). Derecho Mercantil I, Volumen 1º. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 3-5.

mismo debe estudiarse siempre a la luz del contexto dentro del cual opera⁸⁸, acá no se realiza un estudio bajo la perspectiva histórica, por no ser objeto de este trabajo.

No obstante lo anterior, lo que sí queda claro es que el Derecho comercial se adscribe tradicionalmente al Derecho privado⁸⁹, pero se dice por la doctrina que el Derecho comercial es un Derecho privado especial frente al Derecho privado común que es el Derecho civil, argumentándose que acota su propia materia y autolimita la aplicación de sus normas a determinadas instituciones y relaciones jurídicas, mientras que el Derecho común, como ordenamiento básico y de carácter totalizador, no define su propia esfera de aplicación, de manera que se explica el surgimiento de un Derecho especial cuando la regulación del Derecho común no satisface las exigencias de un sector de la realidad social y no ofrece los resultados de justicia que se demandan⁹⁰.

Se encuentra así la posición según la cual el Derecho mercantil no se segregó del Derecho civil, ya que nunca estuvo unido al mismo, sino que apareció en la Alta Edad Media ante la necesidad de un Derecho de comerciantes que respondiera sin rigidez a los tecnicismos de la glosa, a las exigencias del comercio y de una incipiente y rudimentaria actividad industrial desarrollada en el seno de las ciudades, de manera que en la tradición jurídica de Derecho continental la separación del Derecho mercantil respecto del civil no es tajante ni absoluta, pues comparten buen número de principios generales, existen zonas intermedias y extremos discutibles entre ambas ramas, y no es poco frecuente que, ante vacíos de la normatividad mercantil, se hagan remisiones a la normatividad civil, entendiéndose así que el Derecho mercantil es Derecho privado especial, no tanto por su supuesta segregación del Derecho civil sino porque ahí encuentra su complemento necesario⁹¹.

Situación un poco distinta se presenta en otros sistemas jurídicos, en los que se discute doctrinariamente si existe o no Derecho mercantil, como ocurre en el sistema angloamericano, pero en el cual se concluye de manera muy parecida a lo que ocurría en Roma, en el sentido en que no había un Derecho comercial separado del civil pero que sí existía la disciplina del Derecho mercantil en cuanto regulaba personas, actos y contratos, irrelevantes desde el punto de vista civil, o la situación vivida en países de corte socialista marxista, en los cuales el Derecho mercantil se entendía reemplazado por una

⁸⁸ Cfr., por ejemplo, GUYENOT, Jean-Pierre. Contribución al estudio del derecho comercial comparado: las nuevas tendencias del derecho comercial francés en el contexto de la economía europea en vías de unificación. Buenos Aires: EJE, 1971. También DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Postmodernidad y derecho. Bogotá: Temis, 1993.

⁸⁹ Cfr., entre otros, GARRIGUES, Joaquín. Curso de derecho mercantil. Op. cit., pp. 28-39. REINHARD, Yves. Op. cit., pp. 7-9. PINZÓN, Gabino. Op. cit., pp. 1-3.

⁹⁰ Cfr. OLIVENCIA RUIZ, Manuel. *El derecho mercantil. Origen y evolución histórica*. Op. cit., pp. 4-5.

⁹¹ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio. Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 76-78.

disciplina similar al Derecho económico o Derecho público de la economía, toda vez que la propiedad privada, la autonomía privada y la posibilidad de admitir separaciones que enfrentaran intereses generales de la sociedad con intereses privados de los particulares, no eran figuras admisibles del todo⁹².

En particular, es importante llamar la atención sobre la situación en Derecho anglosajón, por cuanto varias referencias doctrinarias realizadas a lo largo de este trabajo tienen como base tal sistema de Derecho pero, sobre todo, en la medida que la visión anglosajona coincidiría en buena parte con la conclusión parcialmente obtenida en la tradición de Derecho continental, en el sentido de no poder dar una definición única de Derecho comercial sino de entenderlo como un conjunto de instituciones, vinculadas más por su origen histórico que por algún tipo de categoría ontológica.

En efecto, expone Roy Goode al respecto que en el *common law* no hay una separación formal entre el Derecho civil y el Derecho que gobierna las transacciones comerciales, pues no hay reglas especiales para comerciantes ni ningún concepto de acto de comercio y, mucho menos, un código de comercio, salvo el caso de los Estados Unidos de América, por lo que el Derecho comercial ha sido tradicionalmente tratado como una mera agregación de materias específicas, como la compraventa, la agencia y los instrumentos negociables, entre otras, aunque, en sentir de Goode, el Derecho comercial es mucho más que eso, pues representa la totalidad de respuestas del Derecho a las disputas mercantiles, con todos los principios, reglas y provisiones legales o cualquier otra fuente que regule derechos y obligaciones de Derecho privado entre las partes con ocasión de transacciones comerciales, en las relaciones entre ellos o en sus relaciones con otros⁹³.

Es importante anotar que dentro del Derecho comercial, en el sistema anglosajón, se excluye al Derecho corporativo que, por el contrario, en la tradición de Derecho continental suele hacer parte del Derecho comercial bajo la denominación de Derecho societario⁹⁴. Para efectos de este trabajo, el Derecho corporativo o societario se entenderá como una más de las instituciones que hacen parte del Derecho comercial o mercantil, toda vez que de tiempo atrás se tiene establecido que las organizaciones económicas, dentro de las cuales son parte importante las corporaciones o sociedades, tienen una importante relación con las afectaciones al ambiente⁹⁵.

⁹² Cfr. ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Op. cit., pp. 47-49. En el mismo sentido, PINZÓN, Gabino. Op. cit., pp. 9-11.

⁹³ Cfr. GOODE, Roy. *Commercial Law in the Next Millenium*. Londres: Sweet & Maxwell, 1998, p. 8.

⁹⁴ Cfr. GOODE, Roy. *Commercial Law*. Londres: LexisNexis UK/Penguin Books, 2004, p. 8.

⁹⁵ Cfr. HOFSTETTER, Karl. *The Ecological Liability of Corporate Groups: Comparing US and European Trends*. OST, François. *A Game without Rules?* SELZNICK, Philip. *Self-Regulation and the Theory of Institutions*. Todos en: TEUBNER, Gunther; FARMER, Lindsay y MURPHY, Declan (Eds.) *Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Ecological Self-Organization*. Chichester: Wiley, 1994. También ZAPATA LUGO, José Vicente. *Industria y medio ambiente. Responsabilidad por*

En relación con el objetivo o fin del Derecho corporativo se plantea una discusión consistente en si es, como para casi todas las ramas del Derecho, servir a los intereses de la sociedad como un todo, o si simplemente es asegurar que la corporación sirva a los mejores intereses de los accionistas, más específicamente, a maximizar los retornos financieros de los accionistas a través del mejor precio para sus acciones; la discusión reside en determinar si, maximizando los beneficios de las corporaciones, se optimizan los beneficios de la sociedad en general⁹⁶.

Con base en lo anteriormente expuesto, y para efectos de esta tesis doctoral, se entiende acá al Derecho comercial o mercantil como el conjunto de instituciones jurídicas que, históricamente y para cada contexto, han venido surgiendo para regular las relaciones derivadas de los conceptos originarios de comerciante y comercio, hoy en día afectados, más no superados, por los conceptos de empresario, empresa, negocios, industria, consumo y economía de masas, entre otros.

1.2.2. Concepto de Derecho ambiental

En cuanto al Derecho ambiental se refiere, el mismo se presenta por la doctrina como el sistema de normas, principios, instituciones, prácticas operativas e ideologías jurídicas que regulan las relaciones entre los sistemas sociales y sus entornos naturales⁹⁷, definición de la cual vale la pena resaltar el hecho de presentar al Derecho ambiental como un conjunto de instituciones jurídicas o, como la "sombriilla", si se entiende que no es un área autónoma del Derecho, que permite agrupar previsiones legales particulares relevantes para la protección del ambiente⁹⁸.

En efecto, tanto el Derecho ambiental como el Derecho comercial son entendidos en este trabajo como conjuntos de instituciones jurídicas que han venido surgiendo a lo largo de la historia. La discusión sobre si un abordaje del Derecho constituye o no una rama o disciplina autónoma del Derecho será expuesta cuando sea estudiado el concepto de colisión de discursos legales, pero se puede adelantar, con apoyo en Rabinovich-

pasivos ambientales: consideraciones respecto de la problemática de los residuos peligrosos. En: LONDOÑO TORO, Beatriz; RODRÍGUEZ, Gloria Amparo y HERRERA CARRASCAL, Giovanni. (Eds.) *Perspectivas del Derecho ambiental en Colombia.* Bogotá: Universidad del Rosario, 2.006, pp. 545-564. Y EPSTEIN, Marc J. *El desempeño ambiental en la empresa.* Bogotá: ECOE, 2000.

⁹⁶ Cfr. HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier. *What is Corporate Law?* En: KRAAKMAN, Reinier, *et al.* *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach.* Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 17-19. Este asunto no será abordado a profundidad, por exceder el objeto de estudio propuesto.

⁹⁷ Cfr. SERRANO, José Luis. *Principios de derecho ambiental y ecología jurídica.* Op. cit., pp. 29-32.

⁹⁸ Cfr. COYLE, Sean y MORROW, Karen. *The Philosophical Foundations of Environmental Law: Property, Rights and Nature.* Oxford/Portland: Hart Publishing, 2004, pp. 1-5.

Berkman, que la metáfora de las ramas del Derecho es bastante utilizada pero realmente no es acertada, pues “mientras toda rama de un árbol participa de la sustancia del tronco del que ha surgido, las ramas del Derecho contienen elementos muy diferentes e incluso incompatibles entre sí”⁹⁹, lo cual se ha convertido en un problema para entender al Derecho como una unidad.

Así, si bien en este trabajo se utiliza ocasionalmente el término de ramas del Derecho o disciplinas jurídicas, lo importante es entender que lo que hay de fondo es un conjunto de instituciones que se guían por un discurso en común. De esta forma, afirmaciones como aquellas que sostienen que “(...) *el Derecho ambiental no es propiamente hablando una 'rama del Derecho' en razón de su ausencia de autonomía*”¹⁰⁰, no son relevantes para efectos de este estudio, pues lo que importa acá no es la autonomía de fuentes del Derecho ambiental sino que el discurso que el Derecho ambiental maneja es muy distinto al que tiene el Derecho comercial, por ejemplo. Lo que aquí importa es el reconocimiento de discursos distintos, no la discusión sobre si el Derecho ambiental constituye o no una rama o disciplina jurídica autónoma.

En relación con la definición propuesta para el Derecho ambiental, vale la pena anotar que en Colombia no se habla de “ambiente” sino de “medio ambiente”, lo cual tiene importantes consecuencias desde el punto de vista filosófico e ideológico, pues esa expresión da cuenta de una visión antropocéntrica del asunto. En Colombia, según la Constitución Política, se entiende al medio ambiente como un bien jurídico de interés social, que goza de la categoría de derecho humano por ser un derecho fundamental de las personas, de manera que, por derecho al ambiente sano, se entiende el derecho humano reconocido por la Constitución, encaminado a proteger al hombre y a la naturaleza que lo rodea, en la medida que éstos forman un todo ecológicamente equilibrado o apropiado al derecho de la vida, con plena autonomía frente a todos los demás derechos humanos constitucionalmente reconocidos¹⁰¹.

Un aspecto muy importante a dilucidar es el de si el derecho al ambiente sano tiene o no la categoría de derecho fundamental. Tal asunto será abordado en detalle en el capítulo tercero de este trabajo, donde se harán explícitas las variaciones de la Corte Constitucional colombiana al respecto, pero sí es posible adelantar al respecto, como lo dice dicha corporación, que “(...) *los derechos fundamentales dependen de la*

⁹⁹ Cfr. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. Principios generales del derecho latinoamericano. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 40.

¹⁰⁰ Traducción propia de MEKKI, Mustapha. *Pluralisme des sources et des droits – Entre ordre et désordre*. En: MEKKI, Mustapha (Dir.) Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales. Bruselas: Bruylant, 2016, p. 34.

¹⁰¹ Cfr. GONZÁLEZ VILLA, Julio Enrique. Op. cit., pp. 29-33.

protección ambiental y la protección ambiental depende del ejercicio de los derechos fundamentales ya existentes"¹⁰².

De otro lado, sobre si el Derecho ambiental protege realmente la biosfera (con mayúscula y minúscula), la naturaleza, el ecosistema, la Tierra, la ecosfera o el ambiente, no es del caso profundizar acá, pero sí es necesario advertir que el concepto de "ambiente" tendría un matiz claramente antropocéntrico, por oposición al cariz más biocéntrico del término "biosfera", tensión que constituye el eje de las discusiones dentro del Derecho ambiental¹⁰³.

Independientemente de lo anterior, lo que sí parece claro es que el Derecho ambiental puede ser presentado como un producto histórico altamente complejo¹⁰⁴ que se ha constituido en una rama del Derecho cuya novedad radica no en la autonomía de sus normas sino en la "necesidad histórica de afrontar la crisis ecológica en sede jurídica bajo la especificidad de la lectura del objeto, pues el Derecho ambiental permite leer ciertas normas jurídicas que están comprendidas en el campo de estudio de otras disciplinas con la perspectiva de ambientalista, para formular un nuevo tipo de juicios"¹⁰⁵.

El concepto de crisis ecológica no es objeto de este trabajo y, en principio, no ameritaría mayor ilustración, pues es algo que todos los seres humanos estamos viviendo actualmente, así algunas personas pretendan negarlo, pero parece pertinente remitir a un texto que constituye referente obligado al respecto, como es la Introducción del libro de François Ost "Naturaleza y derecho: para un debate ecológico en profundidad", donde se lee: "(...) Esta crisis es a la vez crisis del vínculo y crisis del límite: una crisis del modelo de

¹⁰² Ha afirmado la Corte Constitucional que "(...) *Los organismos de las Naciones Unidas responsables de asuntos de derechos humanos han empezado a considerar la interrelación entre ambiente y derechos humanos. La Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías, agregó este tema a su agenda (1989) y adoptó una resolución para acometer el estudio del ambiente y su relación con los derechos humanos. El informe preliminar de dicho estudio apareció en agosto de 1991. Es de señalar que empieza por discutir si hay bases para afirmar que el derecho al ambiente sano es un derecho humano fundamental, o si el problema debería limitarse al de un derecho que se protege a través de otros derechos (conexidad). Sobre este particular observa justamente un autor que: 'Los derechos fundamentales y la protección ambiental son dos de las preocupaciones fundamentales del derecho constitucional moderno. Ellos representan valores sociales diferentes pero interrelacionados por un conjunto de metas comunes. Los esfuerzos para realizarlos ambos buscan lograr y mantener la más alta calidad de vida humana. En ese ámbito, los derechos fundamentales dependen de la protección ambiental y la protección ambiental depende del ejercicio de los derechos fundamentales ya existentes como el derecho a la información y el derecho a la participación política' "* [COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-415/92. (17, junio, 1992). M.P. Ciro ANGARITA BARÓN. Consultada el 20 de abril de 2017, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-415-92.htm>].

¹⁰³ Cfr. GRINEVALD, Jacques. *Qu'est-ce que la Biosphère?* En PAPAUX, Alain (Ed.). *Biosphère et droits fondamentaux*. París/Ginebra-Zúrich-Basilea: LGDJ/Schultess, 2011, pp. 9-51.

¹⁰⁴ Cfr. COYLE, Sean y MORROW, Karen. Op. cit., p. 7.

¹⁰⁵ Cfr. SERRANO, José Luis. *Principios de derecho ambiental y ecología jurídica*. Op. cit., pp. 32-41.

*naturaleza, sin duda. Crisis del vínculo, porque ya no vemos qué es lo que nos une a los animales, a los seres vivos, a la naturaleza; crisis del límite, porque ya no vemos qué nos distingue de ellos*¹⁰⁶.

1.2.3. Concepto de aproximación epistemológica

Por último, en cuanto al concepto de aproximación epistemológica, es necesario tener en cuenta para abordar el tema y las implicaciones que el uso de tal término conlleva, la definición de epistemología del Diccionario histórico de la lengua francesa, por ser utilizada por la doctrina, definición en la que la epistemología es entendida como el estudio crítico de las ciencias, dirigido a determinar su valor, su fundamento lógico y su campo de acción¹⁰⁷.

En efecto, la denominación epistemología proviene del término griego *episteme*, que es un tipo de conocimiento que constituye en la teoría o filosofía del conocimiento de los griegos, el auténtico conocimiento, el paradigma o modelo al que se asemejan o se aproximan los restantes tipos, pues conlleva necesariamente verdad y jamás se equivoca, gracias a lo cual el *episteme* se distingue de la *doxa*, término con el cual se identificaba la opinión o creencia, distinción base de la disociación entre el conocimiento o verdad y la religión, creencias u opiniones, distinción que no es tan tajante en la epistemología anglosajona, en la cual se acentúa la ligazón entre conocimiento y creencia, fundamentando ambas en la evidencia y considerando al conocimiento como una creencia que satisface ciertas condiciones. Por el contrario, en Francia se entendió a la epistemología como filosofía o crítica de las ciencias, incluyendo a la epistemología dentro de la filosofía, con el conocimiento científico como objeto específico de estudio de la epistemología¹⁰⁸.

No obstante lo anterior, también son evidentes los esfuerzos por desligar a la epistemología de la filosofía y, en concreto, de la metafísica, para hacerla un saber independiente, científico, no apriorístico, esfuerzo liderado principalmente por el empirismo lógico, con exponentes como Carnap, Russell y Quine, quienes abogaron por despojar a la epistemología de referencias no verificables, sosteniendo así que la fuente y validez del conocimiento está en la experiencia sensorial; interesa acá hacer esta referencia al empirismo lógico, por cuanto esta posición del empirismo tiene como principal contradictor a la epistemología genética o epistemología constructivista de

¹⁰⁶ OST, François. *Naturaleza y derecho: para un debate ecológico en profundidad*. Op. cit., p. 10.

¹⁰⁷ Cfr. GARCÍA, Rolando. *El conocimiento en construcción: de las formulaciones de Jean Piaget a la teoría de sistemas complejos*. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 15.

¹⁰⁸ Cfr. MUÑOZ, Jacobo y VELARDE, Julián (Eds.) *Compendio de epistemología*. Madrid: Trotta, 2000, pp. 203-208.

Piaget, con un posterior rescate del empirismo a cargo de la epistemología naturalizada de Quine¹⁰⁹.

También es necesario destacar los aportes de Popper, Wittgenstein y Kuhn a la epistemología de las ciencias sociales. En efecto, Popper se destaca por su defensa del racionalismo, su posición prescriptiva respecto de la ciencia, y el ataque a las posturas que abogaban por aproximarse a la ciencia necesariamente desde la sociología o la psicología¹¹⁰, sin perjuicio de las duras críticas que se le han hecho, ante lo cual se señala que, independientemente de que las soluciones por él propuestas no siempre fueran las correctas, ello no debe impedir reconocer que ayudó a identificar problemas reales de la ciencia y a proponer respuestas normativas a los investigadores¹¹¹.

Por su parte, Wittgenstein se destaca porque en sus dos versiones¹¹² apuntó a ver los problemas de la ciencia como algo que no puede ser abordado desde la perspectiva de la filosofía, por pertenecer los problemas al ámbito de la ciencia y ser la filosofía una actividad que brinda respuestas en otro orden distinto al de la ciencia¹¹³, obviamente sin perjuicio de todas las particularidades del pensamiento wittgensteiniano¹¹⁴.

En lo que tiene que ver con Kuhn, su aporte reside indiscutiblemente en que hizo explícito cómo se construye la ciencia, cómo es la misma, alejándose de la visión prescriptiva de Popper y mostrando una visión descriptiva de ella, gracias, principalmente, al concepto de paradigma, concepto que tiene varias utilizaciones o significados en “La estructura de

¹⁰⁹ Cfr. GARCÍA, Rolando. Op. cit., pp. 15-35.

¹¹⁰ Cfr. DOMINGO CURTO, Albert. *Presentación de las IV Jornadas del Grupo de Filosofía del Casal del Mestre de Santa Coloma de Gramenet*. En: LÓPEZ ARNAL, Salvador, et al. (Coords.). *Popper/Kuhn: ecos de un debate*. Barcelona: Montesinos, 2003, pp. 11-17. También MOYA, Eugenio. *Conocimiento y verdad: la epistemología crítica de K.R. Popper*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001.

¹¹¹ Cfr. OVEJERO LUCAS, Félix. *De Popper a Kuhn. Una mirada desde las ciencias sociales*. En: LÓPEZ ARNAL, Salvador, et al. (Coords.). *Popper/Kuhn: ecos de un debate*. Barcelona: Montesinos, 2003, pp. 121-165.

¹¹² Cfr. RAMOS ARENAS, Jaime. *Wittgenstein: la teoría de la representación en el Tractatus logico-philosophicus y La concepción del lenguaje del segundo Wittgenstein*. Ambos en: HOYOS, Luis Eduardo (Ed.). *Lecciones de filosofía*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Universidad Nacional de Colombia, 2003, pp. 353-376 y 377-402.

¹¹³ Cfr. TERRICABRAS, Josep-María. “*El filósofo resuelve problemas filosóficos*”. *Popper contra Wittgenstein*. En: LÓPEZ ARNAL, Salvador, et al. (Coords.). *Popper/Kuhn: ecos de un debate*. Barcelona: Montesinos, 2003, pp. 171-196.

¹¹⁴ Cfr., entre otros, MCGINN, Marie. *Ludwig Wittgenstein*. En: BERNECKER, Sven y PRITCHARD, Duncan (Eds.). *Epistemology (The Routledge Companion to)*. Nueva York: Routledge, 2011, pp. 763-773. HACKER, P.M.S. *Wittgenstein: Connections and Controversies*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 1-33. MCGUINNESS, Brian. *Approaches to Wittgenstein: Collected papers*. Londres: Routledge, 2002. LÓPEZ DE SANTA MARÍA DELGADO, Pilar. *Introducción a Wittgenstein: sujeto, mente y conducta*. Barcelona: Herder, 1986.

las revoluciones científicas", lo cual ha servido como argumento para exponer, junto a la falta de claridad sobre los términos en que se da la relación entre los diversos factores que intervienen en la actividad científica, cierta falta de rigor en la obra kuhniana¹¹⁵.

Sin entrar en detalles de las posturas de cada una de estas corrientes y autores previamente mencionados, el objetivo que acá se persigue es, dejando de lado la corriente anglosajona de la epistemología que la entiende como el estudio del conocimiento y de la justificación de la creencia¹¹⁶, plantear la postura de epistemología constructivista de Jean Piaget como referente para efectos de los fines que se persiguen en este trabajo.

Aunque a primera vista el planteamiento de Piaget en relación con el Derecho pareciera ser el de aceptar la visión kelseniana del mismo y concebir a la sociología jurídica como la disciplina que ayuda a comprender las normas y el Derecho frente a los hechos de reconocimiento y sus consecuencias causales¹¹⁷, la epistemología constructivista por él propuesta resalta por el hecho de "superar la imposibilidad del esfuerzo de Weber por entender que las ciencias, humanas y sociales o del espíritu, implican invariablemente estructuras de interpretación como condición del desarrollo de los conocimientos, en las cuales el individuo no se encuentra aislado sino que tiene como referente a la sociedad en la cual está inserto"¹¹⁸.

En efecto, la epistemología constructivista rechaza a su vez el apriorismo de la metafísica y los planteamientos de la epistemología propuesta por el empirismo lógico, respecto de la cual supera la visión de que la tarea de la epistemología consiste en desarrollar un método mediante el cual se puedan justificar los conocimientos a través del supuesto de que todo conocimiento se basa en la experiencia. Esto lo logra al plantear como pregunta por responder no la tradicionalmente asumida por la epistemología de qué es el conocimiento, sino la pregunta de cómo se pasa de un estado de conocimiento a otro más avanzado, con lo cual la preocupación pasa de querer entender cuál es la esencia del conocimiento a entenderlo como un proceso, cobrando relevancia el sujeto, los objetos y las estructuras que operan entre ellos, de manera que se elimina la diferencia epistemológica expuesta por Weber entre ciencias naturales y ciencias sociales, para gozar de una misma unidad epistemológica, diferenciable por los objetos de

¹¹⁵ Cfr. DOMINGO CURTO, Albert. Op. cit, pp. 11-17. ESTANY, Anna. *Kuhn y el estudio interdisciplinar de la ciencia*, pp. 95-115. OVEJERO LUCAS, Félix. Op. cit., pp. 121-165. Todos en: LÓPEZ ARNAL, Salvador, et al. (Coords.). *Popper/Kuhn: ecos de un debate*. Barcelona: Montesinos, 2003.

¹¹⁶ Cfr. DANCY, Jonathan. *Introducción a la epistemología contemporánea*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 15.

¹¹⁷ Cfr. PIAGET, Jean. *Los dos problemas principales de la epistemología de las ciencias del hombre*. En: PIAGET, Jean (Dir.). *Lógica y conocimiento científico*. Volumen No. 7: epistemología de las ciencias humanas. Buenos Aires: Proteo, 1972, pp. 171-172.

¹¹⁸ Cfr. GIL ANTÓN, Manuel. *Conocimiento científico y acción social: crítica epistemológica a la concepción de ciencia en Max Weber*. Barcelona: Gedisa, 1997.

conocimiento, en la que el diálogo y la crítica se convierten en las bases de desarrollo de la ciencia en general¹¹⁹, explicación que ya se había dado por Weber respecto de las ciencias sociales pero que tiene plena aplicación actualmente en ciencias naturales, como la física¹²⁰.

La visión epistemológica de Piaget es la acogida en este trabajo por cuanto acá se aboga por entender al Derecho como un discurso, como un constructo, un producto cultural, de manera que la visión piagetiana de ciencia, que abandona concepciones ontológicas de la ciencia y del conocimiento, para entender al conocimiento científico como un proceso, encajaría con esa visión del Derecho.

Así, el concepto de aproximaciones epistemológicas del Derecho comercial y del Derecho ambiental apunta a exponer las condiciones de validez del conocimiento científico y la búsqueda de esas dos ramas de la ciencia del Derecho por respuestas para conocer de dónde viene el pensamiento científico. El concepto de aproximación epistemológica se cruzaría también con conceptos como los de aproximación ideológica o política, pues es evidente en las ciencias sociales que los condicionamientos para el investigador varían radicalmente y, si bien la neutralidad y la objetividad son también discutibles en ciencias naturales, al ser tan especial el objeto de estudio de las ciencias sociales, como el Derecho, tales neutralidad y objetividad son mucho más ilusorias¹²¹.

Sin embargo, se opta acá por estudiar al Derecho ambiental y al Derecho comercial bajo el concepto de aproximación epistemológica y no los de aproximación ideológica o política, por cuanto en últimas se entiende en este trabajo al Derecho como ciencia¹²² y, en consecuencia, como objeto de estudio de la epistemología.

Se habla acá de aproximaciones epistemológicas del Derecho comercial y del Derecho ambiental con el objeto de plantear las diferencias que en cada una de tales ramas del Derecho existen tradicionalmente en cuanto a qué se entiende por válido y aceptable dentro de cada una de dichas disciplinas y, cómo, en principio, tales aproximaciones son sustancialmente diversas pero, en últimas, lo que se pretende en este trabajo es superar tales diferencias para que termine estando presente la idea de Derecho, sin divisiones, entendido como proceso histórico de formación de instituciones que regulan la vida humana y las organizaciones sociales, independientemente de la rama del Derecho de la que se esté tratando.

¹¹⁹ Cfr. *Ibíd.*

¹²⁰ Cfr. GARCÍA, Rolando. *Op. cit.*, pp. 223-237.

¹²¹ Cfr. SARTORI, Giovanni. *Op. cit.*, pp. 15-83.

¹²² Cfr. HERRERA JARAMILLO, Francisco José. *Filosofía del derecho*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1994, pp. 23-26.

1.3. TENSIONES INTERNAS DEL DERECHO COMERCIAL Y DEL DERECHO AMBIENTAL.

1.3.1. Tensiones dentro del Derecho comercial

El Derecho comercial, como ya fue expuesto, hace parte del concepto de Derecho privado, el cual es abordado acá precisamente porque del deseo por entender qué es Derecho privado surgen las principales tensiones existentes en su interior.

Así, en Derecho privado se suele presentar una tensión insoluble entre la protección de intereses particulares y la protección de intereses generales, que está innegablemente unida a la tradicional diferenciación entre Derecho público y Derecho privado, y que ha terminado por resolverse, en materia de Derecho civil, bajo la idea de que "el mismo no puede seguir identificándose con las bases que impulsaron la codificación, y que presupuestos definitorios como la distinción entre Derecho privado y Derecho público, o la identificación de sus principios con la expresión de la ley natural, ya no tienen ningún tipo de validez explicativa". De esta manera, debe entenderse al Derecho civil como un conjunto de instituciones forjado en el devenir histórico ante la necesidad de disciplinar las relaciones más arraigadas, íntimas y frecuentes de la persona, en su triple dimensión individual, familiar y comunitaria, pero que debe compaginar tales instituciones y la defensa de la autonomía y libertad personal con los intereses sociales y colectivos, además de adaptarse a las necesidades de las ramas del Derecho que demandan autonomía, abandonar el dogmatismo alejado de los problemas sociales, incorporar más criterios de responsabilidad objetiva, acabar con el "quietismo" que le ha caracterizado y adaptarse a la dinámica de los nuevos tiempos, caminar conjuntamente con el Derecho mercantil para lograr una racional armonía, así como armonizarse con ordenamientos jurídicos internos y externos, y pensar en su refundación bajo la idea de los principios constitucionales¹²³.

Por su parte, el Derecho comercial pareciera ir, en cuanto a tal tensión entre los intereses individuales y generales, entre lo privado y lo público, en la misma línea expuesta previamente para el Derecho civil, pues se afirma que el Derecho comercial siempre fue la regulación de sujetos y actos, como se hace en todo ordenamiento jurídico, pero que el Derecho comercial posee una esencial unidad histórica en la que, a pesar de existir variantes legislativas en cada ordenamiento jurídico en particular, siempre se estará en presencia de un orden legal que apunta a parámetros específicos, como son el ejercicio y desarrollo de la industria, el comercio y ciertos servicios, para un mercado, y con la consagración de reglas, principios, obligaciones y atribuciones para todos los sujetos que realizan tal actividad, pero también se reconoce que el ánimo de lucro ha cedido lugar e importancia "ante el debilitamiento de la fisonomía individualista y liberal del Derecho comercial, dando paso a un fuerte sentido social en muchas de sus instituciones", y señalándose como objetivo a futuro que, si se logran conciliar los cambios tecnológicos

¹²³ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio. Op. cit., pp. 135-139 y 208.

con un criterio moral adecuado y con una actitud de solidaridad social que tome en cuenta el verdadero valor del ser humano, el nuevo Derecho comercial habrá cumplido con una nueva etapa de desarrollo hacia el progreso de toda la humanidad¹²⁴.

Sin embargo, tal tensión persiste y pareciera ser parte esencial de las luchas que el Derecho privado libra no sólo internamente sino también frente a otras disciplinas¹²⁵. Las tensiones del Derecho privado también se ven presentes en referentes dialécticos como lo son objetivismo y subjetivismo, razón y fuerza, individuo y sociedad, o libertad e igualdad¹²⁶, así como en juiciosos estudios, principalmente históricos, que dan cuenta de cómo el Derecho privado ha sido un producto de las distintas corrientes filosóficas e ideológicas que han surgido en el transcurso de la historia de la humanidad¹²⁷ o, simplemente, un reflejo de lo que han plasmado en instituciones jurídicas aquellos que han gozado del poder a través de la historia, especialmente en países con Estados débiles¹²⁸.

No obstante lo anteriormente expuesto, la tensión interna más importante que, a mi juicio, ha estado viviendo el Derecho privado en los últimos años, tiene que ver con la discusión entre aquellos que optan por una visión interna del Derecho privado y aquellos que optan por una visión externa del mismo, es decir, por aquellos que sostienen, por un lado, que la solución a los problemas jurídicos en Derecho privado debe encontrarse dentro del Derecho y la teoría jurídica desde adentro, o la de aquellos que sostienen, por el otro lado, que las soluciones a los problemas jurídicos deben encontrarse bajo parámetros de utilidad o efectos sociales del sistema legal, es decir, preguntándose por los propósitos, fines o intereses a los que sirve o debe servir el Derecho¹²⁹.

¹²⁴ Cfr. ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Op. cit., pp. 31, 78 y 132. Sobre la inclusión de la idea social en el Derecho comercial también ver: RIPERT, Georges. Op. cit., pp. 26-31 y 48-54; GALGANO, Francesco. Derecho comercial. Op. cit., pp. 119-127; PINZÓN, Gabino. Op. cit., pp. 28-32. Merece destacarse la presentación de Garrigues al respecto para plantear ese acercamiento “al estado social y a la ideología de nuestro tiempo” como uno de los fenómenos que da origen a lo que él denomina “crisis del derecho mercantil”; al respecto ver GARRIGUES, Joaquín. Curso de derecho mercantil. Op. cit., pp. 26-28 y GARRIGUES, Joaquín. Hacia un nuevo derecho mercantil: escritos, lecciones y conferencias. Madrid: Tecnos, 1971, pp. 201-226.

¹²⁵ Un clásico en el tema es la obra de Gioele Solari, la cual se divide en dos tomos, titulados “La idea individual” y “la idea social”, que dan buena cuenta de esa tensión. Cfr. SOLARI, Gioele. Filosofía del derecho privado. Tomo I: La idea individual. Buenos Aires: Depalma, 1946 y Tomo II: La idea social. Buenos Aires: Depalma, 1950.

¹²⁶ Cfr. ACOSTA GÓMEZ, Francisco Javier. Filosofía del derecho privado. Medellín: Señal Editora/Fundación Universitaria Luis Amigó, 2004, pp. 139-158.

¹²⁷ Cfr. WIEACKER, Franz. Historia del derecho privado de la Edad Moderna. Madrid: Aguilar, 1957.

¹²⁸ Cfr. MIROW, Matthew C. Latin American Law: A History of Private Law and Institutions in Spanish America. Austin: University of Texas Press, 2004.

¹²⁹ Cfr. HEDLEY, Steve. *Looking Outward or Looking Inward? Obligations Scholarship in the Early 21st Century*. En: ROBERTSON, Andrew y TANG, Hang Wu. (Eds.). *The Goals of Private Law*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2009, pp. 193-195.

En efecto, bajo la primera corriente, la de visión interna o de los internalistas, suelen agruparse tendencias tan disímiles como las de los taxonomistas, los teóricos de los derechos, los teóricos de la justicia correctiva o conmutativa y los teóricos interpretativos¹³⁰, pero suele ser lugar común presentar a Ernest Weinrib como referente obligado de tal corriente de visión interna del Derecho privado¹³¹.

Weinrib, en su texto icónico, *The Idea of Private Law*¹³², expone que las relaciones de Derecho privado tienen una estructura unificante, que es interna, pues está implícita en todas las proyecciones del Derecho privado y porque es inteligible y coherente sin referencia a elementos externos, por lo cual sostiene que, en relación con la pregunta sobre cuál es el objetivo o propósito del Derecho privado, la respuesta es que el objetivo del Derecho privado es ser Derecho privado.

En efecto, sostiene Weinrib que su posición es la de defender el Derecho privado, en su calidad de ser una de las más elementales manifestaciones del Derecho, frente a la visión de los que él denomina funcionalistas o académicos que estudian el Derecho a través de sus objetivos o propósitos, cuyo ejemplar más evidente son los teóricos de la escuela de análisis económico del Derecho. Frente a los funcionalistas, Weinrib señala que sus presupuestos están equivocados, ya que sostienen que el Derecho no es un cuerpo autónomo de enseñanza, que Derecho y política están inextricablemente mezclados, que el conceptualismo del Derecho no puede ser tomado como la base del mismo, y que no se debe distinguir entre Derecho público y Derecho privado. Sostiene él que esos argumentos desconocen la verdadera naturaleza del Derecho, la que se percibe verdaderamente desde la práctica del Derecho privado, y que corresponde a una comprensión y visión interna del mismo, que no es reduccionista, como sí lo son las posiciones de los funcionalistas, y que le da al Derecho privado una estructura interna sistemática que no depende de juristas individualmente considerados.

Así, Weinrib cimienta su visión interna del Derecho privado en tres tesis: i) la versión interna del Derecho privado tiene su sustento en el formalismo legal, gracias al cual se sientan las bases de la estructura del Derecho privado; ii) la noción aristotélica de justicia correctiva o conmutativa es la que otorga el patrón de coherencia de las relaciones de Derecho privado, por oposición a la justicia distributiva, con lo cual se especifica la estructura del

¹³⁰ Cfr. *Ibíd.*, pp. 195-197.

¹³¹ Cfr. ROBERTSON, Andrew. *Introduction: Goals, Rights and Obligations*, p. 1. MORAN, Mayo. *The Mutually Constitutive Nature of Public and Private Law*, p. 17. PERRY, Stephen. *Duty of Care in a Rights-Based Theory of Negligence*, p. 82. SMITH, Stephen A. *The Rights of Private Law*, p. 115. Todos en: ROBERTSON, Andrew y TANG, Hang Wu. (Eds.). *The Goals of Private Law*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2009. También LUCY, William. *Philosophy of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 24.

¹³² Cfr. WEINRIB, Ernest. *The Idea of Private Law*. Cambridge/Londres: Harvard University Press, 1995.

Derecho privado; y iii) la fuerza normativa de la justicia correctiva se la otorga el concepto kantiano de Derecho y libertad como correlativamente atado al de obligación, con lo cual se dota a la estructura del Derecho privado de su soporte moral.

No es posible profundizar acá en cada todos y cada uno de los argumentos y tesis de Weinrib, pero sí queda claro al final de *The Idea of Private Law* que busca dotar al Derecho privado de una entidad suficiente que haga frente a la tendencia de las últimas décadas de querer estudiar el Derecho privado desde otras disciplinas, restándole importancia a lo que, según él, es realmente el Derecho privado, desde sus entrañas, que no es otra cosa que una exploración elaborada de lo que una persona puede exigir frente a otra como derecho, y que precisamente es algo que conocen los abogados privatistas y no académicos de disciplinas distintas al Derecho privado.

La posición de los partidarios de la visión externa o externalistas, por el contrario, no tiene un referente claro, pues sus expositores no han tendido a agruparse, lo cual puede explicarse bajo la idea de que la diversidad en puntos de vista alternativos ha ido en contra del surgimiento de un punto de vista externalista único; sin embargo, se presentan como puntos comunes a los externalistas, los siguientes¹³³: i) la importancia de un sistema lógico no puede ser evaluada desde dentro de tal sistema; ii) los reclamos universales requieren conocimiento universal; iii) si el Derecho está en caos, la solución no se va a encontrar simplemente con la introducción de nuevos conceptos desde dentro de la teoría; iv) las exposiciones presentadas como "la mejor explicación" de áreas particulares del Derecho son, como mínimo, dudosas; v) las referencias a los clásicos en la filosofía no encajan con la solución inmediata de los problemas en el mundo actual; vi) nadie tiene el monopolio de los derechos o la justicia; vii) la historia no debe presentarse a favor de nadie; y viii) no es aceptable decir que, debido a que los abogados y jueces no son expertos en política, no se debe tener en cuenta la misma como influencia decisiva en el Derecho.

Los principales referentes de la corriente externalista son los expositores de la escuela de análisis económico del Derecho, con especial impacto en el mundo anglosajón, especialmente en los Estados Unidos de América, presentándose a Richard Posner como figura descollante en esta escuela¹³⁴ y aceptándose que "(...) la eficiencia es el paradigma teórico dominante en el ámbito académico de los derechos comercial y corporativo contemporáneos"¹³⁵.

¹³³ Cfr. HEDLEY, Steve. Op. cit., pp. 197-198 y 210-213.

¹³⁴ Cfr. GOODE, Roy. Commercial Law. Op. cit., pp. 22-23.

¹³⁵ KRAUS, Jody S. y WALT, Steven D. *Introduction*. En: KRAUS, Jody S. y WALT, Steven D. (Eds.) *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 1.

Esa corriente se reconoce como innegable influencia para las reacciones que ha tenido la filosofía contemporánea del Derecho privado, pues el argumento sobre el valor y significado de la eficiencia es una de las principales razones por las cuales se presenta actualmente a la filosofía del Derecho privado como predominantemente normativa, lo cual ha llevado a que se considere que las aproximaciones estrictamente externas al Derecho privado están equivocadas, de manera que se señalan como los principales asuntos de la agenda de la filosofía contemporánea del Derecho privado: i) la comprensión y definición de los conceptos núcleo del Derecho privado; ii) la pregunta sobre los fundamentos normativos del Derecho privado, dentro de los cuales se destaca el planteamiento por no acoger sólo un fundamento de justicia correctiva o conmutativa sino también de justicia distributiva; y iii) la pregunta sobre los rasgos distintivos del Derecho privado, la cual se sigue presentando sin respuesta¹³⁶.

Así, la tensión entre internalistas y externalistas sigue presente en las discusiones epistemológicas del Derecho privado y lo que pareciera claro es que ninguna de las dos aproximaciones es completa y acertada por sí misma, pues los internalistas no pueden negar y desconocer que hacen parte de un sistema político amplio, y los externalistas no pueden ignorar los planteamientos de los internalistas, pues son en gran parte los responsables de que el Derecho sea tal y no otro ordenamiento. En definitiva, se dice que lo interno y lo externo no pueden separarse, fraccionarse, sino que deben aprender a vivir juntos¹³⁷.

En efecto, se señala que cuando los jueces tienen en cuenta consideraciones políticas, esto tiene implicaciones para las aproximaciones formalistas e instrumentalistas del Derecho privado, pues los jueces no pueden tener en cuenta consideraciones de bienestar social sin asumir ilegítimamente un rol legislativo, además que entender el Derecho privado como un sistema de regulación gobernado exclusivamente por el bienestar social es dar una visión incompleta de tal materia, pero los jueces tampoco pueden tener en cuenta estrictamente la “estructura bipolar” del Derecho privado de demandante y demandado, pues es necesario balancear los intereses de disputas particulares con intereses generales de la sociedad, ya que está demostrado que las consideraciones políticas han jugado y siguen jugando un rol significativo en la formación de las reglas de Derecho privado¹³⁸.

Esta discusión no parece muy lejana de la que se sostiene en el medio colombiano en relación con las aproximaciones metodológicas al estudio del Derecho en general, entre la investigación jurídica¹³⁹ y la investigación sociojurídica¹⁴⁰, conocida en el ámbito

¹³⁶ Cfr. LUCY, William. Op. cit., pp. 1-44 y 419-436.

¹³⁷ Cfr. HEDLEY, Steve. Op. cit., pp. 213-214.

¹³⁸ Cfr. ROBERTSON, Andrew. *Constraints on Policy-Based Reasoning*. En: ROBERTSON, Andrew y TANG, Hang Wu. (Eds.). *The Goals of Private Law*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2009, pp. 279-280.

¹³⁹ Cfr. PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Op. cit.

anglosajón como la opción por la *black-letter approach* o por la *sociolegal approach*¹⁴¹, que ha terminado por influir de manera decisiva en la forma como los juristas abordan y se dividen entre sí para el estudio del Derecho¹⁴².

1.3.2. Tensiones dentro del Derecho ambiental

La tensión entre internalistas y externalistas tampoco es ajena al Derecho ambiental, donde también se sostiene la necesidad de superar la concepción utilitaria del Derecho ambiental para pasar a una concepción del mismo con un fuerte sustrato moral y filosófico en que se le vea no como un instrumento para la consecución de metas y políticas sociales sino como un cuerpo de principios¹⁴³.

Sin embargo, la que se evidencia como la principal tensión dentro del Derecho ambiental en cuanto a aproximaciones epistemológicas se refiere, es la de las concepciones antropocéntricas frente a las concepciones biocéntricas de la relación del hombre con su entorno.

El tema es profundo y con muchas ramificaciones pero, para ilustrar en un primer momento el asunto, es posible decir que en cuanto a teorías del ambiente y, en consecuencia, en cuanto a teorías de los derechos ambientales se refiere, se identifican cuatro escuelas prominentes de pensamiento y análisis ambiental, a saber, el preservacionismo, el conservacionismo, la economía medioambiental y la justicia medioambiental¹⁴⁴.

En líneas generales, por visión antropocéntrica del problema ambiental, como la que siguen ciertos sectores del conservacionismo, se entiende aquella que no concede a las entidades no humanas sino un valor meramente instrumental, mientras que por visión biocéntrica del ambiente, acogida por los preservacionistas, se hace referencia a aquella que entiende que no sólo los humanos son sujetos de derechos en cuanto a materia ambiental se refiere, es decir, concibe a los seres humanos como otra más de las especies

¹⁴⁰ Cfr. GIRALDO ÁNGEL, Jaime; GIRALDO LÓPEZ, Mónica; GIRALDO LÓPEZ, Alejandro. Op. cit.

¹⁴¹ Cfr. SALTER, Michael y MASON, Julie. Op. cit., pp. 44-181.

¹⁴² Cfr. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (Ed.). *Sociología jurídica: teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001. También COURTIS, Christian (Ed.). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006.

¹⁴³ Cfr. COYLE, Sean y MORROW, Karen. Op. cit., pp. 159-215.

¹⁴⁴ Cfr. CRAWFORD, Colin. *La promesa y el peligro del derecho medioambiental: los retos, los objetivos en conflicto y la búsqueda de soluciones*. En: HARDIN, Garrett, et al. *Derecho ambiental y justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 23-98.

que forman parte de una compleja red vital en la que todos los organismos, incluyendo a los seres inanimados, son interdependientes¹⁴⁵.

La corriente de economía ambiental o ecológica se caracteriza por su interés, a partir del enfoque del análisis económico del Derecho, que pone su fe en los mercados como la mejor forma de solucionar problemas ambientales, por admitir los graves problemas distributivos que tal visión implica, de manera que se entienda a la economía como un subsistema dentro del ecosistema, por lo cual se ha dicho que es una tendencia más alineada con las teorías preservacionistas que con las conservacionistas¹⁴⁶.

Por su parte, la teoría de la justicia ambiental se caracteriza como un movimiento que busca hacer frente a la perspectiva del análisis económico del Derecho que privilegia los mercados sobre cualquier otro mecanismo, aunque vale la pena aclarar que no todas las escuelas de análisis económico del Derecho siguen tal enfoque¹⁴⁷, de manera que este movimiento se basa en la creencia de que, para poner en práctica cualquier estructura regulatoria, se deben proteger, por encima de todo, valores humanos y sociales fundamentales, lo cual ha llevado a que la teoría de la justicia medioambiental sea descrita a menudo como una expresión de protesta de los pobres y de los que carecen de poder, de los que están en la izquierda política¹⁴⁸.

De esta manera, aunque las corrientes de la economía ambiental o ecológica y la justicia ambiental hacen valiosísimos aportes al concepto de Derecho ambiental, debido a que su énfasis es principalmente político, como ocurre en el caso de la corriente de justicia ambiental, o a que no se da cuenta por completo de todo el problema ético que está detrás de la concepción del hombre en relación con su entorno, como ocurre bajo la aproximación de la economía ambiental, el debate se suele situar en la tensión ética entre antropocentrismo y biocentrismo¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Cfr. *Ibíd.*, pp. 23-98. También MESA CUADROS, Gregorio. Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el “Estado ambiental de derecho”. *Op. cit.*, pp. 242-244.

¹⁴⁶ Cfr. CRAWFORD, Colin. *La promesa y el peligro del derecho medioambiental: los retos, los objetivos en conflicto y la búsqueda de soluciones*. *Op. cit.*, pp. 46-55.

¹⁴⁷ Cfr. MÁRQUEZ, Carlos Pablo. *Anotaciones sobre análisis económico del derecho*. Volumen I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

¹⁴⁸ Cfr. CRAWFORD, Colin. *La promesa y el peligro del derecho medioambiental: los retos, los objetivos en conflicto y la búsqueda de soluciones*. *Op. cit.*, p. 48.

¹⁴⁹ Cfr., entre otros, OST, François. *Naturaleza y derecho: para un debate ecológico en profundidad*. *Op. cit.* PAPAUX, Alain (éd.) *Biosphère et droits fondamentaux*. París/Ginebra-Zúrich-Basilea: LGDJ/Schultess, 2011. JARIA I MANZANO, Jordi. *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

La discusión al respecto es compleja, pues antropocentrismo y biocentrismo no se presentan como dos corrientes de pensamiento claramente diferenciadas y delimitadas sino que cada una de ellas tiene, a su vez, sus propias versiones. Así, mientras en las aproximaciones antropocéntricas se suelen ubicar las corrientes medioambientalistas, el ecocapitalismo o econeoliberalismo y el ecologismo superficial o *shallow ecology*, en las aproximaciones biocéntricas se ubican las corrientes zoocéntricas, el ecocentrismo, el ambientalismo popular, el movimiento por la justicia ambiental, el ecosocialismo, el ecofeminismo, el ecopacifismo y el ecologismo profundo o *deep ecology*¹⁵⁰.

Todas estas corrientes tienen sus propias particularidades, respecto de las cuales no es objeto profundizar acá, pero sí se puede realizar una abstracción y afirmar que las corrientes ubicadas dentro del antropocentrismo suelen concebir al ambiente como un medio, un objeto, a través del cual se logran los fines del hombre, mientras que en las corrientes biocéntricas se llega a considerar a la naturaleza como sujeto de derecho, dando para hablar de la naturaleza-objeto y la naturaleza-sujeto¹⁵¹.

Un texto clásico al respecto es el del filósofo noruego Arne Naess, quien dio origen al concepto de la *deep ecology*, por oposición al de *shallow ecology*¹⁵², conceptos en los cuales se puede dar cuenta de la tensión mencionada, pues mientras a los movimientos ubicados en la *shallow ecology* se les reprocha y denomina así¹⁵³ por el hecho de no romper con la perspectiva antropocéntrica, dedicarse demasiado a problemas legislativos y administrativos, y poner demasiadas esperanzas en la gestión racional de los recursos naturales, sin comprender que un cambio significativo sólo puede provenir de una transformación personal y espiritual, a los expositores de la corriente de la *deep ecology* se les critica por su posición monista, que ha llegado a ser comparada con un “nazismo ecológico”¹⁵⁴, posición refutada con el argumento de que las críticas que se dirijan a la ecosofía deben apuntar a sus premisas filosóficas y no a una presunta

¹⁵⁰ Cfr. MESA CUADROS, Gregorio. Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el “Estado ambiental de derecho”. Op. cit., p. 519.

¹⁵¹ Cfr. OST, François. Naturaleza y derecho: para un debate ecológico en profundidad. Op. cit.

¹⁵² Cfr. NAESS, Arne. The shallow and the deep, long-range ecology movement. A summary. *Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy*. 1973, vol. 16, nro. 1, pp. 95-100.

¹⁵³ El adjetivo “shallow” se traduce al español como “superficial, poco profundo”. LAROUSSE. Diccionario Concise Español – Inglés/English - Spanish. México: Chambers Harrap/Larousse, 2001, p. 397.

¹⁵⁴ Cfr. FERRY, Luc. El nuevo orden ecológico: el árbol, el animal y el hombre. Barcelona: Tusquets, 1994.

pertenencia política¹⁵⁵, así como que a la propuesta de Ferry le falta profundidad histórica¹⁵⁶.

Sin llegar a una solución a la tensión planteada, se dice que los conceptos de antropocentrismo y biocentrismo se intersecan, pues se puede ser a la vez partidario de un antropocentrismo débil y de un biocentrismo débil¹⁵⁷.

Al respecto, afirma Riechmann que la solución está en la eliminación de los antropocentrismos y biocentrismos excluyentes y una adecuada combinación de las dos corrientes, pues el biocentrismo considera que todos los seres vivos y, en particular, todos los seres sintientes merecen una especial consideración moral, mientras que el antropocentrismo reconoce que sólo los seres humanos somos agentes morales y, en consecuencia, capaces y sujetos de una especial responsabilidad moral, por lo cual hay que establecer un criterio de jerarquización, que estará dado por el lugar que los portadores de intereses representen en la pirámide evolutiva, de manera que los seres humanos se encontrarán en el vértice de tal pirámide, pero deberán tratar a los demás seres vivos como objeto de respeto y de manera no instrumental¹⁵⁸.

En particular, al interior del biocentrismo se han concentrado fuertes esfuerzos teóricos, señalándose como principales referentes al estadounidense Paul Taylor y al alemán Hans Jonas, donde el trabajo del primero se cataloga como deontológico, por fundamentarse en la idea de obligación o de deber, mientras que la postura del segundo se identifica como un estudio que busca alejarse del método analítico anglosajón para ubicarse dentro del paradigma teleológico, orientado hacia el objetivo o la finalidad¹⁵⁹.

La postura de Taylor, denominada de respeto a la naturaleza, se concreta en afirmar que, sin tener que otorgar derechos morales a los animales y las plantas, eso no impide que se les otorguen derechos legales y que, independientemente de que esto último se realice o no, no se puede partir de una presuposición inicial a favor de los intereses de la especie humana, pues precisamente está en nuestro poder, como seres morales, poner límites a la

¹⁵⁵ Cfr. OST, François. Naturaleza y derecho: para un debate ecológico en profundidad. Op. cit., pp. 149-155.

¹⁵⁶ Cfr. BRATTON, Susan Power. Luc Ferry's Critique of Deep Ecology, Nazi Nature Protection Laws, and Environmental Anti-Semitism. *Ethics and the Environment*. 1999, vol. 4, nro. 1, pp. 3-22.

¹⁵⁷ Cfr. MESA CUADROS, Gregorio. Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el "Estado ambiental de derecho". Op. cit., p. 245.

¹⁵⁸ Cfr. RIECHMANN, Jorge. Un mundo vulnerable: ensayos sobre ecología, ética y tecnociencia. Madrid: La Catarata, 2005, pp. 26-34.

¹⁵⁹ Cfr. HESS, Gérald. *Le biocentrisme est-il applicable? Remarques philosophiques-juridiques sur l'article 120 alinéa 2 de la Constitution fédérale*. En: PAPAUX, Alain (Ed.) *Biosphère et droits fondamentaux*. París/Ginebra-Zúrich-Basilea : LGDJ/Schultess, 2011, pp. 96-109.

población humana y a la tecnología, con la intención deliberada de compartir con otras especies la "prodigalidad de la Tierra". Taylor señala que este es un ideal difícil de alcanzar pero que nos podemos comprometer con el mismo de manera más profunda¹⁶⁰.

Por su parte, la posición de Jonas tiene como origen un concepto de experiencia metafísica de la naturaleza, para situar el bien moral en el ser mismo de la naturaleza, de manera que el valor objetivo de un ser vivo se encuentra en el valor intrínseco que llama a actuar a favor de ese ser, llamado que es promovido por el sentimiento de responsabilidad, de manera que la responsabilidad es la mediación necesaria entre la naturaleza y las obligaciones que de ella derivan¹⁶¹, colocándose en el centro de una nueva ética que él denomina de la responsabilidad, pues "(...) *la naturaleza cualitativamente novedosa de varias de nuestras acciones ha abierto una dimensión totalmente nueva de relevancia ética no prevista en las perspectivas y cánones de la ética tradicional*"¹⁶², lo cual se enmarca dentro de una ética orientada al futuro, que no es una ética para que la practiquen los hombres futuros sino una ética actual que cuida del futuro y que pretende proteger a nuestros descendientes de las consecuencias de nuestras acciones presentes¹⁶³.

Todo lo anterior se comprende mejor si se tiene en cuenta que Jonas trabajó en la filosofía del organismo, lo que lo condujo a una teoría del ser humano cimentada en lo biológico, es decir, concibió al mundo orgánico como un intento de superación de la división entre lo intelectual y lo material, el espíritu y la materia, de manera que "lo orgánico prefigura lo espiritual y el espíritu continúa siendo parte de lo biológico", con lo cual Jonas pretendía demostrar que sólo una ética que esté fundada en la amplitud del ser, y no únicamente en la singularidad o peculiaridad del hombre, puede tener relevancia en el universo de las cosas, en la naturaleza de las mismas, para que no sea víctima del subjetivismo o de otras formas de relativismo¹⁶⁴.

Se plantea que esta ética biocentrista, bien sea de Taylor o Jonas, se ha derrumbado ante el hecho de que es muy raramente aplicable a situaciones concretas con las cuales nos vemos enfrentados en nuestra relación con la naturaleza; la forma de remediar esta debilidad consistiría en adoptar una versión jerárquica del biocentrismo y de los intereses

¹⁶⁰ Cfr. TAYLOR, Paul. *La ética del respeto a la naturaleza*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 44-45.

¹⁶¹ Cfr. HESS, Gérald. *Op. cit.*, pp. 104-109.

¹⁶² JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995, p. 23.

¹⁶³ Cfr. SÁNCHEZ PASCUAL, Andrés. *Introducción*. En HANS, Jonas. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995, p. 9.

¹⁶⁴ Cfr. JONAS, Hans. *El principio vida: hacia una biología filosófica*. Madrid: Trotta, 2000, pp. 9-19 y 325-327.

que están en juego, ante lo cual surge la pregunta de dónde se encontraría la diferencia, desde el punto de vista práctico, entre el antropocentrismo moral y el biocentrismo jerárquico, pues si los resultados prácticos son idénticos, la controversia no valdría la pena y parecería que el biocentrismo sería una postura ética prácticamente inadecuada, toda vez que el concepto de ética se encuentra indisolublemente unido a la práctica, de manera que terminaría primando el antropocentrismo moral sobre el biocentrismo¹⁶⁵.

Dejando expuestos los principales argumentos de la tensión entre antropocentrismo y biocentrismo, sólo queda por resaltar que, así el abordaje que se quiera dar al tema no sea político, el tema del problema ambiental pasa necesariamente por una lucha entre movimientos sociales y capitalismo económico y, para ser más precisos, por una confrontación entre lo público y lo privado, pues ante la queja de los movimientos sociales sobre la privatización de los derechos, se plantea la necesidad de insistir en los derechos como asuntos de la esfera pública y no del ámbito privado, pues el asunto ambiental siempre será un asunto público pero, adicionalmente, por que esa separación entre lo público y lo privado sea superada, no eliminando la distinción entre estos dos ámbitos sino precisándolos a la luz de las preocupaciones ambientales, la responsabilidad y la solidaridad¹⁶⁶.

De las diversas tensiones expuestas se desprende el interrogante de si es posible el acercamiento de las diversas aproximaciones epistemológicas del Derecho comercial y el Derecho ambiental y de los intereses que cada una de dichas ramas del Derecho protege, pregunta que se aborda a continuación.

¹⁶⁵ Cfr. HESS, Gérald. Op. cit., pp. 109-116.

¹⁶⁶ Cfr. MESA CUADROS, Gregorio. Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el “Estado ambiental de derecho”. Op. cit., p. 411.

1.4. DIVERSAS APROXIMACIONES EPISTEMOLÓGICAS DEL DERECHO COMERCIAL Y DEL DERECHO AMBIENTAL.

Con base en lo expuesto, en el presente apartado se exponen los argumentos sobre las diversas aproximaciones epistemológicas del Derecho ambiental y del Derecho comercial¹⁶⁷.

El interés por realizar este estudio tiene como fondo la idea generalizada de que la rama del Derecho conocida como Derecho ambiental tiene un cariz y aproximación claramente encaminados a la defensa de un derecho colectivo y, por consiguiente, en principio, a la primacía del interés general sobre intereses particulares¹⁶⁸, mientras que el Derecho privado, en concreto el Derecho comercial, tiene, a primera vista, una clara vocación de defensa de los intereses de los comerciantes, tanto individualmente como en conjunto, los cuales se asocian primordialmente con intereses de lucro¹⁶⁹. Se hace hincapié en que esas son visiones muy básicas de lo que protegen cada una de dichas ramas del Derecho, y en que las mismas no son necesariamente las que corresponden a una concepción integral de tales discursos.

La justificación para abordar esta temática radica en que la realidad actual nos demuestra la necesidad de incorporar los impactos de la actividad humana sobre el ambiente dentro de la agenda de ciencias como el Derecho¹⁷⁰, por lo cual una investigación sobre el tema debe tener siempre presente que el bienestar económico no puede ser el principal elemento a tener en cuenta en las relaciones entre comerciantes, lo cual podría lograrse a través del cambio de una visión completamente antropocéntrica de los derechos y del Derecho, a una concepción de los mismos con una fuerte primacía de visiones biocéntricas.

¹⁶⁷ Se hace hincapié en que en este trabajo no se aborda como objeto de estudio concreto el Derecho civil sino sólo el Derecho comercial, sin perjuicio de que se hagan referencias al Derecho civil o al Derecho privado en general, pues es claro que en la mayoría de actos de Derecho comercial es fácilmente identificable un interés o ánimo de lucro, que no siempre es identificable en contratos civiles, por lo cual, no vale la pena introducir acá más elementos que distorsionen la comparación con el Derecho ambiental. Además, se acoge en este trabajo lo expuesto por Jaria i Manzano, en el sentido de que “(...) *la responsabilidad asociada al ejercicio de los derechos no es la misma para todos, ya que, en definitiva, su fundamento deriva de la posibilidad de modificación del entorno. En este sentido, el que tiene más poder tiene asimismo mayor responsabilidad, de modo que no debe igualarse la situación jurídica, aunque sea cualitativamente la misma, entre los individuos particulares y las grandes sociedades mercantiles cuando establecemos el grado de responsabilidad que delimita el ejercicio, por ejemplo, de la libertad de empresa*”. (JARIA I MANZANO, Jordi. La cuestión ambiental y la transformación de lo público. Op. cit., p. 297).

¹⁶⁸ Cfr. GONZÁLEZ VILLA, Julio Enrique. Op. cit., pp. 29-33.

¹⁶⁹ Cfr. MONATERI, Pier Giuseppe y SAMUEL, Geoffrey H. La invención del derecho privado. Bogotá: Siglo del Hombre/ Instituto de Estudios Sociales y Culturales Pensar/Universidad de los Andes, 2006.

¹⁷⁰ Cfr. ARTUNDUAGA SALAS, Iván Rodrigo. Op. cit.

Sin embargo, también debe tenerse presente que tal esfuerzo debe considerar que la preservación del ambiente no puede convertirse en un imperativo que no tenga en cuenta la realidad socioeconómica dentro de la cual vivimos, pues sólo buscando un cierto equilibrio entre todos los intereses involucrados es posible traducir a la realidad, colombiana y actual, un acercamiento de aproximaciones epistemológicas tan aparentemente contrapuestas como las del Derecho ambiental y el Derecho comercial, pues es necesario demostrar, en Derecho y con referencia también a criterios económicos y políticos, que la protección al ambiente merece la misma, o aún mayor, protección que la generación de utilidades y el ánimo de lucro, así como que la riqueza de los seres humanos no puede medirse sólo con base en bienes materiales poseídos individualmente, sino también con fundamento en bienes compartidos de manera colectiva con otros seres humanos, de manera que sea evidente e ineludible la necesidad de encontrar elementos que permitan articular los intereses defendidos por el Derecho mercantil y el Derecho ambiental, sin caer bajo el "(...) embate de esa avalancha ambientalista y colectivista que, en nombre de la salvación del planeta, tiende, en ocasiones, a desconocer el orden jurídico y las garantías individuales"¹⁷¹.

1.4.1. El sustrato histórico

Los sustratos filosófico, científico e histórico del Derecho comercial y del Derecho ambiental son diferenciables, aunque también pueden cruzarse. En efecto, una breve aproximación al último de dichos sustratos puede servir como introducción para abordar los dos primeros.

Así, el Derecho comercial surgió como una disciplina encaminada a facilitar en el Medioevo la labor de los comerciantes, ante la rigidez y prohibiciones que presentaban el Derecho romano, el Derecho germánico y el Derecho canónico, para lo cual se propendió por la creación de una normatividad y una jurisdicción que sirvieran exclusivamente a los mercaderes en su fin de ánimo de lucro y desarrollo de la profesión y del gremio de los comerciantes¹⁷². El Derecho ambiental, por su parte, surgió ante las implicaciones que la Revolución Industrial tuvo sobre el ambiente, en respuestas que vinieron, en cuanto a Derecho inglés se refiere, tanto del *common law* como del *statutory law*¹⁷³.

Sobre el origen del Derecho comercial se plantea que la materia mercantil ha existido desde siempre y que, aunque en antiguos ordenamientos jurídicos se pueden encontrar

¹⁷¹ MACÍAS GÓMEZ, Luis Fernando. *El daño ambiental. Hacia una reflexión conceptual desde la filosofía y el derecho ambiental*. En OSORIO SIERRA, Álvaro, *et al.* Daño ambiental, tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 150.

¹⁷² Cfr. MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón Eduardo. Op. cit., pp. 5-9.

¹⁷³ Cfr. COYLE, Sean y MORROW, Karen. Op. cit., pp. 107-158.

rastros, el Derecho comercial como disciplina autónoma y diferenciada del resto del Derecho privado sólo se manifestó hasta la época medieval, pues aunque en Roma sí existió el Derecho comercial, lo fue bajo la figura del Derecho común y no como disciplina separada con rigor jurídico¹⁷⁴.

Para ser más precisos, la explicación de Galgano al respecto enseña que el Derecho comercial no puede entenderse sincrónica sino diacrónicamente, pues no ha tenido, a pesar de su nombre, una referencia precisa en las categorías de la economía, ni correspondencia con un sector específico del sistema económico, a la vez que no ha sido el Derecho del comercio, pues no regula todo el comercio sino que concurre con muchas normas del Derecho civil, además de regular actividades industriales, por lo cual sólo se puede entender el concepto de Derecho comercial si se entiende como la innovación jurídica introducida en la regulación de las relaciones económicas y como un conjunto de reglas especiales que, en las diferentes épocas históricas, la clase mercantil fundó directamente o recibió del Estado, y que muy frecuentemente han terminado por convertirse en Derecho privado común. El Derecho comercial se presenta así como el Derecho del capitalismo y que terminó por convertirse en el Derecho de la burguesía comercial y de la naciente burguesía industrial, por oposición al Derecho civil, entendido como el Derecho de la burguesía terrateniente, lo cual explica que en el Derecho comercial se haya desplazado el centro normativo de la propiedad a los contratos y que, en caso de conflicto, se haya optado por hacer primar las normas comerciales sobre las civiles, como mecanismo para consagrar en el plano técnico-jurídico la relación de fuerza que históricamente se había instaurado entre las clases sociales antagonistas, con lo cual se consagró el predominio de la clase capitalista sobre las otras clases sociales¹⁷⁵.

La base de esto se encuentra en la teoría del acto de comercio, que tuvo como factores ideológicos determinantes a la Revolución francesa y sus ideales de libertad e igualdad; como factores políticos, al cambio de la soberanía radicada en el monarca absoluto hacia la idea de soberanía popular de la sociedad civil; y como factores sociales, a la superación, al menos formal, de los privilegios sociales y económicos que existían en el antiguo régimen, así como a la eliminación de las corporaciones de mercaderes, para dar tratamiento igualitario a todas las personas. Todo esto terminó desembocando en que, desde la perspectiva económica, "*(...) el derecho comercial centrado en el acto de comercio sería el vehículo del capitalismo y de la producción industrial en masa con el protagonismo de la empresa como actividad organizada, que se impondría sobre el feudalismo, la explotación señorial, la actividad artesanal y el pequeño intercambio*"¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Cfr. ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Op. cit., pp. 9-14.

¹⁷⁵ Cfr. GALGANO, Francesco. Derecho comercial. Op. cit., pp. 1-5. Como referente histórico al respecto, ver MOSSA, Lorenzo. Op. cit., pp. 1-4.

¹⁷⁶ CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. Derecho comercial. Actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios. Bogotá: Universidad de los Andes / Temis, 2016, pp. 1-2.

Por su parte, en cuanto a Derecho ambiental se refiere, aunque también, desde siempre, el hombre ha estado inmerso en la naturaleza y en su relación con ella, con la consiguiente degradación ambiental, sólo hasta épocas muy recientes se ha tomado conciencia de la problemática ambiental, planteándose, desde el punto de vista histórico del Derecho internacional ambiental, tres etapas que no son excluyentes sino que han aportado elementos para la configuración actual del mismo, así: una primera etapa, conservacionista, enfocada hacia la protección de la vida silvestre, desde finales del siglo XIX hasta la primera mitad del siglo XX; una segunda etapa, de prevención de la polución, que dio origen a la denominada revolución ambiental, desde la década de los sesenta hasta comienzos de la década de los setenta del siglo pasado, marcada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de Estocolmo de 1972, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, y la negociación de múltiples tratados multilaterales, particularmente en el campo de la polución marina; y una tercera etapa de desarrollo sostenible, con un primer referente a mediados de la década de los ochenta en la Comisión Brundtland y continuando con la Cumbre de la Tierra de 1992 y la Cumbre de Johannesburgo de 2002 hasta la fecha¹⁷⁷.

El Derecho ambiental es, entonces, una disciplina joven frente a la del Derecho mercantil, lo cual también se refleja en Colombia, donde la tradición de esta última se remonta a las Ordenanzas de Bilbao, durante la época de la Colonia e inclusive durante los primeros años de Nación independiente, hasta la expedición del Código de Comercio del Estado de la Nueva Granada en 1853 y normas posteriores¹⁷⁸, mientras que en materia de Derecho ambiental, a pesar que de tiempo atrás han existido normas aisladas que han protegido al ambiente, sólo se habla de tal rama, o por lo menos del Derecho administrativo del ambiente (que en este trabajo también se denomina, cuando se quiere realizar una diferenciación con el Derecho constitucional ambiental, Derecho ambiental en sentido estricto), a partir de la expedición del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1974), coincidente con la época en que a nivel mundial se empezaba a hablar del Derecho ambiental moderno con la Declaración de Estocolmo de 1972, adoptada en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, ya mencionada¹⁷⁹.

1.4.2. El sustrato filosófico

En cuanto a los sustratos filosóficos de cada una de las mencionadas ramas del Derecho, vale la pena resaltar que, aunque ambas tienen como telón de fondo el derecho de propiedad, las rutas tomadas por cada una de ellas son muy distintas.

¹⁷⁷ Cfr. BODANSKY, Daniel. *The Art and Craft of International Environmental Law*. Cambridge, MA/Londres: Harvard University Press, 2010, pp. 18-35.

¹⁷⁸ Cfr. MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón Eduardo. *Op. cit.*

¹⁷⁹ Cfr. GONZÁLEZ VILLA, Julio Enrique. *Op. cit.*, pp. 29-33.

En efecto, la exposición de Mesa Cuadros es clara cuando señala que “(...) Antes de existir el ‘derecho ambiental’ y los ‘derechos ambientales’, existió el derecho ‘medioambiental’¹⁸⁰, pero antes de éste existía el Código Civil, donde imperaba el derecho de propiedad, en su perspectiva no conservacionista sino como propiedad-explotación y circulación en el mercado; por tanto, el derecho ambiental no se ha construido de la nada, sino que siempre ha partido de la concepción fundamental que se tenga sobre la propiedad”¹⁸¹.

Sobre el sustrato filosófico del Derecho ambiental es ilustrativo el recorrido que al respecto efectúan Coyle y Morrow¹⁸², quienes centran su estudio en la influencia recíproca entre las concepciones de propiedad y las teorías ambientales, empezando por el concepto de propiedad en el “estado de naturaleza”, bajo las ideas de pensadores como Grocio, Pufendorf, Hobbes y Locke, quienes, a pesar de sus particularidades, coinciden en una concepción de la propiedad con base en un hombre situado en el centro de los requerimientos de Dios, la cual se halla en perfecta armonía con las necesidades del ambiente natural, es decir, estos pensadores del siglo XVII son identificados como los defensores de una suposición de armonía inigualable entre la propiedad, el ambiente y los intereses humanos.

Según Coyle y Morrow, esta suposición sólo empieza a modificarse con filósofos como Rousseau y Kant, además de los positivistas legales, quienes trasladan el fundamento de la propiedad de una base teológica sobre el orden del mundo, a una que tiene como sustento no la razón sino la voluntad del hombre a efectos de legislar, cambio que vino aparejado con las concepciones de la propiedad más asociadas con su valor comercial que con derechos naturales o la libertad. Es en este momento cuando empieza a evidenciarse, gracias a los desarrollos industriales y a los métodos agrícolas intensivos, que los intereses sociales y económicos no siempre van de la mano de la protección al ambiente, motivo por el cual empezaron a aparecer regulaciones de tipo ambiental, las cuales se caracterizaron por el valor instrumental o utilitario con el cual se concibieron.

Esta concepción se mantuvo a lo largo de los siglos XVIII y XIX, con lo cual se acentuó la idea de derechos de propiedad compitiendo con los valores y preocupaciones ambientales, en vez de realizarse una reflexión moral sobre el lugar de la humanidad en el

¹⁸⁰ De acuerdo con Mesa Cuadros, “(...) la denominación ‘medioambiental’ está referida esencialmente a una visión parcial de los problemas ambientales y a una concepción liberal restrictiva del derecho como ‘derecho de los recursos naturales’, no coincidente con el (sic) de ‘derechos ambientales’ que venimos enunciando en este trabajo”. (MESA CUADROS, Gregorio. Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el “Estado ambiental de derecho”. Op. cit., p. 86).

¹⁸¹ MESA CUADROS, Gregorio. Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el “Estado ambiental de derecho”. Op. cit., p. 106.

¹⁸² Cfr. COYLE, Sean y MORROW, Karen. Op. cit., pp. 9-215.

mundo; así, el Derecho ambiental fue concebido como un conjunto de medidas que restringían los derechos de propiedad en nombre de un interés social más amplio, consistente en habitar en condiciones de salubridad, por lo cual se concebía al Derecho ambiental como un instrumento para formular políticas públicas y no como una expresión de principios morales y jurídicos.

El cambio en el enfoque del Derecho ambiental sólo empezó a darse cuando se comprendió que el mismo no podía enrutarse hacia la expedición de cada vez más disposiciones de Derecho regulado (*statutory law*), pues lo que ello produce es que se cierre el contexto interpretativo del Derecho ambiental y que se protejan intereses más estrechos y menos definidos, además de que tal concepción regulatoria descansa, a la vez que acentúa, en la dicotomía entre Derecho público y Derecho privado, respecto de la cual se afirma que no se trata de dominios separados y que compitan, sino que cada vez son ámbitos más interrelacionados e interpenetrados.

Lo que sostienen Coyle y Morrow en el fondo es que la idea de derechos de propiedad, en la actualidad, sólo es posible en un contexto jurídico en el cual los derechos privados o individuales sean entendidos como inherentemente sometidos a limitaciones colectivas, bajo ideas de justicia, obligación y responsabilidad que trasciendan las fronteras entre "público" y "privado", lo cual se da, paradójicamente, cuando se concibe a la protección ambiental como un derecho humano, pues gracias a ello se supera la concepción utilitaria del Derecho ambiental para pasar a una concepción del mismo con un fuerte sustrato moral y filosófico en que se vea al Derecho no como un instrumento para la consecución de metas y políticas sociales sino como un cuerpo de principios que permitan la articulación de una concepción de justicia y vida buena¹⁸³.

En cuanto al Derecho comercial se refiere, su sustrato filosófico, aunque también tiene el derecho de propiedad de fondo, está centrado históricamente en la protección de los intereses de la burguesía comercial e industrial y en los contratos por ella celebrados, como ya fue explicado, por lo cual se habla en sus fundamentos filosóficos de la primacía que se le da a la predictibilidad en las transacciones mercantiles sobre otros valores, entendida esa predictibilidad como la necesidad de evitar la incertidumbre en las mismas, aunque la misma no se puede equiparar a certidumbre, pues la vida comercial es de por sí incierta, acompañado tal valor de ideas como las relaciones entre Derecho comercial y moralidad comercial, entre las reglas y los estándares, entre las formas frente a la sustancia y la función de las instituciones, y la relación entre conceptos legales y políticas legales¹⁸⁴.

Así, se plantean tres rasgos específicos del Derecho comercial: la rapidez, entendida como la facilitación para hacer negocios sin demoras; la seguridad de las transacciones,

¹⁸³ Cfr. *Ibíd.*

¹⁸⁴ Cfr. GOODE, Roy. *Commercial Law in the Next Millenium*. Op. cit., pp. 12-29.

que está encaminada a sancionar a los comerciantes que no respetan sus compromisos; y el crédito, que ha sido históricamente la base de crecimiento del comercio y la industria¹⁸⁵.

En efecto, debido a que sobre el mismo concepto de Derecho comercial no hay consenso pues, como ya fue explicado, se pasó de identificarlo como el Derecho del lucro o la especulación económica, a un Derecho de la producción y circulación de bienes, los actos en masa y la intermediación, los negocios y la economía, se plantea por la doctrina que es un Derecho que presenta instituciones diversas que se han ido agrupando a lo largo de la historia y que está en constante mutación, por lo cual se prefiere hablar de unos principios que informan tales instituciones, como son: la onerosidad; la profesionalidad; la habitualidad de los negocios; las transacciones primordialmente sobre bienes muebles; las contrataciones respecto de bienes futuros, inciertos y ajenos; la celeridad en los negocios; la existencia de mayor libertad en las formas y pruebas; la existencia de fuentes como los usos y las costumbres; la solidaridad obligacional pasiva; el uso de la abstracción en los títulos valores; la protección del crédito; el fomento de la concurrencia al mercado y la protección de la competencia; el castigo de prácticas desleales; la protección del consumidor; su vocación internacional; y la intervención estatal en ciertos negocios, entre otros¹⁸⁶.

Estos principios, en ciertos eventos, se pueden identificar más con características del Derecho comercial, con lo cual se ha llegado a afirmar que la internacionalidad, la facultad de adaptación a las necesidades, la escrupulosa utilización del tiempo y de la coyuntura, la protección de la seguridad del tráfico, la precisión en los negocios, la rapidez en el procedimiento, el rigor en la ejecución, entre otras, son notas peculiares del Derecho mercantil que no nos aproximan en nada a la esencia del mismo, lo que ha dado para hablar de una aparente disolución del Derecho mercantil¹⁸⁷.

No obstante, tales principios o notas características dan una idea de que lo que en últimas persiste en el Derecho comercial es una disciplina de origen liberal e individualista¹⁸⁸ a la que se han ido incorporando instituciones encaminadas a la prosperidad colectiva, lo que ha dado lugar a una relación entre libertad de iniciativa económica y utilidad social, entre actividad económica y fines sociales, respecto de la cual se afirma que la utilidad social, como límite para la actividad económica, debe ser establecida expresamente por el legislador y no por la Constitución, pues el silencio del

¹⁸⁵ Cfr. REINHARD, Yves. Op. cit., pp. 9-12.

¹⁸⁶ Cfr. ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Op. cit., pp. 85-89 y 133-216.

¹⁸⁷ Cfr. GARRIGUES, Joaquín. Curso de derecho mercantil. Op. cit., pp. 18-20.

¹⁸⁸ Cfr. GARRIGUES, Joaquín. Curso de derecho mercantil. Op. cit., pp. 26-28.

mismo al respecto debe entenderse como una valoración implícita a favor de que la iniciativa de los empresarios privados realiza por sí misma la idea de utilidad social¹⁸⁹.

1.4.3. El sustrato científico

Llega así el momento de estudiar los distintos sustratos científicos del Derecho comercial y del Derecho ambiental, que en este trabajo han sido denominados aproximaciones epistemológicas, por las razones ya expuestas, momento en el cual es evidente que la distancia entre la forma como se valida el conocimiento científico del Derecho comercial y del Derecho ambiental, es grande, toda vez que descansan en valores morales y sustentos distintos.

Con claridad lo explica Mesa Cuadros cuando afirma que *"(...) Si por una parte se ha venido defendiendo lo público y lo colectivo que caracterizaría una visión amplia de los derechos ambientales, por otra parte persiste y se impone una visión que sólo busca la privatización de todos los espacios del mundo y de la vida, bajo el mandato sagrado del capital y del libre mercado, y que hoy se edifica sobre el 'nuevo derecho privado o negociado medioambiental' "*¹⁹⁰.

En efecto, lo que otorga validez a las exposiciones realizadas al interior del Derecho comercial y del Derecho ambiental, entendidas como disciplinas jurídicas autónomas que hacen parte de una ciencia denominada Derecho, viene dado por premisas muy diversas, pues mientras en el Derecho comercial en principio sólo sería válido aquello que contribuya a la predictibilidad, rapidez, facilidad y protección de los intereses individuales y de gremio de los comerciantes o industriales en sus transacciones, en el Derecho ambiental lo que imperaría, en principio, son aquellos juicios y argumentos que estén encaminados a la protección del ambiente y a favorecer la relación armónica del ser humano con la naturaleza que lo rodea.

Obviamente, esto es una simplificación de la estructura interna y finalidades de cada una de las mencionadas ramas del Derecho pues, como ya fue mencionado, la tensión no es sólo externa, es decir, entre las mencionadas ramas del Derecho enfrentada una a la otra, sino que también se viven tensiones al interior de cada una de dichas ramas. Sin embargo, sí queda en evidencia que la articulación de principios del Derecho ambiental como son los de acción preventiva, precaución, responsabilidad común pero diferenciada, cooperación, contaminador-pagador, o de desarrollo sostenible, entre

¹⁸⁹ Galgano basa sus afirmaciones en el caso concreto del ordenamiento jurídico italiano, pero las mismas sirven de ilustración sobre la tensión vigente al respecto en el Derecho comercial continental en general. Cfr. GALGANO, Francesco. Derecho comercial. Op. cit., pp. 119-127.

¹⁹⁰ MESA CUADROS, Gregorio. Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el "Estado ambiental de derecho". Op. cit., p. 105.

otros¹⁹¹, no es fácil con una rama del Derecho que tiene unos principios totalmente distintos, como ya se expuso en cuanto al Derecho comercial, lo cual sólo refuerza el concepto de diversas aproximaciones epistemológicas.

No obstante lo anterior, también pareciera claro, con base en lo expuesto, que el Derecho está lejos de ser una ciencia pacífica, pues en la misma hay discusiones de las más variadas índoles, discutiéndose en sí mismo su carácter de ciencia¹⁹², con lo cual se hallan posibilidades de acercamiento o aproximación entre el Derecho comercial y el Derecho ambiental.

Un primer supuesto para ello es la necesidad de repensar la comprensión del Derecho como un conjunto de compartimentos estancos, pues se afirma que tal tendencia de la división en ramas o disciplinas supuestamente autónomas trae más desventajas que provecho, ya que por esa vía “se disfrazan pretensiones políticas, económicas e ideológicas y se confunde lo descriptivo con lo prescriptivo, además de producir encasillamientos que muy poco contribuyen al abordaje de los problemas”¹⁹³.

Los argumentos para entender lo ambiental como un problema que no pertenece a ninguna disciplina en concreto sino como un asunto que debe ser abordado por el Derecho en general, provienen tanto de ambientalistas¹⁹⁴ como de comercialistas o privatistas¹⁹⁵, favorecidos con posiciones que confluyen en la necesidad de entender el Derecho sin divisiones tajantes, como cuando se ha llegado a afirmar que “(...) el derecho comercial pasa a ser, actualmente, apenas un prisma desde el cual estudiar el orden jurídico”¹⁹⁶ y que “(...) La especificidad del derecho ambiental no viene tanto de la especificidad del objeto (la norma) como de la especificidad de la lectura del objeto [por lo cual] (...) el derecho ambiental ‘lee’ ciertas normas jurídicas que están comprendidas

¹⁹¹ Cfr. URIBE VARGAS, Diego y CÁRDENAS CASTAÑEDA, Fabián Augusto. Derecho Internacional Ambiental. Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010, pp. 185-274.

¹⁹² Cfr., entre otros, PALOMBELLA, Gianluigi. Filosofía del derecho: moderna y contemporánea. Madrid: Tecnos, 1999. También HERRERA JARAMILLO, Francisco José. Op. cit., pp. 23-26.

¹⁹³ Cfr. MERRYMAN, John Henry. La tradición jurídica romano-canónica. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2002. No es del caso entrar a estudiar las intenciones o prejuicios detrás de estudios como éste, sino simplemente tomarlo como referente para un punto en concreto.

¹⁹⁴ Cfr., entre otros, OST, François. Derecho, tecnología, medio ambiente: un desafío para las grandes dicotomías de la racionalidad occidental. *Revista de Derecho Público*. 1996, nro. 6, pp. 1-12. También SERRANO, José Luis. Principios de derecho ambiental y ecología jurídica. Op. cit., pp. 36-41.

¹⁹⁵ Cfr., entre otros, LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoría del derecho ambiental. Buenos Aires: La Ley, 2008. GARRIDO CORDOBERA, Lidia María. La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad. *Revista Vniversitas*. 2009, vol. 58, nro. 118, pp. 61-80. GARRIDO CORDOBERA, Lidia María. Los daños colectivos. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

¹⁹⁶ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Op. cit., p. X.

en el campo de estudio de otras disciplinas con 'gafas de ambientalista' y para formular otro tipo de juicios"¹⁹⁷.

¹⁹⁷ SERRANO, José Luis. Principios de derecho ambiental y ecología jurídica. Op. cit., pp. 40-41.

1.5. EL DERECHO COMO DISCURSO.

Lo expuesto en cuanto a las tensiones internas tanto del Derecho comercial como del Derecho ambiental, así como sus diversas aproximaciones epistemológicas como ramas del Derecho, no lleva sino a pensar en que el Derecho debe ser entendido como un discurso¹⁹⁸, como un producto cultural¹⁹⁹, donde la discusión sobre si el Derecho se construye sobre la base del consenso²⁰⁰ o del disenso²⁰¹ no es relevante para el objetivo aquí perseguido, pues si bien tal discusión es de gran importancia, lo esencial para este trabajo es poder plantear al Derecho como un proceso a la luz del conocimiento científico²⁰².

Lo anterior tiene como fundamento la idea de entender a la naturaleza, al ambiente, no como objeto ni como sujeto, sino como proyecto²⁰³, de manera que ello permita superar las diferencias filosóficas, históricas y, sobre todo, epistemológicas, que distorsionan la relación entre el Derecho comercial y el Derecho ambiental en el objetivo de la protección de la naturaleza, sin perder de vista la relación tan compleja que existe entre ciencia, tecnología y Derecho²⁰⁴.

Es necesario precisar, entonces, qué quiere decir que se entienda al Derecho como un discurso, para lo cual se acude, en un primer momento, a explicar por qué no son acogidas ni la visión iusnaturalista ni la visión iuspositivista del concepto de Derecho. En un segundo momento, será explicado por qué la justicia es entendida acá como un concepto cultural e histórico, y en un último momento se condensará todo lo anteriormente expuesto en una explicación del Derecho como un constructo de la sociedad.

¹⁹⁸ Cfr. HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo. Para una teoría discursiva del derecho. Lección inaugural del Doctorado en Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2011.

¹⁹⁹ Cfr. OST, François. Naturaleza y derecho: para un debate ecológico en profundidad. Op. cit., pp. 174-178.

²⁰⁰ Cfr. HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 2000.

²⁰¹ Cfr. MOUFFE, Chantal. La paradoja democrática. Barcelona: Gedisa, 2003. SANÍN, Ricardo. Por qué no Habermas: del engaño liberal a la democracia radical. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. 2012, vol. 12, nro. 12, pp. 264-284. SUNSTEIN, Cass R. Why societies need dissent. Cambridge (MA) / Londres: Harvard University Press, 2005.

²⁰² Cfr. GIL ANTÓN, Manuel. Op. cit.

²⁰³ Cfr. OST, François. Naturaleza y derecho: para un debate ecológico en profundidad. Op. cit.

²⁰⁴ Cfr. ESTEVE PARDO, José. El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia. Madrid: Marcial Pons, 2009. OST, François. Derecho, tecnología, medio ambiente: un desafío para las grandes dicotomías de la racionalidad occidental. Op. cit., pp. 1-12.

1.5.1. El iusnaturalismo y el iuspositivismo en la teoría del Derecho

No es el objetivo acá realizar una exposición detallada de qué es el iusnaturalismo y el iuspositivismo, cuáles son sus principales postulados y exponentes, pues ello no es objeto de este trabajo y sobre tal asunto la bibliografía es profusa.

Lo que aquí se persigue es exponer por qué ni el iusnaturalismo ni el iuspositivismo clásico son las teorías del Derecho o corrientes ideológicas adecuadas para servir como marco del concepto de Derecho que aquí se acoge. Las razones tienen que ver, básicamente, con la aproximación de índole ontológica que el iusnaturalismo realiza frente al concepto de Derecho, y con la desvinculación que el iuspositivismo clásico realiza entre Derecho y moral.

En efecto, uno de los rasgos más importantes del iusnaturalismo es la propuesta que realiza de un Derecho inmutable, eterno, justo, al cual debe esperar llegar siempre el Derecho de los hombres, todo en aras de la defensa del valor de la justicia²⁰⁵. Por su parte, el iuspositivismo clásico, desde el punto de vista del método o modo de acercarse al estudio y aplicación del Derecho, pues del término iuspositivismo existen distintas acepciones²⁰⁶, se caracteriza por dar primacía a la validez del Derecho, por encima de la justicia y eficacia del mismo²⁰⁷.

Aquí no se acoge la visión iusnaturalista del Derecho, pues la misma lleva a un plano metafísico, aislado de la realidad, toda vez que en este trabajo se entiende que la verdad como entidad no existe sino que el conocimiento se construye por los seres humanos. Por el contrario, la visión iusnaturalista del concepto de Derecho ha sido la herramienta utilizada para disfrazar intereses particulares con apariencia de Derecho, pues la historia del mismo ha demostrado que el Derecho es, básicamente, un ejercicio de poder²⁰⁸, por lo cual, las instituciones que de él derivan están esencialmente marcadas por los intereses de las personas o grupos que dominan la creación y aplicación de las normas jurídicas.

Por su parte, acoger la visión iuspositivista clásica del Derecho implicaría desconocer todos los trabajos que ha habido en teoría jurídica reciente, en los que se demuestra la necesaria relación entre Derecho y moral. Sin embargo, para profundizar un poco al respecto, es conveniente desarrollar la exposición con base en el concepto de justicia, como se realiza en el siguiente acápite.

²⁰⁵ Cfr. BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis S.A., 1994.

²⁰⁶ Cfr. BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. México D.F.: Fontamara, 2004, pp. 37-64.

²⁰⁷ Cfr. BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Op. cit.

²⁰⁸ Cfr. HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europea – Síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos, Madrid, 2002, p. 15.

Antes de eso, es necesario precisar qué se entiende por teoría del Derecho, para luego poder entender la relación del concepto de justicia con dicha teoría. Por teoría del Derecho se entiende el estudio encaminado a identificar cuál es el concepto de Derecho y sus principales características. Así se encuentra desde autores como H.L.A. Hart²⁰⁹ y Norberto Bobbio²¹⁰ hasta otros tan disímiles como Ronald Dworkin²¹¹.

García Maynez explica el surgimiento de la teoría del Derecho como un intento, con exponentes como Bergbohm, Merkel y Bierling en Alemania o el movimiento de la escuela analítica de la jurisprudencia en Inglaterra, por crear dentro del mundo jurídico una disciplina que siguiera los métodos de las ciencias naturales y, en consecuencia, pudiera realizar un estudio sistemático y de conjunto de generalizaciones relativas a los fenómenos jurídicos, por oposición a lo que hasta el momento había venido haciendo la filosofía del Derecho. Así, el objetivo de tal intento era la construcción de un sistema de los conceptos primeros de la ciencia jurídica, que acabase con la producción científica en las ramas particulares pues, como lo afirmaba Stuart Mill, aunque los detalles de los diferentes sistemas legales son distintos, no hay ninguna razón para que las clasificaciones y los elementos fundamentales de la ordenación no sean en gran medida los mismos, pues el objeto es llegar a obtener los conceptos genéricos de la ciencia del Derecho, empezando por el concepto del Derecho mismo, de manera que mediante la abstracción de características generales de los conceptos manejados por las ciencias del Derecho, se logre obtener una serie de conceptos válidos por todas ellas, que tiendan hacia un sistema unificador²¹².

Independientemente de que se comparta o no la visión previamente enunciada sobre el nacimiento y, en especial, las pretensiones unificadoras de la teoría del Derecho, es claro que el concepto de Derecho es el eje fundamental de la misma. Sin embargo, ese interés por estudiar y obtener un concepto de Derecho ha dado lugar a que diversos autores se pronuncien sobre el particular, exponiendo su propio concepto de Derecho, con lo cual, debido a que cada autor ha obtenido su propio concepto, podría afirmarse que cada uno de ellos ha dado lugar a una teoría jurídica distinta de las demás formuladas.

Las palabras de Hart sobre el tema son bastante ilustradoras: *"(...) Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aún paradójicas, como la pregunta '¿qué es derecho?'. Aunque limitemos nuestra atención a la teoría*

²⁰⁹ Cfr. HART, H.L.A. El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, pp. 1-21.

²¹⁰ Cfr. BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Op. cit., pp. 3-19.

²¹¹ Cfr. DWORKIN, Ronald. El imperio de la justicia. Barcelona: Gedisa, 1992.

²¹² Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. Medellín: Abogados Asociados Editores, 1990, pp. 120-123.

*jurídica de los últimos cincuenta años, y dejemos a un lado la especulación clásica y medioeval acerca de la 'naturaleza' del derecho, nos daremos con una situación que no encuentra paralelo en ningún otro tema estudiado en forma sistemática como disciplina académica autónoma. No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas '¿qué es química?' o '¿qué es medicina?', como la hay para responder a la pregunta '¿qué es derecho?' "*²¹³.

No obstante lo anterior, suele tomarse como base para el estudio del Derecho el concepto positivista del mismo, para analizar sus principales manifestaciones y, luego, las críticas realizadas, con el fin de poder tener un panorama de los distintos conceptos de Derecho que se han expuesto en el ámbito de la teoría del Derecho. Así, el concepto positivista es analizado bajo dos ópticas: la que le otorga énfasis a su eficacia y la que radica dicho énfasis en su vigencia; el criterio de la rectitud material de una norma o de un orden normativo no es tenido en cuenta para una definición positivista del Derecho, pues la misma parte de la inexistencia de una relación necesaria entre Derecho y moral²¹⁴.

De esta forma, el concepto positivista del Derecho con énfasis en la eficacia, ha sido expuesto fundamentalmente por definiciones sociológicas que realzan su aspecto externo (Max Weber y Theodor Geiger), para las cuales la característica esencial del Derecho radica en la posibilidad de coerción física o síquica del conglomerado social, así como por definiciones que realzan su aspecto interno (Ernst Rudolf Bierling y Niklas Luhmann), las cuales otorgan preferencia a la convicción interna de obediencia que ciertas reglas generan en las personas. Por su parte, la definición positivista del Derecho que otorga énfasis a su vigencia se encuentra fundamentalmente en teorías analíticas del mismo (Hans Kelsen, John Austin y H.L.A. Hart), las cuales, a pesar de profundas diferencias entre sí, otorgan prelación al concepto de reglas que son aceptadas como válidas por sus destinatarios y que generan órdenes normativos que determinan por sí mismos cuáles reglas son válidas y cuáles no y, en consecuencia, para ellas el Derecho está conformado por aquellas normas que pertenecen a dicho ordenamiento, independientemente de si las mismas son eficaces o no y si son justas o no²¹⁵.

Este último es el concepto positivista que mayor calado ha tenido en la teoría jurídica y que ha servido como referente para la formulación de las más recientes teorías sobre el concepto de Derecho, las cuales se agrupan bajo las denominaciones de argumento de arbitrariedad y argumento de principios contra el concepto positivista del Derecho.

Así, el argumento de arbitrariedad, de la tiranía o de la *lex corrupta* sostiene que hay ciertas normas y ordenamientos injustos, que no merecen ser considerados como

²¹³ Cfr. HART, H.L.A. El concepto de derecho. Op. cit, p. 1.

²¹⁴ Cfr. DREIER, Ralf. Derecho y justicia. Bogotá: Temis, 1994, pp. 71-100.

²¹⁵ Cfr. *Ibíd.*, pp. 71-77.

Derecho, y ha sido formulado tanto contra normas concretas (Gustav Radbruch) como contra sistemas de normas (Martín Kriele) y afirma, en líneas generales, que el conflicto entre Derecho positivo y justicia debe resolverse mediante la primacía del Derecho positivo, a no ser que la contradicción alcance una medida tan insoportable, que tal ley positiva deba considerarse como falso Derecho y ceder paso a la justicia. Por su parte, el argumento de los principios (Ronald Dworkin y Robert Alexy) sostiene que hay un ámbito de vaguedad del Derecho dentro del cual es necesario que intervenga el juez para aplicar principios morales, toda vez que las reglas positivas no regulan todos los casos que se presentan en la realidad, con lo cual se demuestra que el concepto positivista es incompleto y, en consecuencia, no puede dar cuenta de un concepto de Derecho aplicable para todos los sistemas jurídicos. Los positivistas aceptan la existencia de ese vacío estructural dentro del ordenamiento positivo pero lo justifican diciendo que corresponde a una "textura abierta" (H.L.A. Hart), mediante la cual el ordenamiento positivo otorga una autorización expresa al juez para acudir a dichos principios morales, con lo cual se ha afirmado que el ataque de los teóricos que sostienen el argumento de los principios se limita a una cuestión de vocablos. Sin embargo, los teóricos del argumento de los principios sostienen que los principios (diferenciables de las reglas por cuanto éstas últimas no admiten grados de ponderación mientras que los principios sí) no son exclusivamente morales sino que hacen parte del concepto mismo de Derecho y que se constituyen en norma mediante las cuales las constituciones políticas y los ordenamientos jurídicos en general elevan a obligación jurídica la realización de ideales morales; es decir, de acuerdo con el argumento de los principios, los jueces, en sus decisiones, están obligados a aplicar dichos principios, pues de lo contrario su decisión no sería sólo moralmente sino también jurídicamente errónea, por lo cual el tema no es un simple asunto de vocablos sino que implica todo un problema de fondo sobre cuál es el concepto de Derecho que debe ser aceptado como adecuado²¹⁶.

Con base en lo anteriormente expuesto, el siguiente punto a abordar es el de la ubicación del concepto de justicia dentro de la teoría jurídica. Para el efecto, es necesario mencionar que desde los comienzos de la filosofía hasta el final de la Edad Media se aludía a lo jurídico con el nombre de "lo justo" ("dikaion" en Grecia y "ius" en Roma), y la expresión "derecho", del latín "directum", recién aparece en los siglos V y VI d.C., pero aún hasta nuestro días el término "ius" sigue utilizándose para referirse al Derecho y a lo jurídico²¹⁷. De allí la importancia de determinar hasta qué punto la justicia hace parte o no de los elementos esenciales del concepto de Derecho, si es que respecto de ese concepto se puede hablar de elementos esenciales²¹⁸.

²¹⁶ Cfr. *Ibíd.*, pp. 76-100.

²¹⁷ Cfr. VIGO, Rodolfo Luis. *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 14-15.

²¹⁸ Cfr. RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 17-46.

Como ya se mencionó previamente, bajo el concepto estrictamente positivista del Derecho, el asunto de la justicia es irrelevante, pues dicha doctrina sostiene la inexistencia de una relación necesaria entre Derecho y moral, ya que el término "Derecho" sólo alude al Derecho positivo, mientras que el término "moral" alude a aquello que tradicionalmente se ha denominado "Derecho natural", "Derecho racional" o "justicia". Para los positivistas radicales es indispensable distinguir entre el Derecho como es y el Derecho como debe ser, pues para ellos el Derecho se limita a lo primero y deja de lado la rectitud material de una norma o de un orden normativo. Por eso, bajo el esquema positivista clásico se elimina la justicia como uno de los elementos fundamentales de definición del concepto de Derecho y se abordan sólo la vigencia y la eficacia social de las normas y de los sistemas de normas²¹⁹.

Por su parte, Norberto Bobbio, al referirse a la justicia, dice que la justicia, la validez y la eficacia corresponden a tres criterios de valoración a los cuales deben someterse las normas jurídicas. Así, sostiene Bobbio que el problema de la justicia es el problema de la correspondencia o no de la norma a los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico; el problema de la validez es el problema de la existencia de la regla en cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre si ella es justa o no; y el problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige y, en el caso de ser violada, que se le haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto. Bobbio soporta esa tripartición de los problemas del Derecho en lo expuesto previamente por Giorgio del Vecchio, Eduardo García Maynez, Julius Stone y Alfred von Verdross, quienes también hablaron de los mencionados problemas de justicia, validez y eficacia como los diferentes modos de abordar el estudio del Derecho. El querer reducir el concepto de Derecho a cada uno de los tres criterios de valoración previamente mencionados de justicia, validez y eficacia, es el origen de las doctrinas más influyentes en la historia del Derecho, a saber, la doctrina del Derecho natural, la concepción positivista del Derecho y las corrientes del realismo jurídico, respectivamente, criticadas por Bobbio por ser reduccionistas del concepto de Derecho²²⁰.

En consecuencia, con base en lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la justicia es uno de los criterios de valoración o valores que se tienen en cuenta al momento de estudiar el concepto de Derecho. La importancia del tema radica en que, si bien no todas las teorías jurídicas tienen en cuenta la idea de justicia como elemento característico del concepto de Derecho por ellas propuesto, de alguna forma todas las teorías en algún momento deberían hacer una confrontación de si el concepto de Derecho por ellas propuesto acoge o no el valor de la justicia, pues *"(...) si se quiere establecer una teoría de la norma jurídica sobre bases sólidas, lo primero que hay que tener bien claro es si toda norma jurídica puede ser sometida a tres distintas valoraciones*

²¹⁹ Cfr. DREIER, Ralf. Op. cit., pp. 71-73.

²²⁰ Cfr. BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Op. cit., pp. 20-27.

(justicia, validez y eficacia), y si estas valoraciones son independientes entre sí”,²²¹ inquietud resuelta por Bobbio afirmando que “(...) es claro que esta distinción de problemas no se debe concebir como una separación en compartimentos estancos. Quien desee comprender la experiencia jurídica en sus diversos aspectos, debe tener en cuenta que ella es esa parte de la experiencia humana cuyos elementos constitutivos son ideales de justicia por lograr, instituciones normativas por realizar, acciones y reacciones de los hombres frente a esos ideales y a estas instituciones. Los tres problemas son tres diversos aspectos de un solo problema central, el de la mejor organización de la vida de los hombres asociados”²²².

Es decir, con base en lo expuesto, se puede sostener que sólo confrontando el concepto de Derecho elaborado por una teoría jurídica con el valor de la justicia, sin perjuicio de los otros valores de validez y eficacia, puede tenerse conciencia de si el concepto de Derecho que ha sido propuesto por dicha teoría, es completo. No quiere decir esto que todos los conceptos de Derecho deban acoger el valor de la justicia, sino que todos los conceptos de Derecho deberían confrontarse, en algún momento, con el concepto de justicia, para determinar si lo acogen o no en su definición; no acoger la definición de justicia es perfectamente válido pero, por lo menos, debería hacerse la confrontación con la misma, para poder hacer explícita la conclusión obtenida al respecto.

1.5.2. La justicia como un concepto cultural e histórico

Para definir la justicia se suele acudir a la máxima “dar a cada cual lo suyo”, que, en últimas, tiene el mismo significado que las expresiones “dar a cada cual lo que le corresponde”, “dar a cada uno lo que le pertenece” y “dar a cada uno su derecho”. Todas estas definiciones son equiparables por la ausencia de contenido de las mismas²²³.

Así, según la definición que se acepte del concepto “lo suyo”, “lo que le corresponde”, “lo que le pertenece” o “su derecho”, pueden surgir las diferencias más importantes sobre qué es la justicia. El mismo Hans Kelsen ya estudió las posibles combinaciones sobre el tema y concluyó que no se puede decidir racional o científicamente cuál de ellas tiene primacía, por lo cual no hay uno sino muchos conceptos de justicia, así como que la decisión por uno de ellos es cuestión de valoraciones subjetivas; para Kelsen, la justicia es un concepto irracional y relativo²²⁴.

Suele afirmarse que hay injusticia cuando a una persona o situación no se le da el mismo tratamiento que a otra, a pesar de encontrarse bajo los mismos supuestos de hecho.

²²¹ *Ibíd.*, p. 20.

²²² *Ibíd.*, p. 26.

²²³ Cfr. DREIER, Ralf. *Op. cit.*, p. 6.

²²⁴ Cfr. KELSEN, Hans. *¿Qué es justicia?* Barcelona: Ariel, 1992.

Entonces, sin duda, el concepto más cercano al de justicia es el de la igualdad, como lo afirman Santo Tomás de Aquino, Norberto Bobbio y Chaim Perelman.

En efecto, el filósofo medieval expresó en la Suma Teológica que: "(...) La justicia tiene como característico, entre las otras virtudes, el ordenar al hombre en todo aquello que se refiere a los demás. Lo cual supone una cierta igualdad, como el mismo nombre lo demuestra. Pues suele decirse 'ajustar' al adecuar dos cosas; y es que la igualdad siempre se refiere a los demás. Todas las demás virtudes perfeccionan al hombre en aquello que el corresponde en sí mismo. Por ello juzgamos de lo que es recto en las otras virtudes según aquello a lo que dichas virtudes tienden como propio objeto, y siempre encontramos dicho objeto en lo que conviene al propio agente. En cambio al hablar de las obras de la justicia, además de fijarnos en si es conveniente al sujeto, atendemos también a que lo sea a los demás. Pues solemos llamar obra justa aquella que responde a demandas del otro; por ejemplo, el dar un salario justo por un servicio prestado. Por ello llamamos justo aquello que muestra la rectitud de la justicia, y hacia lo cual tiende la acción justa; y ello aun cuando no atendamos al modo como lo haga el sujeto. En cambio en las demás virtudes sólo consideramos recto aquello que el sujeto obra de determinada manera. Por ello el objeto de la justicia queda determinado por lo que en sí es justo, o sea por el derecho, a diferencia de las otras virtudes. Por tanto es claro que el derecho es el objeto de la justicia"²²⁵.

Por su parte, Norberto Bobbio expresó: "(...) El defecto de la doctrina jusnaturalista está en que no hay acuerdo sobre qué es 'justicia'. Por 'justicia' se entiende, en general, 'igualdad'. ¿Diremos entonces que normas jurídicas son aquellas que hacen posible el establecimiento de relaciones de igualdad entre los coasociados? Pero, ¿'igualdad' no es un término un poco vago? ¿Igualdad respecto de qué cosa? En la historia del pensamiento jurídico se conocen al menos cuatro respuestas a esta última pregunta: igualdad según el mérito, según la necesidad, según el trabajo, según el rango. ¿Cuál de estos criterios es el justo, esto es el que permite decir que una norma es jurídica a quien sostenga que una norma, para ser jurídica, debe ser también justa?"²²⁶.

De esta manera, la definición de Chaim Perelman parece ser la más acertada del concepto de justicia, cuando afirma: "(...) La justicia es una noción prestigiada y confusa. Una definición clara y precisa de este término no puede agotar el contenido conceptual, variable y diverso, que su uso cotidiano podría hacer aparecer. Al definirla, no se puede sacar a luz más que un solo aspecto de la justicia al que quisiera referirse todo su prestigio, tomado en el conjunto de sus usos. Esta manera de actuar presenta el inconveniente de operar, por un subterfugio lógico, la transferencia de una emoción de un término hacia el sentido que se quiere acordarle arbitrariamente. Para evitar este inconveniente, el análisis de la justicia se limitará a investigar la parte común a diversas concepciones de la justicia,

²²⁵ DE AQUINO, Tomás. Suma Teológica. II, II, cuestión 57, artículo 1º. Tratado de la Ley, Tratado de la Justicia y Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes. México D.F.: Porrúa, 1990, pp. 117 – 118.

²²⁶ BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Op. cit., p. 103.

parte que no agota evidentemente todo el sentido de esta noción, pero que es posible definir de manera clara y precisa.

“Esta parte común, llamada justicia formal, nos permite decir cuándo un acto es considerado justo. La justicia de un acto consiste en la igualdad de tratamiento que reserva a todos los miembros de una misma categoría esencial. Esta igualdad resulta de la regularidad del acto, del hecho de que coincide con una consecuencia de una regla de justicia determinada”²²⁷.

Entonces, lo lógico es proceder a definir el concepto de igualdad para poder comprender qué es la justicia. No obstante, para poder hablar de igualdad, se deben definir previamente los sujetos, los objetos atribuidos a los sujetos y el criterio de atribución, como lo explica Bobbio: *“(…) La noción de igualdad es relativa y no absoluta. Ella depende de al menos tres variables que hay que tener en cuenta cada vez que se busque saber si la idea de igualdad es más o menos deseable y/o realizable: a) los sujetos entre los cuales se trata de repartir los bienes o las cargas; b) los bienes o las cargas a repartir; c) el criterio de repartición.*

“Dicho de otra manera, ningún proyecto de repartición podría evitar responder a la triple pregunta: ‘La igualdad, de acuerdo, pero ¿entre quienes, sobre qué y bajo cuál criterio?’.

“(…) Es posible distinguir doctrinas más o menos igualitarias, según el mayor o menor número de sujetos abarcados, según la cantidad y el valor más o menos importante de bienes a distribuir, y en relación con el criterio adoptado para distribuir ese bien cualquiera a un grupo cualquiera de personas.

“En lo que concierne a los sujetos, el sufragio universal masculino y femenino es más igualitario que el solo sufragio masculino; el sufragio universal masculino es él mismo más igualitario que el sufragio masculino limitado a los poseedores y a los no analfabetas. Para los bienes, la democracia social, que concede a todos los ciudadanos derechos sociales además de derechos de libertad, es más igualitaria que la democracia liberal. En cuanto a criterio, la fórmula ‘a cada uno según sus necesidades’ es, como ya lo hemos resaltado, más igualitaria que la fórmula ‘a cada uno según su rango’ característica de la sociedad de órdenes a la cual se opuso el Estado liberal”²²⁸.

Con base en lo anterior, queda clara la evidente relación entre los conceptos de justicia e igualdad, pues la justicia implica igualdad. A esto hay que adicionar que la justicia, lo justo y lo injusto, no son conceptos que puedan ser definidos de manera abstracta sino que atienden a los valores predominantes en un grupo social en una época y lugar determinados.

²²⁷ PERELMAN, Chaim. De la justicia. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1964, p. 77.

²²⁸ Traducción propia de BOBBIO, Norberto. *Droite et gauche*. París: Éditions du Seuil, 1996, pp. 118 – 121.

En efecto, el concepto de justo o injusto viene determinado por los valores en los cuales se cree. Así, si bien un juicio sobre la justicia de algo implica un juicio sobre lo que esa cosa "debería ser", ese "deber ser" no viene determinado por la naturaleza humana, por algo que esté "impreso" previamente en la razón, sino por lo que se estima como un trato igualitario a la luz los valores en que se cree. El sentimiento de justicia traduce una apreciación que se puede formular en un juicio de valor, más precisamente en un juicio de justicia, o sea, un juicio sobre qué es justo y qué es injusto. Si se comparan tales juicios de valor, se observa que ellos resultan ser muy variados en diferentes épocas y sitios, y aún dentro de la misma sociedad, especialmente en la moderna sociedad pluralista²²⁹.

La explicación a este fenómeno se encuentra en el hecho de que la justicia no existe por sí misma sino que es un producto de la cultura, de los valores. En efecto, lo justo y lo injusto vienen determinados por sentimientos que se tienen frente a determinada situación pero que, por la tendencia racional natural del hombre, han sido convertidos en un ideal llamado justicia. De hecho, la naturaleza racional del ser humano impulsaría a creer que "(...) *el bien y la justicia, si son lo que pretenden, habrán de ser únicos. Una justicia que sólo para un tiempo o una raza sea justa, aniquila su sentido*"²³⁰.

De esta forma, la justicia es tan sólo un valor que se constituye en una elaboración del hombre a la cual se ha dotado de la característica de inmutabilidad y de principio rector de la vida. Estas creaciones culturales han terminado separándose de la vida como tal, y nos han esclavizado, como lo sostiene Ortega y Gasset²³¹.

Todo lo anteriormente expuesto tiene como fin plantear varios asuntos. El primero es que la justicia es uno de los criterios de valoración o valores que se tienen en cuenta al

²²⁹ Cfr. DREIER, Ralf. Op. cit., p. 2.

²³⁰ ORTEGA Y GASSET, José. El tema de nuestro tiempo. Madrid: Revista de Occidente/Alianza Editorial, 1981, p. 99.

²³¹ "(...) *Nace, pues, la justicia como simple conveniencia vital y subjetiva; la sensibilidad jurídica, orgánicamente, no tiene, por lo pronto, más ni menos valor que la secreción pancreática. Sin embargo, esa justicia, una vez que ha sido segregada por el sentimiento, adquiere un valor independiente. Va en la idea misma de lo justo incluso la exigencia de que debe ser. Lo justo debe ser cumplido, aunque no le convenga a la vida. Justicia, verdad, rectitud moral, belleza, son cosas que valen por sí mismas, y no sólo en la medida en que son útiles a la vida. Consecuentemente, las funciones vitales en que esas cosas se producen, además de su valor de utilidad biológica, tienen un valor por sí. En cambio, el páncreas no tiene más importancia que la proveniente de su utilidad orgánica, y la secreción de tal sustancia es una función que acaba dentro de la vida misma. Aquel valer por sí de la justicia y de la verdad, esa suficiencia plenaria que nos hace preferirlas a la vida misma que las produce, es la cualidad que denominamos espiritualidad. (...) Pues bien, el sentimiento de lo justo, el conocimiento o pensar la verdad, la creación y goce artísticos tienen sentido por sí, valen para sí mismos, aunque se abstraigan de su utilidad para el ser viviente que ejercita tales funciones. Son, pues, vida espiritual o cultura. Las secreciones, la locomoción, la digestión, por el contrario, son vida infraespiritual, vida puramente biológica, sin ningún sentido ni valor fuera del organismo. A fin de entendernos, llamaremos a los fenómenos vitales, en cuanto o trascienden de lo biológico, 'vida espontánea'*" (ORTEGA Y GASSET, José. Op. cit., pp. 103-105).

momento de estudiar el concepto de Derecho, pues es el valor con cuya defensa tradicionalmente se ha asociado al Derecho.

El segundo asunto es que la justicia no existe como un ente con vida independiente, sino que es una elaboración cultural. El concepto de justicia está determinado por los valores predominantes en una época y lugar determinados, y lo justo y lo injusto son recipientes vacíos, dispuestos a ser llenados por los valores que imponga la evolución histórica de las sociedades. No hay una única justicia, que esté dispuesta a ser descubierta por la razón del hombre, como lo proponía el iusnaturalismo.

No obstante lo anterior, el tercer asunto a plantear tiene que ver con el hecho de que a través de los tiempos ha sido una constante, para poder caracterizar el concepto de justicia, la de asociarlo con el concepto de igualdad. En efecto, la justicia es un concepto esencialmente caracterizado por la ausencia de trato discriminatorio respecto de aquellos sujetos incurso en los mismos supuestos de hecho. Así, más que “la virtud consistente en dar a cada cual lo suyo”, “su derecho”, “lo que le corresponde” o “lo que le pertenece”, que es lo mismo, pues estas definiciones son vacías, la justicia podría definirse como la virtud consistente en dar igual tratamiento a las personas que pertenecen a la misma categoría esencial.

Eso sí, no debe identificarse o confundirse la justicia con la simple igualdad, pues, como bien lo afirma Perelman: “(...) no es la noción de igualdad la que constituye el fundamento de la justicia, incluso formal, sino el hecho de aplicar una regla a todos los miembros de una categoría esencial”²³². Así, la justicia no puede asimilarse a la simple igualdad, es decir, al mismo trato para todos los sujetos, independientemente de sus condiciones, sino que podría asociarse con la igualdad en el trato para sujetos que se encuentran bajo los mismos supuestos de hecho, todo dentro de una sopesación de los diversos intereses existentes en la sociedad.

El último asunto a plantear con el concepto de justicia en general tiene que ver con la principal crítica que puede realizarse al positivismo, consistente en que no se puede aceptar el reduccionismo propuesto por la escuela del positivismo jurídico tradicional, consistente en asimilar lo jurídicamente válido como si fuera lo jurídicamente justo, entendida la justicia en términos generales como una óptima distribución y óptima compensación de bienes y cargas²³³.

Por su parte, en relación con la justicia ambiental, parece pertinente traer lo expuesto por Amartya Sen, quien expone que: “(...) el ambiente es no sólo un asunto de preservación pasiva sino uno de búsqueda activa. Aunque muchas actividades humanas que acompañan el proceso del desarrollo pueden tener consecuencias destructivas, también

²³² PERELMAN, Chaim. Op. cit., pp. 52-53.

²³³ Cfr. DREIER, Ralf. Op. cit., p. 7.

hace parte del poder humano realzar y mejorar el ambiente en el que vivimos. Al momento de pensar en los pasos que deben darse para detener la destrucción ambiental, debe incluirse la intervención humana constructiva"²³⁴.

En efecto, el tema de la justicia ambiental en concreto ha motivado la existencia de las más variadas posiciones al respecto. Así, una primera aproximación al concepto de justicia ambiental lleva al de injusticia ambiental, que se puede entender como "*(...) la manera inadecuada e injusta en que alguien o algunos se apropian de algo en la naturaleza o el ambiente, que no es de él o de ellos, sino que pertenece a otros, a muchos o a todos*"²³⁵.

De esta manera, se plantea la existencia de, por lo menos, cinco grandes teorías sobre la justicia ambiental generacional: la responsabilidad doméstica, la responsabilidad hercúlea, la responsabilidad igualitarista, la responsabilidad por el patrimonio común de la humanidad, y la responsabilidad ambiental solidaria y cosmopolita²³⁶.

Así, la justicia ambiental como responsabilidad doméstica encuentra en Rawls y Passmore a sus principales exponentes, y está planteada como una "justa tasa de ahorro" que la generación actual debería aceptar o tener en cuenta a favor de las generaciones futuras, las cuales se circunscriben al ámbito doméstico, es decir, a las dos próximas generaciones. La justicia ambiental como responsabilidad hercúlea tiene como representante a Hans Jonas y apunta a rechazar la idea de equilibrio contractual y recíproco de contractualistas como Rawls, para proponer que el hombre moderno debe cargar sobre sus hombros el peso de lo humano y no humano presente y futuro.

La justicia ambiental como responsabilidad igualitarista es planteada por Brian Barry y tiene como fundamento la responsabilidad que tendría la generación actual frente a las generaciones futuras a partir del reconocimiento de la igualdad de oportunidades, de manera que no se debe tener en cuenta un criterio de reciprocidad, basado en la preocupación por uno mismo y por sus derechos adquiridos, sino que debe tenerse en cuenta la distribución de ventajas en el punto de partida.

La teoría de la justicia ambiental como responsabilidad desde el patrimonio común de la humanidad es formulada por François Ost quien, basándose en la idea kantiana de humanidad, en la simetría, la búsqueda de equilibrio de la justicia conmutativa, y el desarrollo sostenible, plantea la idea de un patrimonio, natural y cultural, común, que

²³⁴ Traducción propia de SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2009, p. 249.

²³⁵ MESA CUADROS, Gregorio. *Elementos para una teoría de la justicia ambiental*. En MESA CUADROS, Gregorio (Ed.) *Elementos para una teoría de la justicia ambiental y el Estado ambiental de derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – UNIJUS, 2011, p. 28.

²³⁶ Cfr. *Ibíd.*, pp. 41-49.

tiene sus raíces en una visión retrospectiva pero también de proyecto hacia el futuro, de tal manera que la generación actual tiene la responsabilidad de cuidar, conservar y dejar bueno y suficiente el patrimonio natural y cultural que queda.

La teoría de la justicia ambiental como responsabilidad solidaria y cosmopolita es formulada por Mesa Cuadros y plantea su contenido a partir de los conceptos de sujetos (incluyendo a los no humanos), temporalidad (para incluir no sólo los derechos de las generaciones futuras sino los de las generaciones actuales que no pueden y no tienen), y espacialidad (para superar el espacio del Estado-Nación y pensar en términos locales, regionales, nacionales, internacionales y globales o cosmopolitas). Su principal objetivo es atacar el estilo de vida de la sociedad capitalista de occidente, basado en la producción inadmisibles y el sobreconsumo exosomático, fundamentalmente a través del concepto de huella ambiental de cada uno de los seres humanos.

Sin embargo, no puede dejar de tenerse en cuenta que el concepto de justicia ambiental surgió como consecuencia de la lucha contra la discriminación racial en los Estados Unidos de América, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial y con un pico muy alto en las décadas de los setenta y ochenta del siglo XX, trasladándose en la actualidad a denunciar las diferencias en materia de huella ecológica o ambiental entre los distintos seres humanos, pues mientras los ciudadanos de los países ricos tienen una huella ecológica de 4-10 hectáreas, los ciudadanos de países pobres tienen una huella ecológica menor a una hectárea. Lo que se plantea, entonces, es que el concepto de justicia ambiental ha venido evolucionando a la par con la historia del Derecho ambiental, pasando de una proyección espacial y socioeconómica, derivada de la perspectiva de los movimientos antirracistas norteamericanos, a una proyección más intercultural y de respeto por los derechos humanos, gracias al hecho de entrar a hacer parte de las políticas gubernamentales, concentrándose los esfuerzos actuales en tres elementos comunes: la no discriminación respecto de los beneficios ambientales, la distribución proporcionada de perjuicios ambientales, y la existencia de mecanismos efectivos de participación en la toma de decisiones para una comunidad compuesta por sujetos actuales y futuros²³⁷.

El camino es aún extenso y, como se deriva de lo planteado por Sen²³⁸, la cuestión ambiental no es un tema de preservación pasiva sino de intervención humana constructiva, pues es necesario tener en cuenta que no se puede pensar en el ambiente exclusivamente en términos de conservar las condiciones naturales pre-existentes, pues el ambiente también incluye los resultados de la creación humana, ante lo cual parece fundamental comprender que la importancia de las vidas humanas no reposa sólo en un estándar de vida y la atención de necesidades sino en la libertad de la cual podemos

²³⁷ Cfr. BELLMONT, Yary Saidy. *El concepto de justicia ambiental*. En MESA CUADROS, Gregorio (Ed.) *Elementos para una teoría de la justicia ambiental y el Estado ambiental de derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – UNIJUS, 2011, pp. 63-86.

²³⁸ Cfr. SEN, Amartya. *Op. cit.*, pp. 248-252.

disfrutar, por lo cual preservación y expansión deben acompañarse, para que la generación actual pueda disfrutar de su libertad y capacidades sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones de tener igual o mayores libertades; ello pasa por entender que “no sólo somos pacientes que necesitan ser atendidos sino también agentes que tienen libertad para decidir con fundamento en valores razonados”.

Para cerrar este tema, vale la pena acudir a lo señalado por Marquardt, cuando afirma que: “(...) *Ni la cuestión ecológica del industrialismo, ni el derecho medioambiental actual, son innovaciones de los últimos cuatro decenios, sino se basan en precondiciones históricas con una edad de dos siglos. (...) A pesar de resultados respetables en la limpieza de los ríos negros y del aire venenosos, y a pesar de la introducción fuerte del medioambientalismo al sistema ahora tridimensional de valores en un constitucionalismo pluralista liberal-social-ambiental, existen todavía grandes desafíos para el desarrollo de un verdadero Estado Medioambiental de Derecho. Esto requiere una discusión crítica y productiva sobre los fundamentos de un nuevo derecho natural que se emancipa del social-newtonianismo unilateral de las revoluciones ilustradas alrededor de 1800*”²³⁹.

1.5.3. El Derecho como un constructo de la sociedad

Todo lo anteriormente expuesto sirve como base para plantear el concepto de Derecho que se acoge en este trabajo. En efecto, teniendo claro que son descartados los conceptos formulados por el iusnaturalismo y por el iuspositivismo clásico, es necesario precisar que aquí se entiende al Derecho como un constructo, como un producto de la sociedad, bajo la perspectiva del Derecho como sistema autopoiético.

Tal vez la versión más conocida en Colombia del Derecho como discurso sea la expuesta por Jürgen Habermas²⁴⁰. No obstante, no se profundiza en la misma, pues se distancia en varios puntos del concepto de Derecho acogido en este trabajo, el de Niklas Luhmann.

En efecto, si bien Habermas y Luhmann en el fondo coincidirían en que la base del Derecho son las comunicaciones, las diferencias entre ellos al respecto son muy importantes²⁴¹, siendo tal vez la más importante, en lo que al Derecho como discurso se refiere, aquella que tiene que ver con el rol otorgado al consenso en cada una de las teorías, pues mientras para Habermas el consenso es un elemento fundamental en la construcción del Derecho como discurso, para Luhmann la legitimación de un sistema

²³⁹ MARQUARDT, Bernd. La cuestión ecológica de la revolución industrial y la habilidad para el futuro de la civilización industrial. *Revista Pensamiento Jurídico*. 2009, nro. 25, p. 63.

²⁴⁰ Cfr. HABERMAS, Jürgen. Op. cit.

²⁴¹ Cfr. KJAER, Poul. Systems in Context: On the Outcome of the Habermas/Luhmann-debate. *Ancilla Iuris*. 2006, vol. 2006, pp. 66-77. También GONZÁLEZ, Luis Armando. Teoría crítica versus teoría de sistemas: la confrontación Habermas-Luhmann. *Revista Realidad*. 1994, nro. 41, pp. 785-811. MÁS TORRES, Salvador. Teoría crítica y teoría de sistemas. Observaciones sobre la polémica Habermas-Luhmann. *Anales del Seminario de Metafísica*. 1996, nro. 30, pp. 107-118.

como el Derecho debe provenir del mismo sistema y no desde afuera, no puede basarse en el consenso o la conformidad con valores morales²⁴².

En efecto, el Derecho como discurso para Luhmann no es cosa distinta de entender que los paradigmas iusnaturalista y iuspositivista se encuentran superados, para proponer el Derecho como un proceso de constante creación y modificación, pues para que un tema pueda integrar materialmente el Derecho, ya no es necesaria la comprobación de que siempre haya hecho parte del Derecho. Así, Luhmann ya no concibe al Derecho en términos ontológicos, como lo hacía el iusnaturalismo, sino en términos funcionales, es decir, de acuerdo con la función que el Derecho cumple en la sociedad, y donde la problemática del Derecho ya no es más tratada moralmente sino sociológicamente, de manera que la justicia se sitúa al margen del Derecho, como principio ético²⁴³.

El paradigma iuspositivista es superado por Luhmann, no en el sentido de negar la necesidad de un Derecho positivo, sino en el de entender que el sistema de Derecho propuesto por los iuspositivistas debe ser entendido en un plano de conexión de la dogmática jurídica con la realidad social, fundamentalmente a través del entendimiento de la función del Derecho como un sistema dentro del sistema social, y a la dogmática jurídica como el eje a través del cual se canalizan *inputs* y *outputs* de los sistemas sociales hacia y desde el mundo del Derecho, respectivamente²⁴⁴, perspectiva no abordada por el iuspositivismo clásico.

El punto de partida para lo anterior es una teoría del conocimiento que no es realista ni idealista sino más bien constructivista, en la que queda claro que no merece la pena polemizar acerca de la naturaleza o del ser del Derecho, sino preguntarse por los límites del mismo, pregunta que podría ser resuelta analíticamente, es decir, como un observador, o en modo concreto, es decir, mediante el objeto mismo. Esta última es la opción realizada por Luhmann, pues plantea él que el Derecho mismo determina qué pertenece y qué no al Derecho, siendo una observación de segundo nivel, pues tiene en cuenta la relación sistema/entorno. La opción por el constructivismo se concreta así en que no hay ningún intento por representar el mundo exterior al sistema del Derecho, así ello implique una mayor complejidad y abstracción, lo cual ocurre al describir el Derecho como un sistema autopoiético y autodiferenciador²⁴⁵, y al entender que los sistemas no existen como sustancias ontológicas sino como selección contingente y variable de posibilidades²⁴⁶.

²⁴² Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 162-168.

²⁴³ Cfr. LUHMANN, Niklas. Sociología del derecho. Bogotá: Universidad Libre, 2012, pp. 223-243.

²⁴⁴ Cfr. LUHMANN, Niklas. Sistema jurídico y dogmática jurídica. Op. cit.

²⁴⁵ Cfr. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005, pp. 61-92.

²⁴⁶ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Op. cit., p. 186.

Elemento clave acá es entender que en materia de epistemología, el planteamiento de Luhmann implica uno de los más radicales cuestionamientos frente al paradigma kantiano de que la sede última del conocimiento es una conciencia subjetiva cognoscente²⁴⁷, pues precisamente lo que plantea Luhmann es que todo lo que el sistema contempla como realidad es una construcción del sistema mismo²⁴⁸, lo cual tiene como soporte la idea de que un sistema sólo puede ver lo que puede ver, no puede ver lo que no puede ver, y tampoco puede ver que no ve lo que no ve²⁴⁹, de manera que para cada sistema la realidad cognoscible se agota dentro de sus propios límites²⁵⁰.

Así, para este trabajo, con base en Luhmann, el Derecho no puede entenderse como el referente ideal que defiende el iusnaturalismo, ni como ese sistema cerrado de normas que propone el iuspositivismo clásico, sino como un proceso, un conjunto de operaciones y fases que se desarrollan a través de comunicaciones, que permiten que el Derecho se elabore día a día, a partir de los insumos que la realidad social provee, para producir nuevos elementos que hacen que la dogmática jurídica sea un discurso en permanente cambio y adecuación a la realidad social.

Todo lo anteriormente expuesto se concreta en el planteamiento que Luhmann realiza del Derecho como un sistema autopoietico. Para llegar a tal explicación, en el siguiente apartado se explica la tensión encontrada como más relevante en la actualidad en el Derecho colombiano de contratos, la cual sirve para ilustrar el concepto de colisión de discursos legales y, a partir de ahí, explicar en qué consiste el planteamiento de Luhmann del Derecho como un sistema autopoietico.

No obstante, antes de pasar al siguiente apartado, y para cerrar este punto del Derecho como discurso, vale la pena acudir a lo expuesto por Helmut Willke cuando afirma que: *"(...) Un discurso es, de este modo, una forma de entendimiento libre de coacción, en tanto cada actor puede renunciar a su participación cuando vea amenazados esencialmente sus intereses sistémicos. En esos dos momentos, el objetivo de entendimiento y la ausencia de coacción, los discursos sistémicos se acercan al modelo de discurso de Habermas.*

²⁴⁷ Cfr. *Ibíd.*, pp. 148-154.

²⁴⁸ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Closure and Openess: on Reality on the World of Law*. En: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Autopoietic Law: a New Approach to Law and Society*. Berlín/Nueva York: De Gruyter, 1988, p. 342.

²⁴⁹ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Chicago/Cambridge: University of Chicago Press/Polity Press, 1989, p. 52.

²⁵⁰ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Op. cit.*, pp. 153-154.

“Ahora vienen las diferencias. Ellas se remiten al hecho de que un discurso sistémico como juego mutuo de actores autónomos con lógicas operativas divergentes no se dirige en primera línea al consenso, sino al disenso”²⁵¹.

En efecto, la idea de cierre de este apartado apunta a que, en un concepto de Derecho como el de Luhmann, del Derecho como un sistema autopoietico, a diferencia de Habermas, la principal función de los discursos no es producir consenso sino generar información que pueda ser comprendida y conectada, de manera que la aspiración del concepto de Derecho como sistema autopoietico es mucho más humilde, pues lo que pretende es que los sistemas sociales, como el Derecho, entiendan lo que provocan en el entorno y cómo otros sistemas influyen sobre ellos. Todo lo anterior tiene como base el punto de partida de que no se puede llegar a un consenso fundamental en los discursos, pues “no hay una verdad o rectitud generalizada” sino que sólo existe la posibilidad de relacionamiento de diferentes verdades, de manera que no existe un discurso sistémico de alcance general sino una variedad de discursos, reflejo de la “estructura federal y policéntrica de las sociedades desarrolladas, de manera que se debe propender por la reducción de las aspiraciones generalizadas de control, dominación, ejercicio del poder y orientación de la sociedad, para sustituirlas por una aspiración de reforzamiento de la capacidad de autoorganización sin un único centro”²⁵².

El Derecho comercial en Colombia debería entenderse, así, como un constructo, que si quiere dar respuesta adecuada a las necesidades actuales del mundo, debería incorporar dentro de su discurso la preocupación por la protección jurídica del ambiente. Claramente Colombia no tiene la categoría de las sociedades desarrolladas descritas por Willke, pero esa no puede ser una justificación para no ajustar la dogmática jurídica del Derecho comercial colombiano a una problemática mundial como es el asunto ambiental.

²⁵¹ WILLKE, Helmut. Formas de autoorientación de la sociedad. *Revista MAD*. 2016, nro. 34, pp. 29-30.

²⁵² Cfr. *Ibíd.*, pp. 27-30.

1.6. LA COLISIÓN DE DISCURSOS LEGALES Y EL DERECHO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

Este apartado inicia con una exposición sucinta de la situación del debate en Colombia sobre el solidarismo contractual y la constitucionalización del Derecho de contratos, frente a la dogmática tradicional en Derecho contractual, como principal tensión existente en tal área del Derecho en la actualidad en el país. Esa discusión permitirá entender la colisión de discursos que se presenta en el Derecho colombiano de contratos y facilitará exponer los conceptos de Derecho como sistema autopoietico y Derecho reflexivo.

1.6.1. La tensión existente en el Derecho de contratos en Colombia a la luz del solidarismo contractual y la constitucionalización del Derecho de contratos

Respecto del solidarismo contractual basta decir, por ahora, con base en la descripción hecha por Mariana Bernal, que el mismo es una doctrina que ha venido tomando fuerza en los últimos años, especialmente en Francia, en un intento por armonizar la autonomía de la voluntad y los imperativos clásicos de la estabilidad y seguridad jurídicas con principios como la solidaridad, la colaboración, la lealtad y la coherencia, entre otros, para llegar a convertirse en un nuevo fundamento de la teoría general del contrato, un nuevo orden contractual²⁵³.

Fabricio Mantilla da cuenta de cómo esa forma de pensar del solidarismo contractual ha ido permeando también el Derecho de contratos en Colombia, gracias a una asociación que él establece entre el solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización del Derecho de contratos en Colombia, en un escrito crítico y bastante ilustrativo del panorama²⁵⁴, que permite comprender la principal tensión existente en la actualidad y, a su vez, sirve como reflejo del concepto de colisión de discursos, base para abordar posteriormente los conceptos de autopoiesis y Derecho reflexivo. En efecto, la tensión consiste, en líneas generales, en que el Derecho colombiano de contratos ha venido recibiendo una serie de elementos ajenos a su discurso tradicional, de manera no ordenada y principalmente con ocasión de decisiones jurisprudenciales de jueces constitucionales.

²⁵³ Bajo el interés por que el contrato sea un elemento no sólo de acumulación de riqueza de las personas más acaudaladas se destaca la concepción solidarista de los contratos, encaminada a que las partes contractuales, en el mundo de los negocios, no sigan solamente su propio bienestar sino que consideren los intereses del otro y vean el contrato como una aventura común, a largo plazo, en la cual es necesario que ambas resulten favorecidas. Esta corriente no es algo nuevo sino que viene siendo propuesta desde el mismo siglo XIX, con no pocas críticas por su supuesta mezcla de Derecho y moral y por su idealismo y romanticismo, pero aún sigue recogiendo adeptos. (Cfr., para una introducción al tema, BERNAL FANDIÑO, Mariana. El solidarismo contractual: especial referencia al derecho francés. *Revista Universitas*. 2007, vol. 56, nro. 114, pp. 15-30. Para profundizar, COURDIER-CUISINIER, Anne-Sylvie. *Le solidarisme contractuel*. París: LexisNexis, 2006).

²⁵⁴ Cfr. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia. *Revista Chilena de Derecho Privado*. 2011, nro. 16, pp. 187-241.

Comparto con Fabricio Mantilla la preocupación por la inseguridad y ansiedad jurídicas derivadas de los abusos de poder y la incomprensión del Derecho privado colombiano contemporáneo, especialmente en cabeza de los jueces, que se pueden cometer en uso de ciertas doctrinas o teorías, y que él muy bien ilustró en otro de sus escritos cuando recurrió a un fragmento de la obra “A través del espejo y lo que Alicia encontró allí” de Lewis Carroll y al encuentro de Alicia con Humpty Dumpty, para ejemplificar en lo que puede terminar, o ha terminado convertida, según él, la justicia colombiana, por cuenta del poder desmedido que han asumido los jueces constitucionales²⁵⁵.

Sin embargo, no estoy de acuerdo con él, principalmente, en dos puntos. El primero tiene que ver con la equiparación que él realiza entre el solidarismo contractual francés y la constitucionalización de los contratos en Colombia. El segundo se relaciona con una afirmación no explícita, pero que sí se deduce de sus escritos, en el sentido de mantener aislado al Derecho privado del Derecho constitucional. Procedo a explicar cada uno de estos puntos.

En primer lugar, no es posible equiparar el solidarismo contractual francés y la constitucionalización de los contratos colombiana como si fueran dos teorías o fenómenos que se encontraran en el mismo rango. Para ser justos, hay que precisar que la comparación que hace Mantilla en su escrito publicado en la Revista Chilena de Derecho Privado tiene que ver más con los efectos de estos discursos teóricos, como él los llama, que con una identificación de los mismos en cuanto a su contenido.

Sin embargo, lo que sí queda en el aire en sus argumentos, y que se constituye en aquello sobre lo cual vale la pena llamar la atención acá, es que él pareciera equiparar el rango del discurso del solidarismo contractual con el de la constitucionalización de los contratos, cuando pareciera claro que el solidarismo debe entenderse como una doctrina o, si se quiere, teoría²⁵⁶, enmarcada dentro de la teoría general de contratos que suele manejar el Derecho francés, mientras que la constitucionalización del Derecho, si bien no tiene un concepto unívoco, se identifica con un fenómeno o proceso producto de la corriente del neoconstitucionalismo, que tampoco tiene una definición unívoca, pero con un marcado origen en la concepción de la Constitución Política como norma fundamental de los ordenamientos jurídicos después de la Segunda Guerra Mundial²⁵⁷.

²⁵⁵ Cfr. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. *Constitucionalización del derecho privado*. En: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coord.) *Controversias constitucionales*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, pp. 380-381. Lo que allí plantea Mantilla es cómo las decisiones del juez constitucional terminarían siendo guiadas, en último término, por la arbitrariedad de los jueces.

²⁵⁶Cfr. SMITH, Stephen A. *Contract Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 3-38. En ese capítulo, Smith explica qué es una teoría en Derecho de contratos, para lo cual propone cuatro criterios de identificación: adecuación, coherencia, moralidad y transparencia.

²⁵⁷ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*

Es decir, si bien el solidarismo contractual y la constitucionalización de los contratos pueden tener los mismos efectos de inseguridad y ansiedad jurídicas, ni en su contenido ni en su rango se pueden equiparar tales discursos teóricos, pues los fundamentos y los postulados de cada uno de ellos son distintos, lo cual los hace diferenciarse en su contenido, y el solidarismo contractual no alcanza a irradiar todo el ordenamiento jurídico sino que apenas se inscribe en la teoría general del contrato, mientras que la constitucionalización del Derecho es un proceso que permea todo el ordenamiento jurídico con base en el nuevo discurso que ha adoptado el Derecho en los países occidentales, siendo Colombia uno de los líderes en Latinoamérica al respecto²⁵⁸.

El segundo punto de discrepancia con Mantilla tiene que ver con una afirmación, no explícita pero que sí se deduce de sus escritos, en el sentido de mantener aislado al Derecho privado del Derecho constitucional. En efecto, aunque tal argumento no se propone abiertamente sino que su trabajo se concentra en formular críticas muy acertadas a la constitucionalización del Derecho privado²⁵⁹, sí queda en el aire la idea de que el Derecho privado tiene su propio discurso o lógica que vino a ser perturbado por el discurso moral supuestamente objetivo y verdadero del Derecho constitucional, por lo cual el Derecho privado, según él, debería reivindicar su discurso y hacerlo prevalecer, lo que en últimas parecería traducirse en una posición de aislamiento del mismo.

Aunque pueda estarse de acuerdo parcialmente con ese planteamiento, fundamentalmente por la colisión de discursos que allí se ve reflejada, no se puede aceptar una posición de aislamiento del Derecho privado, sobre todo en un país cuya Constitución Política claramente establece desde su artículo 1º que “Colombia es un Estado social de derecho, (...)”²⁶⁰, con todas las implicaciones políticas, ideológicas y jurídicas que ello conlleva, pues Colombia no se define como un Estado liberal o de cualquier naturaleza similar.

Es decir, hay que destacar que el Derecho privado, para entrar en diálogo fructífero con el Derecho constitucional, debería abrir el esquema de Derecho legislado que tradicionalmente lo ha caracterizado, para permitir su integración con el esquema de

²⁵⁸ Cfr. LANDAU, David. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. *Harvard International Law Journal*. 2010, vol. 51, nro. 2, pp. 319-378. También LANDAU, David. The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New Approach to Modeling Judicial Behavior in Latin America. *George Washington Law Review*. 2005, vol. 37, nro. 3, pp. 687-744.

²⁵⁹ Cfr. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. *Constitución y controversia*. En: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coord.) *Controversias constitucionales*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, pp. 11-23.

²⁶⁰ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política. Artículo 1º. (20, julio, 1991). En: Gaceta Constitucional No. 116. Consultada el 20 de junio de 2017 y disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Derecho por principios que maneja el Derecho constitucional²⁶¹ pues, se quiera o no, la irradiación de este último en el ordenamiento jurídico colombiano es un hecho innegable, todo ello sin perder de vista que es fundamental analizar el papel de los jueces en Derecho constitucional y Derecho privado, pues cada rama del Derecho tiene su propio discurso, que no puede estar sujeto a los dictados discrecionales del juez, bien sea constitucional o civil, pues la seguridad jurídica y la protección de los intereses individuales son valores esenciales al Derecho privado que no se pueden ver completamente desplazados en aras de una mal entendida defensa de la justicia.

La relación entre Derecho privado y Derecho constitucional constituye el eje de la propuesta de solución al problema de investigación presentada en el capítulo tercero de este trabajo. Por ahora, lo que importa es hacer evidente la colisión de discursos que se presenta al interior del Derecho, como se expone a continuación.

1.6.2. La colisión de discursos legales

Lo anteriormente expuesto no evidencia cosa distinta que la existencia de discursos que, aunque pueden complementarse, en temas específicos chocan, como es el caso del Derecho de contratos y de cómo ciertos criterios supuestamente no jurídicos han ingresado al Derecho colombiano de contratos, reflejando tensiones que existen no sólo entre ramas del Derecho, como son el Derecho comercial y el Derecho ambiental en sentido estricto, sino al interior de cada una de dichas ramas, lo que a su vez da cuenta de las tensiones que hacen parte inherente del Derecho.

Debido a que el Derecho es en esencia un escenario de tensiones y donde colisionan diversos discursos, es procedente optar por entenderlo como un constructo social, pues es a través de la confluencia de los diversos intereses existentes en la sociedad que se van configurando las diversas instituciones que hacen parte del mundo del Derecho y que se conocen como dogmática jurídica.

La defensa de esos intereses se realiza a través de la formulación de relatos o discursos, en los cuales se busca coherencia y unidad en los planteamientos y, en consecuencia, si están bien formulados, cada uno de ellos puede ser lo suficientemente convincente de cuál es el camino a seguir en el abordaje de los asuntos sobre los cuales versa. El problema surge cuando sobre el mismo punto confluyen relatos o discursos diversos, lo cual no ocurre sólo entre sistemas distintos, como cuando chocan ciencia, tecnología y Derecho²⁶², o política, economía y sociología²⁶³, por ejemplo, sino que pueden darse al

²⁶¹ Cfr. CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia. Bogotá: Universidad de los Andes/Universidad del Rosario/Temis, 2011, pp. 49-50.

²⁶² Cfr., entre otros, ESTEVE PARDO, José. Op. cit. También OST, François. Derecho, tecnología, medio ambiente: un desafío para las grandes dicotomías de la racionalidad occidental. Op. cit., pp. 1-12.

interior de un sistema como el Derecho, lo que se ha denominado colisión de discursos legales.

Para abordar tales colisiones, Gunther Teubner, principal exponente en la materia, acude al concepto de autopoiesis desarrollado por el sociólogo Niklas Luhmann en el Derecho. A continuación se expone en qué consiste la colisión de discursos legales como puerta de entrada al concepto de Derecho como un sistema autopoietico, y para poder explicar posteriormente la teoría del Derecho reflexivo de Teubner.

Si bien la aproximación de Teubner y Fischer-Lescano al tema de colisión de discursos legales se realiza a partir del fenómeno que se ha denominado como fragmentación del Derecho internacional, para sostener que tal fragmentación es más radical y profunda de lo que se piensa, que las aspiraciones de unidad normativa no tienen sentido, y que la fragmentación legal no puede ser combatida sino, como máximo, buscar algún tipo de compatibilidad, la riqueza de su planteamiento estriba en el señalamiento de que la fragmentación del Derecho global no es una simple colisión de normas o de conflictos de política pública, sino que lo que existe de fondo son contradicciones entre racionalidades institucionalizadas a nivel mundial²⁶⁴.

Sobre la fragmentación del Derecho internacional es pertinente mencionar que se trata de una teoría que se viene esgrimiendo en el ámbito del Derecho internacional desde mediados del siglo XX, gracias a un escrito de 1953 de Wilfried Jenks, en el cual se plantea la preocupación por la ramificación del Derecho internacional gracias a múltiples regímenes normativos creados por tratados multilaterales de diversa índole, de manera que el resultado de tal proceso ha sido el conflicto o las altas probabilidades de conflictos normativos entre los regímenes especializados de Derecho internacional que han surgido, así como entre tales regímenes y el Derecho internacional general. La preocupación radica, como lo exponen Koskenniemi y Leino, en que se ha generado contradicción entre lo expuesto por distintos organismos y tribunales con competencia en el ámbito del Derecho internacional, de manera que se percibe y vislumbra la incursión de intereses no estrictamente jurídicos en las decisiones de algunas autoridades de Derecho internacional, lo cual ha conllevado a una división o fragmentación en la toma de decisiones en el ámbito del Derecho internacional²⁶⁵.

Koskenniemi y Leino mencionan, entre otros, los casos de enfrentamiento entre la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y el Tribunal Penal Internacional para el caso de Yugoslavia;

²⁶³ Cfr. TEUBNER, Gunther. *Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses*. En: RAWLINGS, Richard (Ed.). *Law, Society, and Economy*. Oxford: Clarendon Press, 1997, pp. 149-176.

²⁶⁴ Cfr. FISCHER-LESCANO, Andreas y TEUBNER, Gunther. *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*. *Michigan Journal of International Law*. 2004, vol. 25, pp. 999-1046.

²⁶⁵ Cfr. KOSKENNIEMI, Martti y LEINO, Päivi. *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*. *Leiden Journal of International Law*. 2002, vol. 15, nro. 3, pp. 553-579.

la Corte Europea de Derechos Humanos y sus choques con la CIJ, el Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Fondo Monetario Internacional; la forma como la OMC expuso respecto del principio de precaución en el caso de las hormonas en ganado vacuno que enfrentó a la Unión Europea con Estados Unidos y Canadá, que ese principio no era vinculante bajo derecho consuetudinario internacional, desconociendo así reglas de Derecho internacional del medio ambiente, con lo cual se impuso la lógica de eficiencia que domina al sistema de la OMC; entre otros casos.

La preocupación que manifiestan quienes hablan de la fragmentación del Derecho internacional es que, un orden jurídico que aún se encuentra en un incipiente estado de desarrollo y de coercitividad, como lo es el Derecho internacional, pierde toda coherencia y fuerza frente a sus destinatarios, si cada uno de los nuevos órganos que están surgiendo no decide en la misma línea que lo venían haciendo las autoridades que tradicionalmente formulaban reglas de Derecho internacional.

Así, de acuerdo con Rodiles²⁶⁶, lo que personas como Bruno Simma y Martti Koskenniemi hicieron en la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Organización de Naciones Unidas (ONU) que preparó un informe sobre el tema, entregado en 2006, titulado "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional", fue replantear esas críticas que se le hicieron a la fragmentación del Derecho internacional, para verlo como un fenómeno útil y provechoso para el orden jurídico y político mundial, pues la fragmentación permite la especialización en los temas, con lo cual el nivel de rigor y profundidad es mucho más alto, además que se permite la participación de más actores en la formulación del Derecho internacional, lo cual es conveniente desde un punto de vista democrático. En efecto, la justificación que tradicionalmente se le ha dado al fenómeno de la fragmentación del Derecho internacional, es la de señalarlo como una consecuencia lógica del fenómeno de la globalización pero, como lo expresa Rodiles, lo que hay verdaderamente de fondo pareciera ser un tema político, de ejercicio de poder, como lo sugieren también Koskenniemi y Leino en su artículo. De hecho, se sostiene por parte de Rodiles que no es posible hablar de fragmentación como consecuencia de la globalización, cuando el Derecho internacional no se encontraba aún en un estado de coherencia y unidad antes del fenómeno de la globalización.

Así, de acuerdo con Rodiles, una solución que se ha planteado al tema de la fragmentación es la de formulación de reglas de solución de conflictos que permitan conocer, para cada caso, cuál es el orden jerárquico de reglas aplicables. Sin embargo, esta solución pareciera ser más formal que sustancial, por lo cual se señala que la verdadera discusión radica en si se acepta una visión de pluralismo de fuentes o si se acoge una visión de constitucionalización del Derecho internacional.

²⁶⁶ Cfr. RODILES, Alejandro. La fragmentación del Derecho Internacional. ¿Riesgos u oportunidades para México? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 2009, nro. 9, pp. 373-413.

Sin embargo, estas discusiones, interesantes desde el punto de vista doctrinal, parecieran ser irrelevantes cuando se evidencia que el fenómeno de la fragmentación del Derecho internacional es en muchas ocasiones una estrategia de poder de los Estados más poderosos para dificultar la defensa de los intereses de los Estados menos poderosos, es decir, la fragmentación es en muchas ocasiones no una discusión promovida por los miedos de la clase establecida en el poder de perder el control sobre los mecanismos de toma de decisión tradicionales, sino una estrategia promovida por esos mismos poderosos para no perder el poder en la toma de decisiones. Como ejemplo de lo anterior se expone el caso de abandono de los Estados Unidos y la Unión Europea del GATT durante la Ronda de Uruguay, en la cual se creó la OMC como un paquete en el que sí pudieron incorporar disposiciones en cuanto a la protección de la propiedad intelectual. También está el caso del enorme número de acuerdos bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones que han sido negociados por los Estados y empresas más poderosos del mundo, constituyéndose en regímenes excepcionales frente al Derecho internacional general.

Lo anterior ha llevado a que se hable de la conveniencia o necesidad de que los Estados menos poderosos conformen una coalición anti-fragmentación, para proteger sus intereses. La idea no es descartada, pero tampoco pareciera ser acogida con total fervor, pues no se desconocen los beneficios que puede traer la fragmentación del Derecho internacional para los países menos poderosos al permitir participar con mayor fuerza en la toma de decisiones que los afectan directamente, inclusive con incidencia directa en los diversos intereses que se manejan a nivel interno de cada país, pues la especialización de los temas permite que los más diversos asuntos de las minorías en la agenda interna, sean tratados directamente a nivel internacional en los distintos foros creados para el efecto.

Sin embargo, también se admite que demasiada especialización puede llevar a la marginación de los Estados menos poderosos de la toma de decisiones en todos los ámbitos que los afectan, por lo cual pareciera adecuado, de acuerdo con lo expuesto por Rodiles, que tales Estados, como es el caso de Colombia, apostaran por defender al Derecho internacional como un Derecho que debe ser formulado dentro de un proceso de inclusión y equidad, dentro del cual el formalismo, aunque visto por algunos como anacrónico, pareciera ser garantía suficiente de previsibilidad y seguridad para los menos poderosos a la hora de producir cambios que los afecten, encaminado todo ello a una visión más a favor del constitucionalismo del Derecho internacional que del pluralismo en el mismo²⁶⁷.

Con base en lo anterior, y como lo sostienen Teubner y Fischer-Lescano, parece que la fragmentación del Derecho internacional no es una simple colisión de normas o de conflictos de política pública sino que lo que existe de fondo son contradicciones entre racionalidades institucionalizadas a nivel mundial.

²⁶⁷ Cfr. *Ibíd.*, pp. 373-413.

Tales contradicciones existen no sólo en el Derecho internacional sino a nivel de Derecho interno, como claramente lo exponen Teubner²⁶⁸ y Neves²⁶⁹, aunque ellos hacen énfasis en conflictos como los que se presentan entre Derecho indígena y Derecho común, por ejemplo, mientras que en este trabajo se hace énfasis en el conflicto entre dos ramas del Derecho común, como son el Derecho comercial y el Derecho ambiental en sentido estricto, respecto de cuyas diferentes racionalidades ya fue realizada una extensa exposición en este trabajo.

La solución encontrada para tratar el asunto reside, entonces, en la teoría del Derecho reflexivo, basada en la concepción del Derecho como un sistema autopoiético, fundamentalmente porque llama a abogar por la autonomía de discursos sin pretensiones de jerarquía de ninguno sobre otro.

Así, la solución a esta colisión de discursos legales reside en la concepción de la *unitas multiplex*, o unidad en la diversidad²⁷⁰. El concepto lo trabaja especialmente Édgar Morin,

²⁶⁸ Cfr. TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

²⁶⁹ Cfr. NEVES, Marcelo. *Transconstitutionalism*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2013.

²⁷⁰ “(...) Ante la problemática de la unidad/diversidad humanas se han dado dos posturas enfrentadas --pero, como veremos a continuación, paradigmáticamente confluyentes-- que no son válidas y que, por tanto, han de ser rechazadas y superadas (Morin 1973: 236; 1982: 191):

“--Por un lado, la posición que opone ‘un principio abstracto e inmóvil de unidad’ a las diversidades que se dan entre individuos y culturas y que considera tales diversidades como ‘simples epifenómenos’. Se trata, pues, de una unidad sin diversidad: de una concepción del hombre incapaz de concebir la diversidad y la diferencia y según la cual la unidad sólo puede concebirse excluyendo u ocultando la diversidad.

“--Por el otro, la posición que rechaza el principio abstracto e inmóvil de unidad y que le opone ‘una heterogeneidad intrínsecamente ininteligible’. Se trata, pues, de una diversidad sin unidad: de una concepción del hombre incapaz de concebir la unidad y según la cual la diversidad sólo puede concebirse excluyendo u ocultando la unidad.

“Estas posiciones perciben ‘no a la vez sino alternativamente, o la unidad o la diversidad humana’ (Morin 1993: 60), por lo que, según Morin, ambas concepciones comparten el mismo paradigma disyuntor, ‘propio del pensamiento occidental moderno y según el cual la unidad no puede concebirse más que excluyendo u ocultando la diversidad, y viceversa’ (Morin 1982: 191); ambas concepciones oponen de modo irreconciliable unidad y diversidad, y resultan por ello igualmente estériles. Lo que necesitamos para enfrentar y pensar adecuadamente la cuestión de la unidad/diversidad humanas es un paradigma epistemológico que, en lugar de separar y oponer las ideas de unidad y de diversidad, las una y las comprenda conjuntamente: ‘En el corazón de nuestra cultura y de nuestro sistema de pensamiento falta un paradigma que asociaría lo uno y lo diverso en una concepción fundamental de la *unitas multiplex*’ (Morin 1982: 191).

“No hay que oponer unidad y diversidad de manera que tomemos una como principio y desechemos la otra como fenómeno secundario o como epifenómeno. Hay que escapar a la alternativa excluyente y buscar el vínculo entre unidad y diversidad. No se trata de ‘oponer un principio abstracto (unidad) a una realidad concreta (variedad), una apariencia fenoménica (variedad) a una lógica fundamental (unidad)’, sino de

quien ha manifestado sobre el particular que "(...) La primera y fundamental complejidad del sistema es asociar en sí la idea de unidad, por una parte y la de diversidad o multiplicidad por la otra, que en principio se repelen y se excluyen. Y lo que hay que comprender son los caracteres de la unidad compleja: un sistema es una unidad global, no elemental, puesto que está constituida por partes diversas interrelacionadas. Es una unidad original, no originaria: dispone de cualidades propias e irreductibles, pero debe ser producido, construido, organizado. Es una unidad individual, no indivisible: se puede descomponer en elementos separados, pero entonces su existencia se descompone. Es una entidad hegemónica, no homogénea: está constituido por elementos diversos, dotados de caracteres propios que tiene en su poder.

"La idea de unidad compleja va a tomar densidad si presentimos que no podemos reducir ni el todo a las partes, ni las partes al todo, ni lo uno a lo múltiple, ni lo múltiple a lo uno, sino que es preciso que intentemos concebir juntas, de forma a la vez complementaria y antagonista, las nociones de todo y de partes, de uno y de diverso"²⁷¹.

El concepto, como lo explica Morin²⁷², apunta a entender que hay que ser capaz de concebir la pluralidad en lo uno y, en consecuencia, captar lo uno y lo diverso como dos nociones no solamente antagonistas o concurrentes, sino también complementarias, pues cada parte tiene doble identidad, y el todo mismo tiene una doble identidad: no es todo y es todo, ya que lleva la unidad y también la escisión²⁷³. Ese concepto de *unitas multiplex*, trabajado desde otras ciencias, en asuntos jurídicos implica poder entender que

establecer 'la relación entre el principio universal --presente en lo concreto de la diferencia-- y la producción de la diferencia --presente en el principio universal--' (Morin 1974: 817).

"Para vincular unidad y diversidad es necesario, ante todo, 'descartar la idea, desprovista de cualquier fundamento, pero aún vivaz en la provincia de las ciencias del hombre, según la cual la biología sería el reino de la unidad rígida de la especie, mientras que la sociedad y la cultura serían el reino de la libre diversidad' (Morin 1974: 817). El hombre es un ser biocultural, pero esta definición no debe entenderse como si lo biológico correspondiese a la unidad mientras que la diversidad correspondería al plano de la cultura, sino que la unidad y la diversidad operan y se dan tanto en el plano biológico como en el psicosociocultural". (SOLANA RUIZ, José Luis. La unidad y diversidad del hombre en la antropología compleja de Edgar Morin. *Gazeta de Antropología*. 1995, nro. 11).

²⁷¹ MORIN, Édgar. El método I: la naturaleza de la naturaleza. Madrid: Cátedra, 2001, p. 128.

²⁷² Cfr. *Ibíd.*, pp. 171-174.

²⁷³ Morin explica que el concepto de *unitas multiplex* tiene apoyo en los trabajos del psiquiatra Andras Angyal, y en la idea de que el cerebro, que parece ser el gobernador autocrático del organismo, es un órgano democrático, pues es a la vez acéntrico y policéntrico, ya que en las diferentes regiones del cerebro hay a la vez anarquía, heterarquía y jerarquía. El cerebro es más que un sistema complejo, es un complejo de sistemas complejos, de manera que la idea de *unitas multiplex* no sólo designa la unidad del cerebro y una multiplicidad de niveles jerarquizados sino también la multiplicidad de los sistemas complejos que forman en adelante un sistema hipercomplejo. (Cfr. MORIN, Édgar. El método III: el conocimiento del conocimiento. Madrid: Cátedra, 1999, pp. 97-111).

distintos discursos pueden coexistir dentro del discurso del Derecho, sin que éste pierda su unidad como sistema²⁷⁴.

1.6.3. El Derecho como sistema autopoietico

Con base en lo anterior, es posible exponer en qué consiste el planteamiento de Luhmann del Derecho como sistema autopoietico, de acuerdo con lo anunciado previamente. No es el objetivo de este apartado desarrollar un estudio exhaustivo del asunto, pues al respecto hay trabajos detalladísimos, pero sí es necesario abordar los principales elementos de tal teoría, advirtiendo que la misma es sólo un referente teórico para este trabajo, lo cual no implica que la misma sea acogida totalmente pues, como ya se mencionó desde la introducción general, en este trabajo el Derecho no se concibe como un sujeto epistémico autónomo sino como un constructo social que termina reflejándose en un discurso en el que, en últimas, las decisiones políticas, las decisiones de poder, terminan teniendo un rol esencial. Igualmente, en este trabajo se entiende al Derecho como un constructo que tiene claros referentes éticos, es decir, acude a elementos no necesariamente propios del sistema del Derecho, lo cual podría ir en contra de la elaboración de Luhmann, basada en la autorreferencia del Derecho, aunque es necesario precisar que ese componente ético no está del todo descartado en sus trabajos, como se expondrá en el siguiente apartado de este capítulo.

El concepto de autopoiesis fue trasladado por Luhmann de la biología a la sociología, a partir de los trabajos de los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela, quienes realizaron sus descripciones a partir de la contemplación al mismo tiempo de la unidad y de sus interacciones en el campo de la observación, así como entendiendo al concepto de teleonomía como innecesario para comprender la organización de lo vivo, pues su hipótesis es que a que los seres vivos los define su organización, no el fin al cual están encaminados, y hay un tipo de organización que ellos denominan autopoietica, que hace referencia a procesos concatenados de una manera específica tal que los procesos concatenados producen los componentes que constituyen y especifican al sistema como una unidad²⁷⁵.

De esta manera, una organización autopoietica constituye, para Maturana y Varela, un dominio cerrado de relaciones específicas solamente con respecto a la organización autopoietica que ellas componen, determinando así un espacio donde se concreta esta organización, espacio constituido por las relaciones de producción de los componentes

²⁷⁴ Cfr. TEUBNER, Gunther. *Unitas multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises*. En: SUGARMAN, D.; Teubner, G. (Eds.). *Regulating Corporate Groups in Europe*. Baden-Baden: Nomos, 1990, pp. 87-92. También PROST, Mario. *Unitas multiplex. Unités et fragmentations en droit international*. Bruselas: Bruylant, 2013.

²⁷⁵ El concepto de autopoiesis fue expuesto por primera vez en su obra “De máquinas y seres vivos: Una teoría sobre la organización biológica”, publicada en 1973 por Editorial Universitaria en Santiago. Posteriormente ha habido otras ediciones.

que lo constituyen. Se dice que este enfoque es sistémico, pues explica los sistemas vivos en términos de relaciones de producción y no de las propiedades de sus componentes²⁷⁶.

Este concepto fue tomado por Luhmann para trasladarlo a los sistemas sociales y explicar así las relaciones entre los mismos y, en concreto, para lo que aquí interesa, entender al Derecho como un sistema social que funciona de manera autopoietica²⁷⁷.

Esto se traduce en que el Derecho sea concebido como una red de operaciones elementales que recursivamente reproduce otras operaciones elementales, cuyos elementos básicos son comunicaciones jurídicas y no normas (que son reemplazadas por "irritantes")²⁷⁸, ni legisladores, dándose estas comunicaciones a partir de participación, información y comprensión; en suma, el Derecho es una red comunicativa que produce comunicaciones jurídicas, de manera que el mundo exterior no instruye al Derecho sino que el Derecho construye el mundo exterior, lo cual no debe entenderse como solipsismo metodológico sino como construcción del orden jurídico a partir del ruido social²⁷⁹.

Así, pues, se habla del Derecho como un sistema autónomo que funciona dentro del sistema social, es decir, un Derecho que es cerrado y abierto al mismo tiempo, bajo las figuras de cierres operacionales y acoplamientos estructurales²⁸⁰.

La razón más importante por la que aquí se acoge la concepción del Derecho como un sistema autopoietico radica en el planteamiento que hace Luhmann en relación con su teoría de sistemas sociales, para indicar que ninguno de ellos prima o debe primar sobre los otros, de manera que se reconoce que sistemas como Derecho, moral, economía, religión, ciencia, etc. tienen el mismo grado de jerarquía, y no existe un plano externo desde el cual se valore a dichos sistemas²⁸¹. Eso es lo que hace Gunther Teubner, quien, tomando las bases de Luhmann, no se consagra a estudiar todos los sistemas sociales, sino

²⁷⁶ Cfr. MATURANA ROMESÍN, Humberto y VARELA GARCÍA, Francisco Javier. *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo*. Santiago/Buenos Aires: Universitaria/Lumen, 2004, pp. 68-73.

²⁷⁷ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. *Northwestern University Law Review*. 1989, vol. 83, nros. 1 & 2, pp. 136-150.

²⁷⁸ Cfr. TEUBNER, Gunther. *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*. *Modern Law Review*. 1998, vol. 61, nro. 1, pp. 11-32.

²⁷⁹ Cfr. TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico*. En: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.) *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 17-67.

²⁸⁰ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Operational Closure and Structural Coupling: the Differentiation of the Legal System*. *Cardozo Law Review*. 1992, vol. 13, pp. 1419-1441.

²⁸¹ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona/México/Bogotá: Anthropos/Universidad Iberoamericana/Pontificia Universidad Javeriana, 1998, pp. 424-433.

que se concentra en el sistema del Derecho, para formular la teoría del Derecho reflexivo, expuesta en el siguiente apartado.

Por ahora, concentrándose en el concepto de Derecho como un sistema autopoietico, es preciso mencionar que, si bien son diversos los textos de Luhmann que realizan aportes al respecto, tal vez sea "El derecho de la sociedad" el que contiene la mayoría de observaciones de Luhmann en torno al Derecho.

Para el efecto, es claro cómo Luhmann señala el constructivismo como punto de partida de sus estudios, cuando sostiene que ante las posibilidades que presenta la teoría del conocimiento, no opta por una postura realista, ni por una idealista, sino por una epistemología constructivista pues, según él, no tiene sentido polemizar acerca de la naturaleza o ser del Derecho sino preguntarse por los límites del mismo, ante lo cual él plantea una respuesta por medio del objeto, pues el Derecho mismo determina qué es lo que pertenece al mismo y qué no, sin precisar claramente si adopta una forma de observación jurídica del Derecho o una sociológica, pues defiende las autoobservaciones y las autodescripciones de una teoría jurídica del Derecho; sin embargo, sí señala que no adopta la fórmula de "derecho y sociedad" pues podría dar a entender que existe el Derecho por fuera de la sociedad, por lo que prefiere hablar de "el derecho de la sociedad", lo cual implicaría una adopción de una forma de observación sociológica del Derecho con el Derecho como sistema que se observa a sí mismo²⁸².

Tras plantear que *"(...) se han producido innumerables teorías jurídicas, pero ninguna teoría del derecho"*²⁸³, y señalar que la construcción más influyente y tradicional acerca de la unidad del Derecho trabajó con la imagen de jerarquía de fuentes o tipo de Derecho, hablando así de Derecho eterno, Derecho natural y Derecho positivo, y reconocer que la teoría de sistemas, que es la base de su propuesta, tiene desventajas debidas a la suma complejidad y abstracción de sus conceptos, así como su comportamiento de manera constructivista, es decir, sin ningún intento de representar el mundo exterior al sistema²⁸⁴, señala Luhmann que *"(...) Después de una historia en extremo larga, en la que se han utilizado muchas distinciones que han puesto de manifiesto sus cualidades y sus límites, surge la pregunta de cómo se podrían conservar estas verdaderas conquistas conceptuales y que, al mismo tiempo, pudieran ser reformuladas en una nueva teoría del derecho. (...) La cuestión planteada se puede resolver si se logra describir el derecho como un sistema autopoietico y autodiferenciador. Este programa de teoría implica que el derecho mismo es quien produce todas las distinciones y descripciones que utiliza, y que la unidad del derecho no es más que su*

²⁸² Cfr. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Op. cit., pp. 61-70.

²⁸³ *Ibíd.*, p. 73.

²⁸⁴ Cfr. *Ibíd.*, pp. 71-84.

*autoproducción: 'autopoiesis'. De acuerdo con esto, la sociedad debe ser tratada como el entorno social que posibilita y soporta eso"*²⁸⁵.

Esto termina con la idea de que "(...) *la unidad de un sistema se produce y se reproduce únicamente por medio del sistema mismo y no por medio de factores situados en el entorno. (...) Por una parte, la sociedad es el entorno del sistema del derecho; por otra, todas las operaciones del sistema jurídico son operaciones que se efectúan dentro de la sociedad; por tanto, son operaciones de la sociedad. El sistema jurídico realiza la sociedad en cuanto se diferencia de ella*"²⁸⁶.

Ya si en Colombia se puede hablar de la existencia de una sociedad o de varias sociedades, ante la diversidad de realidades existentes en un contexto para nada homogéneo, es un asunto que escapa a los objetivos de este trabajo²⁸⁷. Lo que sí será abordado al final de este capítulo es la exposición del concepto de alopoiesis, utilizado para referirse a contextos en que la autopoiesis no podría tener cabida, exponiendo las razones para seguir basando la propuesta de solución al problema de investigación en los trabajos de Teubner y Luhmann, pero reconociendo igualmente las particularidades del caso colombiano y adaptando tal propuesta a las mismas.

Así, el primer eje sobre el cual descansa la teoría del Derecho como un sistema autopoietico es el de la clausura operativa del sistema del Derecho. Para ello, una primera advertencia hecha por Luhmann tiene que ver con la idea de que las teorías del Derecho suelen remitir a estructuras jurídicas que pueden ser clasificadas como Derecho, tales como reglas, normas y textos, mientras que en la teoría de sistemas se debe pensar en operaciones en vez de pensar en estructuras, pues las operaciones son las que permiten la diferenciación entre sistema y entorno y que se pueda formular así la tesis de la clausura operativa, en algo que Luhmann acepta en denominar como constructivismo operativo²⁸⁸.

Para entender el concepto de operación hay que tener en cuenta que "(...) *Los valores de la realidad adquieren estructura únicamente cuando se utilizan para enlazar acontecimientos comunicativos: las normas adquieren estructura sólo cuando se las cita explícita o implícitamente; las expectativas sólo cuando se expresan en la comunicación*"²⁸⁹. En efecto, la clave para entender qué son las operaciones, pasa por comprender primero los distintos tipos de expectativas que existen y para qué sirven.

²⁸⁵ *Ibíd.*, pp. 84-85.

²⁸⁶ *Ibíd.*, pp. 88-89.

²⁸⁷ Cfr. OSPINA, William. Colombia, donde el verde es de todos los colores. Bogotá: Random House Mondadori, 2013.

²⁸⁸ Cfr. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Op. cit., pp. 93-97.

²⁸⁹ *Ibíd.*, p. 102.

Así, Luhmann planteó desde "Sociología del Derecho" que "(...) Las expectativas son experimentadas y tratadas como cognitivas cuando se adaptan a la realidad en caso de decepción. Para la expectativa normativa se sostiene lo opuesto: no se las abandona así alguien actúe contra ellas. Suponga, por ejemplo, que uno está esperando una nueva secretaria. Esta situación contiene componentes de la expectativa tanto normativos como cognitivos. Para estar seguro, que pudiera ser joven, bonita y rubia, el hecho puede ser cognitivamente esperado; pero en este aspecto es necesario adaptarse a las decepciones, es decir, no insistir en el cabello rubio, preguntar si es teñida, etc. De cualquier forma es normativamente esperado que ella presente determinadas capacidades de trabajo. Si uno se decepciona sobre el punto posterior, esto nos lleva a sentir que la expectativa fuera equivocada. La expectativa es mantenida y cualquier discrepancia es atribuida al actor. Las expectativas cognitivas entonces son caracterizadas por una preparación para aprender no necesariamente consciente, mientras que las expectativas normativas significan una determinación a no aprender de las decepciones"²⁹⁰.

La importancia de esta distinción radica en entender que "(...) las normas son expectativas de comportamiento contrafácticamente estabilizadas"²⁹¹ y que el Derecho se puede definir "(...) como una estructura del sistema social que se basa en la generalización congruente de las expectativas normativas de comportamiento"²⁹².

Si bien el concepto de expectativas siguió siendo importante para Luhmann, el enfoque posterior de su concepción del Derecho como sistema autopoiético se centró en entenderlo como un conjunto de operaciones sociales que pertenecen al sistema del Derecho y que producen y reproducen el sentido específico del mismo, de manera que el Derecho no se vuelve real o determina a partir de algo ideal y estable que esté por fuera del mismo, sino que son las mismas operaciones que conforman el Derecho las que determinan qué es y que no es Derecho, diferenciándolo así del entorno, de manera que el Derecho no son los textos sino lo que él mismo genera como operación²⁹³.

Hay que resaltar que "(...) la autopoiesis del derecho se puede realizar tan sólo mediante operaciones sociales"²⁹⁴ y que "(...) La operación mediante la cual el sistema se delimita frente a su entorno puede designarse como comunicación"²⁹⁵. Estas afirmaciones son

²⁹⁰ LUHMANN, Niklas. Sociología del derecho. Op. cit., p. 55.

²⁹¹ *Ibíd.*, p. 56.

²⁹² *Ibíd.*, p. 120.

²⁹³ Cfr. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Op. cit., pp. 96-97.

²⁹⁴ *Ibíd.*, p. 104.

²⁹⁵ *Ibíd.*, p. 110.

clave, pues ayudan a comprender que el Derecho, en últimas, es una de las formas de comunicación social que existen.

En efecto, el asunto es totalmente claro en "Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general", donde Luhmann expone, frente a la idea de que un sistema social no está constituido por personas sino por acciones, que "(...) en los sistemas sociales la acción se constituye por medio de la comunicación y de la atribución en una reducción de complejidad, como autosimplificación indispensable del sistema, [de manera que] (...) El proceso básico de los sistemas sociales que produce los elementos de los que consisten estos sistemas, no puede ser bajo estas circunstancias más que la comunicación. [pues] (...) El proceso elemental que constituye lo social como realidad especial es un proceso comunicacional. Sin embargo, para poder dirigirse a sí mismo, este proceso debe reducirse, descomponerse en acciones, como si estas acciones fueran producidas con base en la constitución orgánico-física del hombre y pudieran existir por separado. El planteamiento correcto es que los sistemas sociales se descomponen en acciones y obtienen por medio de esta reducción las bases para establecer relaciones con otros procesos comunicacionales"²⁹⁶.

Es decir, la base de cualquier sistema social, como lo es el Derecho, es la comunicación y su adscripción como acción, pues la comunicación es la unidad elemental de la autoconstitución y la acción es la unidad elemental de la autoobservación y la autodescripción de los sistemas sociales, ya que sólo se puede manejar reflexivamente la comunicación cuando se puede constatar quién había actuado comunicativamente²⁹⁷.

No sobra advertir que la comunicación de la que habla Luhmann como eje central de sistemas sociales como el Derecho excluye cualquier determinación psicológica de su unidad, pues para él es clara la distinción entre sistemas psíquicos y sistemas sociales. En los primeros, las expectativas de otros pueden ser llevadas a cabo dentro de uno mismo, como reacción a las propias circunstancias, y las orientaciones o proyecciones se convierten en patológicas en la medida en que el sistema psíquico ofrece insuficiente complejidad de su parte para su entorno social, mientras que los sistemas sociales emplean una forma diferente de reducción de complejidad, pues buscan estabilizar las expectativas a través de reducciones generalizantes, pues su objeto no es la psiquis de un individuo sino expectativas en la sociedad²⁹⁸.

Otro elemento clave en el pensamiento de Luhmann es el concepto de complejidad, sobre el cual dice "(...) Por complejidad debemos entender aquí, y en lo que sigue, la suma total de las posibilidades de experiencia y acción, la cual, cuando es actualizada, equivale a una estructura de sentido. En el caso del derecho, esto incluye no sólo lo

²⁹⁶ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Op. cit., pp. 140-141.

²⁹⁷ Cfr. *Ibíd.*, pp. 170-171.

²⁹⁸ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Sociología del derecho*. Op. cit., pp. 43-52.

legalmente permitido, sino también las acciones legalmente prohibidas, en tanto estén orientadas al derecho, por ejemplo, al esconderse de este"²⁹⁹.

Esta idea de complejidad es vital en el entendimiento de la teoría de Luhmann del Derecho como un sistema autopoietico pues, en últimas, todos los esfuerzos dentro del mundo del Derecho deberían estar encaminados a reducir la complejidad o nuevos problemas que surgen en el Derecho como consecuencia de las diferentes posibilidades que ofrece el entorno³⁰⁰.

Esa reducción de complejidad va a producir nuevas complejidades, pero es, precisamente, la labor del Derecho, seguir reduciendo esas nuevas complejidades, siendo la dogmática jurídica la principal responsable del tema³⁰¹, aunque es importante tener claro que esta visión está enmarcada dentro de una apuesta por la diferenciación funcional como eje del desarrollo de la sociedad, lo cual no creo que sea, como plantea Luhmann, "(...) una anomalía europea que irá perdiendo paulatinamente fuerza en el curso de la evolución de la sociedad mundial"³⁰², sino que es una elección que hicieron, tal vez inconscientemente, ciertas sociedades europeas, pero cuyos buenos resultados invitan a pensar en la diferenciación funcional como una elección consciente para una sociedad como la colombiana.

La diferenciación funcional es otro concepto clave que tiene que ver, sustancialmente, con la idea de que es necesario superar un esquema de diferenciación jerárquica, para pasar a uno en el que el criterio para distinguir las cosas y, en consecuencia, para formular y resolver los problemas venga determinado por funciones, entendiendo que "(...) Las funciones son siempre síntesis de una gran cantidad de posibilidades; son siempre puntos de vista de la comparación entre posibilidades realizadas y otras. En este sentido, sirven como expresión de unidad y diferencia – a la manera de una jerarquía. (...) Como la jerarquía, también la función tiene puesta la mira en la unidad, pero tensa menos la estructura. (...) Se puede sospechar, entonces, que en la orientación funcional se dispone de un modo de orden que gana significado de primer nivel siempre que los sistemas se vuelven demasiado complejos para una jerarquización"³⁰³.

Es decir, en un esquema de diferenciación funcional, lo que determina a cada sistema y las estructuras internas dentro del mismo viene determinado no por un esquema de jerarquía, sino por la función que cada sistema cumple, pasando así de un esquema

²⁹⁹ *Ibíd.*, p. 17.

³⁰⁰ Idea personal fruto de una conversación con el profesor Alejandro Aponte Cardona en el año 2014. Toda la responsabilidad al respecto es del suscrito y no del profesor Aponte.

³⁰¹ Cfr. LUHMANN, Niklas. Sistema jurídico y dogmática jurídica. Op. cit.

³⁰² LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Op. cit., p. 664.

³⁰³ LUHMANN, Niklas. Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general. Op. cit., p. 273.

jerárquico a un esquema heterárquico, donde ya no importan los rangos de importancia sino la función de los sistemas o subsistemas.

Willke lo explica claramente cuando señala que: *"(...) De esta forma, se evidencia una importante diferencia entre un sistema de estructura primaria estratificada y uno de estructura primaria funcional: en un orden de estratos, las relaciones jerárquicas supraordinadas y subordinadas van desde arriba hacia abajo. En las sociedades funcionalmente diferenciadas de la modernidad temprana, por el contrario, el Estado permanece claramente en la posición de cima jerárquica. Pero debajo de ella ya no se determinan relaciones subordinadas –por ejemplo, entre el sistema educativo, la ciencia, la religión, la tecnología, el arte o el sistema de salud. Con la excepción del Estado, es evidente para los restantes sistemas parciales de la sociedad en continuo proceso de diferenciación, que en la red de sus independencias (operativas) y sus dependencias recíprocas (funcionales) son principalmente del mismo nivel, y que cualquier supuesto de prioridad es contradictorio porque va contra el principio de la diferenciación funcional"*³⁰⁴.

También es fundamental tener en cuenta que esto implica un dilema profundo para las sociedades modernas, pues dos principios evolutivos se transforman de manera creciente en un problema. En efecto, "el principio de diferenciación funcional implica que se intensifiquen las interdependencias entre los sistemas funcionales, pues cada sistema social parcial sólo puede constituirse como función y evolucionar en relación con otros sistemas parciales. Por su parte, el principio de clausura operacional implica que los subsistemas intensifiquen su independencia por medio de una creciente autonomía y recursividad de su modo de operación, al transformarse en ámbitos dirigidos internamente que sólo se dejan impresionar de forma muy selectiva por los acontecimientos del entorno. Esto, en últimas, implica como costo una dinámica centrífuga en que se ha elevado a niveles insospechados lo hipotético, lo riesgoso y el peligro autogenerado en las sociedades, ante lo cual se proponen las capacidades de reflexión, intervención contextual y de discurso sistémico"³⁰⁵.

Así, para Luhmann, todos los sistemas sociales son una realización de la sociedad y el sistema jurídico es un subsistema del sistema de la sociedad. Pero para que la diferenciación y la clausura operativa del sistema del Derecho realmente operen, se necesitan dos desarrollos que se estimulan mutuamente, a saber, por un lado, la especificación de la función del Derecho, es decir, la orientación hacia un problema social específico, y la codificación binaria del sistema del Derecho, la cual se lleva a cabo mediante un esquema con un valor positivo (derecho de uno) y otro valor negativo (no derecho del otro). Sólo estos dos desarrollos o logros, tomados conjuntamente, denominados función y código, respectivamente, permiten que las operaciones específicamente jurídicas se puedan distinguir y reproducir a partir de ellas mismas. Hay

³⁰⁴ WILLKE, Helmut. Op. cit., pp. 8-9.

³⁰⁵ Cfr. *Ibíd.*, pp. 2-11.

que advertir que la autonomía del sistema no es lo mismo que la clausura operativa sino su consecuencia³⁰⁶.

La función del Derecho, entonces, según Luhmann, es la de "(...) estabilizar la expectativa de la norma, y esto sólo se puede llevar a cabo cuando existe una selección de las expectativas que realmente merecen la pena"³⁰⁷ o "(...) una estabilización normativa de expectativas de conducta"³⁰⁸, la cual se lleva a cabo "(...) a través de la regulación de la generalización temporal, objetiva y social. El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los desengaños de la vida cotidiana; o por lo menos se puede estar seguro de no verse desacreditado con relación a sus expectativas. Uno se permite un mayor grado de confianza (hasta la imprudencia) o de desconfianza, cuando se puede confiar en el derecho. Y esto significa que es posible vivir en una sociedad más compleja en la que ya no bastan los mecanismos personalizados o de interacción para obtener la seguridad de la confianza. Sin embargo, el derecho tiene también propensión a las crisis de confianza que se transmiten simbólicamente. Cuando ya no se respeta el derecho o cuando, hasta donde es posible, ya no se impone, las consecuencias rebasan por mucho lo que de inmediato se presenta como violación de la ley. Entonces el sistema tiene que recurrir a formas más naturales para restaurar, de nuevo, la confianza"³⁰⁹.

Por su parte, el código del Derecho deriva de su función, pues la misma produce un esquema binario, según el cual las expectativas normativas, independientemente de su origen, o bien se cumplen o bien se frustran. De esta manera, el código del Derecho es el de Derecho/no Derecho. Ese código permite que el Derecho, que es una historia sin fin, pues está en permanente construcción, siga siendo un sistema autopoietico, al constituirse ese código en la forma estructural que garantiza que ese sistema produzca elementos para seguir produciendo más elementos³¹⁰.

Tal código es el que permite diferenciar qué es Derecho de lo que no lo es y, en consecuencia, qué hace parte del sistema y qué no. Sólo un sistema de la sociedad usa ese código, ese sistema es el Derecho y, por eso, el Derecho no puede traer de o llevar a otros sistemas lo que es Derecho y lo que no lo es, de manera que la codificación binaria se convierte en piedra angular del entendimiento del Derecho como un sistema autopoietico y de la teoría de sistemas de Luhmann³¹¹.

³⁰⁶ Cfr. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Op. cit., pp. 110-118.

³⁰⁷ *Ibíd.*, p. 194.

³⁰⁸ *Ibíd.*, p. 639.

³⁰⁹ *Ibíd.*, pp. 188-189.

³¹⁰ Cfr. *Ibíd.*, pp. 223-238.

³¹¹ Cfr. LUHMANN, Niklas. Ecological Communication. Op. cit., pp. 37-43 y 63-75.

El código del Derecho en alemán es "Recht/Unrecht", el cual ha tenido dificultades para ser traducido a otros idiomas, incluyendo el español, pero es claro que el mismo no tiene qué ver con los conceptos de legal/ilegal, de nuestro idioma, pues la traducción "legal/illegal" del inglés tiene un significado distinto en español, además de que en inglés también se utiliza por el propio Luhmann la traducción "lawfull/unlawfull"³¹².

Tal vez la traducción más acertada del código es la de "Derecho/no Derecho", con base en lo que expone el mismo Luhmann cuando afirma que "(...) *La reunión de información, acto de comunicar y expectativa de éxito en un acto de atención presupone 'codificación'. El acto de comunicar debe duplicar la información, es decir, debe dejarla afuera, por un lado, y, por el otro, utilizarla para la participación comunicativa y darle para eso una forma secundaria, por ejemplo, una forma de lenguaje (...). Los acontecimientos se diferencian, ahora, en codificados y no codificados. Los acontecimientos codificados actúan en el proceso comunicativo como información; los no codificados, como interrupción (ruido, noise)*"³¹³.

Luhmann distingue los códigos de los programas, para hacer valer en el nivel de programa aquellos otros valores excluidos en el nivel del código, bajo la condición de que se condicionen a la diferencia Derecho/no Derecho. Así, la diferenciación entre codificación y programación permite resolver el problema de la invariabilidad temporal y la capacidad de adecuación del sistema, pues la invariabilidad y la incondicionalidad están representadas por el código, mientras que la modificabilidad y el Derecho positivo están representados por los programas del sistema, que en últimas son dos variantes diferentes del problema de la seguridad del Derecho. Eso sí, debe quedar claro que la autopoiesis se garantiza mediante el código, no mediante los programas del sistema y la programación lo que hace es complementar la codificación al llenarla de contenido³¹⁴.

La anterior distinción es muy importante para poder ubicar la idea de justicia dentro de la teoría del Derecho como un sistema autopoietico, pues Luhmann presenta a la justicia como una fórmula de contingencia, la cual sería un esquema de búsqueda de fundamentos o valores que no pueden obtener validez jurídica a no ser en la forma de programas. En efecto, parte Luhmann del planteamiento según el cual la teoría del Derecho no puede quedar satisfecha con dejar en manos de la ética la idea de justicia, para verse obligada a incorporarla dentro de tal teoría, pues ello implicaría que las preguntas en torno a la justicia del Derecho sólo serían cuestiones de legitimación en el medio de la moral, pero tampoco puede el sistema del Derecho desistir de la idea de

³¹² Cfr. Nota del responsable de la traducción en LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Op. cit., pp. 81-82.

³¹³ LUHMANN, Niklas. Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general. Op. cit., p. 144.

³¹⁴ Cfr. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Op. cit., pp. 223-273.

justicia. Por eso, presenta Luhmann a la justicia como una idea que tiene la categoría de fórmula de contingencia y no de un valor³¹⁵.

Así, bajo esta concepción, ya no procede el concepto iusnaturalista de justicia sino una comprensión de que el orden es un resultado fáctico de la evolución, pues la apelación a la naturaleza no es la única forma de criticar el Derecho positivo vigente, sino que la justicia sería un límite que tendría el Derecho positivo, dado fundamentalmente por la evolución histórica del Derecho para cada momento, pues, en su propia complejidad, el sistema jurídico no puede dar cuenta de todas las situaciones sociales, por lo que tiene que reducir complejidad interna, y esa complejidad interna sólo responde a la exigencia de justicia en tanto sea compatible con la consistencia en el momento de la toma de decisiones³¹⁶.

La justicia, entonces, *"(...) se trata de autorreferencia, pero no como operación, sino como observación; no en el nivel del código, sino en el nivel de los programas; y no en la forma de una teoría, sino en la forma de una norma (propensa al desengaño). Todo eso significa que pueden existir sistemas jurídicos injustos (o: más o menos justos). Ni la autopoiesis operativa del sistema, ni el código necesariamente invariable pueden ser 'justos' "*³¹⁷.

De esta manera, en la justicia no hay que preguntar por criterios externos al Derecho sino por criterios internos al mismo, de manera que no se excluye la posibilidad de que también los programas de fines se sometan al control de la justicia, con lo cual, para los efectos que interesan en este trabajo, *"(...) La justicia no consistiría entonces en la finalidad de los programas finalísticos, y tampoco en sus restricciones inmanentes como por ejemplo en las ventajas de los costes, o en la proporcionalidad de los medios. Estaría más bien en un condicionamiento adicional que determinaría, por ejemplo, qué características tendrían que estar presentes para que pudiera aplicarse un programa de fines; la justicia no estaría, por ejemplo, en la compatibilidad ecológica de las medidas jurídicas (permisos, prohibiciones, etc.) sino en la compatibilidad jurídica de la política ecológica"*³¹⁸.

Y, precisando aún más, Luhmann sostiene que debido a que el asunto de la justicia suele terminar en que se hagan formulaciones que van más allá del sistema jurídico y del sistema político, y terminan cayendo en la semántica de los valores, propone la posibilidad de circunscribir la fórmula de contingencia sólo para el centro del sistema jurídico, es decir, al ámbito de la jurisprudencia, por lo cual sostiene que *"(...) la justicia*

³¹⁵ Cfr. *Ibíd.*, pp. 275-280.

³¹⁶ Cfr. *Ibíd.*, pp. 280-287.

³¹⁷ *Ibíd.*, p. 279.

³¹⁸ *Ibíd.*, pp. 293-294.

está específicamente configurada según el esquema de observación de segundo orden. Entonces tiene también sentido afirmar que se trata sobre todo de un esquema de observación pensado para el tribunal, para lo cual el legislador simplemente produce materia nueva que debe ser examinada"³¹⁹.

Esto tiene estrecha relación con una afirmación que hace Luhmann en el sentido de que la organización de la jurisdicción sería aquel subsistema en el que el sistema del Derecho tiene su centro y que todos los demás campos de trabajo, no judiciales, del sistema del Derecho, pertenecen a la periferia, para lo cual pone como ejemplo a los contratos y a la legislación. La periferia sirve de zona de contacto con otros sistemas de funciones de la sociedad, pues en la periferia las irritaciones se formalizan o no se formalizan jurídicamente. En la periferia no se tiene que decidir mientras que en el centro, en los tribunales, obligatoriamente hay que decidir, por lo que allí se debe mantener cierto aislamiento cognitivo mucho más drástico, sin que pueda afirmarse que el centro representa la unidad del sistema, sino que ello es apenas una representación de la paradoja del sistema³²⁰.

De esta manera, la evolución del Derecho se convierte en elemento clave para entender la propuesta de Luhmann, pues él reconoce el carácter histórico que tiene el Derecho, el hecho de que sea un constructo sin fin, y dentro del cual la dogmática jurídica se ha convertido, desde la Edad Media, en factor de estabilización con repercusiones sobre la evolución del Derecho, pues gracias a ella la evolución depende de cómo se resuelve el problema de la concertación social sin que necesariamente intervenga el consenso. La evolución se puede alcanzar a través de un cambio en las estructuras que sea compatible con las mismas, para lo cual se requiere que haya variación, selección y estabilización del sistema. La variación concierne a los elementos del sistema, la selección concierne a las estructuras, y la estabilización concierne a la unidad del sistema³²¹.

La evolución no es un proceso que se dirige hacia una meta sino un producto colateral no intencionado, un resultado que simplemente se da, de manera que la dogmática jurídica toma en cuenta la sistemática conceptual y la coherencia histórica para hacer abstracción de la praxis casuística y, a través de un rechazo a las decisiones imposibles y una fundamentación de las decisiones que desde hace tiempo corresponden al uso conceptual en práctica, lograr una expansión paulatina de los institutos jurídicos³²².

Una figura clave en ese proceso es la de los acoplamientos estructurales, pues son la base de los procesos de diferenciación y la garantía de los cierres operativos y las aperturas

³¹⁹ Cfr. *Ibíd.*, p. 299.

³²⁰ Cfr. *Ibíd.*, pp. 381-399.

³²¹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 301-329.

³²² Cfr. *Ibíd.*, pp. 327-336.

cognitivas de los sistemas. Hay que distinguir los acoplamientos estructurales de los operativos, pues los acoplamientos estructurales existen cuando un sistema supone determinadas características de su entorno, confiando estructuralmente en ello, de manera que lo que incluye, lo que se acopla, es tan importante como lo que excluye, mientras que los acoplamientos operativos corresponden al acoplamiento momentáneo de las operaciones del sistema con aquellas que el sistema atribuye al entorno, con lo cual son posibles únicamente en los intervalos de duración de los acontecimientos³²³.

A medida que hay desarrollos en la diferenciación funcional, aparecen nuevos mecanismos de acoplamiento estructural, destacándose las Constituciones como el acoplamiento estructural entre Derecho y política, y los contratos como el acoplamiento estructural entre economía y Derecho. La clave es que los acoplamientos estructurales permiten el ingreso a los sistemas sólo de ciertos elementos pero, a su vez, garantizan la comunicación con otros sistemas, por lo que son presentados por Luhmann como la base del esquema de cierre operativo y apertura cognitiva. Por ejemplo, la Constitución es una ley suprema, una ley fundamental para el sistema jurídico, mientras que para el sistema político es un instrumento de política instrumental, modificadora de situaciones, y de política simbólica, no modificadora de situaciones³²⁴. Los acoplamientos estructurales permiten que el sistema se abra a la complejidad de otro sistema, pero reaccionando de acuerdo con sus propios criterios³²⁵.

Un aspecto sobre el cual vale la pena llamar especialmente la atención es el planteamiento de Luhmann de que la distinción entre estudios de *lege lata* y de *lege ferenda* lo que hace es desarrollar la paradoja de que el Derecho tenga validez precisamente a pesar de su carácter modificable, lo cual debe interpretarse en conjunto con la idea de que la autonomía del Derecho no puede interpretarse como arbitrariedad, de manera que el Derecho está obligado a someterse a la autoespecificación histórica³²⁶.

Eso sí, en última instancia, lo que importa frente a la autopoiesis y a la aplicación del código Derecho/no Derecho, es la humanidad, lo que explica que uno de los principales indicadores de la existencia de un sistema jurídico de la sociedad mundial lo constituya la creciente atención a las violaciones de los derechos humanos, que ha terminado por influir decisivamente en la comprensión actual del Derecho³²⁷.

³²³ Cfr. *Ibíd.*, pp. 507-508.

³²⁴ Cfr. *Ibíd.*, pp. 507-566.

³²⁵ Cfr. GONÇALVES, Guilherme Leite. *El postcolonialismo y la teoría de sistemas: apuntes para una agenda de investigación sobre el derecho en los países periféricos*. En: ESTRADA SAAVEDRA, Merco y MILLÁN, René. *La teoría de los sistemas de Niklas Luhmann a prueba: horizontes de aplicación en la investigación social en América Latina*. México: El Colegio de México/UNAM, 2012, p. 82.

³²⁶ Cfr. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Op. cit., pp. 607-624.

³²⁷ Cfr. *Ibíd.*, pp. 625-664.

Por último, es necesario resaltar del trabajo de Luhmann el planteamiento que se toma en este trabajo como eje de la propuesta formulada en el capítulo tercero, en el sentido de que "(...) *la apertura es viable sólo sobre la base del cierre*"³²⁸, pues ello va unido a otra idea que él mismo expone, en el sentido de que el Derecho se transforma, cediendo, por ejemplo, a las demandas populares en materia de protección del ambiente³²⁹, pues precisamente en el tercer capítulo se expone la idea de que el Derecho comercial colombiano, para que pueda proteger el ambiente, debe abrirse cognitivamente y cerrarse operativamente.

1.6.4. Valoración de la teoría del Derecho como un sistema autopoietico

Tras esta exposición de la teoría del Derecho como un sistema autopoietico, es necesario conocer algunas de las más importantes críticas formuladas a la misma, así como plantear una valoración propia al respecto.

Una de las críticas a Luhmann tiene que ver con que habría una contradicción en su teoría, pues si la misma plantea que no hay instancias privilegiadas de conocimiento distintas a los mismos sistemas, él mismo estaría haciendo con su teoría una excepción a su propuesta, pues su teoría terminaría siendo una paradoja del conocimiento, ya que en últimas él daría una prelación a la visión de la sociología para poder explicar su visión de la realidad³³⁰.

Igualmente, se plantea que la visión de Luhmann es extrema, pues mientras el pensamiento científico clásico determina los cambios desde el exterior, la propuesta de Luhmann se va al otro extremo, pues al proponer el paradigma de la clausura operativa como base del concepto de autopoiesis, está afirmando que la organización y la producción se deben producir desde el interior o el sistema se desintegra. En efecto, se plantea que los planteamientos de Luhmann son contradictorios, pues los cambios en la forma de organización sólo pueden venir desde el exterior, luego no puede haber autoorganización en sentido estricto³³¹.

Sin embargo, tal vez la crítica más dura tiene que ver con la idea de que la teoría de sistemas de Luhmann ignoraría al individuo para concentrarse en los sistemas y, en lo que concierne a este trabajo, en el sistema del Derecho, de manera que, si bien no se reduce al individuo a un autómata cuyas comunicaciones dentro del sistema están

³²⁸ *Ibíd.*, p. 132.

³²⁹ *Cfr. Ibíd.*, p. 151.

³³⁰ *Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Op. cit., pp. 185-198.*

³³¹ *Cfr. VAN DE KERCHOVE, Michel y OST, François. Legal System Between and Disorder. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 103-110.*

completamente determinadas por el sistema, sí se crea una situación en la que se constriñe a los actores de los sistemas sociales en cuanto a qué y cómo pueden comunicar³³².

Puede que asista algún tipo de razón a quienes formulan estas observaciones, a las cuales se puede agregar la falta de sencillez en los textos de Luhmann para realizar la exposición de sus ideas, lo cual termina afectando a la misma teoría, pues da lugar a diversas interpretaciones sobre un mismo punto y, en consecuencia, resta accesibilidad para que la teoría tenga mayor difusión.

Inclusive, en sus estudios sobre las funciones del Derecho, Bobbio expresó respecto de los trabajos de Luhmann que: *"(...) cuando van a la búsqueda de una función específica distinta de aquella o aquellas generalmente reconocidas caen en una desorientadora simplificación, como me parece que le ha ocurrido al más refinado (y complicado) teórico de la función del Derecho, Niklas Luhmann, que atribuye al derecho la función de congruente Generalisierung de expectativas normativas"*³³³.

Sin embargo, lo que sí es evidente es la originalidad de la teoría de Luhmann, que realmente no pareciera corresponder a un punto de vista extremo, pues precisamente supera el punto de vista interno, tanto de la dogmática legal que se había proclamado como la sistematizadora de órdenes legales particulares, al presentar sus conocimientos como sistematización científica de áreas del conocimiento jurídico, así como esfuerzos como el de Canaris, quien presentó la sistematicidad como un postulado inherente a la idea de Derecho, de manera que nunca sobrepasó el punto de vista interno sino que simplemente lo reforzó con una justificación última³³⁴.

La teoría de Luhmann tampoco opta por un punto de vista externo radical frente al Derecho, como puede predicarse de las teorías que tienen como origen el realismo norteamericano, sino que adoptó un punto de vista moderado, aunque no apostando por la "interdisciplinariedad de la teoría del Derecho como un juego" de van de Kerchove y Ost³³⁵, sino precisamente apostando por reafirmar la autonomía y características del Derecho, sin dejar de valorar positivamente la importancia que estos autores confieren a los jugadores o individuos, asunto que, como ya fue mencionado, es una de las críticas a la teoría de Luhmann. No obstante, la opción que aquí se hace por la teoría de Luhmann radica en el planteamiento tan claro que hace a favor de la defensa del Derecho como

³³² Cfr. NOBLES, Richard y SCHIFF, David. *Observing Law Through Systems Theory*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2013, p. 33.

³³³ BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate, 1990, p. 277.

³³⁴ Cfr. VAN DE KERCHOVE, Michel y OST, François. *Legal System Between and Disorder*. Op. cit., pp. 7-8.

³³⁵ Cfr. *Ibíd.* También, VAN DE KERCHOVE, Michel y OST, François. *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

un discurso autónomo de una sociedad diferenciada funcionalmente. Como ya se mencionó, no se comparte en este trabajo que el Derecho sea un sujeto epistémico autónomo, así como la idea de que elementos éticos no puedan ingresar al discurso del Derecho, planteamientos que no necesariamente se pueden predicar como características irrestrictas del concepto de Derecho como sistema autopoietico de Luhmann, pero que sí suelen ser elementos que se plantean alrededor de los trabajos del sociólogo alemán.

En efecto, uno de los más grandes aportes que hace Luhmann es el de ofrecer una teoría que aporta certeza al Derecho, sin caer en la inmutabilidad y visión del iusnaturalismo, sino precisamente a través de la comprensión del Derecho como un constructo artificial de una sociedad caracterizada por la incertidumbre, a través del reconocimiento y manejo de dos paradojas de la certeza del Derecho: la formación de expectativa normativa que produce certeza social e incertidumbre jurídica, y la certeza del código del Derecho que disminuye la incertidumbre jurídica pero genera incertidumbre social³³⁶.

Es muy difícil saber si efectivamente lo que estaba detrás de todo el andamiaje teórico de Luhmann era su temor a una crisis de esta sociedad que, al acabar con la diferenciación de sus sistemas, implicara el final de sus ventajas, o si verdaderamente lo animaba un liberalismo abstencionista³³⁷, pero tal vez ello no importe frente al hecho de que formuló una nueva teoría sólida y rica para el estudio del Derecho.

Para cerrar este apartado, es importante acudir a lo explicado por Óscar Mejía Quintana en relación con la importancia de Luhmann en el mundo de la teoría jurídica. En efecto, plantea Mejía que: *"(...) El iuspositivismo teórico y socio jurídico permite romper con la filosofía del derecho, inaugurar el estatus epistemológico de la teoría jurídica, establecer la dimensión y el problema de validez como lo propio del ámbito jurídico y, adicionalmente, proporcionarle al capitalismo y, en general, a los sistemas sociales imperantes a comienzos del siglo XX la racionalidad instrumental que requerían para su desarrollo. Este último pasaría por tres momentos: uno estructural, uno funcional y otro sistémico, que a su vez corresponderán a tres períodos del desarrollo capitalista global y que pueden ser rastreados en tres binomios teórico-jurídicos / sociojurídicos que darían cuenta del desarrollo del derecho –y del positivismo jurídico- en esas tres etapas: Weber/Kelsen, Parsons/Hart, Luhmann/Luhmann (sociología del derecho y teoría del derecho, respectivamente)"*³³⁸.

³³⁶ Cfr. GONÇALVES, Guilherme Leite. *Las paradojas de la certeza del derecho*. En: FARÍAS, Ignacio y OSSANDÓN, José (Eds.) *Observando sistemas. Nuevas apropiaciones y usos de la teoría de Niklas Luhmann*. Santiago: Ril Editores/Fundación Soles, 2006.

³³⁷ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Op. cit.*, pp. 195-198.

³³⁸ MEJÍA QUINTANA, Óscar. *Teoría consensual del derecho: el derecho como deliberación pública*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2016, p. 30.

En concreto, el aporte de Luhmann consiste en que, a diferencia de Rawls y Habermas, que a través de su esquema consensual-discursivo intentan integrar la periferia al sistema, la propuesta autopoietica de Luhmann reduce el entorno a un elemento más del sistema, Así, para Luhmann, las necesidades sociales no se satisfacen en la superación de éstas sino que quedan sometidas a las posibilidades del sistema de responder o no a sus requerimientos, mientras que la dinámica consensual propone que el sistema jurídico tiene que equilibrarse con el entorno, no para que prevalezca sino para que contrarreste el peso que el sistema jurídico tiene como tal frente a la periferia, de manera que el Derecho tiene que equilibrar sistema jurídico y mundo de la vida, que son los dos lados de la realidad social³³⁹.

En síntesis, para Luhmann, *"(...) La prioridad de los sistemas sociales, incluido el jurídico, no es ya la adaptación a la complejidad del entorno sino a su propia complejidad, lo que constituye un giro radical en el imperativo del derecho en cuanto el eje de sus decisiones no proviene del entorno social sino que se estructura a partir de sus propias capacidades y posibilidades internas"*

*"(...) El derecho reduce la complejidad social en términos de validez jurídica, no de eficacia social o legitimidad política. Pero eso no significa que las dimensiones de eficacia o legitimidad del sistema jurídico no sean contempladas por el derecho en términos sistémicos. La validez jurídica implica, necesariamente –so pena de caer en un formalismo que solo podría conducir al derrumbamiento del sistema-, una reducción eficaz de la complejidad social y, obviamente, connota una dimensión de legitimidad que el derecho resuelve en términos funcionales"*³⁴⁰.

³³⁹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 70-71.

³⁴⁰ *Ibíd.*, p. 92.

1.7. LA TEORÍA DEL DERECHO REFLEXIVO.

Este apartado está dedicado a estudiar la teoría del Derecho reflexivo de Gunther Teubner, marco teórico concreto de este trabajo. Para el efecto, un primer momento se consagra a la descripción de la teoría, para luego, en un segundo momento, explicar cuáles son los principales desafíos a partir de las críticas que se han formulado a los trabajos de Teubner.

Igual que fue manifestado respecto de la teoría del Derecho como un sistema autopoietico, la teoría del Derecho reflexivo se utiliza acá como referente teórico para abordar el problema de investigación, por lo cual es posible que en algunos puntos de este trabajo no haya coincidencia de manera estricta con los planteamientos de dichas teorías.

Adicionalmente, es necesario dejar claro que el mismo Luhmann tuvo varias reservas frente a la teoría del Derecho reflexivo, principalmente por dudar de su consistencia con el concepto de autopoiesis, pues él no admitía grados intermedios de clausura operativa, como sí ocurre con la teoría del Derecho reflexivo, de manera que quedaba sin resolver la pregunta de cómo el sistema legal haría frente a la carga de reflexión que el Derecho reflexivo implica, es decir, a la paradoja a la cual debe su existencia; no obstante, el apoyo de Luhmann a la teoría del Derecho reflexivo también fue evidente³⁴¹. En últimas, lo que se plantea es que Teubner, a través de su teoría del Derecho reflexivo, está notoriamente interesado en mejorar el rendimiento del sistema legal, mientras que Luhmann no tenía ambiciones en ese sentido³⁴². Tal discusión no se aborda en este trabajo, pues escapa al objeto de estudio, por lo que simplemente se deja aquí mencionada.

1.7.1. Descripción de la teoría

Sea lo primero precisar que se dice respecto de esta teoría que *"(...) la formulación del derecho reflexivo aparece en la evolución del pensamiento de Gunther Teubner como una consecuencia última que se derivaría de la propia autonomía de los distintos subsistemas de la sociedad: una racionalidad puramente formal sería incapaz de atender las necesidades de las sociedades complejas, puesto que estaría encerrada en su misma estructura. En las sociedades complejas los subsistemas ejercen cada vez una mayor presión para que se produzcan las expectativas sociales necesarias para el cumplimiento*

³⁴¹ Cfr. PATERSON, John. *Reflecting on Reflexive Law*. En: KING, Michael y THORNHILL, Chris (Eds.) *Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications*. Oxford / Portland: Hart Publishing, 2006, pp. 13-35.

³⁴² Cfr. KING, Michael. *What's the Use of Luhmann's Theory?* En: KING, Michael y THORNHILL, Chris (Eds.) *Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications*. Oxford / Portland: Hart Publishing, 2006, pp. 45-46.

de una función. La materialización del derecho no sólo no es una solución ante esa presión, sino que pone en peligro partes valiosas de la sociedad, cuando no el propio derecho, puesto que cada conjunto de expectativas intenta imponerse sobre las otras sin atender al equilibrio necesario al interior de esos sistemas. La racionalidad reflexiva no es tan sólo una opción entre otras: es una necesidad para la propia supervivencia del derecho”³⁴³.

Si bien existe un convencimiento íntimo de que es acertado lo expuesto en la última frase citada, en el sentido de que la racionalidad reflexiva se impone para la supervivencia del Derecho, pues el Derecho actual debe reconocer su inmersión en un mundo complejo, tanto para establecer relaciones con otros discursos como para defender su autonomía, es claro que las discusiones académicas no se pueden guiar exclusivamente por convicciones íntimas, de manera que es necesario explicar las razones que han llevado a ello, además de aceptar la existencia de otras visiones sobre el tema como claramente enriquecedoras y necesarias.

Teniendo claro lo anterior, bajo el concepto de Derecho reflexivo, Teubner apunta a un entendimiento del Derecho en el que se tenga influencia en la calidad de los resultados sin determinar los acuerdos que se puedan alcanzar pues, a diferencia del Derecho formal, no toma las distribuciones existentes como dadas, y a diferencia del Derecho material, no mantiene que ciertos resultados sean deseables, de manera que el énfasis se da en los procedimientos de formación del Derecho pero sin caer en el formalismo, pues lo que se busca es estimular procesos de autorregulación social gracias a estructuras de control interno efectivas³⁴⁴.

De esta manera, Teubner plantea hablar de justicia para heterogéneos, pues el Derecho, al ser reflexivo, realiza reflexiones internas de todos los estímulos que proporcionan otros discursos, sin pretender imponerse sobre ninguno de tales discursos con excusa en el argumento de la “justicia”, pero tampoco permitiendo que los mismos se impongan sobre el Derecho³⁴⁵.

La teoría del Derecho reflexivo impregna los trabajos de Teubner, y se encuentra principalmente recogida en un texto originalmente publicado en alemán en 1988, cuya versión en inglés, “Law as an Autopoietic System”³⁴⁶, fue publicada en 1993. El punto de partida de su trabajo es la autorreferencialidad del Derecho, incluso aplicable a Dios, de acuerdo con una historia del Talmud. Tal autorreferencialidad implica muchas paradojas

³⁴³ MORALES DE SETIÉN RAVINA, Carlos. Op. cit., pp. 58-59.

³⁴⁴ Cfr. TEUBNER, Gunther. *Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno*. En: BORDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre/Instituto Pensar/Universidad de los Andes, 2000, pp. 81-152.

³⁴⁵ Cfr. TEUBNER, Gunther. *Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses*. Op. cit., pp. 149-176.

³⁴⁶ Cfr. TEUBNER, Gunther. *Law as an Autopoietic System*. Oxford/Cambridge (MA): Blackwell, 1993.

dentro del mundo del Derecho, siendo las críticas más fuertes recibidas desde el movimiento de los Critical Legal Studies (CLS).

En efecto, plantea Teubner en dicho texto que la autorreferencialidad tendería fundamentalmente a proporcionar soluciones estables, para lo cual se tiene la opción de acoger la visión de Boaventura de Sousa Santos de ver al Derecho como una continua interpretación errónea de la realidad, o seguir a Luhmann y ver al Derecho como una estructura de orden en la que se pueden resolver las paradojas. La opción de Teubner claramente es ir por la propuesta de Luhmann, para lo cual se concentra en explicar cómo el concepto de autopoiesis ha modificado el concepto de Derecho, asunto ya expuesto.

Con base en ello, afirma Teubner que un sistema se convierte en autorreflexivo si la autorregulación y la autodescripción son combinados entre sí y de tal manera que una identidad autoconstituida sea utilizada como un criterio de cambio estructural. De esta manera, se puede hablar de Derecho reflexivo sólo si la teoría legal y la doctrina legal se ocupan de las condiciones sociales prevalentes del Derecho, en particular de su rol en el proceso general de diferenciación social, y si tal Derecho informa la práctica de decisión y elaboración del mismo³⁴⁷.

Teubner se distancia así de un seguimiento ciego a la teoría de Luhmann, pues precisamente entiende que el concepto de autopoiesis es de inflexible dureza, pues para Luhmann el Derecho simplemente se reproduce a sí mismo o no, es decir, no existe la autopoiesis parcial, mientras que para Teubner la autonomía y la autopoiesis deben entenderse como cuestiones de grado, de manera que plantea que un sistema legal se vuelve autónomo si logra constituir sus componentes (acción, norma, proceso, identidad) en ciclos autorreferenciales, y tendrá la categoría de autonomía autopoietica sólo cuando los componentes del sistema formado en esta forma estén enlazados para formar un hiperciclo, es decir, un ciclo de mayor nivel³⁴⁸.

La autopoiesis del Derecho es entonces, para Teubner, un proceso gradual de autonomía, que descansa sobre la base de tres conceptos: auto-observación, autoconstitución y autorreproducción. Lo que se traduce, en últimas, en hacer comprender el pensamiento humano individual y la comunicación de la sociedad como procesos autónomos que se reproducen a sí mismos de acuerdo con su propia lógica, y que se encuentran enlazados en tres vías: observación recíproca, interpenetración y coevolución³⁴⁹.

En términos un poco más sencillos y propios, la teoría del Derecho reflexivo de Teubner apunta a hacer ver la necesidad de que el Derecho reflexione, es decir, que considere

³⁴⁷ Cfr. *Ibíd.*, p. 20.

³⁴⁸ Cfr. *Ibíd.*, pp. 25-27.

³⁴⁹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 30-46.

nueva, detenidamente y de manera continua sobre él mismo, tanto para asegurar su evolución a través de ciclos cada vez más exigentes, así como para garantizar su autonomía frente a otros sistemas. Su principal diferencia con Luhmann, además de ciertos conceptos particulares que introduce Teubner, radica, a mi juicio, además de que Teubner se concentra exclusivamente en formular una teoría para el Derecho, en que la teoría del Derecho reflexivo busca introducir elementos un poco más humanizantes al concepto un poco frío de Derecho como sistema autopoietico de Luhmann.

Para ello, el elemento más importante del Derecho en la teoría del Derecho reflexivo, al igual que en Luhmann, son las comunicaciones. Al respecto, Teubner sostiene que cada comunicación legal especializada es siempre al mismo tiempo un acto de comunicación social general. La comunicación consiste en la unidad de información, elocución y entendimiento. La comunicación legal sólo difiere en dos aspectos. El primero es que la información transmitida se relaciona con el código legal/ilegal. El segundo es que el sistema legal constituye los componentes del sistema de acuerdo con criterios que son diferentes de la sociedad, pues se basa en acciones que producen cambios en la situación legal. En últimas, lo que importa es que el mismo acto de comunicación está atado a dos ciclos diferentes, uno que pertenece a la sociedad, y otro que pertenece al Derecho³⁵⁰.

La importancia de una afirmación como la anterior radica en que Teubner se enmarca así dentro de los planteamientos de la teoría de sistemas de Luhmann, pero sus estudios se concentran en concreto en el mundo del Derecho, en el que Teubner desarrolla posteriormente el concepto de "constituciones societales" o fragmentos constitucionales, base de la propuesta de solución al problema de investigación formulada en el capítulo tercero de este trabajo. Luhmann nunca llegó a ese concepto, si bien pudo haber sentado las bases para ello.

La epistemología constructivista desde la cual parte el concepto y teoría del Derecho reflexivo³⁵¹, permite abordar de manera adecuada el estudio de la protección al ambiente desde el Derecho comercial pues, debido a las diferentes racionalidades o discursos que manejan el Derecho ambiental y el Derecho comercial, la solución más probable de compaginación de sus intereses se encuentra, a mi juicio, desde el Derecho comercial, en la apertura para conocer elementos del Derecho ambiental y en su posterior cierre para acomodarlos e incorporarlos internamente de acuerdo con su estructura interna. Así, por ejemplo, empezar a hablar en Derecho comercial de conceptos como el de orden público ecológico y el de función ecológica de los contratos, pueden ser herramientas que permitan esa compaginación, todo ello a la luz de la teoría del Derecho reflexivo.

³⁵⁰ Cfr. *Ibíd.*, p. 88.

³⁵¹ Cfr. TEUBNER, Gunther. *How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law*. Op. cit., pp. 727-757.

Es necesario tener presente que Luhmann, al igual que Dworkin, por oposición a Alexy, se interesa no por principios éticos, morales o de justicia material de carácter extrasistémico, sino por los principios sistémicos que los jueces pueden utilizar para hacer válidas y legítimas sus decisiones, pues los principios son el nivel más alto de un sistema legal y emergen como respuesta a la incongruencia de las leyes al ser aplicadas a casos concretos. De esta manera, el Derecho se convierte en un procedimiento sistémico, en el que su validez y legitimidad no requieren una fundamentación ética, contractual o discursiva, pues los principios sistémicos tienen como función permitir la reducción autopoiética de complejidad del sistema jurídico sin necesidad de acudir a elementos externos a este³⁵².

Todo lo anterior se explica en la medida que *"(...) En Hart, si bien la validez está determinada por una regla de reconocimiento en lo esencial definida por el punto de vista interno de un sistema jurídico, esta perspectiva supone la legitimidad y la eficacia que solo el punto de vista externo puede reconocer. Luhmann, como se vio, resuelve este problema reduciendo la eficacia social, así como la legitimidad política, a una dimensión autorreferencial de validez jurídica que en la medida en que permite que el sistema jurídico se adapte a su propia complejidad, se legitima sistemáticamente y posibilita la reducción de complejidad social, gracias a lo cual es eficaz"*³⁵³.

Teniendo claro eso, lo que hace Teubner en su teoría del Derecho reflexivo es complementar la propuesta de Luhmann, planteando la necesidad de concebir al Derecho como un hiperciclo autopoiético fundado en una validez autorreferencial, para lo cual propone tres momentos en el desarrollo de un sistema jurídico (derecho socialmente difuso, derecho parcialmente autónomo, y derecho autopoiético). Este último momento se logra cuando el Derecho, al reducir su propia complejidad gracias al proceso de autonomización logrado, reduce la complejidad de la sociedad de manera indirecta, con lo cual la reducción de complejidad social depende de la capacidad del sistema jurídico de reducir su propia complejidad³⁵⁴.

Ese proceso de reducción de complejidad del sistema jurídico tiene como base el concepto de validez autorreferencial, que implica un proceso que Teubner descompone en ocho momentos: 1) el momento de autoobservación o de operativización de procesos sistémicos; 2) la autodescripción, que implica cristalización de procesos jurídicos; 3) la autoorganización, como edificación de estructuras sistémicas propias; 4) la autorregulación, variante dinámica de la autoorganización; 5) la autoproducción, u organización sistémica de flujos internos y externos; 6) la autorreproducción, consistente en la autorregulación espontánea de la autoproducción; 7) la autoconservación,

³⁵² Cfr. MEJÍA QUINTANA, Óscar. Teoría consensual del derecho: el derecho como deliberación pública. Op. cit., pp. 463-466.

³⁵³ *Ibíd.*, p. 105.

³⁵⁴ Cfr. *Ibíd.*, pp. 466-467.

consistente en la mediación del encadenamiento hipercíclico de circuitos autoproducidos del sistema jurídico; y 8) el momento de autopoiesis, que garantiza sistemáticamente el hiperciclo en su totalidad dinámica como un flujo autorregulado. Así, la validez autorreferencial del Derecho queda asegurada, permitiendo reducir complejidad jurídica y, en consecuencia, complejidad social³⁵⁵.

En esto consiste, en líneas generales, la teoría del Derecho reflexivo de Gunther Teubner. A continuación se exponen las principales críticas hechas a la misma.

1.7.2. Principales aspectos a dilucidar desde la teoría del Derecho reflexivo

Las críticas que se han formulado a las teorías del Derecho reflexivo y al Derecho como un sistema autopoietico pasan por distintas aproximaciones.

Así, por ejemplo, se ha sostenido que la teoría del Derecho reflexivo se contradice, pues al sostener que la restricción que el Derecho se impone a sí mismo a través de la preferencia por una regulación procedimental y no por regulación sustantiva, lo que está provocando es que se produzcan más regulaciones sustantivas y formales, pues históricamente ello está demostrado, de manera que terminará favoreciéndose la legalización y la judicialización del Derecho, con la consecuencia de que esa sobrerregulación lo que implicará será una eficacia menos completa de las reglas³⁵⁶.

También se sostiene que lo que Teubner hace es presentar su teoría como un resultado de la evolución del Derecho, para legitimar ideas supuestamente progresivas, cuando lo que realmente hace es transferir elementos de otras teorías que también son transferencias de otros ámbitos, como las teorías de Nonet y Selznick, Luhmann y Habermas, sin considerar las fuentes históricas en las cuales descansan esas teorías y si encajan entre ellas o no, sin integrar esas teorías al corazón de su teoría del Derecho reflexivo sino, por el contrario, seleccionando elementos de cada una, lo cual resulta en una visión distorsionada de cómo deberían encajar juntas, para terminar parándose en hombros de gigantes y difícilmente tocar el suelo, lo cual se reflejaría en los malos ejemplos que Teubner da de cómo ciertas instituciones pueden ser facilitadas por la teoría del Derecho reflexivo³⁵⁷.

Igualmente, se sostienen como críticas a la autopoiesis y los trabajos de Teubner: i) que no son pluralistas, pues él parte de la descalificación de otras corrientes de pensamiento³⁵⁸;

³⁵⁵ Cfr. *Ibíd.*, p. 467.

³⁵⁶ Cfr. BLANKENBURG, Erhard. The Poverty of Evolutionism: A Critique of Teubner's Case for "Reflexive Law". *Law & Society Review*. 1984, vol. 18, nro. 2, pp. 273-289.

³⁵⁷ Cfr. *Ibíd.*, pp. 274 y 284-287.

³⁵⁸ Cfr. GOODRICH, Peter. Anti-Teubner: autopoiesis, paradox, and the theory of law. *Social Epistemology*. 1999, vol. 13, nro. 2, pp. 197-214.

ii) que la autopoiesis supuestamente no está suficientemente distinguida del positivismo³⁵⁹; iii) que la autopoiesis ignora las tendencias del Derecho contemporáneo hacia normas extralegales, la justicia detrás de la ley y el pluralismo³⁶⁰; y iv) que en países de modernidad periférica, donde la reproducción del sistema legal está bloqueada por una serie de factores sociales, como es el caso de Brasil, tal vez sea mejor hablar de alopoiesis que de autopoiesis, entendida la alopoiesis como la reproducción de un sistema a través de los criterios, programas y códigos de su ambiente, con lo cual se tiene en cuenta que hay Estados en los cuales no hay sistemas autorreferenciales desarrollados que sean capaces de regular las expectativas normativas de la sociedad, fundamentalmente porque hay factores externos, como la corrupción, que desvirtúan cualquier pretensión de actuar bajo un modelo autopoiético³⁶¹, entre otras observaciones.

Las críticas, entonces, han provenido tanto de los opositores a la autopoiesis, que acusan a la teoría del Derecho reflexivo de poner en peligro el rol del Derecho como instrumento de cambio social, como del mismo Luhmann, por querer dar un rol continuo al Derecho en la ingeniería social pues, si bien el Derecho reflexivo ha sido propuesto como una "teoría post-instrumental que tiene en cuenta la autopoiesis del Derecho y de los sistemas que pretende regular", a Luhmann le inquietaba que lo que el Derecho reflexivo proponía realizar era teóricamente imposible. A Luhmann le inquietaban, básicamente, los grados de autonomía propuestos por Teubner, así como que el concepto de Derecho reflexivo implicaría necesariamente una confrontación con la paradoja fundacional del sistema legal, lo que haría que el Derecho reflexivo fuera una paradoja en sí mismo³⁶².

En últimas, las críticas suelen coincidir en que tanto la autopoiesis en los sistemas sociales como la teoría del Derecho reflexivo han sido incapaces de producir pruebas empíricas o demostraciones de sus teorías³⁶³, así como en la inutilidad de la teoría autopoiética y el Derecho reflexivo como vehículos para encontrar vías para mejorar el control social a través del Derecho, pues precisamente a la autopoiesis y a la teoría del Derecho reflexivo se les ha querido utilizar como instrumentos para resolver problemas prácticos en los que los humanos son protagonistas, buscando el control del Derecho sobre otros sistemas, cuando precisamente la teoría de Luhmann no tiene al ser humano como la base del análisis sociológico y la acción social, y cuando lo que quería evitar Luhmann con su teoría era la desdiferenciación del Derecho frente a otros sistemas sociales³⁶⁴.

³⁵⁹ Cfr. WEISBERG, Richard. Autopoiesis and Positivism. *Cardozo Law Review*. , 1992, vol. 13, pp. 1721-1727.

³⁶⁰ Cfr. ROSENFELD, Michel. Autopoiesis and Justice. *Cardozo Law Review*. 1992, vol. 13, pp. 1681-1712.

³⁶¹ Cfr. NEVES, Marcelo. From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law. *Journal of Law & Society*. 2001, vol. 28, nro. 2, pp. 242-264.

³⁶² Cfr. PATERSON, John. Op. cit., pp. 14-15 y 30-35.

³⁶³ Cfr. *Ibíd.*, p. 34.

³⁶⁴ Cfr. KING, Michael. *What's the Use of Luhmann's Theory?* Op. cit., pp. 45-49.

Sin embargo, tal vez la crítica más importante al concepto de autopoiesis y a los trabajos de Teubner tiene que ver con el enfoque que tiene hacia los medios y no en el resultado, basada en la autorreferencialidad de la teoría, lo cual excluiría al juez imparcial, al *tertium* que es de la esencia del Derecho, con especial referencia al caso de la protección del ambiente por las grandes firmas o corporaciones³⁶⁵.

Todo lo anterior muestra que la incorporación de la teoría del Derecho reflexivo no es pacífica y que son varios los asuntos a dilucidar en su implementación. Sin embargo, la misma proporciona a efectos de este trabajo un marco teórico adecuado para abordar el estudio de la relación entre ramas del Derecho como el Derecho comercial y el Derecho ambiental en sentido estricto, fundamentalmente gracias a los elementos que aporta en cuanto a la colisión de discursos legales.

No obstante, es evidente que un asunto que implica atención especial es el de la relación entre el Derecho comercial y el Derecho constitucional. En efecto, cuando se habla de Derecho comercial y Derecho ambiental en sentido estricto, la relación se plantea entre dos ramas del Derecho que se encontrarían en un mismo rango, hablando en términos de jerarquía, con lo cual desaparecerían las pretensiones de dominación de una sobre la otra, lo que no ocurre frente al Derecho constitucional, al cual estaría sujeto el Derecho comercial en una relación de subordinación, que no ha sido de fácil abordaje inclusive para el mismo Teubner, quien habría disociado la constitucionalización de la idea de Estado, atribuyendo al Derecho privado la misión de elaborar el carácter propio y la autonomía de las constituciones sociales parciales, y al Derecho público la labor de desarrollo de constituciones genuinamente políticas que sirvan de marco de las constituciones civiles y como puesta en red de las diversas constituciones parciales³⁶⁶, posición que no necesariamente se desprendería de la visión sobre el tema por parte de Luhmann³⁶⁷.

En efecto, a futuro es necesario dilucidar si la concepción autopoietica de Teubner no prestaría atención a la cooperación, la reciprocidad y la solidaridad, como elementos atados al contrato o a las organizaciones, debido a su elección deliberada de no otorgar un rol preponderante dentro de su análisis a los valores, como sí lo habrían hecho otras

³⁶⁵ Cfr. OST, François. *A Game without Rules? The Ecological Self-Organization of Firms*. Op. cit., pp. 337-361.

³⁶⁶ Cfr. TEUBNER, Gunther. *La constitucionalización de la sociedad global*. En: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 69-113.

³⁶⁷ Cfr. MATTHEIS, Clemens. *The System Theory of Niklas Luhmann and the Constitutionalization of the World Society*. *Goettingen Journal of International Law*. 2012, vol. 4, nro. 2, pp. 625-647.

teorías en materia de Derecho de contratos³⁶⁸, ya que las exigencias sociales de protección al ambiente no serían comprendidas por Teubner en términos de valores impuestos o no por la regulación, sino más bien en términos de conflicto entre lógicas discursivas perfectamente contradictorias³⁶⁹.

Es allí donde se concentran los esfuerzos del tercer capítulo de este trabajo, pues el Derecho constitucional contemporáneo es claramente un Derecho donde los valores son un elemento fundamental de su discurso³⁷⁰ y es necesario determinar si efectivamente la teoría del Derecho reflexivo los incluye o no.

De hecho, “(...) Luhmann y Teubner logran mostrar, explícita e implícitamente, que en los principios sistémicos de un sistema jurídico coinciden los puntos de vista externo e interno y que ello es precisamente el punto de contacto donde lo político y lo jurídico permiten que la validez y la legitimidad, por lo menos, converjan para reducir eficazmente complejidad jurídica y social de manera simultánea. Con ello ponen de presente, como diría Robert Walter, la importancia de la norma básica como punto arquimédico de un sistema jurídico y su trascendencia como problema iusfilosófico en cuanto en ella coinciden y de ella dependen la validez, la legitimidad y la eficacia de un sistema jurídico, un ordenamiento jurídico-político y un sistema societal en su conjunto”³⁷¹, de manera que pareciera claro el referente fundamental en que se constituye la Constitución Política en las teorías de Luhmann y Teubner.

No obstante, para el caso colombiano, en concreto, se plantea que al interior de la Corte Constitucional existen cuatro esquemas de interpretación jurídico-constitucional diferentes, los cuales se reproducen en otras instancias de poder: el liberalismo escéptico, de inspiración en la escuela analítica del Derecho y cuyo principio rector es el catálogo de principios liberales y los derechos fundamentales; el dogmatismo colectivista, de inspiración iusnaturalista premoderna y basado en las ideas tradicionales sobre el bien común; el colectivismo silogístico, de inspiración iuspositivista y que da prevalencia jerárquico-formal a los principios contenidos en la Constitución; y el pluralismo igualitario, inspirado en la hermeneútica y que reconoce la pluralidad de intereses generales. El riesgo es que lo anterior somete a las decisiones en Derecho a una “(...) lotería caprichosa que depende de la tendencia que en suerte deba estudiar un asunto o demanda determinada. (...) que hace de las decisiones finales de un tribunal constitucional o un

³⁶⁸ Cfr. WILHELMSSON, Thomas. *Critical Studies in Private Law: A Treatise on Need-Rational Principles in Modern Law*. Dordrecht: Kluwer, 1992.

³⁶⁹ Cfr. COUTU, Michel. *Contrat et auto-référence en droit suivant Gunther Teubner: une “méprise constructive”?* *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*. 1998, vol. 40, pp. 29-30.

³⁷⁰ Cfr. VIGO, Rodolfo Luis. *Constitucionalización y judicialización del derecho*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Ibáñez, 2012.

³⁷¹ MEJÍA QUINTANA, Óscar. *Teoría consensual del derecho: el derecho como deliberación pública*. Op. cit., p. 468.

cuerpo colegiado un mero acuerdo de intereses que no logra alcanzar una posición de consenso consistente y congruente; de esta manera, se abre la puerta a un resquebrajamiento y a una fractura lenta pero inexorable del orden jurídico positivo” ³⁷².

La preocupación que de allí se deriva es que, al no contemplarse espacios estructurales para incorporar el punto de vista de la ciudadanía en sus decisiones, es decir, al interpretar la Constitución sin establecer diálogos con la sociedad civil, y hacerlo desde las disposiciones ambiguas de una Carta Política como la de 1991, se puede estar dando lugar a un *“perverso cierre autopoietico del sistema jurídico”*, preocupante toda vez que cada vez está más claro que *“el Derecho no es autorreferente y que se alimenta de la cultura política de una ciudadanía democrática”*, y se está llegando a la convicción de que *“(…) La norma básica es, en últimas, la consensualización del disenso, la conflictualización social de la instrumentalización sistémica, la tensión coyuntural de la tensión permanente, en cierto sentido, volviendo a la vieja fórmula hegeliano-marxista, la negación de la negación que niega y recrea incesantemente el sistema jurídico-político de cara al sistema social”*³⁷³.

Es claro que lo anteriormente expuesto corresponde a una visión con una fuerte influencia por parte del paradigma postpositivista consensual y discursivo de Rawls y Habermas, pues allí el papel del tribunal constitucional es dar amplio juego a la deliberación y la opinión pública. No obstante, también en el paradigma postpositivista autopoietico, el tribunal constitucional juega un rol fundamental, pues *“(…) representa, en esencia, lo que sería la función-límite que garantiza la clausura operativa al entorno del conjunto de sistemas sociales pero, especialmente, del sistema jurídico y político”*³⁷⁴. De ahí la importancia de abordar en los capítulos posteriores la ubicación del Derecho constitucional dentro de la teoría del Derecho reflexivo y del Derecho como un sistema autopoietico, y su relación con el Derecho comercial.

³⁷² *Ibíd.*, p. 43.

³⁷³ *Ibíd.*, pp. 60, 479 y 480.

³⁷⁴ MEJÍA QUINTANA, Óscar. *Filosofía del derecho contemporánea. Una reconstrucción del estatuto epistemológico*. Op. cit., p. 236.

1.8. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.

Con base en lo anteriormente expuesto, se destacan los siguientes puntos como principales resultados tras el desarrollo de este primer capítulo, cuyo objetivo era exponer los principales referentes teóricos para dar respuesta al problema planteado como objeto de investigación, a saber, si el ambiente es protegido adecuadamente desde la contratación mercantil en Colombia.

En primer lugar, quedó ilustrado el conflicto entre Derecho ambiental y Derecho comercial, básicamente a través de la exposición de los conceptos de Derecho comercial, Derecho ambiental y aproximación epistemológica.

Tras estudiar las principales tensiones internas que se presentan al interior de cada una de dichas ramas del Derecho, y sus diversos sustratos filosófico, histórico y científico, fue planteada como conclusión parcial la evidencia de diversas aproximaciones epistemológicas de tales disciplinas del Derecho, que demuestran la complejidad de acercamiento en la relación entre las mismas con el objetivo de protección de la naturaleza o ambiente.

De esta manera, las tensiones internas del Derecho comercial y el Derecho ambiental, así como las tensas relaciones entre tales ramas del Derecho, sólo refuerzan la posición que aboga por la necesidad de superar tales dificultades, principalmente a través de la comprensión del Derecho como un discurso, un producto cultural y un proceso a la luz del conocimiento científico, en el que se deberían superar las tradicionales divisiones entre ramas del Derecho, para tratar a la naturaleza como un proyecto del Derecho en conjunto.

Eso permitió estudiar la idea de Derecho como discurso como base para introducir el concepto de colisión de regímenes legales y llegar al concepto de Derecho como un sistema autopoietico. Ese concepto es la base de la teoría del Derecho reflexivo, principal referente teórico escogido para elaborar la propuesta de solución al problema de investigación.

Para llegar a ese planteamiento se partió de la idea de que la incorporación de elementos ajenos al discurso tradicional del Derecho privado se constituye en la tensión más importante existente en la actualidad en Derecho de contratos en Colombia.

Tras presentar los principales elementos de tal tensión, se dio cuenta de que lo allí reflejado no es cosa distinta que una colisión de discursos, por lo cual la teoría del Derecho reflexivo surgió como el marco teórico para superar la dificultad mencionada, gracias a su respeto por la autonomía del Derecho y de sus subsistemas.

En efecto, la teoría del Derecho reflexivo de Gunther Teubner, que no es propiamente una teoría del Derecho de contratos, ofrece los principales elementos para tener un referente

que permita estudiar la protección al ambiente desde la contratación mercantil, pues permite mantener la autonomía del discurso de la contratación mercantil frente al discurso del Derecho ambiental en sentido estricto.

No obstante, queda una dificultad muy importante por resolver, a saber, la relación del Derecho comercial con el Derecho constitucional, marcada por esa situación de subordinación en que se encontraría el primero frente al segundo y, sobre todo, por ser el Derecho constitucional contemporáneo un discurso basado en valores, a los cuales Teubner no les reconocería un rol preponderante en su teoría del Derecho reflexivo.

Para el efecto, en los capítulos segundo y tercero serán estudiadas algunas de las hipótesis de trabajo lanzadas en este primer capítulo, en el sentido de si el Derecho comercial debería repensarse e interpretarse bajo criterios ambientales, todo ello con la idea de fondo de cambiar la visión antropocéntrica que lo domina por una visión primordialmente biocéntrica, labor dentro de la cual cobraría especial relevancia la figura de la constitucionalización del Derecho privado.

Lo que se buscará en los próximos capítulos es: i) dilucidar si se debe concebir al Derecho de contratos como el constitucionalismo de la sociedad civil, es decir, como la Constitución no del Estado sino de la sociedad³⁷⁵; ii) determinar si la anterior posición coincide con el fenómeno de la constitucionalización del Derecho mercantil³⁷⁶ y si la incorporación al Derecho de contratos en Colombia de principios como el precaución y prevención se debe realizar bajo tal figura³⁷⁷; iii) o más bien trabajar en una visión sistémica de los principios, de manera que su aplicación no se vea supeditada a la aplicación normativa, pues con la apertura del Derecho a un número casi ilimitado de principios se aumentaría la complejidad y se perdería su capacidad de articulación sistémica³⁷⁸.

³⁷⁵ Cfr. AMSTUTZ, Marc, ABEGG, Andreas y KARAVAS, Vaios. Civil Society Constitutionalism: The Power of Contract Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, vol. 14, nro. 2, pp. 235-258.

³⁷⁶ Cfr. LARROUMET, Christian. *Constitucionalización del derecho mercantil*. CALDERÓN, Juan Jacobo. *Las cruzadas de la constitucionalización del derecho comercial: buscando a los infieles*. Y CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo (2010). *Contratos comerciales: presente y futuro*. Todos en: LARROUMET, Christian, *et al.* Memorias del II Congreso Internacional de Derecho Comercial. Bogotá: Universidad del Rosario/Legis/CAC/Universidad Sergio Arboleda/Universidad de la Sabana/CCB, 2010.

³⁷⁷ Cfr. ROJAS, Milton Andrés. Los principios bioéticos en los principios constitucionales. *Revista Opinión Jurídica*. 2006, vol. 5, nro. 9, pp. 63-76.

³⁷⁸ Cfr. SALAS SALAS, Nubia Cristina. El rol sistémico de los principios generales del derecho en el ordenamiento civil. Estudio de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Tesis para optar al título de Magíster en Derecho. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2013.

CAPÍTULO 2 ³⁷⁹.

PROTECCIÓN JURÍDICA DEL AMBIENTE EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL EN COLOMBIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AMBIENTAL

SUMARIO: 2.1. Introducción. 2.2. Concepto de protección jurídica del ambiente. 2.2.1. El ambiente como un concepto complejo. 2.2.2. El concepto en Colombia. 2.3. El principio de precaución ambiental. 2.3.1. Definición y aproximación histórica al principio de precaución ambiental. 2.3.2. Lugar del principio de precaución en el Derecho ambiental y frente a la protección jurídica del ambiente. 2.3.3. Aplicación práctica del principio de precaución en Derecho internacional, extranjero y colombiano. 2.3.4. El principio de precaución como escenario de colisión de discursos. 2.3.5. Los modelos curativo y preventivo como otros escenarios de colisión de discursos. 2.4. Contratación mercantil verde. 2.4.1. La aproximación histórica al concepto de contrato. 2.4.2. Aproximación a la historia del contrato en el *civil law*. 2.4.3. Aproximación a la historia del contrato en el *common law*. 2.4.4. Las implicaciones ecológicas de la noción de contrato. 2.5. La protección del ambiente a la luz de las teorías del Derecho de contratos. 2.5.1. Los intentos por sistematizar las teorías del Derecho de contratos. 2.5.2. El abordaje por escuelas de pensamiento en teoría jurídica. 2.5.3. La opción por la teoría del Derecho reflexivo. 2.6. La inadecuada protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil en Colombia a la luz del principio de precaución. 2.6.1. La situación en el Derecho francés. 2.6.2. La contratación entre comerciantes en Colombia a la luz del principio de precaución ambiental. 2.6.3. Los elementos más relevantes en el Derecho colombiano de contratos desde el punto de vista teórico. 2.7. El desafío constitucional en Colombia - Planteamiento del asunto. 2.7.1. El Derecho comercial y el Derecho ambiental en sentido estricto como órdenes legales parciales y la insuficiencia de tal modelo. 2.7.2. La constitucionalización del Derecho privado. 2.8. Conclusiones del capítulo.

³⁷⁹ Varias de las ideas expuestas en este capítulo ya fueron previamente dadas a conocer en los artículos WILCHES DURÁN, Rafael E. Principio ambiental de precaución y contratación mercantil en derecho colombiano. Planteamiento del problema. *Revista Universitas*. 2011, vol. 60, nro. 123, pp. 283-314; WILCHES DURÁN, Rafael E. La protección del ambiente en el contrato a la luz de las teorías del derecho de contratos. Estudio a partir del derecho comercial colombiano. *Revista Opinión Jurídica*. 2014, vol. 13, nro. 25, pp. 87-104; y WILCHES DURÁN, Rafael E. Protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil. Estudio práctico del caso colombiano. *Revista de Derecho*. 2015, nro. 43, pp. 237-268; así como en el capítulo de libro WILCHES DURÁN, Rafael E. *Derecho comercial y derecho ambiental: diferentes aproximaciones epistemológicas*. En: ALJURE, Antonio, et al., (Coords. Académicos). Estudios de derecho privado: Liber Amicorum en homenaje a Hernando Tapias Rocha. Bogotá: Universidad del Rosario, 2013, pp. 405-457.

2.1. INTRODUCCIÓN

Teniendo claro el marco teórico dentro del cual se mueve el presente trabajo, expuesto en el capítulo primero, el objetivo de este segundo capítulo es exponer en concreto por qué la protección jurídica del ambiente en Derecho comercial es un asunto problemático en Colombia, para lo cual decidí estudiar específicamente tal protección en la contratación mercantil a la luz del principio de precaución ambiental. Con base en ello, este segundo capítulo se centra en la estructuración de un marco conceptual suficiente para el estudio de tal problema.

Así, en un primer momento, se aborda el concepto de protección jurídica del ambiente en Colombia (2.2). Tal concepto implica considerar previamente el estudio de qué se ha entendido y qué se entiende hoy en día por ambiente. Ello se traduce en determinar si ese concepto coincide o no con otros, como los de naturaleza, biosfera, ecosistema, la Tierra, o la ecosfera. Se parte de la base de que el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente de Colombia (Decreto 2811 de 1974) no define claramente el ambiente ni qué se entiende por protección del mismo. Lo mismo puede predicarse de los artículos 79 y 80 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y de la Ley 99 de 1993, principales normas en Colombia en materia de Derecho ambiental.

Aunque algunos traten de buscar claridad en el tema acudiendo a la definición de ambiente que ofrece el artículo 2º de la Ley 23 de 1973, en el sentido de que el (medio) ambiente está constituido por la atmósfera y los recursos naturales renovables³⁸⁰, es claro que los conceptos de ambiente y protección del mismo no son unívocos³⁸¹, ni siquiera dentro de la jurisprudencia de una misma institución como es la Corte Constitucional colombiana³⁸². El asunto pasa, necesariamente, por el concepto de usos del lenguaje como forma de descripción y construcción de la realidad³⁸³.

³⁸⁰ Cfr. GONZÁLEZ VILLA, Julio Enrique. Op. cit., pp. 125-131.

³⁸¹ Cfr. SÁNCHEZ SUPELANO, Luis Fernando. El derecho al ambiente sano: esquemas de reconocimiento constitucional y mecanismos judiciales de protección en el derecho comparado. Tesis para optar al título de Magíster en Derecho. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2012.

³⁸² Cfr. ARENAS F., Javier Francisco. Falacias constitucionales: un análisis ambiental de las decisiones de la Corte Constitucional respecto a las fumigaciones de cultivos de uso ilícito. Tesis para optar al título de Magíster en Medio Ambiente y Desarrollo. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2011. También BELLMONT, Yary Saily. El concepto de justicia ambiental: reflexiones en torno a la jurisprudencia constitucional colombiana del siglo XXI. Tesis para optar al título de Magíster en Medio Ambiente y Desarrollo. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2012.

³⁸³ Cfr. DE SAUSSURE, Ferdinand. Curso de lingüística general. México: Fontamara, 1998. VOLOSHINOV, Valentin Nikolaievich. El marxismo y la filosofía del lenguaje: los principales problemas del método sociológico en la ciencia del lenguaje. Madrid: Alianza, 1992.

Así, para precisar qué se entiende por protección del ambiente en este trabajo, lo primero que se debe mencionar es que la idea de crisis ecológica³⁸⁴ está relacionada, principalmente, con la existencia de unas perspectivas económicas, basadas en la escasez de los recursos³⁸⁵, y otras no económicas, que apuntan a una aproximación primordialmente ética³⁸⁶, respecto de las cuales existen en el trasfondo argumentos científicos y políticos³⁸⁷. En últimas, lo que hay que resaltar es que el concepto de ambiente no es pacífico, pues alrededor del mismo están presentes las tensiones de la vida del hombre en sociedad.

De esta manera, frente a la discusión de si se debe hablar del ambiente, la naturaleza, la biosfera, el ecosistema, la Tierra, o la ecosfera, es posible plantear que el concepto de ambiente tendría un matiz claramente antropocéntrico, por oposición al cariz más biocéntrico del término biosfera³⁸⁸. Sin embargo, que se adopte el concepto de ambiente para efectos de este trabajo, no implica que aquí se acoja una visión antropocéntrica del problema ambiental, pues tal adopción no obedece a razones de orden filosófico o ideológico, sino a tener en cuenta cuál es el término que tradicionalmente se ha utilizado en el ordenamiento jurídico colombiano para referirse al asunto.

En efecto, para salir de esa dicotomía entre aproximaciones antropocéntricas y biocéntricas del problema ambiental parece conveniente entender al ambiente no como sujeto ni como objeto sino como un proyecto, siguiendo para esto la propuesta de François Ost³⁸⁹. Igualmente, parece acertado que el tema ambiental sea entendido como un asunto complejo, de la manera que lo hace en Colombia Julio Carrizosa Umaña.

Con base en lo anterior, en el siguiente apartado de este capítulo se estudia el principio de precaución ambiental (2.3). En relación con este principio, lo primero que se hace es acudir a las diferentes definiciones que existen del mismo, así como a su origen histórico,

³⁸⁴ “(...) *Esta crisis es a la vez crisis del vínculo y crisis del límite: una crisis del modelo de naturaleza, sin duda. Crisis del vínculo, porque ya no vemos qué es lo que nos une a los animales, a los seres vivos, a la naturaleza; crisis del límite, porque ya no vemos qué nos distingue de ellos*” (OST, François. *Naturaleza y derecho: para un debate ecológico en profundidad*. Op. cit., p. 10).

³⁸⁵ Cfr. COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. *Journal of Law and Economics*. 1960, vol. 3, pp. 1-44. También HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. *Science*. 1968, vol. 162, pp. 1243-1248.

³⁸⁶ Cfr. SAGOFF, Mark. *Economic Theory And Environmental Law*. *Michigan Law Review*. 1981, vol. 79, pp. 1393-1419. También JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995. Y TAYLOR, Paul. Op. cit.

³⁸⁷ Cfr. REVESZ, Richard L. *Foundations of environmental law and policy*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1997.

³⁸⁸ Cfr. GRINEVALD, Jacques. Op. cit., pp. 9-51.

³⁸⁹ Cfr. OST, François. *Naturaleza y derecho: para un debate ecológico en profundidad*. Op. cit.

para dar cuenta en particular de cómo el principio de precaución en concreto surge dentro del contexto de un concepto como el de la sociedad de riesgo de Ulrich Beck, contexto que explicaría la ausencia de unanimidad en cuanto a la definición del mismo.

Después, se aborda el estudio de la ubicación del principio de precaución en el Derecho ambiental y, en general, en la protección jurídica del ambiente, encontrando que aunque algunos presenten el modelo anticipatorio, dentro del cual se inscribe el principio de precaución, como el paradigma del Derecho ambiental a futuro³⁹⁰, no puede ignorarse que el Derecho ambiental también está integrado por principios y normas inspirados en los paradigmas o modelos curativo y preventivo³⁹¹, advirtiéndose que el principio de precaución es un escenario donde se aprecian de manera clara las tensiones entre ciencia, tecnología, economía, Derecho y política³⁹², y que a través del principio de precaución se pueden defender o proteger los más variados intereses³⁹³, lo que hace que sea uno de los principios más controvertidos en Derecho ambiental³⁹⁴.

De esta manera, la principal conclusión parcial que se obtiene después del estudio del principio de precaución ambiental, así como de la relación entre el Derecho comercial y los modelos curativo y preventivo del Derecho ambiental, apunta a proponer el escenario de la colisión de discursos como el adecuado para estudiar la contratación mercantil frente a la protección jurídica ambiental, fundamentalmente porque en cada una de las mencionadas ramas del Derecho se encuentra un claro ejemplo de la existencia de tensiones entre discursos provenientes de diferentes sistemas. El objetivo, en últimas, consiste en abogar por que, desde el Derecho en general, se trabaje en hacer evidentes los distintos discursos involucrados al momento de intentar labores de compaginación, de manera que ello se traduzca en la autonomía del Derecho como sistema y de cada una de sus ramas como discursos.

En el siguiente apartado del capítulo se busca definir el concepto de contratación mercantil verde (2.4). Para ello, es necesario, inicialmente, definir el concepto de contratación mercantil y explicar por qué fue la institución escogida dentro del Derecho

³⁹⁰ Cfr. CAFFERATA, Néstor A. El principio precautorio. *Gaceta Ecológica*. 2004, nro. 73, p. 8.

³⁹¹ Cfr. DE SADELEER, Nicolas. *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*. Nueva York: Oxford University Press, 2008, pp. 369-370.

³⁹² Cfr. ESTEVE PARDO, José. Op. cit.. También OST, François. Derecho, tecnología, medio ambiente: un desafío para las grandes dicotomías de la racionalidad occidental. Op. cit., pp. 1-12.

³⁹³ Cfr. BRONNER, Gérald y GÉHIN, Étienne. *L'inquiétant principe de précaution*. París: Presses Universitaires de France, 2010.

³⁹⁴ “(...) *El principio de precaución es ciertamente el principio de Derecho ambiental menos apreciado, y todavía lo es hoy, diez años después de su constitucionalización por la Carta del ambiente*”. Traducción propia de NEYRET, Laurent. *L'influence du principe de précaution en droit privé*. En: MEKKI, Mustapha y NAIM-GESBERT, Éric. (Dir.) *Droit public et droit privé de l'environnement : unité dans la diversité?* Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 35.

mercantil para ser objeto de análisis. Posteriormente se exponen los orígenes de la idea de contratación verde, diferenciándola de la de contratación sostenible, y haciendo énfasis en que el concepto de contratación verde ha tenido, hasta la fecha, amplia recepción en contratación pública pero no en contratación entre comerciantes. Se concluye dicho apartado con la idea de que las aproximaciones hechas al tema desde los ámbitos del gobierno corporativo y de la responsabilidad social empresarial, si bien son muy valiosas, no parecen ajustadas, desde el discurso del Derecho, para garantizar una adecuada protección del ambiente.

Lo anterior sirve de base para estudiar si, desde el punto de vista teórico, existe algún referente en Derecho de contratos, no sólo en doctrina del *civil law* sino también del *common law*³⁹⁵, que haya abordado el tema de la protección jurídica del ambiente en teoría del Derecho de contratos (2.5). Una primera conclusión al respecto apunta a la dificultad que arroja la noción de contrato, pues es necesario tener en cuenta su contexto para cada cultura jurídica, lo cual es relevante, ya que no puede afirmarse que exista un concepto unívoco de contrato. Ello se ratifica cuando se estudia por qué en Derecho colombiano, debido a la noción de contrato acogida, con marcada influencia del racionalismo y del iusnaturalismo, no se concibe sino una única teoría general del contrato, por oposición al *common law*, en el que se habla de pluralidad de teorías de contratos.

Así, debido a que en la teoría general del contrato que domina el Derecho colombiano no se encuentra un referente claro a la protección del ambiente desde la contratación mercantil, en este trabajo se propuso superar esta dificultad con el estudio de las teorías en Derecho de contratos que se han esbozado en Derecho anglosajón, encontrando que los principales intentos por tratar de clasificar u organizar de manera sistemática las teorías existentes, agrupándolas bajo ciertos criterios diferenciadores, no siguen un criterio uniforme, por lo cual fue necesario acudir a estudiar los aportes que las diferentes escuelas de teoría jurídica han realizado al Derecho de contratos en el mundo anglosajón.

Esta labor permitió apreciar que ninguna de las teorías examinadas tiene como objeto central de estudio la protección del ambiente en la esfera contractual, lo cual hizo evidente la ausencia de elaboración teórica a la fecha en relación con la convicción personal de que los particulares también están obligados a proteger el ambiente.

En efecto, a primera vista pareciera que las teorías que más podrían servir como referente teórico para el objeto de estudio propuesto son la teoría relacional de los contratos y la

³⁹⁵ Se habla acá de “*civil law*” y no de “derecho civil”, pues las denominaciones no coinciden en su significado. No se habla de “derecho romano-germánico” ni de “derecho europeo-continental”, pues esas referencias históricas y geográficas parecen limitadas frente al significado que sí aportan los términos “*civil law*” y “*common law*” (Cfr. GARAPON, Antoine y PAPADOPOULOS, Ioannis. Juzgar en Estados Unidos y en Francia: cultura jurídica francesa y common law. Bogotá: Legis, 2010).

doctrina del solidarismo contractual francés, fundamentalmente porque, a diferencia de las demás teorías examinadas, propenden expresamente por la incorporación de elementos de la relación del hombre con su entorno dentro del Derecho de contratos y, en consecuencia, se presentan, en un primer momento, como favorables para la inclusión de la preocupación por la protección del ambiente dentro del discurso del Derecho de contratos. Sin embargo, tras un estudio más detallado, se encuentra que dicha doctrina y teoría parten desde el discurso del Derecho de contratos, cuando lo que se necesita en este trabajo es una teoría de segundo nivel, como son la teoría de sistemas de Luhmann y la teoría del Derecho reflexivo de Teubner, que permiten entender al Derecho ambiental en sentido estricto y al Derecho comercial como dos discursos diferentes dentro del sistema del Derecho, sin ninguna pretensión de prevalencia de uno sobre otro.

Todo ese desarrollo de conceptos permite justificar, en el siguiente apartado de este capítulo (2.6), por qué se encuentra una inadecuada protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil en Colombia a la luz del principio de precaución ambiental. De hecho, se expone allí que la situación actual de la contratación verde entre comerciantes en Colombia es precaria, fundamentalmente porque los esfuerzos que ha habido al respecto son aislados y porque todavía falta mucha profundización de la figura en la contratación mercantil. Así, se plantea que el Derecho colombiano de contratos aún no se ha apropiado del concepto de contratación verde para incluirlo en su discurso, pues los esfuerzos sobre el tema han venido principalmente desde la administración de empresas o desde la responsabilidad social empresarial, lo cual sería una de las posibles razones para que la contratación verde entre comerciantes en Colombia aún no haya tenido desarrollos importantes. Como cierre de ese apartado se plantea la necesidad de que el Derecho comercial incorpore la protección del ambiente dentro de su discurso, para complementar los esfuerzos realizados desde otros discursos, al mismo tiempo que defender su autonomía.

El apartado siguiente (2.7) está destinado a plantear cómo y por qué la concepción ecologista acogida en la Constitución Política de 1991 tiene particular incidencia para llegar a una propuesta de solución en el caso colombiano, pues determina en gran parte las acciones a seguir si se quiere lograr la protección jurídica del ambiente desde el Derecho comercial, sin poner en riesgo los valores más importantes de su discurso. Es precisamente este último apartado del capítulo segundo el que permite plantear la insuficiencia del modelo de órdenes legales parciales, con base en el cual se ha venido estudiando en este trabajo la relación entre Derecho comercial y Derecho ambiental en sentido estricto, para explicar las relaciones entre Derecho comercial y Derecho constitucional. De esta manera, a través de la aproximación al fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado, se abre la puerta para los principales elementos que son la base de la propuesta de solución al problema de investigación realizada en el capítulo tercero.

Se cierra este segundo capítulo (2.8) con las conclusiones del mismo, planteando que la herramienta más adecuada para abordar el estudio de la protección jurídica del ambiente dentro del Derecho comercial es la de desarrollo de una "dogmática de nuevo

estilo" ³⁹⁶ , siguiendo a Martínez García³⁹⁷, haciendo uso de la herramienta de colisión de discursos y de colisión de regímenes legales que ofrece la teoría del Derecho reflexivo de Gunther Teubner, con apoyo en los trabajos de Niklas Luhmann.

Así, se concluye que el caso colombiano de la contratación verde entre comerciantes pone en evidencia que el Derecho comercial no puede ignorar las invitaciones que formula el Derecho ambiental, por lo cual se aboga aquí por la incorporación en su discurso de los desafíos planteados por esa rama del Derecho, sin perder su autonomía como tal, es decir, como discurso.

³⁹⁶ Concepto expuesto por Luhmann, afirmando que sería necesario combinar, para la toma de decisiones, obligación del sistema jurídico, tres salidas: i) las decisiones programadas detalladamente, hasta el nivel de computadora, por vía legislativa (programación legislativa reforzada); ii) el orden transitivo de todos los valores relevantes (transitividad limitada); y iii) el proceder de manera oportunista, es decir, la toma de decisiones basándose en los criterios indeterminados y mudables en cada caso y sólo para cada caso (oportunismo limitado). (Cfr. LUHMANN, Niklas. Sistema jurídico y dogmática jurídica. Op. cit., p. 67).

³⁹⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. *Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann*. En: PÉREZ ALONSO, Esteban, *et al.* (Eds.). Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

2.2. CONCEPTO DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL AMBIENTE

Teniendo clara la hoja de ruta de este segundo capítulo y la necesidad de estructurar un marco conceptual que permita abordar el estudio del problema de investigación, el primer concepto a estudiar es el de protección jurídica del ambiente. Para ello, el mismo es estudiado tanto desde el punto de vista meramente teórico como a la luz del ordenamiento jurídico colombiano.

2.2.1. El ambiente como un concepto complejo

Por protección jurídica del ambiente se entiende en este trabajo el cuidado que el Derecho dispensa al ambiente. Si bien los tres elementos de cuidado, Derecho y ambiente, contenidos en la definición previamente expuesta, admiten distintas discusiones en cuanto a lo que cada uno de dichos conceptos implica, es claro que el concepto más problemático es el de "ambiente".

En efecto, el concepto de ambiente no es para nada pacífico, pues alrededor del mismo están presentes las tensiones de la vida del hombre en sociedad, destacándose como tensión más importante históricamente, la que ha existido entre antropocentrismo y biocentrismo³⁹⁸.

Como ya se mencionó en el primer capítulo, antropocentrismo y biocentrismo no se presentan como dos corrientes de pensamiento claramente diferenciables y delimitadas sino que cada una de ellas tiene, a su vez, sus propias versiones. Sin embargo, a pesar de tales particularidades sí se puede realizar una abstracción y afirmar que las corrientes ubicadas dentro del antropocentrismo suelen concebir al ambiente como un medio, un objeto, a través del cual se logran los fines del hombre, mientras que en las corrientes biocéntricas se llega a considerar a la naturaleza como sujeto de derecho, dando para hablar de la naturaleza-objeto y la naturaleza-sujeto³⁹⁹.

Debido a lo anterior, se comparte en este trabajo la visión de Julio Carrizosa Umaña del ambiente y del ambientalismo como un asunto complejo, pues los problemas que de ahí derivan deben ser afrontados con *"(...) una visión no reduccionista y no simplificante, explícita y consciente, en la que se acepta que vivimos en un mundo pleno de variables e interrelaciones, que nuestra visión no es nada diferente a una percepción subjetiva, y que lo que llamamos causa es efecto de algo más que a su vez está interrelacionado con*

³⁹⁸ Cfr. OST, François. Naturaleza y derecho: para un debate ecológico en profundidad. Op. cit. También JARIA I MANZANO, Jordi. La cuestión ambiental y la transformación de lo público. Op. cit.

³⁹⁹ Cfr. OST, François. Naturaleza y derecho: para un debate ecológico en profundidad. Op. cit.

otras variables (...) de manera que la visión ambiental compleja se da con intensidades y agudezas diferentes en cada individuo y en cada cultura"⁴⁰⁰.

En particular, es base de este trabajo la idea de que esa visión compleja puede ser traducida al mundo del Derecho bajo la concepción de Ost de entender al ambiente o naturaleza no como un objeto ni como un sujeto sino como un proyecto⁴⁰¹, pues aquí se entiende al Derecho como un discurso⁴⁰², como un producto cultural⁴⁰³, donde la discusión sobre si el Derecho se construye sobre la base del consenso o del disenso⁴⁰⁴ se puede dejar para un momento posterior, pues lo importante es entenderlo como un proceso a la luz del conocimiento científico⁴⁰⁵, de manera que concebir al ambiente como un proyecto encaja con esa visión del Derecho.

Igualmente, también parece pertinente reiterar que, en cuanto a teorías de los derechos ambientales se refiere, y siguiendo un esquema simple que identifica cuatro escuelas prominentes de pensamiento y análisis ambiental, a saber, el preservacionismo, el conservacionismo, la economía medioambiental y la justicia medioambiental⁴⁰⁶, en este trabajo se adopta primordialmente una perspectiva preservacionista, sin perder de vista los aportes de las demás teorías, haciendo una opción por no acoger una visión antropocéntrica fuerte del problema ambiental, sino inclinándose por una visión primordialmente biocéntrica del ambiente, que entiende que no sólo los humanos son sujetos de protección en cuanto a materia ambiental se refiere⁴⁰⁷.

Ahora, partiendo de la base de que aquí se entiende al ambiente como un concepto complejo, a la luz de lo expuesto por Carrizosa Umaña, y para ser consecuentes con el marco teórico propuesto, la mejor manera de abordarlo jurídicamente es a través de la concepción del Derecho como un sistema autopoietico.

⁴⁰⁰ CARRIZOSA UMAÑA, Julio. *¿Qué es ambientalismo? La visión ambiental compleja*. Bogotá: IDEA/CEREC/PNUMA, 2000, p. 26.

⁴⁰¹ Cfr. OST, François. *Naturaleza y derecho: para un debate ecológico en profundidad*. Op. cit.

⁴⁰² Cfr. HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo. Op. cit.

⁴⁰³ Cfr. OST, François. *Naturaleza y derecho: para un debate ecológico en profundidad*. Op. cit. pp. 174-178.

⁴⁰⁴ Cfr. SANÍN, Ricardo. Op. cit. SUNSTEIN, Cass R. *Why societies need dissent*. Op. cit.

⁴⁰⁵ Cfr. GIL ANTÓN, Manuel. Op. cit.

⁴⁰⁶ Cfr. CRAWFORD, Colin. *La promesa y el peligro del derecho medioambiental: los retos, los objetivos en conflicto y la búsqueda de soluciones*. Op. cit. pp. 23-98

⁴⁰⁷ Cfr. MESA CUADROS, Gregorio. *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el "Estado ambiental de derecho"*. Op. cit., pp. 242-244.

En efecto, la teoría de sistemas de Luhmann, base del concepto de Derecho como sistema autopoiético, aparece como una de las posibilidades de construcción de comunicaciones con ocasión de una situación de alta complejidad, de manera que los nuevos derechos, como se podría catalogar a los derechos que defiende el Derecho ambiental, exigen nuevas formas de observación y organización de las expresiones sociales. Debido a que las cuestiones ecológicas presentan grandes contradicciones con la estructura dogmática del Derecho tradicional, basado en una dogmática antropocentrista, eminentemente individualista y normativista, es necesario establecer formas adecuadas de comunicación entre el Derecho ambiental y esa estructura dogmática tradicional⁴⁰⁸.

La clave para un buen entendimiento del problema ambiental está, precisamente, en no incurrir en la forma de pensamiento que reduce todos los problemas a un problema ecológico y que, por tanto, se convierte en incapaz de entender las otras dimensiones de la existencia, de la vida, y de la sociedad. Parafraseando a Koppe y Calgato, la máquina humana, soñadora, admirable y compleja, necesita encontrar sincronía con la máquina natural, también compleja, por lo que se hace preciso un pensamiento reflexivo del ser humano sobre sí mismo, sus acciones y sus actitudes, si quiere lograr un desarrollo sostenible y evitar desastres irreversibles⁴⁰⁹.

El asunto merece una especial consideración desde la economía, pues si el Derecho ofrece procedimientos que legitiman la defensa de expectativas normativas, que complementan y refuerzan las posibilidades de cierta atmósfera de confianza en el mercado, básicamente con fundamento en el respeto de las obligaciones contractuales, el papel del Derecho también es asegurar una cierta previsibilidad para los actores económicos en la toma de decisiones, de manera que es necesario buscar formas más sofisticadas de observar el Derecho y la sociedad, para lograr una adecuada protección de los intereses de ambiente, contratos y economía⁴¹⁰.

Resulta muy interesante la exposición que realiza Liz Beatriz Saas sobre cómo el Derecho moderno implicó una ruptura entre los conceptos de *physis* y *nomos* que regían la relación del hombre con la naturaleza en la antigua Grecia, de manera que la modernidad dotó al ambiente de un carácter meramente instrumental para satisfacer las necesidades del hombre, surgiendo un derecho individualista y centrado en la propiedad privada de los

⁴⁰⁸ Cfr. ROCHA, Leonel Severo y DE CARVALHO, Delton Winter. *Policontextualidade Jurídica e Estado Ambiental*. En: ROCHA, Leonel Severo y DUARTE, Francisco Carlos (Coords.). *Direito Ambiental e Autopoiese*. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 25-45.

⁴⁰⁹ Cfr. PEREIRA, Agostinho Oli Koppe y CALGATO, Cleide. *A Teoria do Desenvolvimento Sustentável e a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos*. En: ROCHA, Leonel Severo y DUARTE, Francisco Carlos (Coords.). *Direito Ambiental e Autopoiese*. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 47-71.

⁴¹⁰ Cfr. FLORES, Luis Gustavo Gomes. *Decisão Jurídica e Sistema Econômico na Perspectiva de uma Reflexão Ecológica*. En: ROCHA, Leonel Severo y DUARTE, Francisco Carlos (Coords.). *Direito Ambiental e Autopoiese*. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 107-142.

recursos naturales. Esa perspectiva también ha terminado afectando al Derecho ambiental, que está montado sobre un esquema exclusivamente regulatorio y desvinculado de un verdadero contenido ético y colectivo en cuanto a protección del ambiente se refiere, pues sigue entendiendo el vínculo hombre-naturaleza bajo una regulación dominadora, excluyente y utilitarista. Es la tarea del Derecho salir de ese esquema, para adoptar una relación del hombre con la naturaleza en que se consagre una relación ética de contenido solidario y se sobrepase el imaginario de una naturaleza apartada de la vida humana⁴¹¹.

Así, la ventaja de abordar el problema con la perspectiva del Derecho como sistema autopoietico, radica en que la decisión jurídica está obligada a seguir siendo jurídica, pues allí las aperturas al diálogo con otros discursos siempre están guiadas no por el casuismo sino por una visión funcional que permite que no se pierdan la coherencia y la unidad sistemáticas en la aplicación del Derecho⁴¹².

Lo que queda por dilucidar es cómo se logrará esto en la realidad, sobre todo en sociedades como las latinoamericanas, en las que primarían otros códigos distintos a los de los sistemas autopoieticos, lo que se ha denominado alopoiesis, concepto ya mencionado previamente, así como también se discute si desde el punto de vista de Derecho constitucional es mejor una posición garantista como la expuesta por Ferrajoli o una estrictamente neoconstitucional, como la de Dworkin, Habermas o Alexy⁴¹³, asunto sobre el cual es posible adelantar que, para efectos de este trabajo, es innecesario entrar en esa discusión, pues la solución aquí propuesta encuentra fundamento en el planteamiento de los fragmentos constitucionales de Gunther Teubner, como será expuesto en el capítulo tercero.

2.2.2. El concepto en Colombia

Ahora, frente al caso colombiano, es posible acudir a lo expuesto por Claudia Rojas Quiñónez, quien sostiene que: "(...) *En términos generales, los límites a la libertad de empresa pueden tener su origen en la protección de intereses muy diversos. (...) Para el*

⁴¹¹ Cfr. SAAS, Liz Beatriz. *O (Des)Encontro entre o Homem e a Natureza no Discurso Jurídico Dogmático: a Necessidade de uma Ecocidadania para a Construção de uma Perspectiva Ecológica no Direito*. En: ROCHA, Leonel Severo y DUARTE, Francisco Carlos (Coords.). *Direito Ambiental e Autopoiese*. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 171-191.

⁴¹² Cfr. ROCHA, Leonel Severo y SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Perícias Técnicas, Decisões Jurídicas e Gestão em Sistemas Setoriais no Contexto dos Novos Direitos*. En: ROCHA, Leonel Severo y DUARTE, Francisco Carlos (Coords.). *Direito Ambiental e Autopoiese*. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 193-216.

⁴¹³ Cfr. DUARTE, Francisco Carlos; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart y BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. *A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann com Vistas ao Fortalecimento do Direito do Meio Ambiente: uma Proposta ao Fechamento Operacional e à Abertura Cognitiva da Decisão Judicial*. En: ROCHA, Leonel Severo y DUARTE, Francisco Carlos (Coords.). *Direito Ambiental e Autopoiese*. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 239-274.

presente estudio se ha escogido la protección ambiental como punto de referencia para analizar las limitaciones de la libertad de empresa.

“Por lo dicho hasta ahora, podría afirmarse que en relación con el conflicto entre la libertad de empresa y medio ambiente constituye límites a dicha libertad el conjunto de actuaciones de protección ambiental que recortan alguna de las facultades apuntadas arriba. Frente a esto surge naturalmente la pregunta cuál es la noción de medio ambiente.

“Teniendo en cuenta que ni la misma doctrina se pone de acuerdo sobre el concepto de medio ambiente, lo más práctico aquí es encontrar su concepto a partir del contenido constitucional que respalde un conjunto homogéneo de intervenciones limitadoras de la libertad de empresa a efectos de su estudio”⁴¹⁴.

Con base en lo anterior, hay que acudir a los artículos 79 y 80⁴¹⁵ de la Constitución Política, “corazón del orden constitucional en materia ambiental”, de los cuales se puede extraer que el concepto de medio ambiente que utiliza la Constitución tiene carácter restrictivo, pues se circunscribe al medio ambiente natural, ya que se distingue de la conservación del patrimonio histórico, cultural, artístico y arqueológico, y del espacio urbano. Así, el concepto constitucional de medio ambiente tiene una interpretación finalista, pues los artículos 79 y 80 constitucionalizan la protección ambiental como principio objetivo que debe guiar la actuación de los poderes públicos y vuelven horizontal tal protección al introducir la lógica ambiental en una gran diversidad de políticas, dentro de las cuales está la económica, con lo cual se justifica la limitación de la libertad de empresa por razones ambientales⁴¹⁶.

⁴¹⁴ ROJAS QUIÑÓNEZ, Claudia. Limitaciones ambientales a la libertad de empresa en el derecho colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 73-74.

⁴¹⁵ *“ARTICULO 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.*

“Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”.

“ARTICULO 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

“Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

“Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas”. [COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política. (20, julio, 1991). En: Gaceta Constitucional No. 116. Consultada el 10 de mayo de 2017 y disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html]

⁴¹⁶ Cfr. ROJAS QUIÑÓNEZ, Claudia. Op. cit., pp. 74-75.

Si bien la Corte Constitucional ha llegado a considerar que el derecho al medio ambiente es por conexidad un derecho fundamental, y ello se considera como la representación de *“la nota más alta del antropocentrismo, que en gran parte ha sido el origen del actual deterioro ambiental”*, hay que reconocer que *“el Derecho comercial regula una parte fundamental de la actividad empresarial, pero no todos los ámbitos de ésta”*, así como que *“la constitucionalización de la libertad de empresa y aquella de la protección ambiental responden a bases ideológicas y filosóficas muy distintas. Por una parte, la libertad de empresa hunde sus raíces en el liberalismo, garantizando la libertad individual y limitando el poder. Entre tanto, la protección ambiental se ancla en el ecologismo y en el constitucionalismo de tradición social, ligado a la persecución de fines de justicia material”*⁴¹⁷.

Esta diferencia de aproximaciones ha sido resuelta por la Corte Constitucional, por lo menos a la fecha, con un concepto de medio ambiente bastante complejo y especialmente abierto, que para efectos jurídicos dificulta su aplicación, en sentencias con una *“tendencia de la Corte a dar prioridad a la protección ambiental, como parte del interés general sobre los intereses particulares que representan la libertad de empresa”*. Esta tendencia se ve claramente originada no en una disposición jurídica sino derivada de decisiones jurisprudenciales, por lo cual se aboga por definir de manera unívoca a la protección ambiental como límite de la libertad de empresa, para evitar la inseguridad jurídica⁴¹⁸.

Así, es necesario dejar claro que en Colombia *“(…) el concepto ‘ambiente’ rebasa la noción del derecho subjetivo al ambiente sano. Por lo mismo, se consolida como un derecho –tanto colectivo como individual- de carácter fundamental; lo que destaca su importancia dentro del ordenamiento jurídico y debería llevar a importantes consecuencias en lo que a su protección se refiere –sobre todo si entra en colisión con otros bienes jurídicos que no tengan la misma jerarquía-”*⁴¹⁹.

De esta manera, lo que debe quedar claro tras estudiar la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, que no es más que otro actor dentro del ordenamiento jurídico colombiano, pero que tiene la importante labor de zanjar las discusiones que se

⁴¹⁷ *Ibíd.*, pp. 89, 43 y 157, respectivamente.

⁴¹⁸ *Cfr. Ibíd.*, pp. 165-170.

⁴¹⁹ ARENAS FERRO, Javier Francisco. *Aproximación a las definiciones simbólicas ambientales de la Corte Constitucional colombiana*. En: MESA CUADROS, Gregorio (Ed.) *Elementos para una teoría de la justicia ambiental y el Estado ambiental de derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – UNIJUS, 2011, p. 322. Allí agrega el autor que. *“(…) Lo anterior, a pesar de que la misma Corte indica que en su jurisprudencia la calidad del derecho como fundamental no ha sido unívoca; asunto que destaca lo controvertido del signo. Empero, dado que en la mayoría de las providencias estudiadas reconoce lo inseparable de estas relaciones para la consolidación de los demás derechos, difícil sería suponer lo contrario”*. Este asunto del derecho al ambiente sano como un derecho fundamental es abordado con detalle en el tercer capítulo de este trabajo.

presentan alrededor de los conceptos que motivan los conflictos entre operadores jurídicos, es que la Corte Constitucional, con su poder de definición, entiende al ambiente de una manera compleja y multifacética, pues: ha dado al concepto un contenido variado a lo largo del tiempo; ha reconocido la 'bicondicionalidad' entre los seres humanos y lo que los rodea, lo que ha permitido plantear en sus sentencias las diversas relaciones entre el hombre y los ecosistemas, tanto para apelar a la conservación ecosistémica o ecológica así como evidenciar la dependencia humana de su entorno; se ha entendido al ambiente como un principio rector dentro del sistema jurídico y, por ende, de sus decisiones; igualmente, se le ha entendido, además de principio, tanto como derecho como deber; se ha unido el concepto de ambiente al de desarrollo sostenible, imponiendo una lógica de contención, acorde con la racionalidad ambiental, destacándose allí el principio de precaución como importante regla hermenéutica en materia ambiental; y ha empleado tres niveles normativos diferentes (normas internacionales, disposiciones constitucionales y normas nacionales infraconstitucionales) para consolidar el significado del concepto ambiente, en un entramado complejo, que refleja que se trata de un concepto superior al de derecho fundamental⁴²⁰.

Así, se afirma⁴²¹ que la Corte Constitucional colombiana plantea en la mayoría de sus sentencias decisiones "estrictamente ambientales" pero no suele producir decisiones "efectivamente ambientales", pues no emplea elementos que permitan superar la barrera de la disciplinabilidad, es decir, no materializa sus decisiones a través de estudios de impacto ambiental, por ejemplo, sino que suele quedarse en el ámbito de la mera retórica, de manera que las mismas no implican cambios materiales que protejan el entorno, criticándose, entonces, tales decisiones, por no superar la autorreferencialidad del Derecho. Como se ha venido exponiendo desde el capítulo primero, y se continuará haciéndolo a lo largo de este trabajo, precisamente la solución a tal falta de concreción del Derecho en la protección del ambiente, estaría en acentuar la autorreferencialidad del Derecho a través de la teoría del Derecho reflexivo, pues se entiende acá que la profundización y consolidación del discurso del Derecho con base en los elementos de su entorno, es la vía adecuada para no desnaturalizar el discurso del Derecho en búsqueda de respuestas jurídicas adecuadas para la protección del ambiente. El énfasis que se realiza en este trabajo es que tal labor no le corresponde, en cuanto a Derecho comercial se refiere, a la Corte Constitucional, sino a la Corte Suprema de Justicia, el Legislativo y el Ejecutivo.

En efecto, debido a la complejidad y diversas facetas que implica el concepto de ambiente, la protección del mismo puede llevar a decisiones totalmente contradictorias dentro del mismo tribunal. La Corte Constitucional ha entendido al ambiente como algo que rebasa el derecho al ambiente sano, para ser un principio rector del sistema jurídico, pero también ha establecido la protección ambiental como un deber del Estado y de los

⁴²⁰ Cfr. *Ibíd.*, pp. 272-273 y 321-325.

⁴²¹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 321-325.

particulares, lo que se presta para darle distintos usos, dependiendo de los intereses que existan, al concepto de ambiente. Así, por ejemplo, se menciona cómo, si el ambiente ha sido reconocido por la Corte Constitucional como un principio rector que, en consecuencia, debería servir como guía para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, en el caso de la sentencia C-339 de 2002 se igualó la jerarquía normativa de las normas ambientales y las mineras, mientras que en el caso de la sentencia C-443 de 2009 simplemente se obvió el ambiente como principio rector, como lo pedía el caso, pues se trataba de la declaración de zonas excluíbles de la minería, para concentrarse en resolver el asunto con fundamento en disposiciones procesales⁴²².

Igualmente, para efectos de protección del ambiente, existen en Colombia distintos mecanismos de protección como son el control constitucional, la acción de nulidad, la acción de tutela ambiental, las acciones populares ambientales, las acciones contencioso administrativas, las acciones penales ambientales y las acciones civiles, en las que debe entenderse que el ambiente no es parte del patrimonio de individuos particulares sino que el Estado debe garantizar la protección del ambiente como un bien colectivo⁴²³.

Entonces, la discusión está en si efectivamente debe entenderse que *"(...) tanto para la resolución de conflictos ambientales en sede judicial como para la protección efectiva de los derechos ambientales, los jueces deben estar preparados para impartir justicia como equidad en términos distributivos, pero también justicia en relación con el mejoramiento y no empeoramiento de las condiciones ambientales, considerando que el ambiente es un bien que reporta beneficios para una colectividad, y que de acuerdo con el profesor Martínez-Alier en términos económicos es inconmensurable, dado que no puede ser equiparado ni compensado cuantitativamente con otros bienes cuya valoración económica es posible; teniendo como premisa principal que el sistema natural, no resiste más decisiones basadas en perspectivas antropocéntricas y económicas, y que las transformaciones consecuencia de dichas decisiones, no solo afectan a él como sistema vivo, sino que afectan directa e irreversiblemente a la especie humana"*⁴²⁴.

De hecho, una posición bastante opuesta parece ser la acogida cuando se plantea por uno de los académicos más respetados en el mundo en materia de Derecho constitucional y Derecho ambiental en sentido estricto, que ya parece existir una victoria, por lo menos en los Estados Unidos de América, así el argumento no esté destinado en estricto sentido a los jueces sino a los gobiernos, de quienes abogan por el análisis costo-beneficio, con un fundamento netamente utilitarista y hasta económico, como forma de abordar los problemas a los cuales se ven enfrentados los seres humanos y las sociedades,

⁴²² Cfr. ARENAS F., Javier Francisco. Falacias constitucionales: un análisis ambiental de las decisiones de la Corte Constitucional respecto a las fumigaciones de cultivos de uso ilícito. Op. cit., pp. 70-73.

⁴²³ Cfr. BELLMONT, Yary Saily. *El concepto de justicia ambiental*. Op. cit., pp. 74-77.

⁴²⁴ *Ibíd.* p. 76.

incluyendo ahí el tema ambiental, poniéndole valor a las vidas humanas, las playas, los parques, los lobos y las focas, ante lo cual se argumenta que "(...) Podría parecer que el análisis costo-beneficio trata las vidas humanas con ligereza, simplemente porque pone un valor monetario a los riesgos estadísticos. Pero a cualquier gobierno se le exige que adjudique algún valor no infinito a los riesgos estadísticos. Para el gobierno es mejor tener en claro lo que hace y por qué lo hace. Si los montos son demasiado bajos, entonces el gobierno está por cierto tratando las vidas con ligereza, y los montos deberían incrementarse"⁴²⁵.

En efecto, en un tono tal vez más equilibrado, vale la pena acudir a lo expuesto por Amartya Sen cuando habla de la justicia en materia ambiental, y expone que: "(...) el ambiente es no sólo un asunto de preservación pasiva sino uno de búsqueda activa. Aunque muchas actividades humanas que acompañan el proceso del desarrollo pueden tener consecuencias destructivas, también hace parte del poder humano realzar y mejorar el ambiente en el que vivimos. Al momento de pensar en los pasos que deben darse para detener la destrucción ambiental, debe incluirse la intervención humana constructiva"⁴²⁶.

Es decir, lo que aquí prende resaltarse es el hecho de que, debido a la complejidad del concepto de ambiente, la protección del mismo es un asunto igualmente complejo y variopinto, no sólo en Colombia sino a nivel mundial. Para ilustrar el asunto y cerrar este apartado sobre el concepto de ambiente en Colombia, vale la pena citar lo expuesto por el exmagistrado Juan Carlos Henao Pérez en relación con el concepto de derecho al ambiente sano en Colombia que, como ya se mencionó, es mucho más reducido que el concepto de ambiente. En efecto, entender las dificultades que implica el derecho al ambiente sano en Colombia permite hacerse una idea de la dificultad del concepto más amplio de ambiente.

Así, si bien la naturaleza de tal derecho es abordada en el capítulo tercero de este trabajo, para cerrar este apartado y continuar con el siguiente, en el cual es abordado el estudio del principio de precaución, vale la pena tener presente desde ya que: "(...) En conclusión, dos principios ambientales deben regir el análisis del derecho al ambiente sano. El primero, la solidaridad, es el fundamento de los derechos colectivos y tiene una dimensión intra e intergeneracional, estrechamente ligada a una noción de justicia. El segundo, de la humildad, parte de la comprensión de que somos los seres humanos los dependientes de nuestro entorno y no al revés. Así, nuestra relación con la naturaleza debe partir de comprender que sin un ambiente sano no podemos llegar a tener, o mantener, una vida digna. De lo contrario, no seremos otra cosa que parte de ese cementerio formado por las culturas desaparecidas que hoy enriquecen los museos.

⁴²⁵ SUNSTEIN, Cass R. Riesgo y razón: seguridad, ley y medioambiente. Op. cit., p. 389.

⁴²⁶ Traducción propia de SEN, Amartya. Op. cit., p. 249.

“El ambiente sano es un derecho que tiene como una de sus características el ser dual, pues es tanto derecho colectivo como derecho constitucional fundamental. Para determinar su objeto, debe acudirse a la doctrina, ya que en este momento no existe una norma legal que defina claramente lo que ha de entenderse por daño ambiental. Así, partiendo de De Cupis, consideramos que al proteger el derecho lo que el daño vulnera, el objeto del ambiente sano es, en sentido estricto, la salvaguardia de todo aquello que el daño ambiental puro y el daño ambiental consecutivo directo transgredan, mientras que en sentido lato incluye lo que el daño ambiental consecutivo indirecto conculque.

“Finalmente, el ordenamiento jurídico colombiano es pródigo en acciones que sirven para proteger el derecho al ambiente sano. En esta oportunidad, solo mencionamos dos —la acción de tutela y la acción popular—, ya que estas nos permiten analizar cómo, a través de tres cuestionamientos (qué se protege, a quién se protege y cómo se protege), se puede determinar la medida judicial que habrá de utilizarse para desencadenar la defensa de este derecho ante los estrados judiciales”⁴²⁷.

⁴²⁷ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El derecho a un ambiente sano desde la perspectiva constitucional colombiana. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. 2010, año XVI, p. 599.

2.3. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AMBIENTAL

El siguiente concepto a abordar es el del principio de precaución ambiental, para lo cual, en el presente aparte se explica en qué consiste el mismo, para luego sí poder explicar por qué ha sido escogido en este trabajo como herramienta de estudio dentro del Derecho ambiental.

La principal conclusión que se obtendrá es que el principio de precaución es un escenario de colisión de discursos en lo que a protección jurídica del ambiente se refiere. En última instancia, lo que se pretende es demostrar que al interior del principio de precaución también se presenta una colisión de discursos, que refleja lo compleja que es la intención de compaginación perseguida en este trabajo.

Así, el estudio del principio de precaución, y una breve reflexión sobre los modelos curativo y preventivo del Derecho ambiental, como herramientas que ofrece el Derecho ambiental para la protección del ambiente, demuestran que las instituciones propias del Derecho ambiental son, si bien no algo imposible, sí de muy difícil incorporación dentro del discurso de la contratación mercantil, con miras a lograr una adecuada protección jurídica del ambiente en cabeza de particulares. Ello permitirá ir resolviendo el problema de investigación propuesto.

Hay que advertir, desde ya, que los principios de prevención y precaución se encuentran ambos consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano, y coinciden en que buscan superar las limitaciones del modelo curativo y tratar de actuar antes de que los daños en materia ambiental se configuren, pero la precaución procede en casos de incertidumbre científica, por oposición a la prevención, que procede en casos de certidumbre científica, pues mientras la precaución obra frente al riesgo dudoso, la prevención lo hace frente al riesgo cierto⁴²⁸. Esto trae diferencias importantes, pues mientras el principio de prevención hace parte del modelo preventivo de protección del ambiente, el principio de precaución hace parte del modelo anticipatorio, de acuerdo con la terminología utilizada por de Sadeleer⁴²⁹.

⁴²⁸ Cfr. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Dir.), *et al.* Op. cit., p. 10.

⁴²⁹ Plantea Nicolas de Sadeleer que, en cuanto a protección al ambiente se refiere, hay tres paradigmas, que determinan igualmente tres modelos de protección: el modelo curativo, el modelo preventivo y el modelo anticipatorio. A grandes rasgos, el modelo curativo descansa en la responsabilidad civil y mecanismos compensatorios, del cual es ejemplo el principio contaminador-pagador. El modelo preventivo es aquel en el que se toma conciencia de que los daños ambientales no pueden ser reparados con indemnizaciones sino que debido a la naturaleza de los bienes afectados, la actitud a tomar debe consistir en prevenir la ocurrencia de tales daños, siendo ejemplo de tal modelo el principio de prevención. El modelo anticipatorio, que es aquel en el cual se enmarca el principio de precaución, surge cuando se entiende que muchas veces no hay certeza sobre la ocurrencia o no de los daños, eje del modelo preventivo, sino que en no pocas oportunidades nos encontramos ante la incertidumbre, primordialmente científica, para determinar la ocurrencia o no de daños al ambiente, por lo cual es necesario anticiparse a tomar medidas de protección, así no haya certeza de la ocurrencia de daños. Los tres principios y, en consecuencia, los tres modelos o paradigmas tienen un común

Una de las conclusiones más importantes que se obtienen al finalizar este apartado es que, en un primer momento, parecería mucho más fácil que hiciera incursión dentro del Derecho privado y, en concreto, dentro del discurso de la contratación mercantil, el principio de prevención que el de precaución, pues la certidumbre científica dentro de la cual se mueve el principio de prevención va mucho más fácilmente de la mano con el valor de la seguridad jurídica que de manera tan arraigada se encuentra en el discurso del Derecho privado. Lo mismo podría predicarse del modelo curativo, bastante similar en su concepción a los esquemas tradicionales de responsabilidad civil extracontractual.

En efecto, si bien se han venido incorporando diversas figuras al discurso del Derecho privado para buscar la protección jurídica del ambiente, con instituciones que han modificado el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual, para dar lugar a una nueva concepción que hoy se conoce como Derecho de daños, la situación no es tan evidente en materia de contratación mercantil, por lo cual se propone acá entender el asunto desde un plano un poco más abstracto, de teoría jurídica, planteando que en los modelos curativo y preventivo del Derecho ambiental y su relación con el Derecho comercial también se presenta una colisión de discursos⁴³⁰.

Para efecto del desarrollo de la exposición, este apartado cuenta con cinco subdivisiones. En la primera subdivisión (2.3.1) se expone en qué consiste el principio de precaución, con gran apoyo en el surgimiento y desarrollo histórico del mismo. En la segunda subdivisión (2.3.2) se precisa por qué el principio de precaución se constituye actualmente en elemento clave del Derecho ambiental y de la protección jurídica del ambiente para, en la tercera subdivisión (2.3.3), hacer referencia a la aplicación práctica del mismo, tanto en Colombia como a nivel de Derecho internacional o extranjero, de manera que ello sirva como ilustración para la cuarta subdivisión (2.3.4), en la cual se centra la atención en explicar y demostrar por qué el principio de precaución es un escenario que refleja el concepto de colisión de discursos que ha desarrollado Gunther Teubner con base en los trabajos, principalmente, de Niklas Luhmann. En una última subdivisión (2.3.5) se expone por qué los modelos curativo y preventivo también implican una colisión de discursos cuando se pretende ponerlos en relación con el Derecho comercial y, en particular, con la contratación mercantil.

denominador, la batalla contra los riesgos ambientales y, por tal razón, deben entenderse como complementarios y que no pueden funcionar por separado. (Cfr. DE SADELEER, Nicolas. *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*. Op. cit.).

⁴³⁰ Concepto ya abordado en el primer capítulo de este trabajo, principalmente con base en lo expuesto en TEUBNER, Gunther. *Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses*. Op. cit.

2.3.1. Definición y aproximación histórica al principio de precaución ambiental

A nivel internacional, el principio de precaución tiene múltiples versiones, discutiéndose si existen 19 o 14 versiones del mismo, así como si es un principio o un proceso⁴³¹, por lo cual suele acudir para su definición o, por lo menos, caracterización, a la versión del principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, la cual reza:

*“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”*⁴³².

Así, suele referirse al principio de precaución bajo las ideas de “better safe than sorry”, “uncertainty is no excuse for inaction” y “uncertainty requires action”⁴³³, por lo cual se habla de tres formulaciones arquetípicas alternativas del principio de precaución, así⁴³⁴:

- a) Versión 1 – La incertidumbre no justifica la inacción. En su formulación más básica, el principio de precaución permite regulación en ausencia de evidencia completa sobre el escenario particular de riesgo. Esta es la versión expresada en la ya citada Declaración de Río de 1992. Aquí no se habla nunca de certeza científica completa sino de que las decisiones deben siempre ser tomadas en un escenario de incertidumbre, con lo cual la incertidumbre excluye la regulación. Lo que se le critica a esta versión es que no responde la pregunta sobre qué acción tomar dada la incertidumbre inevitable.
- b) Versión 2 – La incertidumbre justifica la acción. Es una versión más agresiva del principio de precaución y se recoge en el Wingspread Statement de 1998, el cual reza: *“(…) When an activity raises threats of harm to human health or the environment, precautionary measures should be taken even if some cause and*

⁴³¹ Cfr. WIENER, Jonathan B. *The Real Pattern of Precaution*. En: WIENER, Jonathan B., *et al.* (Eds.). *The Reality of Precaution: Comparing Risk Regulation in the United States and Europe*. Washington DC/Londres: RFF Press, 2011, p. 528.

⁴³² CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. (3-14, junio, 1992). *Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo*, 1992. Consultada el 20 de junio de 2017 y disponible en <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

⁴³³ Cfr. WIENER, Jonathan B. *The Rethoric of Precaution*. En: WIENER, Jonathan B., *et al.* (Eds.). *The Reality of Precaution: Comparing Risk Regulation in the United States and Europe*. Washington DC/Londres: RFF Press, 2011, p. 4.

⁴³⁴ Cfr. WIENER, Jonathan B. *The Real Pattern of Precaution*. *Op. cit.*, pp. 528-529.

effect relationships are not fully established scientifically"⁴³⁵. En esta versión no se precisan las relaciones causa-efecto y, si no es claro qué causa el daño, tampoco es claro cuáles medidas lo prevendrían, con lo cual sigue en el aire y sin respuesta la pregunta sobre cuál acción tomar dada la incertidumbre.

- c) Versión 3 – La incertidumbre requiere cambiar la carga y patrón de prueba. Es la versión más agresiva del principio de precaución, porque sostiene que un riesgo incierto requiere prohibir la actividad potencialmente riesgosa hasta que el interesado demuestre que la actividad no implica riesgo (o, por lo menos, no implica un riesgo inaceptable). Es decir, además de que la carga de la prueba recae en la persona interesada en desarrollar la actividad, el patrón de prueba con referencia al concepto indefinido de "seguro" puede significar en la práctica una prohibición de hecho a todo lo "nuevo".

En Colombia, el principio de precaución no se ha consagrado en la Constitución Política, pero sí goza de expresa consagración legal en el numeral 6° del artículo 1° de la Ley 99 de 1993, el cual dispone: "*Artículo 1°.- Principios Generales Ambientales. La política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales: (...) 6. La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente*"⁴³⁶.

Igualmente, la Ley 1523 de 2012, por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones, en el numeral 8° de su artículo 3° dispone: "*Artículo 3o. Principios generales. Los principios generales que orientan la gestión del riesgo son: (...)8. Principio de precaución: Cuando exista la posibilidad de daños graves o irreversibles a las vidas, a los bienes y derechos de las personas, a las instituciones y a los ecosistemas como resultado de la materialización del riesgo en desastre, las autoridades y los particulares aplicarán el principio de precaución en virtud del cual la falta de certeza científica absoluta no será óbice para adoptar medidas encaminadas a prevenir, mitigar la situación de riesgo*"⁴³⁷.

⁴³⁵ WINGSPREAD CONFERENCE ON THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE. (23-25, enero, 1998). Wingspread Statement. Consultada el 20 de junio de 2017 y disponible en <http://www.sehn.org/wing.html>

⁴³⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 99 (22, diciembre, 1993). Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones. En: Diario Oficial. 22, diciembre, 1993, No. 41.146. Consultado el 20 de junio de 2017 y disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0099_1993.html

⁴³⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1523 (24, abril, 2012). Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo

Independientemente de las diferencias que puedan existir en cuanto a las dos consagraciones legales previamente citadas, el contenido del principio de precaución se puede resumir en el ordenamiento colombiano, como lo hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-339 de 2002⁴³⁸, bajo la expresión “*in dubio pro ambiente*” pues, según la interpretación jurisprudencial, tal principio persigue que, en caso de duda sobre la posibilidad de consecuencias negativas para el medio ambiente, se escoja aquella opción que permita la protección del mismo sobre cualquier otro interés, fundamentalmente a través de figuras como la inversión de la carga de la prueba, para que sea el demandado quien pruebe que su actividad no causó o no causará consecuencias negativas al ambiente⁴³⁹.

de Desastres y se dictan otras disposiciones. En: Diario Oficial. 24, abril, 2012, No. 48.411. Consultado el 20 de junio de 2017 y disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2012/ley_1523_2012.html

⁴³⁸ “(...) *En la aplicación del inciso 3 se debe seguir el principio de precaución, principio que se puede expresar con la expresión ‘in dubio pro ambiente’. El mismo principio debe aplicarse respecto del inciso cuarto del artículo 34 y que este debe ser observado también al estudiar y evaluar los métodos y sistemas de extracción, en consonancia con el principio número 25 de la Declaración de Río de Janeiro que postula: ‘La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables’.*”

Así mismo, como lo recordó esta Corporación en una reciente decisión de constitucionalidad sobre el artículo 1 numeral 6 de la ley 99 de 1993 que recoge el principio de precaución; la “Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo”, ratificada por Colombia, en materia ambiental el principio de precaución determina lo siguiente:

‘Principio 15. Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme con sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.’

“Para el asunto que nos ocupa, esto quiere decir que en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la exploración o explotación minera de una zona determinada; la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección de medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba una grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias”. [COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-339/02. (7, mayo, 2002). M.P.: Jaime ARAÚJO RENTERÍA. Consultada el 10 de noviembre de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-339-02.htm>].

⁴³⁹ Al respecto es importante señalar que doctrinalmente se sostiene que el principio de precaución no necesariamente debe implicar una inversión en la carga de la prueba sino que apuntaría, más bien, a una definición de estándares de investigación de riesgos que puedan ser impuestos según cada actividad (Cfr. EWALD, François. *Philosophie politique du principe de précaution*. En: EWALD, François; GOLLIÉ, Christian y DE SADELEER, Nicolas. *Le principe de précaution*. París: Presses Universitaires de France, 2008, pp. 45-46). En un sentido similar, se afirma que lo importante en relación con el principio de precaución y la prueba no es quién debe probar sino decidir qué es lo que aconseja realizar la evidencia actualmente existente, con lo cual se configura un cambio de perspectiva en vez de un desplazamiento en la carga de la prueba (Cfr. OSIMANI, Barbara. *An Epistemic Analysis of the Precautionary Principle. Dilemata*. 2013, año 5, nro. 11, pp. 149-167). A su vez, también se sostiene que el principio de precaución sólo tiene lugar cuando el daño no se ha causado, pues si ya se causó, el principio de precaución no tiene

Así, tal principio ha sido expresamente reconocido y respaldado por la Corte Constitucional de Colombia, en sentencias como la C-293 de 23 de abril de 2002 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), en la cual señala la clara manifestación en el ordenamiento colombiano de que el principio de precaución, en relación con la protección al ambiente consagrada en el artículo 95 de la Constitución Política, aplica no sólo respecto de actuación del Estado sino, también, de actuaciones de particulares, con lo cual se zanján eventuales discusiones sobre el tema, por lo menos en lo que a Derecho colombiano se refiere⁴⁴⁰.

Se evidencia así que la definición del principio de precaución constituye un asunto fundamentalmente problemático, pues no hay una definición uniforme, ni consenso en cuanto a su estatus jurídico, pues se discute si es un principio jurídico o un enfoque, e inclusive su rango dentro de las fuentes del Derecho ambiental. Lo que sí se puede concluir en relación con las definiciones del mismo es que procede en casos de incertidumbre científica, por oposición a la prevención, que procede en casos de certidumbre científica, pues mientras la precaución obra frente al riesgo dudoso, la prevención lo hace frente al riesgo cierto⁴⁴¹, y que hay versiones del principio de precaución que van desde las más suaves hasta las más agresivas del mismo. Por ello, es prudente efectuar una aproximación histórica al principio de precaución, para poder entender la importancia y formulación actual del mismo.

Los orígenes del principio de precaución suelen ubicarse en Alemania, remontándose inclusive a la década de 1930, aunque existe consenso en que es sólo hasta la década de 1970 en que se consolida una formulación en concreto del mismo, gracias a los estudios realizados bajo la percepción catastrofista del filósofo alemán Hans Jonas y a la incorporación legislativa del *Vorsorgeprinzip* (traducido al inglés como "*forsight planning principle*") en el ordenamiento jurídico alemán⁴⁴². Eso sí, hay que advertir que la idea de precaución ha estado presente desde hace muchos más años en la conciencia

aplicación (Cfr. ARCILA SALAZAR, Beatriz. El principio de precaución y su aplicación judicial. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. 2009, vol. 39, no. 111, p. 302).

⁴⁴⁰ Cfr. BERNAL SANINT, Paula y NORIEGA CÁRDENAS, Juan Sebastián. Principio de precaución. Trabajo de grado para optar al título de abogado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2010, p. 37. Disponible en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis33.pdf> En el ordenamiento jurídico francés, por ejemplo, el principio de precaución no se consagra respecto de particulares sino que sólo se prevé su aplicación, en el artículo 5º de la Ley constitucional No. 2005-205, relativa a la Carta del ambiente, respecto de autoridades públicas (Cfr. DE SADELEER, Nicolas. *Le statut juridique du principe de précaution*. Op. cit., p. 93).

⁴⁴¹ Cfr. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Dir.), *et al.* Op. cit., p. 10.

⁴⁴² Cfr. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Dir.), *et al.* Op. cit., pp. 14-20.

colectiva, por lo cual se pueden encontrar importantes antecedentes históricos del principio con anterioridad⁴⁴³.

Su historia en materia de Derecho internacional se remonta a instrumentos jurídicos que regulaban aspectos particulares del Derecho internacional, como el Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en caso de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos de 1969 o la Declaración Ministerial de la Conferencia Internacional sobre la protección del Mar del Norte de 1984, pero se ubica a la Declaración Ministerial de Bergen sobre Desarrollo Sostenible en la Región de la Comunidad Económica Europea de 1990 como la primera manifestación del Derecho internacional en considerar el principio de precaución como de aplicación general y vinculante al desarrollo sostenible⁴⁴⁴.

En Derecho internacional ambiental, el principio de precaución ha sido adoptado en más de 50 instrumentos multilaterales, por lo cual se habla de tiempo atrás de que estaría encaminado a convertirse en el principio fundamental de la política de protección ambiental y del Derecho ambiental⁴⁴⁵. En efecto, el principio de precaución ha sido recogido en⁴⁴⁶:

- i) instrumentos vinculantes de alcance universal, como la Convención sobre Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres de 1979, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985, el Protocolo de Montreal relativo a Sustancias que agotan la Capa de Ozono de 1987, el Convenio sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación de 1989, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992, el Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992 y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología de 2000, entre otros;
- ii) en instrumentos vinculantes de alcance regionales, tales como el Tratado de Maastricht de 1992 y la Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución de 2001, entre otros;
- iii) en instrumentos no vinculantes de alcance universal, como la Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza de

⁴⁴³ Cfr. JÁUREGUI MEDINA, Julio. La construcción histórica del principio de precaución como respuesta al desarrollo científico y tecnológico. *Dilemata*. 2013, año 5, nro. 11, pp. 1-19.

⁴⁴⁴ Cfr. URIBE VARGAS, Diego y CÁRDENAS CASTAÑEDA, Fabián Augusto. Op. cit., pp. 195-198.

⁴⁴⁵ Cfr. WIENER, Jonathan B. *The Rethoric of Precaution*. Op. cit., p. 4.

⁴⁴⁶ Cfr. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Dir.), *et al.* Op. cit., pp. 32-52.

1982, la ya citada Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, la Agenda 21 de 1992 y el Código de Conducta de Pesca Responsable de la FAO de 1995, entre otros;

- iv) en instrumentos no vinculantes de alcance regional, como las Declaraciones de las Primera, Segunda y Tercera Conferencias sobre Protección del Mar del Norte de 1984, 1987 y 1990, respectivamente, la Declaración Ministerial sobre la Protección del Mar Negro de 1993 o la Declaración de la Conferencia sobre Polución de los Mares del Consejo Nórdico de 1989, entre otros.

Sin embargo, su consolidación como principio de Derecho ambiental y, en concreto, de Derecho internacional ambiental, aún no se ha dado, aunque sí se reconoce como principio de Derecho en ordenamientos como el de la Unión Europea, con aplicación en campos como la protección de la salud, de la seguridad alimentaria y del ambiente, entre otros, en casos en que exista incertidumbre respecto de los riesgos y se puedan evitar daños irreparables, sobre todo para las futuras generaciones⁴⁴⁷. Con esto, hay que poner de presente que el principio de precaución tiene asidero en el concepto de sociedad de riesgo desarrollado por Ulrich Beck⁴⁴⁸, que también trabajó Niklas Luhmann⁴⁴⁹, aunque con importantes diferencias entre ellos que no es del caso ventilar acá⁴⁵⁰.

En efecto, Beck plantea que nos encontramos en un estado de modernidad reflexiva o segunda modernidad, cuya característica más importante es la ruptura de la idea misma de controlabilidad, certeza o seguridad, tan fundamental en la primera modernidad. Actualmente vivimos en una sociedad del riesgo, entendiendo riesgo como el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana y las diversas consecuencias no deseadas de la de modernización⁴⁵¹.

Con ese panorama catastrofista de Beck como trasfondo, se puede encontrar el principio de precaución como respuesta a la crisis ecológica, con un mundo plagado de incertidumbres en las cuales se ha abogado por distintas retóricas, pues mientras un

⁴⁴⁷ Cfr. MOURE, Ana María. El principio de precaución en el derecho internacional. *Dilemata*. 2013, año 5, nro. 11, pp. 21-37.

⁴⁴⁸ Cfr. ALEMÁN ALONSO, Jesús Javier. De la sociedad del riesgo al desmantelamiento del estado de bienestar. *Dilemata*. 2013, año 5, nro. 11, pp. 139-147. También GARCÍA DÍAZ, Paloma. *El principio de precaución como base de los foros híbridos*. En: FRANCÉS, Pedro, et al. (Eds.). *Ética en la práctica*. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2008, pp. 259-278. Y GRISON, Denis. *Le principe de précaution: un principe d'action*. París : L'Harmattan, 2009, pp. 174-185.

⁴⁴⁹ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Op. cit.

⁴⁵⁰ Cfr. PAULUS, Nelson. Del concepto de riesgo: conceptualización del riesgo en Luhmann y Beck. *Revista Mad*. 2004, nro. 10, pp. 95-160.

⁴⁵¹ Cfr. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. También BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI, 2002.

filósofo como Hans Jonas entiende la crisis ecológica como una crisis moral y apuesta, para solventarla, por la retórica del miedo, que él denomina principio de responsabilidad, un sociólogo como Niklas Luhmann concibe la crisis ecológica como una de índole sistémico que responde a las complejas relaciones entre el sistema socio-técnico y el entorno natural, apostando para su manejo no por un “ecologismo bullanguero y espectacular” sino por una retórica del entendimiento, es decir, por acuerdos que se han de mantener “mientras las cosas parezcan darnos razón o funcionen, y siempre hasta nuevo aviso, momento en que habremos de llegar a nuevos entendimientos”⁴⁵².

2.3.2. Lugar del principio de precaución en el Derecho ambiental y frente a la protección jurídica del ambiente

Teniendo claros la definición y el trasfondo histórico dentro de los cuales se mueve el principio de precaución, en esta parte del texto se exponen las razones que justifican el estudio del mismo en material ambiental. Para ello, es necesario entender, en un primer momento, el lugar que tiene dentro del discurso del Derecho ambiental, así como su incidencia frente al concepto de protección jurídica del ambiente.

Para el efecto, se puede acudir inicialmente a lo que sostiene la doctrina cuando afirma que: “(...) *El principio de precaución diferencia el derecho ambiental del resto de las disciplinas clásicas. Y constituye, a nuestro juicio, un principio estructural, de base, o vertebral de la novísima disciplina jurídica ambiental*”⁴⁵³. Sin embargo, esta afirmación tan tajante debe ser matizada pues hay quienes sostienen que su consolidación como principio de Derecho ambiental y, en concreto, de Derecho internacional ambiental, aún no se ha dado, toda vez que no existe certeza aún sobre el rango que tendría tal principio dentro de las fuentes de tal rama del Derecho.

En efecto, aunque algunos doctrinantes sostienen que el principio de precaución posee en la actualidad el estatus de costumbre internacional, en el estado actual de las cosas, el principio no poseería tal rango sino que tan sólo podría ser considerado como un parámetro de *soft law*, pues de los elementos que hacen que se pueda hablar de costumbre internacional, sólo existiría la *opinio juris* pero no la suficiente práctica estatal, pues existe la tendencia recurrente de algunos Estados a desconocerlo como norma vinculante, no obstante lo cual se afirma que la precaución sirve como criterio de interpretación de las fuentes formales de Derecho internacional, por lo que la comunidad internacional no puede permanecer indiferente a su existencia y validez y, sobre todo, a su categoría de principio emergente de Derecho internacional ambiental⁴⁵⁴.

⁴⁵² Cfr. RAMOS TORRE, Ramón. Al hilo de la precaución: Jonas y Luhmann sobre la crisis ecológica. *Política y Sociedad*. 2003, vol. 40, nro. 3, pp. 23-52.

⁴⁵³ CAFFERATA, Néstor A. El principio precautorio. Op. cit, p. 8.

⁴⁵⁴ Cfr. URIBE VARGAS, Diego y CÁRDENAS CASTAÑEDA, Fabián Augusto. Op. cit, pp. 204-207.

Por eso, en este trabajo se entiende al principio de precaución como la concreción más importante del modelo anticipatorio que hace parte de los tres paradigmas en cuanto a protección frente a los riesgos ambientales se refiere. Al respecto, Nicolas de Sadeleer, en cuanto a principios ambientales⁴⁵⁵, fundamenta su teoría en dos tesis. La primera es que hay tres principios, los de contaminador-pagador, el de prevención, y el de precaución, que reflejan, en un análisis vertical, un cambio sutil en cuanto a la batalla que se está librando desde los sistemas legales de Derecho internacional, comunitario y nacionales para proteger el ambiente. La segunda tesis de de Sadeleer es que precisamente esos principios representan, en un análisis horizontal, el paso de un Derecho moderno a un Derecho posmoderno.

Acá interesa abordar sólo la primera tesis de de Sadeleer, ya que de acuerdo con la misma, en cuanto a protección al ambiente se refiere, hay tres paradigmas, que determinan igualmente tres modelos de protección: el modelo curativo, el modelo preventivo y el modelo anticipatorio, ya explicados. Lo que interesa destacar por el momento es que los tres modelos o paradigmas tienen un común denominador, la batalla contra los riesgos ambientales, y por tal razón deben entenderse como complementarios y que no pueden funcionar por separado⁴⁵⁶.

Con base en lo anterior, si bien Derecho ambiental y principio de precaución no pueden identificarse, sí puede hallarse en el principio de precaución un nuevo paradigma que arrastra fuertemente los destinos del Derecho ambiental. En efecto, no sin razón se afirma que el principio de precaución es el principio articulador de las relaciones entre ciencia y Derecho en situaciones de incertidumbre⁴⁵⁷. Se evidencia así una discusión que se viene ventilando de tiempo atrás, en atención a la relación existente en la actualidad entre ciencia y Derecho. Como lo expone Esteve Pardo, el asunto no es nuevo y se remonta a la época en que Thomas Hobbes estaba sentando las bases filosóficas del Estado moderno, momento en el cual su reunión con Galileo Galilei en 1636 servía como punto de apoyo para su esfuerzo por *"(...) despojar al derecho y al poder público de las fundamentaciones teológicas o dinásticas hasta entonces dominantes y dotarlos de unas bases racionales, objetivas, universalmente aceptadas, científicas en definitiva"*⁴⁵⁸.

De acuerdo con él, ese encuentro es lo suficientemente gráfico de cómo, en un principio, la filosofía política y el Derecho se apoyaron en la ciencia para crear el símbolo de la seguridad del estado civil político o principio de seguridad jurídica que se constituyó en la característica más importante del Leviatán y, por ende, del Estado moderno, de manera

⁴⁵⁵ Cfr. DE SADELEER, Nicolas. *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*. Op. cit.

⁴⁵⁶ Cfr. DE SADELEER, Nicolas. *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*. Op. cit., pp. 369-370.

⁴⁵⁷ Cfr. ESTEVE PARDO, José. Op. cit. pp. 141-149.

⁴⁵⁸ *Ibíd.*, p. 9.

que la seguridad del Leviatán y del orden político se afianzaba en las incuestionables seguridades que iba ganando la ciencia y que permitieron un espectacular progreso en la consecución de nuevas certidumbres hasta bien entrado el siglo XX. Sin embargo, la ciencia ha llegado a un momento en que lo único que se dice capaz de producir son incertidumbres y se niega a resolverlas con pronunciamientos categóricos, de manera que lo que ha venido a primar es el lenguaje de las probabilidades, pero el gran problema es que el recurso que el Derecho siempre había hecho a la ciencia, lo está resquebrajando, pues el Derecho y las autoridades públicas están llamados a decidir, no a generar incertidumbre, con lo cual el Derecho y las autoridades públicas se están quedando solos frente a las incertidumbres que dominan a la ciencia y, sobre todo, frente a una sociedad de riesgo que se caracteriza por un "denso tejido tecnológico" en el que lo que priman no son los riesgos de los procesos naturales sino los riesgos que la misma ciencia ha creado.

Después de analizar cómo el concepto de investigación científica incide hoy en día en esta relación entre ciencia y derecho y de cómo hoy el Derecho y las autoridades públicas tienen una agenda investigativa principalmente direccionada por grupos de interés que hacen primar la explotación técnica y la rentabilización económica particulares sobre los intereses públicos, encuentra Esteve al principio de precaución, elemento clave dentro del Derecho ambiental, como el eje articulador de las relaciones entre ciencia y Derecho en situaciones de incertidumbre, catalogándolo como una "*(...) renuncia por parte del derecho de los modelos de decisión y regulación que le son propios, para entregar esas facultades a una ciencia que no ha tenido nunca que construir, porque no es ese su cometido, fórmulas o expedientes de decisión y regulación*"⁴⁵⁹.

La conclusión de este autor español es que, por un lado, el conocimiento derivado de la ciencia no es un valor absoluto en el orden jurídico y, por el otro, que la esencia del Derecho radica en el modo literario, no científico, de descripción y redesccripción de los hechos, elementos con base en los cuales sostiene que ante la paradoja de que el Derecho acuda a la ciencia para encontrar las certidumbres que ella no puede ofrecerle, debe el Derecho retornar a la idea de alcanzar lo bueno y lo justo bajo las ficciones que él mismo crea y que permitieron al Derecho garantizar seguridad jurídica en épocas de total incertidumbre científica. Puede que no se acoja en este trabajo la posición de Esteve Pardo, pero es claro que el surgimiento y consolidación del principio de precaución encuentra clara ubicación en la relación entre ciencia y Derecho.

De otro lado, hay que resaltar cómo se afirma que "*(...) junto a los principios derivados del desarrollo sostenible el otro gran eje del derecho ambiental contemporáneo va conformándose desde los principios derivados del concepto de precaución*"⁴⁶⁰, para

⁴⁵⁹ *Ibíd.*, p. 149.

⁴⁶⁰ SERRANO, José Luis. Principios de derecho ambiental y ecología jurídica. Op. cit., p. 119.

afirmarse que el concepto de precaución es un viejo conocido para los juristas, bajo las ideas de cautela y prudencia, y los axiomas derivados del *naeminem laedere*, pero lo que ahora lo renueva es el matiz que dice que la falta de prueba científica del nexo causal entre el daño y el producto no puede utilizarse como argumento único para la legitimidad de la actividad o del producto, con lo cual se sustituye la idea de que está permitido todo lo que no esté prohibido, por la idea de que la falta de prueba de nocividad no es prueba de legitimidad⁴⁶¹.

No obstante, algunos sí relacionan al principio de precaución con el concepto de desarrollo sostenible, como cuando se afirma que “(...) el ‘principio de precaución’ ambiental constituye una de las piedras angulares del desarrollo sostenible. Hemos seleccionado al principio de precaución como tópico de investigación, por resultar determinante a la hora de afrontar los críticos cambios climáticos globales de nuestro tiempo y por ser punto de inflexión de la más alta sensibilidad al momento de definir los límites del desarrollo científico-tecnológico-económico y las relaciones entre comercio y medio ambiente (eje de articulación del desarrollo sostenible)”⁴⁶².

Con base en lo anterior, se puede afirmar que el principio de precaución no sólo es un ejemplo importante de las relaciones entre ciencia y Derecho sino que también sirve como ejemplo de las relaciones entre comercio y ambiente, de lo cual son reflejo las discusiones que se han dado al interior del Órgano de Apelación de la OMC, en especial con ocasión de la implementación del Acuerdo sobre la Aplicación de medidas Sanitarias y Fitosanitarias, pues la débil aplicación que allí se ha dado al principio de precaución implicaría una restricción a la soberanía de los Estados en cuanto a su implementación, por lo que se aboga por que esas decisiones de aplicación del principio de precaución sean tomadas por cada Estado y que la OMC sólo entre a controlar aspectos de índole eminentemente jurídica y no científica, pues actualmente la OMC está incursionando en ámbitos científicos que no le competirían en relación con su labor de defensa del libre comercio⁴⁶³. A pesar de no haber sido reconocido por la OMC como un principio sino tenerlo más bien como un criterio, se evidencia que el principio de precaución constituye el reflejo de la necesidad de encontrar un equilibrio apropiado entre las reglas del comercio y las medidas de protección de la salud, la seguridad alimentaria y, agregado, el ambiente⁴⁶⁴.

Por su parte, en Derecho privado y, en concreto, en Derecho de la responsabilidad civil, el enfoque precautorio es cada vez más importante, razón por la cual hoy prefiere hablarse

⁴⁶¹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 119-121.

⁴⁶² DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Dir.), *et al.* Op. cit., p. 9.

⁴⁶³ Cfr. BERNETICH, John. Sovereignty and Regulation of Environmental Risk Under the Precautionary Principle in WTO Law. *Vermont Law Review*. 2011, vol. 35, book 3, pp. 717-739.

⁴⁶⁴ Cfr. OANTA, Gabriela Alexandra. El alcance del principio de precaución en el marco de la Organización Mundial del Comercio. *AFDUDC*. 2008, 2008, pp. 685-705.

de Derecho de daños en vez de Derecho de la responsabilidad civil, y cada vez toman más auge conceptos como el de daño ambiental, tutela civil inhibitoria, y deberes de evitación y mitigación del daño, entre otras figuras⁴⁶⁵. No obstante, dentro del mismo Derecho privado no hay consenso frente al papel del principio de precaución en el mismo, pues hay posiciones a favor de su incorporación como fundamento de decisiones judiciales⁴⁶⁶ y quienes dicen que es un principio para los políticos (legisladores y administradores) y no para los jueces⁴⁶⁷.

2.3.3. Aplicación práctica del principio de precaución en Derecho internacional, extranjero y colombiano

Jurisprudencialmente, el principio de precaución ha sido ventilado en diversos casos de Derecho internacional, como los de Nueva Zelanda contra Francia por pruebas nucleares (Corte Internacional de Justicia, 1995), de Hungría contra Eslovaquia por el proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Corte Internacional de Justicia, 1997), el caso de *Beef Hormones* entre la Comunidad Europea y Estados Unidos y Canadá (OMC Órgano de Apelaciones, 1998), el caso entre Australia y Nueva Zelanda contra Japón por el *Southern Bluefin Tuna* (Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, 1999), el caso *Mox Plant* de Irlanda contra el Reino Unido (Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, 2001) y distintos litigios que se han llevado ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, como los casos *Danish bees* (1998) y *Productos modificados genéticamente* (2000)⁴⁶⁸. Igualmente, dentro de los casos estudiados, vale la pena tener en cuenta el de la Antártida, no por haber

⁴⁶⁵ Cfr., entre otros: LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoría del derecho ambiental. Op. cit.. SEGUÍ, Adela. *Prevención de los daños y su tutela inhibitoria en materia ambiental*. En: LORENZETTI, Ricardo Luis (Dir.). Derecho ambiental y daño. Buenos Aires: La Ley, 2009. GARRIDO CORDOBERA, Lidia María. La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad. Op. cit. GARRIDO CORDOBERA, Lidia María. Los daños colectivos. Op. cit. WILDE, Mark. *Civil Liability for Environmental Damage, Comparative Analysis of Law and Policy in Europe and US*. La Haya/Nueva York: Kluwer Law International, 2002. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El daño ambiental en el derecho privado*. En: MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo Alberto: Daño ambiental, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. CAFFERATA, Néstor. *Régimen legal del daño ambiental*. En: BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, et al. Daño ambiental, Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual (Arts. 1969-1988), tomo II. Bogotá: Temis, 2000.

⁴⁶⁶ Cfr. BOUTONNET, Mathilde. Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile. París: LGDJ, 2005. También BOUTONNET, Mathilde. Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile. Op. cit., pp. 2662-2670. Y TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. *Revista de Derecho Privado*. 2010, nro. 18, pp. 205-220.

⁴⁶⁷ Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *El principio de precaución y su función en la responsabilidad civil*. En: ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). Principio de precaución, Biotecnología y Derecho. Bilbao/Granada: Comares/Fundación BBVA/Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, 2004, pp. 277-300.

⁴⁶⁸ Cfr. URIBE VARGAS, Diego y CÁRDENAS CASTAÑEDA, Fabián Augusto. Op. cit., pp. 199-202. También DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Dir.), et al. Op. cit., pp. 87-92.

dado lugar a litigios importantes ante tribunales internacionales, sino por las particularidades que la aplicación del principio de precaución implica en dicha región⁴⁶⁹.

Recientemente se destaca el caso de las papeleras entre Argentina y Uruguay, respecto del cual se argumenta que la Corte Internacional de Justicia dio marcha atrás en los avances que había tenido en cuanto al principio de precaución, pues le restó fuerza como fuente de Derecho y elevó los niveles de prueba. Se argumenta que esta decisión demuestra que el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar tiene ahora una posición mucho más favorable hacia el principio de precaución, lo cual podría explicarse por razones de índole política⁴⁷⁰. Esto tendría también qué ver con el tema de fragmentación del Derecho internacional⁴⁷¹. Se esperaba que el caso que cursaba ante la Corte Internacional de Justicia entre Ecuador y Colombia por las aspersiones de glifosato, fuera un escenario donde el principio de precaución pudiera tener aplicación por parte de dicho tribunal, pero el acuerdo al que llegaron las partes lo impidió⁴⁷².

La aplicación del principio de precaución no ha sido uniforme y se ha llegado a sostener, inclusive, que en los Estados Unidos de América se tiene una postura más permisiva ante la innovación tecnológica, mientras que en Europa los poderes públicos sólo deberían probar, a los interesados en promover cierta tecnología o cierto producto, la incertidumbre científica sobre posibles riesgos, para poder adoptar medidas restrictivas y de excepción⁴⁷³.

Precisamente esa afirmación ha sido objeto de estudio⁴⁷⁴, toda vez que ha sido un lugar común en relación con el principio de precaución sostener que los Estados Unidos de América acogieron de una manera más decidida tal principio en la década de 1970, pero que a partir de 1990, aproximadamente, ha habido un cambio de posición al respecto y que, en consecuencia, Europa ha acogido con mayor fuerza el principio de precaución desde tal año hasta la fecha. Después de realizar estudios cualitativos, cuantitativos, de casos, se concluye que la aplicación de la idea de precaución no corresponde en estricto sentido a la de un principio sino a las ideas de paridad y particularidad, es decir, que no es cierto que Europa sea actualmente más "precautiva" o

⁴⁶⁹ Cfr. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Dir.), *et al.* Op. cit. pp. 303-378.

⁴⁷⁰ Cfr. KAZHDAN, Daniel. Precautionary Pulp: Pulp Mills and the Evolving Dispute between Internacional Tribunals over the Reach of the Precautionary Principle. *Ecology Law Quarterly*. 2011, vol. 38, pp. 527-552.

⁴⁷¹ Cfr. KOSKENNIEMI, Martii y LEINO, Päivi. Op. cit. RODILES, Alejandro. Op. cit.

⁴⁷² Cfr. CÁRDENAS CASTAÑEDA, Fabián Augusto. Negociar es la salida efectiva en la CIJ. En: *El Espectador*. 27, agosto, 2013. Disponible en <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/negociar-salida-efectiva-cij-articulo-442618>

⁴⁷³ Cfr. ESTEVE PARDO, José. Op. cit., pp. 148-149.

⁴⁷⁴ Cfr. WIENER, Jonathan B. *The Real Pattern of Precaution*. Op. cit.

“precauida” que los Estados Unidos de América, sino que para cada riesgo en concreto se toman posiciones y decisiones de acuerdo con los intereses particulares que estén en juego.

Así, por ejemplo, se dice que Europa ha prestado mayor atención a los riesgos de polución marina, alimentos modificados genéticamente, hormonas en la carne de res, antibióticos en comida animal, gases de efecto invernadero y cambio climático, químicos tóxicos, uso de marihuana y otras drogas por adolescentes y armas, mientras que en Estados Unidos la aplicación del principio de precaución ha privilegiado riesgos como la aprobación de nuevos medicamentos con efectos secundarios adversos, la merma de peces, las especies en peligro de extinción, los peligros en comidas, la investigación en células madre, los clorofluorocarbonos y la protección estratosférica del ozono, la energía nuclear, la “enfermedad de las vacas locas” especialmente en donaciones de sangre, la polución del aire en especial por gasolina, el consumo de tabaco, los sistemas de revelación de información, el uso de alcohol en adolescentes, la violencia juvenil y la potencial violencia por enfermedad mental, y el terrorismo y las armas de destrucción masiva, entre otros⁴⁷⁵.

En particular, en el caso europeo, se plantea cómo la aplicación del principio de precaución no ha sido uniforme en los distintos órganos competentes para el efecto, por lo cual se encuentra a tal principio como fundamento de arbitrariedad y decisiones irracionales, tanto a nivel regulatorio como judicial⁴⁷⁶. No obstante, no todas las opiniones se encuentran en el mismo sentido⁴⁷⁷, y se plantea que el principio de precaución lo que hace es reflejar las tensiones entre socialización del riesgo y responsabilidad, y de competencia y complementariedad entre los jueces y el legislador⁴⁷⁸.

Con todo esto, queda en el aire la idea de que la precaución es más una estrategia que un principio, pues no se evidencia la práctica consistente de los Estados que permita elevarla al rango de costumbre de Derecho internacional. También se advierte que la precaución tiene cada vez más campo de acción, pues el crecimiento económico y el desarrollo científico y tecnológico ocasionan que se disponga de nuevos medios científicos para detectar nuevos y más sutiles riesgos, con lo cual se tiene una realidad en la cual se dispone de nuevas tecnologías para reducir algunos riesgos pero a la vez se “crean” nuevos, pues en la medida en que se avanza en el control de riesgos que antes

⁴⁷⁵ Cfr. *Ibíd.*, pp. 524-526.

⁴⁷⁶ Cfr. MARCHANT, Gary E. y MOSSMAN, Kenneth L. *Arbitrary and capricious: the precautionary principle in the European Union courts*. Washington DC: The AEI Press, 2004.

⁴⁷⁷ Cfr. CHEYNE, Ilona. *The Precautionary Principle in EC and WTO Law: Searching for a Common Understanding*. *Environmental Law Review*. 2006, vol. 8, pp. 257-277.

⁴⁷⁸ Cfr. VANNEUVILLE, Rachel y GANDREAU, Stéphane. *Le principe de précaution saisi par le droit: les enjeux sociopolitiques de la juridicisation du principe de précaution*. París: La Documentation française, 2006, pp. 115-127.

no podían manejarse, surge la necesidad por controlar los que van apareciendo con el avance de la ciencia, de manera que el principio de precaución encuentra aplicación no sólo bajo la idea de “los comunes” y de la “tragedia de los comunes” sino que “las tragedias de los no comunes” presentan el mejor escenario para la aplicación de la precaución. La idea de fondo es que hay que prepararse para medidas correctivas para las fallas psicológicas e institucionales de los sistemas políticos, que ahora deben anticipar y prepararse para riesgos extremadamente raros⁴⁷⁹.

A pesar de críticas como la anteriormente expuesta frente al principio de precaución, algunos Estados, siguiendo la tendencia de los instrumentos internacionales ya mencionados, han incorporado el mismo directamente a sus ordenamientos, bien sea en sus Constituciones Políticas o en normativas legales. Como ejemplo de países que lo han incorporado a sus ordenamientos internos se encuentran, después de Alemania, a Australia, Canadá, Islandia, Nueva Zelanda, Sudáfrica e Israel⁴⁸⁰ y, más recientemente, a Italia y Francia, destacándose este último país porque lo incorporó directamente en su Constitución Política⁴⁸¹, como también lo han hecho, por ejemplo, Brasil, Ecuador y Paraguay⁴⁸². En particular, en el ordenamiento jurídico europeo se destaca la expedición de una comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas o Comisión Europea en relación con el principio de precaución, que precisa los alcances y perspectivas del mismo en el ordenamiento comunitario⁴⁸³.

En Colombia, pueden mencionarse como manifestaciones jurisprudenciales del principio de precaución, dentro del ámbito constitucional, sin que necesariamente tengan todas un mismo hilo conductor, las sentencias de constitucionalidad C-528/94, C-293/02, C-339/02, C-071/03, C-073/05, C-671/01, C-988/04, C-123/08, C-443/09, C-595/10, C-389/2016 y C-403/2016, así como las sentencias de tutela T-528/94, T-574/96, T-1062/01, T-966/02, T-299/08, T-360/10, T-104/12, T-1077/12, T-397/2014, T-701/2014, T-672/2014, T-622 de 2016, T-080 de 2017 y T-236/2017⁴⁸⁴, entre muchas otras.

⁴⁷⁹ Cfr. WIENER, Jonathan B. *The Real Pattern of Precaution*. Op. cit., pp. 555-557.

⁴⁸⁰ Cfr. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Dir.), *et al.* Op. cit., p. 83.

⁴⁸¹ Cfr. WIENER, Jonathan B. *The Rethoric of Precaution*. Op. cit., pp. 11-12.

⁴⁸² Cfr. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Dir.), *et al.* Op. cit., pp. 83-84.

⁴⁸³ Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. COM (2000)1. Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución. (2, febrero, 2000). Consultada el 8 de julio de 2017 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0001:FIN:es:PDF>

⁴⁸⁴ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Radicador de sentencias en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php> Consultado en enero de 2014 y en junio de 2017. También Cfr. BERNAL SANINT, Paula y NORIEGA CÁRDENAS, Juan Sebastián. *Principio de precaución*. Trabajo de grado para optar al título de abogado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2010, p. 37. Disponible en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis33.pdf>

En la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia se encuentran providencias de 21 de septiembre de 2011 (Ref. exp. 1100102030002011-01979-00), 21 de octubre de 2011 (Ref. exp.: 7300122130002011-00370-01), 20 de septiembre de 2012 (Ref. exp. T. No. 11001 02 03 000 2012 02007 00), 18 de abril de 2013 (Ref. exp. 2500022130002013-00058-01), 29 de enero de 2014 (SCT 517-2014), 9 de mayo de 2014 (STC5777-2014), 3 de julio de 2015 (STC 8606-2015), 10 de septiembre de 2015 (STC 12221-2015), 11 de diciembre de 2015 (STC17113-2015), 15 de abril de 2016 (STC 4729-2016), 16 de agosto de 2016 (STC 11266-2016), entre otras, de decisión a acciones de tutela o impugnación de fallos de acción de tutela, especialmente relacionadas con la instalación de antenas de telefonía celular aledañas a viviendas, y una sentencia de 16 de mayo de 2011 (Referencia: 52835-3103-001-2000-00005-01), de decisión de recurso de casación, con William Namén Vargas como magistrado ponente; en todas estas providencias se hace mención al principio de precaución, pero no se realiza mayor desarrollo jurisprudencial del mismo⁴⁸⁵.

El Consejo de Estado y la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por oposición a lo que ocurre en la Corte Suprema de Justicia, son un poco más prolíficos en pronunciamientos con base en el principio de precaución⁴⁸⁶, lo cual podría explicarse en que son dicho tribunal y dicha jurisdicción los competentes para conocer de procesos motivados por acciones populares, las cuales se han identificado, por lo menos en el ordenamiento jurídico colombiano, como el principal vehículo de aplicación del principio de precaución ambiental⁴⁸⁷.

Solía citarse la sentencia T-299/08 como la recopilatoria de la jurisprudencia constitucional en materia de principio de precaución⁴⁸⁸, toda vez que efectuaba un recuento de la evolución jurisprudencial del principio en el ordenamiento colombiano⁴⁸⁹. Los posteriores

⁴⁸⁵ Cfr. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Página web de la Corte Suprema de Justicia, Consulta jurisprudencial, Búsqueda providencias en <http://190.24.134.121/webcsj/Consulta/> Consultado en enero de 2014 y en junio de 2017, en <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

⁴⁸⁶ Cfr. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Página web del Consejo de Estado, Relatoría, Búsqueda avanzada. <http://www.consejodeestado.gov.co/consultaavanzada2.asp?muno=Descriptor&mdos=principio%20de%20precaucion> Consultado en enero de 2014 y en junio de 2017.

⁴⁸⁷ Cfr. ARCILA SALAZAR, Beatriz. Las medidas cautelares en el proceso ambiental. *Revista Opinión Jurídica*. 2013, vol. 12, nro. 23, pp. 31-48. También ARCILA SALAZAR, Beatriz. El principio de precaución y su aplicación judicial. Op. cit.

⁴⁸⁸ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-360/10 (11, mayo, 2010). M.P. Nilson PINILLA PINILLA; Sentencia C-595/10 (27, julio, 2010). M.P. Jorge Iván PALACIO PALACIO; Sentencia T-104/2012. (20, febrero, 2012) M.P. Nilson PINILLA PINILLA. Consultadas el 20 de abril de 2017 y disponibles en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

⁴⁸⁹ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-299/08. (3, abril, 2008). M.P.: Jaime CÓRDOBA TRIVIÑO. Consultada el 10 de mayo de 2012 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-299-08.htm>.

pronunciamientos constitucionales, en especial la sentencia C-595/10⁴⁹⁰, a pesar de acudir a doctrina y casos nuevos, reiteraban los mismos elementos que la sentencia T-299/08 recopiló. No obstante, recientemente fue proferida una sentencia de tutela, la T-236/2017, que se constituye en el referente más cercano y sistematizador sobre el particular, pues en la misma se plantea que: “(...) Así, aunque la jurisprudencia uniformemente parece acoger el principio de precaución como elemento del ordenamiento constitucional, no parece haber una formulación única en la jurisprudencia acerca de los requisitos para su activación”^{491 492}.

A su vez, diversas autoridades colombianas, como el Instituto Colombiano Agropecuario, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones han incorporado expresamente el principio de precaución en regulaciones por ellos expedidas⁴⁹³. En cuanto a aplicación del principio de precaución para la decisión de casos puntuales, se destacan las decisiones fundamentadas en tal principio por parte de diversas Corporaciones Autónomas Regionales⁴⁹⁴, la Autoridad

⁴⁹⁰ Cfr. AGUDELO SÁNCHEZ, Luz Elena. El principio de precaución ambiental en la sentencia C-595 de 2010 de la Corte Constitucional. *Revista Verba Iuris*. 2011, nro. 26, pp. 123-132.

⁴⁹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-236/17. (21, abril, 2017). M.P.: Aquiles ARRIETA GÓMEZ. Consultada el 10 de junio de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-236-17.htm>

⁴⁹² “(...)5.2.6. En este sentido, es posible agrupar los anteriores pronunciamientos de la Corte sobre el principio de precaución en cinco líneas jurisprudenciales distintas:

- (i) *El principio de precaución como norma compatible con el derecho nacional colombiano.*
- (ii) *El principio de precaución como norma que faculta a las autoridades para actuar.*
- (iii) *El principio de precaución como norma aplicable por los jueces para imponer deberes a las autoridades y a los particulares.*
- (iv) *El principio de precaución como regla interpretativa.*
- (v) *El principio de precaución como regla de apreciación probatoria”.*

[COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-236/17. (21, abril, 2017). M.P.: Aquiles ARRIETA GÓMEZ. Consultada el 10 de junio de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-236-17.htm>].

⁴⁹³ Cfr. AGUDELO SÁNCHEZ, Luz Elena y HUERTA GUTIÉRREZ, Fausto Enrique. El principio de precaución medioambiental en el Estado colombiano. Pereira: Universidad Libre de Colombia, 2012, p. 89.

⁴⁹⁴ Entre otros casos: COLOMBIA. CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL ALTO MAGDALENA. Resolución 0368 (17, febrero, 2010); COLOMBIA. CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL ATLÁNTICO. Resolución 000415 (15, junio, 2010); COLOMBIA. CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL TOLIMA. Resolución No. 0433 (11, marzo, 2013); COLOMBIA. CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL PARA LA DEFENSA DE LA MESETA DE

Nacional de Licencias Ambientales (ANLA)⁴⁹⁵ y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible⁴⁹⁶.

Sin embargo, lo que se evidencia en la práctica colombiana es que las entidades encargadas de utilizar el principio de precaución como herramienta de implementación de las políticas a su cargo, muchas veces desconocen la misma, desdibujándolo o simplemente inaplicándolo, lo cual ocurre no sólo con autoridades administrativas sino también judiciales.

De hecho, resalta que en Colombia los ciudadanos estén legitimados para exigir ante los tribunales la adopción de medidas precautorias en virtud del ejercicio de acciones populares, pero que la jurisdicción administrativa no siempre haya dado debida aplicación al principio, de manera que en el caso colombiano lo más urgente no sea definir criterios para evitar la adopción de decisiones basadas en temores o percepciones irracionales ni prevenir el recurso injustificado al principio de precaución como forma encubierta de proteccionismo, que fue lo que hizo la Comisión Europea en la COM (2000)1 ya mencionada, sino que lo más urgente en el caso colombiano es reconocer la existencia del principio y la necesaria aplicación del mismo. En adición a lo anterior, para el caso colombiano se señala que la principal dificultad para la aplicación del principio de precaución radica en la indeterminación del concepto, alcances y condiciones de implementación del mismo, con criterios claros, y que se entienda que, por regla general, el principio de precaución debe ser una herramienta administrativa y no judicial, pues esta última sede debe entenderse como excepción en cuanto a protección al ambiente se refiere⁴⁹⁷.

Así, puede concluirse que *"(...) En Colombia, país en vía de desarrollo, a nivel constitucional, se ha logrado aplicar el principio de precaución para proteger la naturaleza, dejando a un lado intereses superiores como el orden público y, mostrando muy firmemente que no se trata de un principio del cual pueda predicarse un efecto conciliador, por tanto, como principio motor del Derecho ambiental y, dentro (sic) la*

BUCARAMANGA. Resolución 1138 de 2013; COLOMBIA. CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL ALTO MAGDALENA. Resolución 212 (3, febrero, 2016).

⁴⁹⁵ Entre otros casos: COLOMBIA. AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES. Resolución 0024 (17, enero, 2013), Resolución 0123 (6, febrero, 2013), Resolución 0783 (8, agosto, 2013), y Resolución 1214 (30, septiembre, 2015).

⁴⁹⁶ Por ejemplo, COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE. Resolución 1518 (31, agosto, 2012) y Resolución 1628 (13, julio, 2015).

⁴⁹⁷ Cfr. AGUDELO SÁNCHEZ, Luz Elena y HUERTA GUTIÉRREZ, Fausto Enrique. Op. cit., pp. 99, 114-115, 136, 143-144.

fórmula del desarrollo sostenible, su evolución está sujeta a tomar decisiones sacrificando demás intereses (por ejemplo: económicos, políticos, sociales)”⁴⁹⁸.

Es decir, puede afirmarse, con base en lo expuesto, que el principio de precaución en Colombia no sólo ha sido una herramienta utilizada para traer al Derecho consideraciones de protección del ambiente, sino que también ha sido una herramienta utilizada para introducir, al momento de tomar decisiones, elementos de discursos ajenos en estricto sentido al Derecho. Sobre este asunto se profundizará a continuación.

2.3.4. El principio de precaución como escenario de colisión de discursos

Teniendo claro lo anterior, vale la pena resaltar que no siempre se utiliza la expresión “principio de precaución” para referirse a la idea de precaución expuesta en este trabajo, sino que, tanto a nivel normativo, doctrinal y jurisprudencial, se utilizan expresiones como “idea precautoria”, “enfoque precautorio”, “medida precautoria”, “acción cautelar”, “criterio de precaución”, “principio de acción precautoria”, entre otros términos, lo cual es visto por algunos como reflejo de la falta de consenso que existe en torno al valor jurídico otorgado a la figura⁴⁹⁹, mientras que otra posición sostiene que ello sólo refleja una preferencia terminológica que en la práctica no ha implicado diferencia sustancial de acción⁵⁰⁰.

A su vez, con base en la distinción ya mencionada entre “principio de prevención” y “principio de precaución”, bajo el entendido de que la diferencia radica en la certeza del riesgo, pues, como ya se ha expuesto, mientras la precaución obra frente al riesgo dudoso, la prevención lo hace frente al riesgo cierto, algunos asocian el principio de precaución a la protección de intereses de la colectividad y el principio de prevención a la protección de intereses individuales⁵⁰¹. Igualmente, se discute si el principio de precaución realmente implica una inversión de la carga de la prueba, como ya fue expuesto, así como si la precaución realmente no invita a abstenerse sino a actuar, pues no pretendería anular todos los riesgos, pues ello sería imposible⁵⁰².

⁴⁹⁸ ALVARADO MOSQUERA, Julio. El principio de precaución y la protección de la naturaleza: análisis comparativo de derecho constitucional ambiental en el Estado colombiano y francés. Bogotá: Ibáñez, Universidad del Sinú, 2015, pp. 87 – 88.

⁴⁹⁹ Cfr. URIBE VARGAS, Diego y CÁRDENAS CASTAÑEDA, Fabián Augusto. Op. cit., p. 202.

⁵⁰⁰ Cfr. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Dir.), *et al.* Op. cit., pp. 51-52.

⁵⁰¹ Cfr. BOUTONNET, Mathilde. Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile. Op. cit., pp. 22-23.

⁵⁰² Cfr. BOURG, Dominique y SCHLEGEL, Jean-Louis. *Parer aux risques de demain: le principe de précaution*. París: Seuil, 2001.

Así, como lo reconoce la doctrina, la aplicación del principio de precaución implica cambios profundos frente a paradigmas como el de la seguridad jurídica, el paso de la reparación a la anticipación, y la concepción del Derecho bajo el paradigma del anclaje "(anclaje en los valores, en ir más despacio, para no arruinar todo lo que tenemos que dejar para quienes continuarán en el uso de los bienes ambientales)"⁵⁰³.

En efecto, Lorenzetti plantea que el principio de precaución encaja dentro de lo que él ha denominado paradigma ambiental, entendiendo los paradigmas como modelos decisorios que tienen un estatus anterior a las reglas y los principios jurídicos y condicionan las decisiones. En el paradigma ambiental es claro que se está hablando de una forma de pensar totalmente distinta a las formas tradicionales de pensamiento de la humanidad, que han surgido basándose, fundamentalmente, en la igualdad y la libertad del individuo, mientras que en el paradigma ambiental se busca, en últimas, reconocer que la naturaleza está en peligro, por lo cual deben limitarse los derechos individuales, transitando un camino inverso a otros paradigmas, pues se parte de lo colectivo para llegar a lo individual⁵⁰⁴, advirtiendo que "(...) *el principio precautorio exhibe debilidades cuando se lo utiliza para dar los primeros pasos en la oscuridad. Esta introducción pretende mostrar el entorno problemático del principio: hay consenso en los corazones, disenso en las razones, y debilidad en el andar. En el estadio actual del 'paradigma ambiental', estimamos que debe aceptarse el principio precautorio, pero debemos avanzar en la fase de implementación, para hacer de ello una realidad posible y no una mera declaración políticamente correcta, pero inaplicable. La cuestión es difundir el principio, pero también indagar sobre el modo en que se instrumenta: ¿qué significa ser precautorio?*"⁵⁰⁵.

De esta forma, es posible afirmar que el principio de precaución es un escenario de gran valor para estudiar el papel del Derecho en la colisión de discursos como son los de ciencia y Derecho, de comercio y ambiente, y de Derecho y política, entre otros. Por colisión de discursos debe entenderse, retomando lo ya expuesto previamente, la situación que se presenta en la sociedad del riesgo descrita por Beck y Luhmann, en la que cada área del conocimiento tiene unos postulados con base en los cuales se trabaja de acuerdo con su propia lógica interna, de manera que muchas veces cada una de dichas áreas tiene pretensiones de supremacía sobre las demás, reconociendo que ninguno de los discursos puede prevalecer sobre el otro y que deben entenderse simplemente como sistemas que se pueden ver enfrentados pero respecto de los cuales hay que respetar la autonomía de cada uno⁵⁰⁶.

⁵⁰³ Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoría del derecho ambiental. Op. cit., pp. 95-96.

⁵⁰⁴ Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos del derecho y razonamiento judicial. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Ibáñez, 2011, pp. 477-488.

⁵⁰⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoría del derecho ambiental. Op. cit., p. 67.

⁵⁰⁶ Cfr. TEUBNER, Gunther. *Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses*. Op. cit., pp. 149-176.

En efecto, en el principio de precaución se entrecruzan preocupaciones y discursos de índole científica, sociológica, económica, política, ética y jurídica, entre otros. Así, por ejemplo, bajo la perspectiva económica, lo que más importa respecto del principio de precaución es que se trata de un principio de comportamiento y de gestión de un ambiente incierto, pues los economistas siempre han tratado de hallar modelos para las preferencias individuales en situaciones de incertidumbre, de manera que los análisis costo/beneficio cobran relevancia, en especial cuando los riesgos para las generaciones futuras suelen considerarse como de demasiado largo plazo y, en consecuencia, irrelevantes, lo que en últimas evidencia cómo bajo ciertas perspectivas económicas la precaución no tiene sentido si termina afectando el crecimiento económico, por ejemplo, lo cual no se acompasa con una interpretación distinta de la maximización del bienestar de la población, no sólo actual sino futura⁵⁰⁷.

Por su parte, el discurso jurídico se preocupa más por la naturaleza del principio de precaución, su estatus jurídico, discutiendo si se trata de una regla, un principio o una categoría intermedia de reglas de contenido indeterminado, precisamente para determinar su valor y eficacia al interior del sistema jurídico⁵⁰⁸.

La perspectiva de la filosofía política se preocupa por distinguir las aproximaciones filosóficas al principio por parte de las técnicas, en las cuales, a su vez, se distingue entre las técnicas de evaluación, las de gestión y las de comunicación de los riesgos⁵⁰⁹.

Precisamente el riesgo de que el discurso político sea el que termine primando ante las limitaciones que se encuentran en los demás discursos, es lo que ha motivado las principales críticas al principio de precaución, pues se sostiene que, con la máscara de un principio ético y jurídico que ha ido cobrando importancia ante las incertidumbres de la ciencia, se están disfrazando intereses totalmente individualistas o proteccionistas que no tienen ninguna relación con aquello que realmente dice proteger el principio, de manera que se protegen intereses que no son tan nobles ni tan desinteresados⁵¹⁰, así como que el exceso de precaución es una perversión de la prudencia y un camino seguro para el desaprovechamiento y pérdida de oportunidades, pues la prudencia exige que no parezca probable el escenario negativo, mientras que la precaución obliga a demostrar la imposibilidad de que vaya a ocurrir el escenario negativo⁵¹¹.

⁵⁰⁷ Cfr. GOLLIER, Christian. *Économie du principe de précaution*. En: EWALD, François; GOLLIER, Christian y DE SADELEER, Nicolas. *Le principe de précaution*. París: Presses Universitaires de France, 2008, pp. 104-127.

⁵⁰⁸ Cfr. DE SADELEER, Nicolas. *Le statut juridique du principe de précaution*. Op. cit., pp. 73-103.

⁵⁰⁹ Cfr. EWALD, François. Op. cit.

⁵¹⁰ Cfr. BRONNER, Gérald y GÉHIN, Étienne. Op. cit.

⁵¹¹ Cfr. PARELLADA, Ricardo. *El principio de precaución y las oportunidades políticas perdidas*. *Dilemata*, 2013, año 5, nro. 11, pp. 127-137.

Así, debido a que ninguno de los discursos involucrados en el principio de precaución permite el cierre o respuesta definitiva a las inquietudes que plantea el mismo, suele acudir a los políticos como última instancia de decisión en escenarios en que deba ser aplicado el principio⁵¹², pero para que los intereses particulares de los políticos no terminen primando, se ha planteado la figura de los foros híbridos o foros de debate público de las decisiones a tomar con ocasión de las situaciones de riesgo en que debe darse aplicación al principio de precaución⁵¹³, pues se identifica como un elemento clave que la sociedad civil no puede dejar aislados a sus dirigentes⁵¹⁴, ya que el principio de precaución, la ecología industrial y la democracia participativa se plantean como los tres pilares del desarrollo sostenible⁵¹⁵, pero lo que se critica es precisamente el hecho de dejar en manos de personas inexpertas la toma de decisiones para las cuales el principio democrático de deliberación pareciera no estar aún claro⁵¹⁶ o, peor aún, no ser el más adecuado, pues resulta difícil creer que esos dispositivos de consulta tengan la capacidad de hacer emerger una especie de “sabiduría colectiva”⁵¹⁷.

Un análisis epistemológico del principio de precaución revela que lo que hay en el fondo del mismo es una tensión entre un instrumento legal que reconoce la incertidumbre y un sistema de evaluación y pruebas que se fundamenta en una epistemología deductiva, de eliminación o descarte de hipótesis, muy limitada para los propósitos de manejo del riesgo y prevención en sentido amplio⁵¹⁸, de manera que si se quiere poder abordar el problema de la precaución como un cambio profundo de civilización que afecta la repartición de roles entre la política, la economía y el Derecho⁵¹⁹, debería entenderse que el Derecho ya no puede comprenderse bajo los parámetros de la modernidad de efectuar una clara distinción entre Derecho, moral y política, sino que debería aceptarse que el Derecho ha avanzado a una perspectiva posmoderna en la que lo importante es conciliar o balancear los intereses en conflicto⁵²⁰.

⁵¹² Cfr. BRONNER, Gérald y GÉHIN, Étienne. Op. cit. pp. 125-139, 177-183.

⁵¹³ Cfr. GARCÍA DÍAZ, Paloma. Op. cit., pp. 259-278.

⁵¹⁴ Cfr. GRISON, Denis. Op. cit., pp. 174-185.

⁵¹⁵ Cfr. BOURG, Dominique y SCHLEGEL, Jean-Louis. Op. cit., pp. 175-180.

⁵¹⁶ Cfr. GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo. El principio de precaución en la gestión internacional del riesgo medioambiental. *Política y Sociedad*. 2003, vol. 40, nro. 3, pp. 113-130.

⁵¹⁷ Cfr. BRONNER, Gérald y GÉHIN, Étienne. Op. cit., p. 181.

⁵¹⁸ Cfr. OSIMANI, Barbara. Op. cit., pp. 149-167.

⁵¹⁹ Cfr. BOURG, Dominique y SCHLEGEL, Jean-Louis. Op. cit., p. 175.

⁵²⁰ Cfr. DE SADELEER, Nicolas. Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules. Op. cit., pp. 227-373.

De esta forma, partiendo de la idea del ambiente como un asunto complejo y del principio de precaución como la concreción jurídica del juicio sobre el riesgo, que significa la asunción de un nivel de riesgo límite, más allá del cual las conductas humanas se convierten en antijurídicas, lo que hace que el Derecho ambiental se presente como el control del nivel de riesgo socialmente asumido⁵²¹, esa inserción del Derecho dentro del esquema de la posmodernidad previamente mencionado lo que ha provocado es que la formalización jurídica de la evaluación de riesgos haya traído a los juristas un problema que habitualmente era de sociólogos, el problema del futuro, pues el Derecho anteriormente no indagaba por qué ocurriría sino por lo que pasó, por las sanciones como consecuencia de lo acaecido, lo cual debe entenderse como una inserción que no producirá riesgos irracionales si gestiona los problemas del futuro de acuerdo con parámetros de racionalidad jurídica⁵²².

Para que ello ocurra, para que la inserción del Derecho en la posmodernidad no implique la "desdiferenciación", la pérdida de coherencia y la ingobernabilidad del Derecho frente a otros discursos o saberes, todo en aras del deseo de ajustar el tiempo y la lógica del Derecho al manejo del riesgo y a la necesidad de representarse el futuro y tener en cuenta su impacto social, no es posible acudir a la dogmática clásica, axiomático-deductiva, pero tampoco se puede pretender que el Derecho base su racionalidad exclusivamente en sus consecuencias o resultados, sino que pareciera prudente concebir el pensamiento jurídico como una forma de riesgo en que hay que desarrollar una dogmática de nuevo estilo⁵²³, tal como lo planteara Luhmann, en la que se combinen, para la toma de decisiones, obligación del sistema jurídico, tres salidas: i) las decisiones programadas detalladamente, hasta el nivel de computadora, por vía legislativa (programación legislativa reforzada); ii) el orden transitivo de todos los valores relevantes (transitividad limitada); y iii) el proceder de manera oportunista, es decir, la toma de decisiones basándose en los criterios indeterminados y mudables en cada caso y sólo para cada caso (oportunismo limitado)⁵²⁴.

⁵²¹ Cfr. JARIA I MANZANO, Jordi. *El principio de precaución como garantía de la justicia ambiental*. En: PÉREZ ALONSO, Esteban, *et al.* (Eds.). *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 375-392.

⁵²² Cfr. SERRANO MORENO, José Luis. *La sociedad del riesgo y el derecho de la sociedad*. En: PÉREZ ALONSO, Esteban, *et al.* (Eds.). *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 355-373.

⁵²³ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. *Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann*. En: Pérez Alonso, Esteban, *et al.* (Eds.). *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 355-373.

⁵²⁴ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Op. cit., p. 67.

Así, parece acertado entender que el Derecho no se puede quedar rezagado o aislado frente a los desafíos de manejo del riesgo que implica el principio de precaución, pero tampoco puede perder su autonomía como discurso. Queda por determinar si lo que se debe hacer, ante la dificultad que se presenta para el legislador de estar a la par con los nuevos avances científicos, es hacer énfasis en la constitucionalización de principios como el de precaución⁵²⁵, o en trabajar en una visión sistémica de los principios, de manera que su aplicación no se vea supeditada a la aplicación normativa, pues con la apertura a un número casi ilimitado de principios se aumentaría la complejidad y se perdería su capacidad de articulación sistémica, ya que se evidencia para el caso colombiano que los principios pueden ser reductores de complejidad, como lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia, por oposición a lo realizado en algunos eventos por la Corte Constitucional, despojándolos de su capacidad de articulación sistémica y abriendo la puerta para un número ilimitado de ellos, cuando precisamente lo que se necesita es reducir complejidad, no aumentarla⁵²⁶.

En este momento, parece oportuno acudir a lo expuesto por Cass Sunstein⁵²⁷ quien, sin ningún tipo de ambages, ha afirmado que el principio de precaución es producto del miedo que nos domina como sociedad, siendo su problema más grave su propia incoherencia, pues prohíbe lo que a la vez exige, prohíbe todos los cursos de acción, entre ellos la regulación, es decir, prohíbe los mismos pasos que requiere. Además de tal incoherencia, se destaca su vaguedad, pues no señala cuál es el grado de precaución correcto, de manera que no sostiene Sunstein que las precauciones y el principio de precaución sean un error como tal, sino que tal principio es simplemente paralizador y, en consecuencia, inútil. Como solución propone él, además del análisis costo-beneficio al que hace referencia en otro texto⁵²⁸, un paternalismo libertario, que a primera vista parece una contradicción, pero que se traduce en la imposición de costos triviales a aquellos que busquen apartarse de la opción preferida por el planificador, pues sostiene él que la regulación y no la inacción es el curso adecuado frente a la duda.

2.3.5. Los modelos curativo y preventivo como otros escenarios de colisión de discursos

Teniendo claro el concepto del principio de precaución ambiental y las principales observaciones respecto del mismo, hay lugar a estudiar los modelos curativo y preventivo en materia de Derecho ambiental.

⁵²⁵ Cfr. ROJAS B., Milton Andrés. Op. cit., pp. 63-76.

⁵²⁶ Cfr. SALAS SALAS, Nubia Cristina. Op. cit.

⁵²⁷ Cfr. SUNSTEIN, Cass R. Leyes de miedo: más allá del principio de precaución. Buenos Aires / Madrid: Katz, 2009.

⁵²⁸ Cfr. SUNSTEIN, Cass R. Riesgo y razón: seguridad, ley y medioambiente. Op. cit.

En efecto, el principio de precaución es la más importante herramienta del modelo anticipatorio dentro del Derecho ambiental, como ya fue expuesto, pero los modelos curativo y preventivo podrían tener algún tipo mayor de cercanía al Derecho privado que el modelo anticipatorio, pues descansan en valores con cierta similitud. Por eso, se estudian acá, pues a primera vista pareciera ser más fácil algún tipo de compaginación entre la contratación mercantil y la protección jurídica al ambiente a través de ellos.

La conclusión obtenida es que efectivamente los modelos curativo y preventivo comparten con el Derecho privado valores que no existen en el modelo anticipatorio, pero que los mismos siguen siendo modelos inmersos en un discurso muy distinto al del Derecho privado, por lo que el escenario de colisión de discursos sigue siendo el más apropiado para el estudio de las relaciones entre Derecho comercial y Derecho ambiental.

De hecho, la forma escogida en este trabajo para buscar una adecuada relación entre Derecho comercial y Derecho ambiental es la de relación entre discursos con igual nivel jerárquico, a través de la apertura del Derecho comercial para ir a conocer el discurso del Derecho ambiental y traer elementos del mismo e incorporarlos dentro de su discurso, en armonía con sus elementos propios.

Lo que esto implica es que los modelos curativo y preventivo deben seguir siendo modelos del Derecho ambiental, de los cuales se pueden traer e incorporar elementos en el Derecho privado, como de hecho ya ha ocurrido, pero no pueden convertirse en parámetros de interpretación que tengan algún tipo de primacía o jerarquía sobre el discurso del Derecho privado.

Lo primero que hay que mencionar es que el concepto de riesgo post-industrial se ha convertido en la principal razón de los desarrollos del Derecho ambiental moderno. Allí, los trabajos de Ulrich Beck⁵²⁹ sobre el concepto de riesgo son realmente piedra angular de lo aquí expuesto, al ser los científicos incapaces de formular predicciones fiables sobre los riesgos ambientales, y en la actualidad se dice que la forma como el Derecho debe hacer frente a ellos es a través de la superación del modelo ofrecido por la modernidad de un Derecho con reglas generales y abstractas, para llegar a un modelo posmoderno, ya no de reglas sino de conceptos más abiertos, pragmáticos, graduales, inestables y reversibles, como los principios, que tienen como característica que reflejan las ambigüedades de ese paso de la modernidad a la posmodernidad, en la que no se puede identificar al Derecho con el caos, sino como un sistema en el que el orden es distinto al que existía en la modernidad⁵³⁰.

⁵²⁹ Cfr. BECK, Ulrich. *Ecological Politics in an Age of Risk*. Cambridge: Polity Press, 2002.

⁵³⁰ Cfr. DE SADELEER, Nicolas. *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*. Op. cit. pp. 1-9.

Así, de Sadeleer plantea la identificación de principios con ciertos modelos de actuación en el Derecho ambiental. El modelo curativo, que tiene como principio eje el de que quien contamina, paga, descansa en la hipótesis de que la naturaleza tiene una infinita capacidad de regeneración, por lo que la ve como invulnerable, de manera que en los casos en que se presente daño, el contaminador pagará por la reparación, bien sea en desarrollo del principio mencionado, o a través de otros mecanismos de responsabilidad civil que permitan lograr compensación⁵³¹.

Por su parte, el modelo preventivo, del cual es ejemplo prototípico el principio de prevención, está basado en la idea de que algunos tipos de contaminación son irreparables y que, en consecuencia, deben ser prevenidos. Este modelo, por oposición al modelo precautorio, asume la posibilidad de conocimiento científico de los riesgos, por lo cual asume que es posible determinar cuál nivel de contaminación no comprometerá la restauración de los ecosistemas y sus especies, por lo que es posible establecer de manera técnica los niveles de riesgo que podrían ser asumidos⁵³².

Como se puede apreciar, tanto el modelo curativo como el modelo preventivo están más cerca del esquema tradicional del Derecho privado que el modelo precautorio o anticipatorio, pues precisamente trabajan con reglas encaminadas a proporcionar certeza y, además, en especial en el modelo curativo, se trabaja mirando hacia el pasado, como suele hacerlo el Derecho privado, pues ese es el esquema tradicional de la dogmática jurídica. Sin embargo, como lo plantea Luhmann, la dogmática jurídica debe no sólo ajustarse para pasar de la formación clasificatoria de conceptos a la formación funcional de los mismos, sino, principalmente, orientarse a la incorporación de criterios que dirijan la responsabilidad por el futuro en las relaciones jurídicas⁵³³.

El Derecho privado pareciera ir en esa senda, cuando se habla de un cambio en el paradigma de derechos que dice proteger el mismo, para no limitarlos a los derechos de los particulares aisladamente, sino que es necesario contemplar al Derecho privado también como protector de derechos de la colectividad.

Por la forma como ilustra el tema, es posible acudir a lo expuesto por una reconocida doctrinante argentina que explica, al referirse a las razones de la insuficiencia de la tutela civil resarcitoria, que: *"(...) Los autores que estudiaron el tema, coinciden en que esa forma de tutela que consiste en el resarcimiento, fue diseñada a la luz del pensamiento liberal e individualista que tiñó a toda la Codificación decimonónica, así como el proceso*

⁵³¹ Cfr. DE SADELEER, Nicolas. *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*. Op. cit., pp. 21-60.

⁵³² Cfr. *Ibíd.*, pp. 61-90.

⁵³³ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Op. cit., pp. 95-113.

civil clásico fue también informado con idénticos moldes. Tanto civilistas como procesalistas, encontraron las causas de la insuficiencia en esa adhesión ideológica.

“(…) En algún momento, nos dimos cuenta de que la protección fundada en la consideración del hombre en su dimensión singular y patrimonial era insuficiente. Ello fue así, porque esos derechos (los derechos personalísimos) y esos bienes (los de incidencia colectiva) tienen contenido no patrimonial. Por lo tanto, no podía pensarse en ‘restituir’ en el patrimonio del individuo, lo que no formaba parte del patrimonio o no pertenecía al individuo considerado en su individualidad, sino a la colectividad, a la humanidad, como el medio ambiente”⁵³⁴.

Ese enfoque puede ser aplicado a la protección del ambiente en Derecho privado, pues, como bien lo explica Seguí, la búsqueda de nuevos caminos ha llevado a encontrar en la prevención el eje sobre el cual ha empezado a girar el Derecho privado para proteger a las personas⁵³⁵.

Por ello, se sostiene aquí que los modelos curativo y preventivo estarían más próximos al Derecho privado pues, en el mismo, el tema del daño ambiental causado por particulares ha sido abordado, principalmente, bajo dos perspectivas: la de responsabilidad por afectar intereses individuales y la de responsabilidad por afectar intereses colectivos. En cuanto a intereses individuales se refiere, el tema ha sido tratado bajo los esquemas tradicionales de la responsabilidad civil, en los cuales se distingue entre los sistemas que asignan un gran papel a la culpa y aquellos que la desechan, para tratar el fenómeno bajo esquemas como el de relaciones de vecindad y teorías como la del acto excesivo y la del acto abusivo⁵³⁶.

Sin embargo, por la vía de la responsabilidad civil por daños individuales, *“(…) la protección al medio ambiente sólo se consigue de una manera indirecta. Es indudable, que toda persona que defienda sus intereses en estos casos también está defendiendo de una forma indirecta el interés de tipo ecológico de toda la comunidad y contribuye de esta forma indirecta a la protección del medio ambiente”⁵³⁷.*

Así, se afirma que: *“(…) la tendencia en la doctrina de hoy es formular y estructurar un concepto de daño ecológico, acorde con los eventos contaminantes actuales, partiendo*

⁵³⁴ SEGUÍ, Adela. Op. cit., pp. 101-102.

⁵³⁵ Cfr. *Ibíd.*, pp. 103-112.

⁵³⁶ Cfr. SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *La responsabilidad civil por daño ambiental*. En: SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*, tomo III. Bogotá: Javegraf, 2008, pp. 312-336.

⁵³⁷ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, María del Carmen. *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 34. Citado por SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *La responsabilidad civil por daño ambiental*. En: SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*, tomo III. Bogotá: Javegraf, 2008, p. 337.

del reconocimiento de situaciones que desbordan el puro carácter indemnizatorio de la responsabilidad para hacer énfasis igualmente en el carácter sancionatorio y preventivo que le corresponde a la institución como una de sus funciones trascendentes”⁵³⁸.

Inclusive, ha surgido en la doctrina la tendencia a distinguir el daño ecológico del daño ambiental, otorgándole al primero una entidad alejada de intereses jurídicos individualizados, mientras que el daño ambiental tendría un espectro más limitado que el ecológico, pero se ha buscado integrar de manera armónica los dos conceptos⁵³⁹.

En consonancia con lo anterior, se habla hoy de modificar el concepto de responsabilidad civil para hablar de Derecho de daños y, en concreto, se destaca dentro de esta rama la figura de los daños colectivos⁵⁴⁰.

Se sostiene, pues, que: “(...) en el tema del daño ambiental, el rubro de la indemnización o reparación tiene un cargo subsidiario, ya que lo primordial es la prevención y la evitación de mayores perjuicios, y es allí donde indudablemente el Estado aparece como el sujeto que mejor dominio de la cuestión puede tener”⁵⁴¹ y que, en consecuencia “(...) ante esta situación sostenemos que se impone un enfoque sistémico y global del problema, y que el Derecho de Daños que se ocupa de los daños colectivos y tecnológicos necesariamente tiene que abordarlo. En estas líneas de idea hemos sostenido que el daño ambiental pertenece a la categoría de los daños colectivos, afectando a comunidades o a grupos de personas de una manera global, pero reconocemos que puede coexistir con un daño individual en el patrimonio o persona de un particular. Este reconocimiento de la existencia de daños colectivos en el tema ambiental conlleva una revalorización de los bienes comunes o colectivos, cuya degradación o sobre uso implica una inadecuada utilización de ellos por parte del contaminador. (...) En tal sentido, creemos que la responsabilidad por daño ambiental es objetiva; que procede la acción preventiva en virtud del daño temido; si existen pluralidad de sujetos contaminantes puede aplicarse la responsabilidad colectiva; que la autorización administrativa no exime de responsabilidad al agresor y que el Estado tiene una responsabilidad directa y objetiva vinculada a su poder de policía, pudiendo mediar también responsabilidad del funcionario público. (...) Señalamos que el Derecho de Daños, con el énfasis puesto en prevención, la existencia de daños colectivos, los intereses

⁵³⁸ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Op. cit., p. 338.

⁵³⁹ Cfr. BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio. *Aproximación a los conceptos de daño ecológico y de daño ambiental. Dos daños en un mismo esquema de responsabilidad.* En: BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, *et al.* Daño ambiental, tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 15-73.

⁵⁴⁰ Cfr. GARRIDO CORDOBERA, Lidia María. La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad. Op. cit., pp. 61-80.

⁵⁴¹ GARRIDO CORDOBERA, Lidia María. Los daños colectivos. Op. cit., p. 227.

colectivos y los fondos de garantía, tiene que asumir su compromiso con la comunidad, con el derecho, e intentar dar una solución a la cuestión ambiental”⁵⁴².

Esto se enmarcaría dentro de la tendencia que ha ido permeando también al Derecho colombiano y que, para el caso concreto de la afectación a intereses colectivos sobre el ambiente, se ha recogido en mecanismos procesales como las acciones populares y las acciones de grupo, reguladas actualmente en el artículo 88 de la Constitución Política y la Ley 472 de 1998.

En particular, el artículo 34 de dicha Ley señala que, como consecuencia del trámite de acciones populares, *“(…) la sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante”.*

En lo que a daños ambientales se refiere, el citado artículo 34 de la Ley 472 señala que *“(…) En caso de daño a los recursos naturales el juez procurará asegurar la restauración del área afectada destinando para ello una parte de la indemnización”.*

Por su parte, el artículo 65 de la Ley 472 de 1998, en lo relacionado con las acciones de grupo, sólo dispone, en relación con los efectos de la sentencia, medidas de tipo indemnizatorio, y no habla de obligaciones de hacer o no hacer.

De esta manera, se puede observar que la tendencia en el Derecho es la de ampliar el espectro del concepto de daño, para lograr incluir allí nuevos fenómenos como el daño ambiental y el daño ecológico. Sin embargo, tal aproximación se habría concentrado principalmente, hasta la fecha, en el ordenamiento jurídico colombiano, bajo la figura procesal de las acciones populares, con lo cual es evidente que el campo de acción que queda para el principio de precaución amerita su exploración a profundidad en las figuras que de antaño dominan al Derecho privado, pues no queda claro, por ejemplo, cómo debe darse aplicación a tal principio frente a principios o postulados como el de la autonomía privada, de la relatividad y la seguridad de los actos jurídicos, en lo que a contratos se refiere.

⁵⁴² *Ibíd.*, pp. 238-239.

Lo anterior sólo puede darse, y ésta es una de las principales apuestas de este trabajo, modificando el esquema de comprensión del Derecho privado como protector de intereses particulares, para reconocerlo como protector, también, de intereses o derechos colectivos, destacándose Colombia por tener desarrollos constitucionales en la materia que otros países, inclusive del denominado "primer mundo", no han tenido⁵⁴³.

Así, para que el principio de precaución y el modelo anticipatorio realmente puedan tener algún tipo de aplicabilidad en Derecho privado, es claro que deberían darse cambios profundos frente a paradigmas, como lo expone Lorenzetti⁵⁴⁴. A su vez, los modelos curativo y preventivo del Derecho ambiental no tienen inmediata aplicación en Derecho privado, por pertenecer a discursos distintos.

⁵⁴³ Cfr. CRAWFORD, Colin. *Derechos culturales y justicia ambiental. Lecciones del modelo colombiano*. En: BONILLA MALDONADO, Daniel (Coord.) *Justicia colectiva, medio ambiente y democracia participativa*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009, pp. 25 – 68.

⁵⁴⁴ Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría del derecho ambiental*. Op. cit., pp. 95-96.

2.4. CONTRATACIÓN MERCANTIL VERDE

En consonancia con el objetivo de este segundo capítulo, de presentar el marco conceptual de este trabajo, el siguiente paso es abordar el concepto de contratación mercantil verde.

El objetivo último que se persigue en este apartado es demostrar que la protección al ambiente es uno de los asuntos que deben ser abordados bajo el estudio de los contratos mercantiles en Colombia pues, como ya lo reconoce la doctrina nacional, en cita realizada en la introducción general de este trabajo, *"(...) el conocimiento que hemos adquirido sobre el impacto que la actividad humana produce sobre el medio ambiente, hace que la concepción contemporánea del derecho no pueda evadir la consideración de los asuntos relacionados con la ecología"*⁵⁴⁵.

Igualmente, vale la pena reiterar que la agenda detrás de este trabajo está marcada por la convicción de que los particulares también están obligados a proteger el ambiente; la pregunta a resolver está en cómo se logra esa protección desde una rama del Derecho que aparentemente no estaría llamada a hacerlo, como el Derecho comercial. Para el efecto, es necesario partir de la base de que el concepto de contrato depende, fundamentalmente, del conjunto de hechos que históricamente lo hayan formado para cada contexto y cultura jurídica en particular.

Así, inicialmente será abordado el estudio de qué se ha entendido tradicionalmente por contrato, para posteriormente hacer una breve referencia a por qué el asunto de sus implicaciones ecológicas no se encuentra claramente señalado en el Derecho positivo vigente en Colombia.

El objetivo último de la primera parte de este apartado no es otro distinto que el de evidenciar una necesidad, la de contextualizar la noción de contrato, y que ello sirva como puente para el siguiente apartado de este capítulo, en que es abordado el estudio de las principales teorías existentes en Derecho de contratos, pues, como lo bien lo expone Bix: *"(...) las teorías que traten de explicar el derecho de contratos como un todo, o áreas particulares del derecho de contratos, necesitan hacer espacio para el característico rol de la historia"*⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Tomo IV: Contratos contemporáneos. Op. cit., p. 35.

⁵⁴⁶ BIX, Brian H. Contract Law: Rules, Theory, and Context. Nueva York: Cambridge University Press, 2012, p. 16.

2.4.1. La aproximación histórica al concepto de contrato

En este trabajo, se entiende que el concepto de contrato depende, fundamentalmente, del conjunto de hechos que históricamente lo hayan formado para cada contexto y cultura jurídica en particular. Una vez desarrollada esta idea, se planteará que, en el caso colombiano en concreto, aún no existen elementos claros que permitan hablar sin lugar a dudas de las implicaciones ecológicas del contrato.

Para iniciar, es pertinente mencionar que el Código Civil colombiano define contrato o convención como el “(...) acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”⁵⁴⁷, mientras que el Código de Comercio colombiano define al contrato como “(...) un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”⁵⁴⁸

Las anteriores definiciones son criticadas por la doctrina colombiana por diversas razones, pero se destaca aquella de conformidad con la cual se confunden los conceptos de contrato y convención, pues “(...) el contrato es una de las especies del género convención y sólo crea obligaciones, al paso que ésta, la convención, puede crearlas, modificarlas o extinguirlas”, por lo cual se prefiere definir al contrato como “(...) el acto jurídico bilateral intencionalmente dirigido a producir obligaciones”, al acto jurídico como “(...) toda manifestación de voluntad intencionalmente dirigida a producir obligaciones”, y a las obligaciones como “(...) todo vínculo jurídico en virtud del cual una persona debe realizar una prestación a favor de otra”⁵⁴⁹.

Las definiciones propuestas dan una perspectiva de la figura que aquí se busca estudiar en el presente escrito, pero no pueden tomarse como las únicas existentes de tal concepto, pues es claro que tienen su origen principalmente en el Código Civil de Napoleón de 1804, a su vez inspirado en las definiciones propuestas por Domat y Pothier, bajo el influjo del racionalismo y el iusnaturalismo que permearon al Derecho desde el siglo XVII, incluso hasta hoy⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Civil. Ley 84. (26, mayo, 1873). Artículo 1495. Consultado el 20 de abril de 2017 y disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

⁵⁴⁸ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Código de Comercio. Decreto 410 (27, marzo, 1971). Artículo 864. Consultado el 20 de abril de 2017 y disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html

⁵⁴⁹ CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones. Bogotá: Javegraf, 2007, pp. 33, 193 y 270.

⁵⁵⁰ Cfr. GORLA, Gino. El contrato: problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. Tomo I: Exposición general. Barcelona: Bosch, 1959, pp. 94-101.

En efecto, si bien ese origen histórico del término contrato es reconocido por varios de los autores que enseñan la teoría de los contratos, no es usual encontrar explicaciones que permitan establecer diferencias de ese concepto de contrato frente a otros existentes.

Así, por ejemplo, no suele mencionarse que en el sistema de Derecho inglés el concepto de contrato tiene que ver más con una promesa realizada por alguien y que genera confianza en otra persona para la realización de determinado acto o prestación, o que dentro del concepto inglés están cobijados también los actos unilaterales, todo bajo un concepto que se ha venido formando desde épocas medievales⁵⁵¹.

Por eso, es interesante remitirse a la explicación que sobre el origen del contrato presenta Carnelutti, no con el ánimo de acogerla, sino para poder tener una idea de cómo se ha visto el fenómeno, pues sin perjuicio del reduccionismo o falta de elaboración que se le pueden atribuir a la explicación de Carnelutti sobre el origen del Derecho y, en particular, del contrato, es evidente que esta figura aparece en la vida de los hombres ante la necesidad de relacionarse y de intercambiar bienes, servicios o aportes para la satisfacción de otras necesidades o para la consecución de ciertos fines⁵⁵².

Un hecho de tal envergadura no podía pasar desapercibido para el Derecho. En efecto, si se distingue la norma jurídica de las normas morales o sociales, afirmando que la norma jurídica es *“(...) aquella cuya ejecución está garantizada por una sanción externa e*

⁵⁵¹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 392-398 y 492-493.

⁵⁵² Afirma Carnelutti que el contrato es uno de los tres instrumentos que explican el nacimiento del Derecho, pues los otros son la guerra y la propiedad. Así, sostiene que la base para entender el nacimiento del Derecho reside en el hecho de entender que vivimos dominados por la economía, es decir, por la existencia de unos recursos limitados mediante los cuales debemos satisfacer nuestras necesidades ilimitadas. Debido a que los hombres se atacan para conseguir los recursos o bienes que requieren para cubrir sus necesidades, surge la guerra como acto de arrebatar o invasión de la propiedad de otras personas. Este fenómeno da origen a la moral y al Derecho, pues los hombres no pueden vivir en el caos, sino que necesitan de cierto orden. De esta forma, mientras la economía es el reinado del egoísmo, del yo, la moral es el reinado del tú, de tratar a los demás hombres con amor y libertad. Sin embargo, la moral tiene un lento avance en el tiempo, por lo cual es necesario acudir a otra herramienta que permita conseguir los mismos objetivos que persigue la moral, pero de una manera más rápida y obligatoria para las personas, con lo cual surge el Derecho, entendido por Carnelutti como un precepto proferido por la autoridad o cabeza de la sociedad hacia sus súbditos, revestido de una amenaza o sanción en caso de incumplimiento, con lo cual se convierte en un mandato que le da su carácter al Derecho de mecanismo que recurre a la fuerza para combatir la guerra, pero que goza de legitimidad porque es proferido por la cabeza del organismo viviente que es la sociedad y porque combina fuerza con justicia. Bajo este esquema, el contrato surge, ante todo, como un fenómeno económico que se transforma en jurídico y mediante el cual se realizan las dos formas fundamentales de colaboración económica: el intercambio y la asociación. En efecto, sólo a través del intercambio y la asociación pueden las personas satisfacer las necesidades que poseen. Así, el contrato es la forma como las personas pueden regular hacia futuro y bajo la forma de mandato, es decir, de Derecho, sus relaciones sobre la propiedad de los bienes, convirtiéndose en un instrumento mediante el cual se garantiza, si no la paz, por lo menos una tregua en la guerra que los hombres libran entre sí por los recursos disponibles para satisfacer sus necesidades. De esta manera, el contrato se convierte en el mecanismo que permite la “fecundación moral de la economía”, como la denomina Carnelutti, que garantiza que “la economía tenga vegetación lozana y no sea un páramo desolado”. (Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*. Bogotá: Temis, 1.994, pp. 1-45).

institucionalizada"⁵⁵³, y para definir al Derecho se dice que "(...) por 'derecho' (también en el lenguaje común) se entiende no una norma aislada, sino un conjunto de normas, y, por tanto, el concepto de derecho sólo puede ser aclarado haciendo referencia no ya a un tipo de norma sino a un tipo de conjunto de normas, lo que habitualmente se llama 'ordenamiento jurídico'"⁵⁵⁴, es posible comprender que el Derecho esté interesado en apropiarse de un hecho como las necesidades de intercambio y asociación de las personas, para extraerlo del mundo de las normas morales o sociales y revestirlo de sanciones externas e institucionalizadas, que garanticen que los acuerdos a los cuales lleguen las personas en virtud de esas necesidades, efectivamente se cumplan y permitan la satisfacción de las partes interesadas en los mismos⁵⁵⁵.

Así, independientemente de la concepción que se tenga del Derecho, lo que sí queda en evidencia, y hasta cierto punto se convierte en algo incomprensible, es que la mayoría de los textos jurídicos que abordan el estudio del fenómeno de los contratos, asuman tal figura como algo dado por naturaleza y que está llamada a operar siempre bajo los mismos criterios.

En efecto, la más reputada doctrina jurídica existente a nivel colombiano en materia de contratos tiende a iniciar sus estudios dando por sentada la existencia y prevalencia del postulado de la autonomía de la voluntad privada y de una teoría general de los contratos⁵⁵⁶, o estudiando cada contrato en particular pero con principal énfasis en las normas jurídicas vigentes en el país y algunas referencias a los orígenes históricos de los tipos contractuales⁵⁵⁷, así como, si abordan el estudio histórico del Derecho de contratos, lo realizan de una manera poco profunda⁵⁵⁸.

Siguiendo a Gorla, ciertos puntos oscuros de la teoría del contrato del *civil law* se iluminan gracias a la comparación de índole histórico, pues ello permite comprender nuestra excesiva tendencia a las abstracciones y generalizaciones y ciertas formas de

⁵⁵³ BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Op. cit., p. 111.

⁵⁵⁴ BOBBIO, Norberto. Contribución a la teoría del derecho. Op. cit., p. 98.

⁵⁵⁵ Obviamente, esta visión se encuentra marcada por el concepto positivista de Derecho, previamente citado, que no es el que necesariamente se acoge en este trabajo, pues hay que entender que aportes como los de Alexy y Dworkin, entre otros, no pueden ser ignorados en el estado actual del estudio del Derecho.

⁵⁵⁶ Cfr. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. Bogotá: Temis, 1994, pp. 3-7.

⁵⁵⁷ Cfr., entre otros, BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. 2 tomos. Bogotá: Ediciones del Profesional, 2008. GÓMEZ ESTRADA, César. De los principales contratos civiles. Bogotá: Temis, 2008. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. 3 tomos. Medellín: Diké, 2008.

⁵⁵⁸ Cfr. LAFONT PIANETTA, Pedro. Manual de Contratos. Tomo I. Bogotá: Ediciones del Profesional, 2001, pp. 9-19 y 169-204.

iusnaturalismo que nos llevan a creer que la solución de un problema o su mismo planteamiento se presentan como lógicos o como los únicos posibles, con las correlativas deducciones lógicas que muchas veces terminan yendo en contra de la justicia. Con la comparación histórica se advierte que son posibles otros caminos, otros planteamientos, otras soluciones, y que nuestra teoría general de los contratos es solamente una particularidad histórica, debida tal vez a razones de ambiente o a ciertas técnicas especiales⁵⁵⁹.

Lo anteriormente expuesto sirve como fundamento para justificar la necesidad de remontarse al origen histórico de la figura del contrato como tal y de sus regulaciones específicas, de manera que se pueda entender la importancia de dicho enfoque que, si bien no es el objeto central de estudio de este trabajo, sí es un referente muy importante.

Así, a continuación se realiza una muy breve exposición del origen histórico de la noción de contrato dentro de los dos principales sistemas jurídicos de Occidente, con el fin de poder apreciar las diferencias entre uno y otro, partiendo, sin necesariamente compartirla, de la afirmación según la cual la aproximación del *common law* al Derecho de contratos suele ser más pragmática y, en consecuencia, receptiva de las explicaciones económicas a la figura del contrato, mientras que la aproximación del *civil law* creció bajo el espectro filosófico de la idea de autonomía y de la promesa, lo cual no la ha hecho tan receptiva de la explicación económica⁵⁶⁰.

2.4.1.1. Aproximación a la historia del contrato en el *civil law* ⁵⁶¹

En la mentalidad jurídica antigua, la fuente de las obligaciones era la promesa que alguien realizaba. Sin embargo, no cualquier tipo de promesa era válida, sino que debía otorgarse dentro de una ceremonia o ritual especial, dotada de una especie de valor mágico o religioso, pues una promesa que no cumpliera los requisitos sacramentales de forma, estaba destinada a no poder ser exigida. Además, en lugar de una acción contractual se concedía una acción *ex delicto*, es decir, el incumplimiento contractual se entendía como un delito.

Pier Giuseppe Monateri es bastante ilustrativo sobre el asunto cuando advierte que ese primitivismo de magia y exotismo⁵⁶², que rodeó a la figura de los contratos en el Derecho

⁵⁵⁹ Cfr. GORLA, Gino. Op. cit. pp. 5-6.

⁵⁶⁰ Cfr. SPECTOR, Horacio. The Future of Legal Science in Civil Law Systems. *Louisiana Law Review*. 2004, vol. 65, pp. 255-269.

⁵⁶¹ Se acoge esta denominación de “civil law” para hablar del sistema jurídico o cultura jurídica y no confundirlos con la denominación de “Derecho civil”, acogida para exponer las similitudes y diferencias con el “Derecho comercial”.

⁵⁶² Como posibles explicaciones para tal exotismo, se ofrecen: i) la dificultad de saber si el promitente ha querido verdaderamente contraer una obligación en sentido jurídico o mantenerse simplemente en el campo de las relaciones sociales o morales; ii) las dificultades de interpretación de la voluntad de las partes se

romano, perduró hasta, por lo menos, el año 212 d.C., en que se expidió la Constitución antoniana, que extendió la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio y permitió que el Derecho romano se "contagiara" de las influencias afrosemíticas que lo hicieron salir de ese primitivismo en el que vivía, con lo cual demuestra que el mito de la supremacía del Derecho romano en el campo del Derecho fue elaborado bajo el impulso de los prejuicios del historicismo del siglo XIX, con una clara intención de negación de influencias distintas a las del modelo ario⁵⁶³.

En el periodo medieval, la influencia bárbara de percibir la responsabilidad del promitente más bajo la figura del delito que la del incumplimiento contractual, dio origen a figuras como el enriquecimiento injusto y el engaño o fraude. Además, cobró vigencia durante esta época la idea de que el contrato sólo es reconocido jurídicamente en cuanto implique un cambio, lo cual se reflejará en la figura de la *consideration* del *common law*. Por el contrario, en el medioevo no se indagaba por la causa o razón de la promesa, es decir, por la intención del promitente para celebrar el contrato, lo cual vendría a surgir sólo con posterioridad, durante la época de prevalencia del iusnaturalismo, para luego reevaluarse en la actualidad⁵⁶⁴.

Por otra parte, en el medioevo predominaría un sistema de contratos reales y formales, de manera que el principio del nudo consentimiento o formación de los contratos por el simple acuerdo de las partes sólo vendría a aparecer hasta el siglo XVI o, incluso posteriormente, en algunos países de Europa. Ello se debió, fundamentalmente, a la influencia de los comerciantes de considerar el crédito como un bien que incluían en sus balances, y de escuelas como la romanista, la canonista y la del Derecho natural, de confiar en la promesa y reconocerle valor jurídico. Durante esta época y, sobre todo, a partir del siglo XVII, empezó a gestarse en el sistema del *civil law* un Derecho de los sabios o *savants*, consistente en estudios efectuados por eruditos, inspirados algunas veces en el

resuelven más fácilmente encasillando a las mismas dentro de contratos formales o consagrados por el uso (los contratos típicos y nominados); iii) la dificultad de determinar si se está en presencia de un contrato perfeccionado o de negociaciones previas; iv) se evita que las personas tomen decisiones precipitadas o poco consideradas; v) en ausencia de forma se hace necesario encontrar una razón que justifique la obligación, la cual se halla en el sacrificio que el destinatario de la promesa ha tenido que hacer para obtenerla; y vi) la escasa fuerza de que disponen los tribunales, lo cual los lleva a reconocer obligatoriedad sólo a los contratos formales y típicos. De esta forma, los asuntos que se convierten en el eje sobre el cual girarán los avances en materia de contratos en el *civil law* son la promesa no formal a título gratuito y los contratos atípicos. Así, en Roma sólo se reconocían, en principio, ocho formas de contratos típicos y sólo hasta la época de Justiniano se aceptó la posibilidad de una acción para los contratos innominados, lo que abriría la puerta a los contratos consensuales. (Cfr. GORLA, Gino. Op. cit., pp. 19-43).

⁵⁶³ MONATERI, Pier Giuseppe. *Gayo, el negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental*. En: MONATERI, Pier Giuseppe y SAMUEL, Geoffrey H. *La invención del derecho privado*. Bogotá: Siglo del Hombre/ Instituto de Estudios Sociales y Culturales Pensar/Universidad de los Andes, 2006, pp. 164-177.

⁵⁶⁴ Cfr. BERNAL FANDIÑO, Mariana. *La transformación de la causa en el derecho de contratos francés*. *Revista Vniversitas*. 2006, vol. 55, nro. 111, pp. 227-243.

Derecho romano, aunque principalmente en la lógica y el Derecho natural, lo cual produjo una tendencia bastante excesiva a racionalizar los datos de la experiencia de su época y a revestirlos de conceptos, de nombres y hasta de ideales propios, por oposición al Derecho realmente vivido, lo que se tradujo en una diferencia importante frente al sistema del *common law*⁵⁶⁵.

Siguiendo otra vez a Gorla⁵⁶⁶, esto sería antecedente del fenómeno de las codificaciones, en el cual la influencia del Derecho natural y de las tendencias a las generalizaciones y racionalizaciones, así como de las inclinaciones a sustituir la realidad por ideales, ha sido una influencia para la interpretación del Derecho actual y para su entendimiento desde el punto de vista histórico, pues las codificaciones señalaron la supremacía de la teoría, entendida como obra de generalización y racionalización hecha con el pretexto de sistematizar, sobre la práctica, sobre la tradición y sobre la experiencia. Ese espíritu inspiró a Domat y Pothier en Francia para dar nacimiento al Código civil francés de 1804, paradigma del movimiento de la codificación, en el cual primaron el principio *iusnaturalista* del nudo consentimiento y la elaboración de teoría de la causa, entre otras instituciones, con lo cual se dio un vuelco total respecto de lo que había imperado en el *civil law* durante la Edad Media⁵⁶⁷.

El sistema así creado ha llevado a que en el *civil law* el contrato sea concebido como una figura que está encaminada a otorgar seguridad y justicia entre los particulares, para que los conflictos que puedan surgir en su ejecución, supuestamente no sean resueltos de manera violenta por fuera de los tribunales judiciales, sino directamente por las partes o ante un juez. Independientemente de los pactos vestidos que aún puedan existir, lo que prima en los contratos del *civil law*, para que puedan existir y ejecutarse, es su licitud, es decir, la no oposición a normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres, conceptos totalmente indeterminados, con lo cual, la función social del contrato se traduce en el mantenimiento del orden y la paz social⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ Cfr. GORLA, Gino. Op. cit., pp. 44-57.

⁵⁶⁶ Cfr. *Ibíd.*, pp. 57-372.

⁵⁶⁷ El fenómeno de la codificación dominó así al sistema de *civil law* durante los siglos XIX y XX, y aún en el siglo XXI la figura de los contratos encuentra su principal regulación en códigos, civiles y mercantiles, o unificados. Sin embargo, afirma Gorla que el principio del nudo consentimiento realmente no ha tenido aplicación en el *civil law*, por cuanto las limitaciones existentes a la manifestación de la voluntad de las partes, han creado un nuevo sistema de pactos vestidos, como los que existían en el Derecho romano exótico y mágico del que ya se habló. En efecto, los contratos onerosos típicos siguen vestidos por el tipo expresamente regulado por los códigos, y los contratos a título gratuito y los atípicos están más o menos vestidos, pues en los primeros se suele exigir todavía el cumplimiento de ciertas formalidades y en los otros el tema de la causa suficiente se constituye en un límite, vaporoso, pero de todas formas un límite.

⁵⁶⁸ Sin embargo, ello ha llevado a que surjan figuras como la de la función económico-social del contrato (art. 1322 Código civil italiano), en virtud de la cual se busca restar eficacia y, sobre todo, protección del ordenamiento a los contratos que se dirijan a realizar intereses fútiles, figura que ha sido objeto de varias críticas, precisamente por ser insensible a la historia y al derecho comparado y por caer en el esquema de las

Con el transcurrir del tiempo, la concepción decimonónica del contrato fue sustituida por una concepción intervencionista, dirigida por parte del Estado, lo que llevó a hablar de la crisis y hasta de la desaparición del contrato, postura revaluada, pero que ha motivado profundos cambios en la concepción de los contratos, tales como: la incorporación del criterio de la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato; la implementación de la teoría de la imprevisión; la unificación de los códigos civiles y comerciales y la profusión de documentos sobre principios de los contratos y tratados y convenios internacionales, además del resurgimiento de la *lex mercatoria*, como consecuencia de un claro ánimo integracionista; la especial protección brindada a los consumidores, a través de figuras como las condiciones generales de contratación y las cláusulas de contratación abusivas en la contratación predispuesta, además de una rama autónoma del Derecho, la del Derecho del consumidor; la incorporación de la equidad como criterio de resolución de conflictos contractuales; la incorporación cada vez más notoria de normas de índole constitucional en la celebración, ejecución e interpretación de los contratos; y el énfasis puesto en el incumplimiento contractual como factor objetivo, por encima del criterio de culpabilidad predominante en épocas anteriores⁵⁶⁹.

En consecuencia, hoy en día se aboga por una visión de los contratos, dentro del sistema de *civil law*, completamente diferente a la que inspiró la redacción de los códigos civiles y comerciales en los siglos XIX y XX.

Hoy se plantea⁵⁷⁰ mirar al Derecho comercial no como la rama del Derecho que regula las actividades de los comerciantes o los actos de comercio, así como tampoco por regular las actividades de la empresa, pues siendo la empresa el eje central de la economía actual, todo el Derecho terminaría por ser comercial, perdiendo su naturaleza ramas como el Derecho laboral, el Derecho administrativo, etc., y se replantea al Derecho comercial como un Derecho de la economía de masas, de manera que Derecho y realidad vayan de la mano, pues sólo así cabrían figuras como los contratos celebrados a través de medios electrónicos, las denominadas relaciones contractuales de hecho y los paracontratos (relaciones jurídicas en las que basta el simple hecho de apretar un botón, tirar de una palanca, oprimir una tecla, etc., para obtener determinados bienes o servicios, siendo evidente la ausencia de cualquier tratativa posible, pues sólo hay de por medio máquinas o empleados que actúan mecánicamente), se tengan en cuenta los

abstracciones y generalizaciones ya criticado, y por ser reflejo de la desconfianza del *civil law* por los contratos atípicos y a título gratuito. (Cfr. GORLA, Gino. Op. cit., pp. 368-372).

⁵⁶⁹ Cfr. SOTO COAGUILA, Carlos y MOSSET ITURRASPE, Jorge. El contrato en una economía de mercado. Bogotá: Javegraf, 2009.

⁵⁷⁰ Cfr. FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 2005.

efectos de la publicidad sobre los contratantes y, en general, se oriente todo el fenómeno hacia la responsabilidad de los productores y proveedores en la contratación mercantil⁵⁷¹.

Advierte la doctrina⁵⁷² que pareciera ser que en gran medida el futuro de lo que ocurrirá con la figura de los contratos en el sistema de Derecho contractual del *civil law* depende del rol de los jueces, toda vez que el Derecho ya no se percibe como un conjunto sistemático de normas, sino que: se han aceptado valores y principios, a los cuales deben recurrir los jueces para dictar sus providencias; respecto a la epistemología jurídica ya no se defiende un saber meramente descriptivo y sistematizado (racionalista) sino que se reclama prescripción y valoración; el Derecho se ha judicializado en cierta medida, superando la distinción entre la creación y la aplicación; y se ha quebrado la distinción entre moral y Derecho, para que el juez afronte exigencias de moral crítica, todo lo cual se ve reflejado, principalmente, en que el examen de la validez de las normas, tanto contractuales como legales, se ha ampliado a los contenidos constitucionales, que aumentan el papel del poder judicial, lo cual se ha denominado la constitucionalización del Derecho privado de los contratos.

Sin embargo, también se advierte por la doctrina que este nuevo enfoque encierra algunos peligros, como son el debilitamiento del poder legislativo y de la ley, el denominado oscurecimiento democrático o usurpación judicial de la voluntad popular bajo el ropaje de la interpretación constitucional, un fetichismo constitucional que puede derivar en una suplantación iuspositivista de la soberanía de los Estados por la soberanía constitucional, la desnormatización del Derecho, pues el arrinconamiento de las normas a favor de los principios puede derivar en un desconocimiento de cuáles son las reglas que guían la vida en sociedad, la hipermoralización del Derecho, la prescindencia del silogismo deductivo judicial, la afectación profunda del valor de la seguridad jurídica, la crisis del sistema de fuentes y, en general, la pretensión de que en la Constitución están todas las soluciones jurídicas y se impone su aplicación, sin dejar espacio para otras normas⁵⁷³.

⁵⁷¹ No en vano se propone un nuevo concepto de contrato, según el cual: “(...) *contrato es el acto jurídico entre vivos, bilateral o plurilateral, mediante el cual las partes regulan sus derechos susceptibles de apreciación pecuniaria, en virtud de la aceptación que una de ellas hace de la oferta que otra formula*”. (FARINA, Juan M. Op. cit., p. 239).

⁵⁷² Cfr. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Evolución, presente y futuro de la contratación mercantil. Conferencia pronunciada en el Coloquio de Derecho Mercantil celebrado en la Pontificia Universidad Javeriana en noviembre de 2008 en homenaje a José Ignacio Narváez García. Bogotá: sin publicar, 2008, pp. 8-14.

⁵⁷³ Queda así pendiente por abordar en futuros trabajos la afirmación según la cual “(...) *la crisis actual de los sistemas jurídicos no es ajena al derecho de los contratos. Por el contrario, un escenario de libertad como lo es el ejercicio de la actividad contractual, que supone pautas claras y precisas para que los empresarios y comerciantes puedan saber a ciencia cierta cuál es el ámbito de su potestad, se confunde cuando el sistema jurídico comienza a tener como característica, precisamente, la ausencia de sistema*”. (ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Evolución, presente y futuro de la contratación mercantil. Op. cit., pp. 20-21). Esa ausencia de sistema podría ser comprendida remitiéndose a los orígenes históricos del contrato en el *civil law*, pues lo anterior pareciera tener relación con la idea de que en el *civil law* la “(...) *tendencia a las*

2.4.1.2. Aproximación a la historia del contrato en el *common law*⁵⁷⁴

Tomando como referencia a Séroussi⁵⁷⁵, el contrato en el Derecho inglés se entiende como un acuerdo cuyas consecuencias vinculan legalmente a las partes, aunque algunos hacen énfasis en el aspecto de la promesa, cuyo incumplimiento ya no está asimilado estrictamente a la figura del *trespass* (intromisión ilegítima, agresión a la intimidad, transgresión), sin perjuicio de que los tribunales ingleses siempre tienen muy en cuenta el concepto de daños y perjuicios (*damages*), que en el *civil law* se asocia más a la responsabilidad civil extracontractual.

La clasificación de los contratos es muy distinta de la del *civil law*, pues categorías como *contracts of records*, *contracts by deed* y *simple contracts*, por ejemplo, no se pueden trasladar al sistema de *civil law*. Aunque hay figuras similares a las del *civil law* actual, como la oferta y su obligatoriedad o la imposibilidad de modificar un contrato después de celebrado, salvo pacto expreso de las partes, entre otras, hay otras diferencias profundas, que hacen al sistema del *common law* bastante ajeno al sistema continental: los vicios del consentimiento son tratados en manera distinta; los requisitos de validez del contrato son

generalizaciones y a esa necesidad de sistematización a toda costa (...) ha creado y crea enormes dificultades y fatigas improbas en el estudio del 'civil law' y lo ha convertido a menudo en un verdadero laberinto. La necesidad de orden y sistematización ha venido a resolverse, de esta manera, en el desorden y en la confusión". (GORLA, Gino. Op. cit., pp. 370-371).

⁵⁷⁴ No es posible acá profundizar en las características del *common law*, pero sí hay que resaltar que hasta la invasión normanda de 1066, la influencia del Derecho romano fue casi nula en el Derecho inglés, en el cual primaban las costumbres locales. Precisamente el *common law* vino a ser una obra de los Tribunales Reales de Justicia de Londres, los tribunales de Westminster, sobre los Derechos locales, debido a un hecho histórico que fue la decisión de los reyes normandos de unificar la jurisprudencia, consolidándose así un Derecho jurisprudencial que se aplica aún en Inglaterra y el país de Gales (Escocia es un país de *civil law*). En el siglo XV hizo aparición otro sistema de Derecho, el de la *equity* o equidad, que surgió como reacción frente al exagerado formalismo del *common law* y que dio origen a dos sistemas coexistentes hasta el siglo XIX, momento en que a través de las Leyes de la Judicatura de 1873 y 1875 se logró una simbiosis para evitar la dualidad de procedimientos; así, se creó un único procedimiento y una única jurisdicción (*the Supreme Court of Judicature*) ante la cual se pueden invocar las normas del *common law* y de la *equity*. Se caracteriza así el *common law* inglés actual por ser un Derecho jurisprudencial, de casos, en el que los tribunales investigan para cada caso cuál es la norma jurídica que debe ser aplicada, debiendo las sentencias estar respaldadas por abundante argumentación (*obiter dicta*) y evitando la separación de los precedentes existentes respecto de la norma jurídica aplicada. Por su parte, en el Derecho de los Estados Unidos de América se presenta una aplicación distinta del *common law*, pues debido a razones, principalmente históricas, las constituciones dictadas por cada una de las trece colonias que se independizaron del Imperio Británico y la expedición de una Constitución federal que permitiera mantener unidas a dichas colonias, han llevado a una especial combinación de normas de *common law* y de Derecho escrito o legislado (*statute law*), pues no se dio esa unificación de tribunales que sí operó en el sistema inglés, caracterizando al Derecho norteamericano por ser, en consecuencia, más profuso que el Derecho inglés pero, también, más pragmático que éste, pues se encuentra más abierto a principios coherentes y útiles al razonamiento intelectual. (Cfr. SÉROUSSI, Roland. Introducción al derecho inglés y norteamericano. Barcelona: Ariel, 1998, pp. 9-30 y 81-110).

⁵⁷⁵ Cfr. SÉROUSSI, Roland. Op. cit., pp. 31-41 y 111-122.

similares, salvo la figura de la *consideration*; la figura de *unclean hands* (sólo pueden acudir al tribunal las personas que no hayan actuado de forma culposa o censurable); la figura del *estoppel* (acogida de cierta forma en el *civil law* bajo el deber de coherencia y la doctrina de los actos propios); y la posibilidad de resolver anticipadamente el contrato cuando una de las partes manifiesta su intención de no querer hacer frente a sus compromisos futuros, adquiridos con anterioridad (*anticipatory breach*), entre otros ejemplos de figuras ajenas al *civil law* o sistema romano-germánico.

El Derecho inglés de contratos también se distingue del norteamericano, a pesar de tener orígenes en común, en materias vistas bajo otro enfoque en los Estados Unidos de América como: la interpretación de los contratos (*four corners test*); su constante referencia al hombre de la calle y a soluciones basadas en el sentido común, por lo cual es tildado dicho Derecho de simplista; la distinta concepción del dolo (no como *misrepresentation* sino como *fraud*; conceptos como la *unconscionability*, asimilable al abuso; la distinta forma de reconocer y tasar las indemnizaciones; y un concepto de flexibilidad, muy teñido por el consenso, que impregna al ordenamiento norteamericano, aparejado con la idea de compromiso contractual, lo que se traduce en el eje que permite que los contratos sean concebidos en los Estados Unidos de América como el núcleo de su sistema jurídico y como uno de los parámetros más significativos de la doctrina liberal-capitalista dominante.

Siguiendo a Arcagni⁵⁷⁶, es importante mencionar que en el sistema de *common law*, independientemente considerado de si se trata del sistema inglés o el norteamericano, no existe la distinción entre Derecho público y Derecho privado que sí domina la teoría y práctica jurídicas en el *civil law*. También es de destacar que mientras en el *civil law* la concepción del contrato surgió de la primitiva concepción del contrato de cambio, en el *common law* surgió a través de las acciones que se iban reconociendo poco a poco en el Derecho jurisprudencial y, en particular, de la *action of assumpsit*, estrechamente vinculada con la responsabilidad delictual y que buscaba resarcir el *detriment* (sacrificio o limitación de libertad) sufrido por el destinatario de la promesa efectuada por otro.

Por eso, tal concepción de que la responsabilidad en los contratos no se genera tanto por haber prometido (como en el *civil law*) sino por haber causado un sacrificio⁵⁷⁷, una

⁵⁷⁶ Cfr. ARCAGNI, José Carlos. *El contrato en el common law*. En: STIGLIZ, Rubén (Dir.) *Contratos, Teoría general*, Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1990, pp. 47-63.

⁵⁷⁷ Según dicho autor, de aquí la importancia para el Derecho de los contratos del *common law* de la figura de la *consideration*, definida como “(...) *el precio por el cual es comprada una promesa*”, y que atiende a la idea de que, para que surja un contrato en el *common law*, no es suficiente con el acuerdo de voluntades sino que el beneficiario de la promesa debe dar algo de valor, así sea ínfimo, para que se entienda que el contrato ha surgido a la vida jurídica y, en consecuencia, sea fuente de obligaciones; tal concepto es bastante ajeno a la idea de contrato del *civil law*, pues las variantes y posibilidades de que un contrato no surja por ausencia de *consideration* son bastante frecuentes en el *common law*, pero refleja cómo la concepción de responsabilidad que históricamente permitió el nacimiento de la idea de contrato, aún persista, de manera que una institución que, en principio, permitiría calificar al concepto de contrato en el *common law* como reflejo de un sistema complejo e ineficaz, se observe actualmente bajo una perspectiva totalmente distinta, pues el *common law* es

limitación de la libertad, expresa una concepción muy severa de la responsabilidad que, ayudada por ciertas actitudes formalistas medievales, por la exigencia de seguridad y por concepciones puritanas, sigue manteniéndose en el *common law* ⁵⁷⁸.

Debido a lo anteriormente expuesto, suele manifestarse que el sistema de *common law* es más propicio para la figura de los contratos que el de *civil law*, pues el primero se ha desarrollado de forma empírica, siguiendo las necesidades prácticas que van surgiendo y tratando de adaptar esas necesidades a las viejas formas existentes, especialmente las formas procesales, sin preocuparse por construir una teoría general del contrato o de racionalizar teóricamente, pues se entiende que un ordenamiento jurídico no es un sistema abstracto de reglas sino que debe basarse en el hombre, ya que "las reglas o el sistema no son más que la hipóstasis de una sociedad, un *ethos*, una historia". Debido a esto, a pesar de los problemas que tiene el *common law*, se argumenta que el mismo corresponde de manera más fidedigna a la lógica de la experiencia necesaria para que un sistema de contratos opere adecuadamente, a pesar de la imagen que tienen los juristas del *common law* de que ciertos pactos que no son fácilmente reconocibles en su sistema, sí lo son en el *civil law*⁵⁷⁹.

También se argumenta a favor del *common law*, diciendo que la capacidad real de adaptación de sus principios jurídicos y el extraordinario talento que tiene para adoptar decisiones fácilmente comprensibles por las partes involucradas, podrían servir como referente para muchos Estados cuyos principios jurídicos no están bien asentados o dependen de familias jurídicas dispares, pues la práctica está demostrando el progresivo y eficiente desarrollo del Derecho mercantil inglés y norteamericano, ya que con diligencia, soltura y rapidez, se dan soluciones a los litigios de carácter empresarial⁵⁸⁰.

visto como un Derecho de negocios que prescinde de formalidades, ya que se basa en la íntima convicción de vivir el Derecho bajo el reinado de la buena fe y la responsabilidad de los individuos, a pesar de no reconocer ni analizar conceptos jurídicos de indeterminación categorial, para asegurar continuidad y progreso en el contexto de la paz social. (ARCAGNI, José Carlos. Op. cit., p. 56).

⁵⁷⁸ Hay que destacar que las materias de *contracts* y *torts* (ilícitos civiles extracontractuales) fueron un monopolio de los tribunales de *common law* en sentido estricto, por oposición a los tribunales de *equity*, los cuales eran más propensos a acoger influencias del Derecho canónico y el llamado Derecho romano, lo cual explicaría por qué el concepto de contrato del *common law* es tan distinto del existente en el *civil law*. También es de destacar que tanto en *contracts* como en *torts* no hay un criterio de tipicidad, pues tales instituciones no están encaminadas exclusivamente a regular un fenómeno técnico-jurídico sino al mismo tiempo un fenómeno social o consuetudinario, por lo cual, en materia de contratos, se aprecia otra diferencia palpable con el *civil law*, pues lo que importa en el *common law* es la responsabilidad de las personas por sus actuaciones, sin que se tenga en cuenta la causa del contrato o el molde conceptual dentro del cual se tiende a encasillar las conductas humanas en el sistema de *civil law*; por eso, los contratos del *common law* son atípicos o innominados, pues lo que importa es que cumplan los requisitos generales de los *contracts*, para que se entienda que un contrato ha nacido a la vida jurídica, ya que lo relevante es la protección de la confianza despertada en el promisorio y no tanto la protección del promitente, como ocurre en el *civil law*. (Cfr. GORLA, Gino. Op. cit., pp. 373-503).

⁵⁷⁹ Cfr. GORLA, Gino. Op. cit., pp. 376, 491-503 y 523-527.

⁵⁸⁰ Cfr. SÉROUSSI, Roland. Op. cit., p. 157.

Igualmente, se sostiene que el *common law* comprendió que antes de perseguir el mundo ideal de la justicia, como se piensa en Europa continental, el Derecho es un “rodeo de uno para consigo mismo”, pues parte de la base de que se requiere más división para obtener mayor unidad, más procedimiento para más verdad, más violencia para más paz, más de lo local para esperar lo universal, más democracia primitiva para obtener más mundialización, más pérdida de tiempo para ganar luego, mayor ahorro para lograr algo más simbólico, y más Derecho para más política⁵⁸¹.

Esas afirmaciones, así provengan de autores originarios de países pertenecientes al sistema del *civil law* no interesa apoyarlas o rebatirlas en este trabajo, pues escapan al objeto del mismo, pero sí sirven como base para hacer evidente la necesidad de reconocer la importancia del relato o explicación históricos en materia de Derecho, como fuente para el mejor conocimiento de las instituciones jurídicas vigentes en un momento determinado y las que se espera construir a futuro, pues en el caso colombiano pareciera relevante comprender que el llamado “método lógico” que se utiliza en el *civil law* es solamente uno de los métodos para aproximarse al fenómeno jurídico, para aprehenderlo, que tiene hondas raíces históricas, las cuales son precisamente negadas o ignoradas por ese hábito de justificar y de crear, con la razón abstracta y con la fe en su capacidad constructiva, los conceptos jurídicos, como el concepto de contrato, por ejemplo, para después extraer deducciones de ellos, de manera que se va oscureciendo el sentimiento del Derecho como fenómeno histórico o como evolución histórica, con soluciones particulares para casos individuales y reales, con la consiguiente separación o abismo entre teoría y práctica^{582 583}.

⁵⁸¹ Cfr. GARAPON, Antoine y PAPADOPOULOS, Ioannis. Op. cit., p. 314.

⁵⁸² Cfr. GORLA, Gino. Op. cit., pp. 9-11.

⁵⁸³ Hay que advertir que esta separación entre Derecho en los textos y en la práctica no es exclusiva del *civil law*. (Cfr. MACAULAY, Stewart, *et al.* *What Contracts Study Should Be*. En: MACAULAY, Stewart; KIDWELL, John y WHITFORD, William (Eds.) *Contracts: Law in Action. Volume I: The Introductory Course*. Newark/San Francisco/Charlottesville: LexisNexis, 2003, pp. 16-31). Igualmente, hay que advertir sobre los peligros que se derivan de asumir el relato histórico como completamente cierto y, en consecuencia, como la mejor explicación a las instituciones del Derecho. En efecto, ya fue mencionado en este trabajo lo que ocurrió con la escuela del historicismo legal alemán del siglo XIX, que pretendió reemplazar dentro del Derecho a la teoría universalista del Derecho natural por una en que se explicara cómo el Derecho occidental era un producto de la historia y no de la razón, de manera que el Derecho romano debía convertirse en un Derecho común para Europa y para toda Alemania. Así, por ejemplo, afirmaciones como las expuestas previamente al iniciar este apartado en el sentido de que el *common law* es un sistema más adecuado para los contratos que el *civil law*, deben tomarse con mucha precaución, pues se pueden transformar en dogmas o generalizaciones tan peligrosas como las que llevaron a que el sistema de contratos del *civil law* acogiera como suyos los principios y criterios del iusnaturalismo y degenerara en el ordenamiento demasiado abstracto y conceptualista ya expuesto, y a que se pretenda así otorgar una legitimación política a los países que acogen el *common law* sobre los países que no lo hacen, con un criterio supuestamente objetivo como es la versatilidad y eficiencia de su Derecho. (Cfr. SAMUEL, Geoffrey. *Derecho romano y capitalismo moderno*. En: MONATERI, Pier Giuseppe y SAMUEL, Geoffrey H. *La invención del derecho privado*. Bogotá: Siglo del Hombre/ Instituto de Estudios Sociales y Culturales Pensar/Universidad de los Andes, 2006, pp. 219-266).

En particular, en el caso colombiano, es evidente la necesidad de realizar estudios juiciosos, en cuanto a historia del Derecho de contratos se refiere, bajo una perspectiva local⁵⁸⁴, de manera que se puedan obtener nuevos elementos críticos para el estudio del Derecho, del Derecho colombiano, y ojalá con referentes externos distintos a los que tradicionalmente se han manejado, pues no basta con comparar a Colombia con sistemas como el *common law*, por ejemplo, sino que sería oportuno abrirse hacia frentes distintos⁵⁸⁵, de manera que pueda haber comparación con sistemas y valores ajenos a ese esquema individualista y capitalista del mundo occidental, para poder decidir con más elementos de juicio y con una perspectiva autocrítica.

Eso sí, hay que tener siempre presente que el relato histórico del Derecho es visto por algunos, si bien no como algo inútil, sí como una ciencia o, por lo menos arte, que carece de todo sentido práctico “(...) fuera del mero ayudarnos a entender a veces el presente”⁵⁸⁶, y hay otras corrientes más críticas que ven en la historia del Derecho un discurso legitimador, que nunca puede ignorar que los acontecimientos históricos no se encuentran independientes de la mirada del investigador, quien siempre los crea y elabora esquemas mentales para organizarlos, por lo cual la historia del Derecho no sería más que un género literario⁵⁸⁷, lo que en cierta forma recogería la idea expuesta por Orwell, según la cual el que controla el pasado controla el futuro y el que controla el presente controla el pasado⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ Un buen ejemplo de la separación entre el Derecho colombiano de contratos y la realidad que viven los ciudadanos gobernados o, supuestamente gobernados por tal Derecho, es el estudio liderado por Laura Rico Gutiérrez de Piñeres, eventualmente criticable porque se limita a relatar unas historias, sin ningún tipo de análisis de las mismas, pero que, aparte de ello, refleja que en Colombia, en Bogotá, las personas tienen un sistema de tradición de la propiedad totalmente distinto al que establece el Código Civil o el Código de Comercio. Así, por ejemplo, documentos como las “cartas de compraventa” y las “promesas de venta” que celebran los habitantes del barrio Jerusalén del sector de Ciudad Bolívar en Bogotá, han venido a reemplazar a las escrituras públicas, el registro en el folio de matrícula inmobiliaria y a los contratos de promesa por escrito que ordena el Código Civil para efectos de celebración de contratos de promesa y de compraventa sobre bienes inmuebles. Para dichas personas no tienen importancia los certificados de tradición y libertad de los inmuebles, ni los folios de matrícula inmobiliaria y, mucho menos, tiene sentido ir a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos para indagar por la situación jurídica de un inmueble. Para ellos, el dueño se determina averiguando con los vecinos sobre el particular. (Cfr. RICO GUTIÉRREZ DE PIÑERES, Laura. Ciudad informal. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009).

⁵⁸⁵ Cfr., por ejemplo, STIGLITZ, Rubén. *El contrato en el mundo socialista – Sistema imperante en la URSS*. En: STIGLITZ, Rubén (Dir.) *Contratos, Teoría general*, Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1990, pp. 65-81.

⁵⁸⁶ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. *Recorriendo la historia del derecho*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2006, p. 62.

⁵⁸⁷ Cfr. HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europea – Síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 15-26.

⁵⁸⁸ ORWELL, George. 1984. Barcelona: Destino, 2009, pp. 303-305.

Sin embargo, parecería haber algo de utilidad en la historia del Derecho, cuando se reconoce por los críticos que la misma es un saber de naturaleza distinta a la mayoría de las disciplinas dogmáticas que se imparten en los planes de estudios jurídicos, pues mientras estas últimas disciplinas tratan de implantar certezas en el Derecho vigente, la misión de la historia del Derecho es, por el contrario, la de problematizar el presupuesto implícito y acrítico de las disciplinas dogmáticas, subrayando que el Derecho sólo es posible en sociedad y que, independientemente del modelo usado para describir sus relaciones con los contextos sociales (simbólicos, políticos, económicos, etc.), las soluciones jurídicas son siempre contingentes en relación con determinado entorno, siempre son locales⁵⁸⁹.

2.4.2. Las implicaciones ecológicas de la noción de contrato

Lo anteriormente expuesto sirve como base para abordar el tema de las implicaciones ecológicas de la noción de contrato en el Derecho positivo colombiano actual. En efecto, es indispensable determinar si en el contexto jurídico colombiano se concibe al contrato como una institución que esté o no encaminada a la protección del ambiente.

Así, el Derecho positivo colombiano actual no establece figuras en las cuales pueda apoyarse claramente la defensa o protección del ambiente con ocasión de contratos celebrados por particulares. En el ordenamiento jurídico contractual colombiano, ni a nivel constitucional ni legal, se consagran figuras como el orden público ecológico como límite a la autonomía privada, ni se habla de la función ecológica de los contratos, por ejemplo.

El artículo 58 de la Constitución Política colombiana consagra la función social de la propiedad y la función ecológica que le es inherente, lo cual ha dado para hablar de cómo esta se puede extender a la empresa⁵⁹⁰, pero lo allí consagrado no ha permitido hablar en Colombia de la función social de los contratos, como sí ocurre en Brasil⁵⁹¹, por ejemplo, y mucho menos de una función ecológica de los mismos.

⁵⁸⁹ Cfr. HESPANHA, António Manuel. Op. cit., p. 15.

⁵⁹⁰ Cfr. HERRERA CARRASCAL, Giovanni. *La función ecológica de la propiedad y de la empresa. Análisis normativo y jurisprudencial*. En: LONDOÑO TORO, Beatriz; RODRÍGUEZ, Gloria Amparo y HERRERA CARRASCAL, Giovanni (Eds.). *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2.006.

⁵⁹¹ Cfr., entre otros, TIMM, Luciano Benetti. Los orígenes del contrato en el Nuevo Código Civil: una introducción a la función social, al welfarismo y a la solidaridad contractual. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*. 2008, vol. 3, nro. 1. TIMM, Luciano Benetti. La función social del derecho contractual en el Código Civil brasileño: justicia distributiva VS. eficiencia económica. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*. 2010, nro. 52, pp. 5-51. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Libertad contractual y su funcionalización: orientación metodológica y lenguaje utilizados por la Comisión elaboradora del Código Civil brasileño. *Revista Vniversitas*. 2011, vol. 60, nro. 123, pp. 347-372.

No obstante, con base en la necesaria sujeción de las disposiciones legales a los mandatos constitucionales que establece el artículo 4º de la Constitución Política, y diversas disposiciones constitucionales que llaman a proteger las riquezas de la Nación (artículo 8º C.P.) y el deber de los ciudadanos de proteger los recursos naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano (numeral 8º del artículo 95 C.P.), se puede pensar en que, si bien se evidencia la no existencia de límites claros y expresos a la actuación de los particulares en cuanto a protección del ambiente se refiere, se puede plantear la existencia de deberes que irradiarían todo el ordenamiento jurídico, incluyendo allí a la contratación mercantil.

En efecto, como ya se ha mencionado en este trabajo, normas como las consagradas en los artículos 2º, 8º, 49, 58, 67, 79, 80 y 95-8 de la Constitución Política han llevado a hablar de la “concepción ecologista” de la Constitución Política colombiana⁵⁹², lo cual no puede ser ignorado en la interpretación y aplicación del Derecho contractual colombiano.

Sin embargo, también es evidente que no pueden dejarse de lado disposiciones como las de los artículos 333 y 334 de la misma Constitución Política, de las que se desprende que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, y que los límites deben ser establecidos por el legislador, con lo cual se haría evidente la necesidad de leyes que limiten la iniciativa privada, y con ella la autonomía contractual, para preservar el ambiente.

Por consiguiente, teniendo claro que la noción de contrato depende de cada contexto jurídico y que en el Derecho positivo colombiano no hay actualmente claridad sobre la protección del ambiente en la contratación mercantil, es necesario abordar los conceptos de contratación sostenible y contratación verde, para luego, en el siguiente apartado, estudiar cuáles son las principales teorías de Derecho de contratos y determinar si abordan o no el tema de protección al ambiente en el contrato, pues la protección al ambiente en la contratación mercantil no es asunto que haya sido un objeto de estudio usualmente abordado por la doctrina colombiana, ya que, además de referencias muy puntuales como la ya transcrita, en el sentido de que tal debe ser uno de los asuntos abordados bajo el estudio de los contratos mercantiles por ser uno de los nuevos retos del Derecho mercantil de contratos⁵⁹³, o estudios que tratan de efectuar cierta clasificación de los contratos que protegen el ambiente bajo la denominación de negocios y contratos medioambientales⁵⁹⁴, o de introducir el concepto de contratación sostenible⁵⁹⁵, a la fecha

⁵⁹² Cfr., entre otros, GONZÁLEZ VILLA, Julio Enrique. Op. cit.. También AMAYA NAVAS, Óscar Darío. Op. cit.

⁵⁹³ Cfr. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Tomo IV: Contratos contemporáneos. Op. cit., p. 35.

⁵⁹⁴ Cfr. LAFONT PIANETTA, Pedro. Op. cit., pp. 850-870.

no conozco estudios que aborden el asunto bajo una perspectiva de las teorías en Derecho de contratos o de la teoría general del contrato.

Por eso, es necesario acudir a referentes teóricos de los conceptos de contratación sostenible y contratación verde. Así, la contratación sostenible es caracterizada como “(...) la contratación basada en criterios ambientales”⁵⁹⁶ y definida como “(...) aquel sistema donde se indica a los actores relacionados con las etapas de la contratación, sea ésta de carácter público o privado, la incorporación de criterios ambientales en estos (sic), por medio de elementos jurídicamente permitidos y ambientalmente acordes, dentro de los diferentes tipos de contratos establecidos en la legislación, sin contrariar los derechos y responsabilidades de estos y sus entes relacionados en el marco de la gestión integral”⁵⁹⁷.

Para referirse a la misma idea, otras personas utilizan el término de “compras verdes”, diciendo que “(...) es una contratación en la cual se han contemplado requisitos ambientales relacionados con una o varias de las etapas del ciclo de vida del producto por comprar o del servicio por contratar; esto se produce desde la extracción de la materia prima, su fabricación, distribución y uso, hasta su disposición final. De este modo el comprador satisface la necesidad de la institución que da origen a la compra, pero no descuida el impacto ambiental que ésta ocasionará”⁵⁹⁸.

Sobre el particular es necesario precisar tres aspectos importantes. El primero, es que la definición previamente citada de contratación sostenible realmente es una definición de contratación verde, pues el concepto de contratación sostenible incluye factores distintos al de protección del ambiente, que es el que acá interesa, ya que abarca, por ejemplo, la protección a comunidades vulnerables, el respeto de derechos de trabajadores, el comercio justo, etc., por lo que es necesario precisar que en este trabajo sólo se aborda el concepto de contratación verde, restringido a la protección del ambiente en la contratación, de manera que no quedan comprendidos en este estudio todos aquellos intereses que sí comprende el concepto de contratación sostenible⁵⁹⁹.

⁵⁹⁵ Cfr. MORENO VÁSQUEZ, Héctor Andrés. *Contratación sostenible*. En: LONDOÑO TORO, Beatriz; RODRÍGUEZ, Gloria Amparo y HERRERA CARRASCAL, Giovanni (Eds.). *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2.006.

⁵⁹⁶ *Ibíd.*, p. 390.

⁵⁹⁷ *Ibíd.*, p 391.

⁵⁹⁸ GARCÍA PAZ, Jorge. Las compras verdes, una práctica sustentable y ecológica: posibilidad de su aplicación en el Perú. *Revista Contabilidad y Negocios*. 2009, vol. 4, nro. 7, p. 41.

⁵⁹⁹ Cfr. QUEINNEC, Yann. *Le contrat durable: contours du concept et pistes d’exploration*. París: Association Sherpa, 2010. También VARGAS MORENO, Óscar. Gestión de compras eficientes y sostenibles: un modelo para la gestión de la cadena de suministro y para romper paradigmas. *Revista Punto de Vista*. 2014, vol. V, nro. 8, pp. 41 – 54.

El segundo aspecto a mencionar es que en este trabajo se acoge la denominación de “contratación verde” y no de “compras verdes”, pues este estudio no se limita al contrato de compraventa. En efecto, acá se busca abarcar el fenómeno de la contratación mercantil en conjunto y no estudiar contratos en particular, pues si bien cada contrato especial tiene particularidades que deben ser analizadas en cada caso concreto, existe un criterio unificador cuando se entiende por contratación mercantil a la acción y efecto de contratar entre comerciantes. Por eso, en este trabajo se habla de contratación mercantil o del contrato mercantil y no de contratos mercantiles en especial, por cuanto no es el objeto de este estudio realizar un estudio pormenorizado de todos y cada uno de los contratos mercantiles o, por lo menos, de los principales, sino del fenómeno de la contratación en el ámbito mercantil⁶⁰⁰.

Un tercer aspecto a mencionar es que aquí no se pretende estudiar los contratos entre pequeños comerciantes, sino hacer énfasis en que “(...) la responsabilidad asociada al ejercicio de los derechos no es la misma para todos, ya que, en definitiva, su fundamento deriva de la posibilidad de modificación del entorno. En este sentido, el que tiene más poder tiene asimismo mayor responsabilidad, de modo que no debe igualarse la situación jurídica, aunque sea cualitativamente la misma, entre los individuos particulares y las grandes sociedades mercantiles cuando establecemos el grado de responsabilidad que delimita el ejercicio, por ejemplo, de la libertad de empresa”⁶⁰¹.

Así, la referencia a contratos comerciales de consumo no está excluida del objeto de estudio de este trabajo, pero siempre teniendo presente el discurso del Derecho de consumo que caracteriza al consumidor como la parte débil y merecedora de especial protección en la relación⁶⁰². Sin embargo, no se pretende acá adoptar el enfoque de Derecho empresarial en sustitución del de Derecho comercial, pues se parte de la base de la visión según la cual la categoría de Derecho empresarial puede prestarse para incluir cualquier tipo de normas relacionadas con la empresa, así pertenezcan en estricto sentido a otras ramas del Derecho; entonces, la base de estudio es la categoría de Derecho comercial, sin perjuicio de admitir que es cada vez una categoría más difusa con base en las realidades que vive el mundo globalizado actualmente y que el Derecho comercial actual debe entenderse necesariamente como un Derecho inmerso dentro de la economía de masas⁶⁰³.

⁶⁰⁰ Primera acepción de la voz “contratación”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 23ª edición. Versión en línea, consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://www.rae.es>

⁶⁰¹ JARIA I MANZANO, Jordi. La cuestión ambiental y la transformación de lo público. Op. cit., p. 297.

⁶⁰² Cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal. Treinta estudios de derecho privado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Temis, 2011, 341-398.

⁶⁰³ Cfr. FARINA, Juan M. Op. cit.

Con base en lo anterior, en este trabajo se entiende la contratación mercantil verde como aquella acción y efecto de contratar entre comerciantes en la cual se incorporan criterios de protección jurídica al ambiente.

Dicho concepto encuentra apoyo en lo expuesto en diversos documentos proferidos en el ámbito internacional pero, en particular, en lo expuesto en el Capítulo III del Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, realizada en Johannesburgo en 2002, titulado "Modificación de las modalidades insostenibles de consumo y producción", en el cual se puede leer: "(...) 14. Para lograr el desarrollo sostenible a nivel mundial es indispensable introducir cambios fundamentales en la forma en que producen y consumen las sociedades. Todos los países deben promover modalidades sostenibles de consumo y producción; los países desarrollados deben tomar la iniciativa al respecto y todos los países deben beneficiarse de ese proceso, teniendo en cuenta los principios de Río, incluido, entre otros, el de la responsabilidad común pero diferenciada (principio 7 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo). Los gobiernos y las organizaciones internacionales competentes, el sector privado y todos los grupos principales deben desempeñar un papel activo con miras a modificar las modalidades insostenibles de consumo y producción. Ello entrañaría la adopción, en todos los niveles, de las medidas que se exponen a continuación.

"(...) 19. Alentar a las autoridades competentes de todos los niveles a que tengan en cuenta consideraciones relacionadas con el desarrollo sostenible al tomar decisiones, incluso sobre la planificación del desarrollo nacional y local, las inversiones en infraestructura, el desarrollo empresarial y la contratación pública. Ello entrañaría la adopción, en todos los planos, de medidas encaminadas a: (...) c) Promover políticas de contratación pública que propicien la creación y difusión de bienes y servicios que no causen daño al medio ambiente; (...)"⁶⁰⁴.

Como bien lo expresa la primera definición previamente citada, la contratación sostenible y la contratación verde son predicables tanto de la contratación estatal como de la contratación privada. No obstante, de lo que se evidencia del citado texto de la Cumbre Mundial que se realizó en Johannesburgo y de la práctica, es claro que los principales avances de la contratación sostenible y la contratación verde a la fecha se encuentran en materia de contratación pública⁶⁰⁵.

En efecto, el asunto no es tan claro en materia de contratación privada, donde el postulado de la autonomía privada se ha mantenido incólume y, por qué no, victorioso,

⁶⁰⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, DIVISIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE. Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Consultado el 30 de junio de 2017 y disponible en http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/pdf/WSSD_PlanImpl.pdf

⁶⁰⁵ GARCÍA PAZ, Jorge. Op. cit, pp. 43-51.

frente a tendencias intervencionistas⁶⁰⁶, con lo cual surge la inquietud sobre cómo se hará efectiva la incorporación de normas ambientales en relaciones jurídicas contractuales en las cuales no existiría, desde el punto de vista legal, tal exigencia. De hecho, el tratamiento que se ha dado al tema de protección al ambiente, desde el Derecho privado, ha estado enfocado desde el derecho de propiedad⁶⁰⁷, las relaciones de vecindad⁶⁰⁸, la responsabilidad civil extracontractual⁶⁰⁹ y el abuso del derecho⁶¹⁰, entre otros institutos, pero la referencia a la contratación privada con criterios sostenibles o de protección al ambiente ha sido casi inexistente⁶¹¹, por lo menos en Derecho colombiano.

La importancia del tema radica en que hoy en día, para un importante sector de la doctrina, ya no se ve al Derecho comercial como el Derecho de los comerciantes, de los actos de comercio ni de las empresas, sino como un Derecho de la economía de masas⁶¹², dentro de la cual se convierte en indispensable tratar el tema ambiental⁶¹³.

A primera vista, la respuesta sobre cómo se incorporarán cláusulas de protección al ambiente en la contratación privada y, en particular, en la contratación mercantil, parecería ser obvia, en la medida en que tales cambios dependerán más de fenómenos culturales, económicos y políticos, que de regulaciones jurídicas, pues sólo la fuerza de las circunstancias externas (exigencias de los clientes, buena imagen de los productos y de sus productores, etc.) podría llevar a los particulares a incurrir en costos que el ordenamiento jurídico en ningún momento les está imponiendo.

⁶⁰⁶ Cfr. MUÑOZ LAVERDE, Sergio. *El postulado de la autonomía privada y sus límites frente al constitucionalismo colombiano contemporáneo*. En: ESPINOSA, Beatriz y ESCOBAR, Lina Marcela (Eds.). *Neoconstitucionalismo y derecho privado*. El debate. Bogotá: Diké, 2008, p. 256.

⁶⁰⁷ Cfr. BRETON, Jean Marie. *Droit de propriété et environnement dans le code et le droit civil français*. MACÍAS, Luis Fernando. *Áreas protegidas y propiedad*. PUENTE SALINAS, María Cristina. *La situación actual del derecho de la propiedad ¿garantiza el desarrollo del derecho ambiental? Un caso ecuatoriano*. FRANZA, Jorge. *La dimensión ambiental del derecho de propiedad*. Todos en: LONDOÑO TORO, Beatriz (Ed.). *Propiedad, conflicto y medio ambiente*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2.004. También HERRERA CARRASCAL, Giovanni. Op. cit.

⁶⁰⁸ Cfr. LUQUÍN BERGARECHE, Raquel. *Mecanismos jurídicos civiles de tutela ambiental*. Cizur Menor : Thomson Aranzadi, 2.005, pp. 53-121.

⁶⁰⁹ Cfr. BRETON, Jean Marie. Op. cit. También LUQUÍN BERGARECHE, Raquel. Op. cit, pp. 121-172. Y ZAPATA LUGO, José Vicente. Op. cit.

⁶¹⁰ Cfr. LUQUÍN BERGARECHE, Raquel. Op. cit., pp. 178-229.

⁶¹¹ Cfr. LLODRÀ GRIMALT, Francesca. *Lecciones de derecho ambiental civil*. Palma: Universitat de les Illes Balears, 2008, pp. 59-118.

⁶¹² Cfr. FARINA, Juan M. Op. cit.

⁶¹³ Cfr. ARTUNDUAGA SALAS, Iván Rodrigo. Op. cit., p. 23.

No obstante, una de las principales preocupaciones que ha motivado la realización de este trabajo es que la protección al medio ambiente no puede ser ignorada por los comerciantes en sus contratos, pues la función ecológica de la propiedad y la protección al derecho al ambiente sano son disposiciones constitucionales que cada día cobran más vigencia⁶¹⁴ y, en consecuencia, debe encontrarse la forma de compaginarlas con postulados como los de autonomía privada, relatividad y seguridad, que gobiernan a los contratos de Derecho privado.

En efecto, como se ha manifestado a lo largo de este trabajo, hoy en día están dados todos los elementos jurídicos (disposiciones constitucionales y legales) que permitirían que los jueces colombianos pudieran dar aplicación a la protección constitucional al derecho al ambiente sano y a la consagración legal del principio de precaución, para hacer efectivas en los contratos entre comerciantes las disposiciones de protección jurídica al ambiente, por lo que es necesario que el Derecho privado colombiano realice los ajustes internos del caso, pues de no hacerlo, no parece estar muy lejano el momento en que los jueces empiecen a actuar en ese sentido, lo cual no es algo indeseable, pero sí pareciera más adecuado que tal protección se diera de manera ordenada, garantizando la seguridad jurídica y demás valores relevantes al discurso del Derecho comercial.

Todo lo anterior tiene como sustento la idea que el Derecho contemporáneo ha decantado en el sentido de que el mismo no está integrado sólo por reglas sino también por principios⁶¹⁵ que siguen autoridades y particulares en su aplicación, diferenciándose unos de otros, básicamente, porque los principios, al igual que las reglas, son mandatos, ordenan hacer algo, pero no lo dicen de modo preciso, ni en relación con un supuesto de hecho, como lo hacen las reglas, sino a manera de mandatos de optimización, con lo cual, el nivel óptimo de cumplimiento de un principio surge de un juicio de ponderación con otros principios con los cuales compite, juicio que debe efectuarse para cada caso en concreto, mientras que las reglas o normas establecen una conducta debida para un supuesto de hecho determinado y, por lo tanto, se determina de manera generalmente clara si han sido cumplidas o incumplidas⁶¹⁶.

Lo anterior se enmarca dentro de un enfoque del concepto de Derecho que pretende avanzar de una postura estrictamente positivista hacia posturas como las expuestas por

⁶¹⁴ Cfr. HERRERA CARRASCAL, Giovanni. Op. cit.

⁶¹⁵ Alexy define el Derecho como: “(...) *Un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección*”. (ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 123).

⁶¹⁶ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., pp. 101-106.

Ronald Dworkin y Robert Alexy, por ejemplo, en las que se da cuenta del vínculo entre moral y Derecho que demuestran dichos autores con base, entre otras cosas, en la incorporación de los principios dentro del concepto de Derecho⁶¹⁷.

Para el caso colombiano, hay que mencionar que la distinción que se efectúa entre contratación sostenible y contratación verde pareciera ser también la adoptada en el ámbito empresarial del país⁶¹⁸. De hecho, a nivel de autoridades públicas son evidentes las distintas opciones realizadas por las entidades que sirven como principales referentes en la materia en Colombia.

Así, es clara la opción que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible ha realizado por el concepto de contratación sostenible, formulando en 2010 la Política Nacional de Producción y Consumo Sostenible, la cual actualiza e integra la Política Nacional de Producción más Limpia de 1997 y el Plan Nacional de Mercados Verdes de 2002 como estrategias del Estado Colombiano para enlazar el mejoramiento ambiental y la transformación productiva a la competitividad empresarial, donde claramente se entiende el desarrollo sostenible como un concepto formado por el balance entre tres componentes básicos: el ambiental, el social y el económico, componentes interrelacionados e interdependientes que conforman los tres sistemas del desarrollo sostenible⁶¹⁹.

En su momento, como parte de los mecanismos para implementar la Política Nacional de Producción y Consumo Sostenible antes mencionada, se encontraba la Estrategia de Compra de Bienes y Servicios Sostenibles, con distintas acciones adelantadas para la implementación de tal Estrategia⁶²⁰, dentro de las cuales se destacaba la primacía dada a la contratación pública sostenible con la expedición de la Guía Metodológica y Conceptual para Compras Públicas Sostenibles⁶²¹.

⁶¹⁷ Cfr. ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Op. cit.

⁶¹⁸ Cfr. CECODES – CONSEJO EMPRESARIAL COLOMBIANO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE. Sostenibilidad en Colombia: casos empresariales 2011. Bogotá: CECODES, 2012.

⁶¹⁹ Cfr. COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL. Política Nacional de Producción y Consumo: hacia una cultura de consumo sostenible y transformación productiva. Bogotá: MAVDT, 2010. Consultado el 18 de junio de 2017 y disponible en <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article?id=155:plantilla-asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-8#documentos-estrategicos>

⁶²⁰ Cfr. COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE. Compras sostenibles. Información del portal en internet, en febrero de 2014 en <http://www.minambiente.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=348&conID=7469> (enlace ya no existente).

⁶²¹ Cfr. COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE Y CENTRO NACIONAL DE PRODUCCIÓN MÁS LIMPIA Y TECNOLOGÍAS AMBIENTALES DE COLOMBIA. Guía conceptual y metodológica de compras públicas sostenibles. Bogotá: MADS, 2012. Disponible en febrero de 2014 en el enlace

Hoy en día el documento que se utiliza como referencia sobre el tema por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es el Manual de Compras S.O.Sostenibles para entidades públicas y privadas, el cual tiene un carácter claramente didáctico, y que persigue como objetivos: “(...) 1. Presentar argumentos que evidencien las ventajas económicas, sociales y ambientales de los bienes y servicios sostenibles. En otras palabras, argumentar los beneficios de una compra que integra criterios de sostenibilidad. 2. Empoderar a los funcionarios de las entidades públicas y privadas con un marco de referencia para que las actividades de compras en sus entidades sean realizadas bajo criterios de sostenibilidad económica, social y ambiental”⁶²².

Por su parte, la Secretaría Distrital de Ambiente (SDA) de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. se constituye en el principal referente en cuanto al concepto de contratación verde se refiere, pues de manera expresa ha optado por no enfocar sus esfuerzos bajo el concepto amplio de contratación sostenible, sino que lo ha hecho bajo el concepto más restringido de compras verdes. En efecto, mientras en 2011 expidió un Manual de Compras Ambientalmente Responsables, en 2013 expidió una Guía para la implementación de un modelo de gestión de compras verdes⁶²³, directamente encaminada a empresas del sector privado con domicilio en Bogotá, todo ello dentro del Programa de Gestión Ambiental Empresarial en el que ha venido trabajando hace unos años, con documentos bastante detallados para distintos sectores económicos⁶²⁴. Es necesario destacar el enfoque que realiza la mencionada Guía de la SDA por trabajar desde el discurso de la administración de empresas y de estrategias empresariales, de manera que la figura de compras verdes sea atractiva para los empresarios desde su lógica de generación de nuevos ingresos y disminución de costos.

http://www.minambiente.gov.co/documentos/DocumentosBiodiversidad/des_sect_sost/compras_sostenibles/300513_guia_compras_publicas_sostenibles.pdf (enlace ya no existente).

⁶²² COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE. Manual de Compras S.O.Sostenibles para entidades públicas y privadas. Bogotá: MADS / Cooperación Alemana al Desarrollo / GIZ GmbH / Alianza del Pacífico, 2016. Consultado el 18 de junio de 2017 y disponible en <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article?id=155:plantilla-asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-8#documentos-estrategicos>

⁶²³ Cfr. ALCALDÍA DE BOGOTÁ. SECRETARÍA DISTRITAL DE AMBIENTE. Guía para la implementación de un modelo de gestión de compras verdes Bogotá: SDA, s.f. Consultado el 18 de junio de 2017 y disponible en <http://www.ambientebogota.gov.co/documents/24732/3987253/Gu%C3%ADa+para+la+implementaci%C3%B3n+de+un+modelo+de+gesti%C3%B3n+de+compras+verdes.pdf>

⁶²⁴ Cfr. ALCALDÍA DE BOGOTÁ. SECRETARÍA DISTRITAL DE AMBIENTE. Programa de Gestión Ambiental Empresarial. Información del portal en internet, 2017. Consultado el 18 de junio de 2017 y disponible en http://ambientebogota.gov.co/es/web/gae/biblioteca/-/document_library_display/13Ty/view/3987253

Actualmente el documento referente sobre el tema de compras verdes del Distrito es el Programa Distrital de Compras Verdes: lineamientos para la gestión de las compras sostenibles (implementación del Acuerdo 540 de 2013), editado bajo la segunda alcaldía de Enrique Peñalosa, documento que se caracteriza por realizar una detallada presentación del marco conceptual, antecedentes, marco normativo y descripción del proceso de formulación, objetivo, alcance, principios y etapas del Programa Distrital de Compras Verdes⁶²⁵.

Por su parte, la principal agremiación empresarial existente en Colombia en cuanto a protección del ambiente se refiere, el Consejo Empresarial Colombiano para el Desarrollo Sostenible (CECODES es su sigla), se autodefinía como el capítulo colombiano del Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sostenible (WBCSD, por su sigla en inglés), y que en Colombia aglutina a *"(...) un grupo de empresas convencidas de que el desarrollo sostenible es una opción para lograr una mayor rentabilidad, mejorar la calidad de vida de las personas y utilizar racionalmente los recursos naturales"*, orientándolas *"(...) para que desarrollen y pongan en marcha prácticas que les permita mejorar continuamente y lograr un equilibrio entre sus objetivos económicos, sociales y ambientales, en armonía con el desarrollo sostenible de la sociedad colombiana"*⁶²⁶.

Actualmente, tal Consejo se define como *"(...) un centro de pensamiento conformado por un grupo de empresas de los sectores más importantes de la economía del país: energía, minería, agro-industria, manufactura, construcción y financiero, que están convencidas que el Desarrollo Sostenible es una opción para lograr una mayor rentabilidad, mejorar la calidad de vida de las personas y utilizar racionalmente los recursos naturales"*, reiterando que *"(...) Es el capítulo colombiano del World Business Council for Sustainable Development–(WBCSD), el cual reúne a 200 compañías líderes en el mundo, unidas por el compromiso con el desarrollo sostenible a través de sus tres pilares: crecimiento económico, balance ecológico y progreso social"*⁶²⁷.

En efecto, el discurso de CECODES ha estado claramente elaborado desde la lógica empresarial, para presentar a sus miembros como empresas altamente comprometidas con los problemas ambientales, sociales y económicos del país. No de otra forma se puede interpretar un documento como aquel elaborado en 2012 para presentar los

⁶²⁵ Cfr. ALCALDÍA DE BOGOTÁ. SECRETARÍA DISTRITAL DE AMBIENTE. Programa Distrital de Compras Verdes: lineamientos para la gestión de las compras sostenibles (implementación del Acuerdo 540 de 2013). Bogotá: SDA, s.f. Consultado el 18 de junio de 2017 y disponible en <http://www.ambientebogota.gov.co/web/publicaciones-sda/guia-de-compras-verdes>

⁶²⁶ CECODES – CONSEJO EMPRESARIAL COLOMBIANO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE. Información del portal en internet a febrero de 2014. Disponible en <http://www.cecodes.org.co/index.php/acerca-de-cecodes/quienes-somos.html> (enlace ya no existente).

⁶²⁷ CECODES – DESARROLLO SOSTENIBLE (CONSEJO EMPRESARIAL COLOMBIANO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE). Información del portal en internet a 18 de junio de 2017. Disponible en <http://www.cecodes.org.co/site/quienes-somos/>

principales casos de miembros del Consejo⁶²⁸, después de cuya lectura queda la sensación de que, si bien son loables los esfuerzos realizados por contribuir a solucionar problemas de la sociedad colombiana atados al concepto de desarrollo sostenible, aún falta mucho por hacer tanto por parte de las autoridades públicas como del sector privado para que tales esfuerzos realmente impliquen una mejora significativa en las condiciones ambientales, sociales y económicas de la mayoría de la población colombiana. Actualmente, es más notorio el enfoque de CECODES – Desarrollo Sostenible por trabajar en temas no sólo de contratación sostenible sino de negocios sostenibles en general, con amplio impacto en la opinión pública, afirmando que “(...) CECODES-Desarrollo Sostenible trabaja de manera transversal la Sostenibilidad en los proyectos e iniciativas que impulsa y apoya con el sector empresarial. Por esta razón, basa su trabajo en los pilares de la Sostenibilidad y divide su campo de acción en tres capitales: Capital Financiero, Capital Ambiental y Capital Social”, y enfocándose en proyectos como Negocios Inclusivos Colombia y Red de Periodistas por el Desarrollo Sostenible⁶²⁹.

Por su parte, iniciativas legislativas o locales al respecto hasta ahora están empezando a consolidarse en el ordenamiento jurídico colombiano, pues diversos proyectos de ley (170 de 2011, 66 de 2012 y 237 de 2012 de Senado, por ejemplo) no pudieron convertirse en ley de la República, mientras que sólo hasta 2013 se adoptó en el Distrito de Bogotá el Acuerdo 540 de 2013 del Concejo de Bogotá, por medio del cual se establecen los lineamientos para el programa distrital de compras verdes, con base en el cual la SDA formuló el programa que obliga a las entidades del distrito a incorporar criterios de compras verdes en sus planes de contratación.

Así, lo que puede concluirse parcialmente es que, debido a que la protección del ambiente en la contratación todavía no ha recibido impulso suficiente por parte del ordenamiento jurídico y, en especial, de los formuladores de políticas públicas, el asunto en Colombia está, por lo menos desde el punto de vista de herramientas jurídicas, en evidente atraso frente a los avances en países de la región en contratación pública verde⁶³⁰, cuya influencia sobre la contratación verde en Derecho privado ya se ha comprobado como decisiva en otros casos⁶³¹.

⁶²⁸ Cfr. CECODES – CONSEJO EMPRESARIAL COLOMBIANO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE. *Sostenibilidad en Colombia: casos empresariales 2011*. Bogotá: CECODES, 2012.

⁶²⁹ CECODES – DESARROLLO SOSTENIBLE (CONSEJO EMPRESARIAL COLOMBIANO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE). Información del portal en internet a 18 de junio de 2017. Disponible en <http://www.cecodes.org.co/site/capitales-cecodes/>

⁶³⁰ Cfr. VOLOSIN, Natalia. Comparative Public Procurement in Latin America & the Caribbean. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. 2012, vol. 3, pp. 148-161.

⁶³¹ Cfr. HO, Linda; DICKINSON, Nicholas y CHAN, Gilbert. Green procurement in the Asian public sector and the Hong Kong private sector. *Natural Resources Forum*. 2010, vol. 34, nro. 1, pp. 24-38. También CHIEN, M.K. y SHIH, L.H. An empirical study of the implementation of green supply chain management practices in the electrical and electronic industry and their relation to organizational performances. *International Journal of Environmental Science and Technology*. 2007, vol. 4, nro. 3, pp. 383-394.

En adición, como explicación para el estado actual de las cosas en la contratación verde en Colombia, es importante plantear que la contratación sostenible entre comerciantes se ha abordado a la fecha, en Colombia, bajo una perspectiva de "buena voluntad" de los empresarios. Es decir, a la fecha no se concibe la inclusión de cláusulas de protección al ambiente en contratos de Derecho comercial en Colombia como un asunto al cual se encuentren obligados los comerciantes porque haya una norma jurídica que los obligue, sino que el tema se aborda por los empresarios como una práctica de buena imagen frente a los adquirentes de sus productos o los destinatarios de sus servicios, por lo cual ha tendido a enmarcarse dentro del concepto actualmente en boga de la responsabilidad social empresarial, el cual tiene un matiz claramente de benevolencia o altruismo por parte de los empresarios y no de obligatoriedad gracias a alguna norma jurídica al respecto, ante lo cual el Derecho no debería permanecer aislado⁶³².

Igualmente, aunque es una estrategia inteligente y necesaria la de adoptar el discurso de costo/beneficio de la administración de empresas para "vender" el concepto de contratación verde a los comerciantes, como lo hace la Guía para la implementación de un modelo de gestión de compras verdes de la SDA, uno de los principales objetivos de este trabajo es plantear que el Derecho debe reivindicarse frente al uso de tal discurso, pues la protección del ambiente no puede estar sujeta a los vaivenes de las decisiones administrativas y financieras de las empresas.

La situación en Colombia choca radicalmente con lo que puede encontrarse en otros países, principalmente en Derecho francés, donde el tema está mucho más avanzado, pues ya se habla de un "Derecho contractual del ambiente", y no se estudia el lugar del contrato en el Derecho ambiental sino aquel que tienen la información ambiental y el orden público ambiental en el Derecho de contratos, lo que de alguna manera se ha denominado "ecologización del Derecho de contratos"⁶³³.

Así, en Francia⁶³⁴ se habla de la gestión contractual del riesgo ambiental, entendida como la acción por la cual las personas determinan y anticipan, a través de un contrato, las consecuencias personales, patrimoniales y extrapatrimoniales que se derivan de un riesgo ambiental, partiendo de la base de que la información ambiental es vista como un peligro que hay que remediar y el contrato es el instrumento o técnica que permite cumplir ese objetivo. Tal gestión puede tener lugar con ocasión de un contrato o ser el

⁶³² Cfr. VANDENBERGH, Michael P. *Private Environmental Governance*. *Cornell Law Review*. 2013, vol. 99, pp. 129-199.

⁶³³ Cfr. HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde. *Avant-propos*. En: HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde (Dir.) *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*. Aix en Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014, pp. 11-38.

⁶³⁴ Cfr. HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde (Dir.) *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*. Aix en Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014, pp. 41-42.

objeto mismo del contrato, de manera que el Derecho de contratos y el Derecho ambiental se enriquecen con ocasión del manejo del riesgo ambiental, el primero por la adaptación del contrato a esa finalidad, y el segundo por la renovación de su finalidad con ocasión del contacto con el contrato.

Son ejemplos de gestión contractual del riesgo ambiental, con ocasión de un contrato, las distintas cláusulas que se incluyen con ocasión de ventas de inmuebles, de contratos de arrendamiento y las cláusulas de garantía de pasivo ambiental. Por su parte, son ejemplos de gestión contractual del riesgo ambiental por el objeto del contrato los contratos de seguro ambiental, la mediación ambiental y el contrato de descontaminación.

La protección contractual del ambiente, por su parte, implica un cambio de perspectiva frente al esquema de gestión contractual del riesgo ambiental, pues el enfoque ya no es el de evitar o cubrirse frente a las consecuencias negativas del riesgo ambiental para los contratantes, sino un enfoque positivo de concepción del ambiente como un bien a proteger. Detrás de esto se encuentra la idea de que hay unos contratos ambientales y otros que no lo son, siendo los primeros aquellos en los cuales el objetivo es proteger el ambiente, bien porque sea su finalidad principal o porque el contrato tenga una dimensión ambiental de manera accesorio⁶³⁵.

Así, los pagos por servicios ambientales, los contratos que se celebran en ejecución del Mecanismo de Desarrollo Limpio del Protocolo de Kyoto, las convenciones de gestión de espacios naturales, las compras sostenibles/verdes del Estado y de las empresas, y las construcciones sostenibles/verdes, son ejemplos de estos contratos que buscan proteger el ambiente.

Gestión contractual del riesgo ambiental y protección contractual del ambiente terminan configurando un análisis funcional de la relación entre contrato y ambiente, por lo cual se propone un análisis estructural de tal relación, que es lo que se denomina "Derecho contractual del ambiente", que afecta a distintos órdenes jurídicos, como son los casos del Derecho internacional público y privado, el Derecho de la Unión Europea y, uno que interesa mucho para este trabajo: la visión de protección del ambiente bajo la perspectiva de derechos fundamentales⁶³⁶.

Las perspectivas que se abren con ocasión de esa relación entre contrato y ambiente son muchas, tanto positivas como negativas, pues si bien se pueden presentar como consecuencias positivas un refuerzo de la eficacia ambiental gracias al contrato, un reforzamiento del carácter coercitivo del Derecho ambiental, el enriquecimiento de la técnica contractual y de las funciones del contrato, también se pueden plantear como consecuencias negativas una inflación o aumento desmesurado de contenidos y normas

⁶³⁵ Cfr. *Ibíd.*, pp. 137-138.

⁶³⁶ Cfr. *Ibíd.*, pp. 363-364.

contractuales, así como que la protección al ambiente se vea desvirtuada por la instrumentación y comercialización en que podría caer el mismo, y por la utilización de los derechos de participación ambiental como vía para proteger no sólo intereses generales sino intereses claramente particulares. Con esto, es claro que la relación entre contrato y ambiente oscila entre el bien y el mal, pero lo importante es abrir el espíritu a discutir el tema, como sigue a continuación⁶³⁷.

⁶³⁷ Cfr. MEKKI, Mustapha. *Le contrat et l'environnement. Postface*. En: HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde (Dir.) *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*. Aix en Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014, pp. 533-555.

2.5. LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE A LA LUZ DE LAS TEORÍAS DEL DERECHO DE CONTRATOS

Después de abordar el concepto de contratación mercantil verde, para lo cual fue expuesta una breve aproximación histórica al concepto de contrato y se indagó por las implicaciones ecológicas de la noción de contrato en Derecho colombiano, en este apartado se estudia si, desde el punto de vista de las teorías de contratos, alguna de ellas se convierte en un referente adecuado para poder abordar los estudios objeto de este trabajo, es decir, la protección jurídica del ambiente en contratación mercantil en Colombia.

La conclusión que se obtendrá al final es que los referentes teóricos más cercanos a los objetivos perseguidos son los realizados por la doctrina del solidarismo contractual y por la teoría relacional de los contratos. Sin embargo, también se hace evidente que tales teorías no son adecuadas para poder abordar con suficiencia el asunto, por lo cual, se planteará la necesidad de acudir a una teoría del Derecho en general y no exclusivamente del Derecho de contratos para superar la dificultad encontrada: la teoría del Derecho reflexivo.

2.5.1. Los intentos por sistematizar las teorías del Derecho de contratos

Para iniciar este aparte, es necesario destacar que se acude a doctrina anglosajona, pues en la misma no se habla de una única teoría general de los contratos, como sí suele ocurrir en culturas jurídicas enmarcadas en el *civil law*⁶³⁸.

En efecto, probablemente debido al espíritu racional y universalista que ha inspirado al *civil law*, al cual ya se hizo referencia, en los ordenamientos jurídicos pertenecientes a tal cultura jurídica se parte de la idea de una teoría general del contrato, que toma a la autonomía de la voluntad o la autonomía privada como fundamento de la noción de contrato, como suele ocurrir en Derecho continental europeo⁶³⁹, con ejemplos similares en

⁶³⁸ Para una explicación sobre el concepto de teoría general del contrato, la cual suele acusarse de dogmatismo y de descansar en una noción individualista y atomizada del contrato, cfr. BELLEY, Jean-Guy. *La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme. Les Cahiers de Droit.* 1985, vol. 26, nro. 4, pp. 1045-1058. Para ilustración sobre los orígenes históricos de la teoría general del contrato, ver GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato, III: los orígenes históricos de la teoría general del contrato. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos.* 2000, vol. XXII, pp. 47-60. También, GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato, IV: los orígenes históricos de la noción general de acto o negocio jurídico. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos.* 2004, vol. XXVI, pp. 187-254.

⁶³⁹ Cfr., entre otros, LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato.* Bogotá: Temis, 1999. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1961. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil, Vol. II: El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual.* Madrid: Tecnos, 2002, pp. 29-115. ROCCO, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 259-342. GARRIGUES, Joaquín. *Tratado de derecho mercantil, tomo III, vol. 1: Obligaciones y contratos mercantiles.* Madrid: Revista de Derecho Mercantil, 1963, pp. 1-179. SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-

Derecho latinoamericano⁶⁴⁰, mientras que en Derecho anglosajón se presentan mapas de distintas teorías en Derecho de contratos, como se expone a continuación.

No obstante lo anterior, hay que mencionar que dentro del sistema del *civil law* y de su teoría general del contrato hay un referente importante para este trabajo, la doctrina del solidarismo contractual⁶⁴¹, pues se sugiere adscribir la protección al ambiente en Derecho de contratos dentro de la misma⁶⁴².

Retomando la exposición de las teorías anglosajonas en Derecho de contratos, hay que mencionar que, ante su proliferación, lo que suele hacerse para abordarlas es tratar de efectuar clasificaciones o sistematizaciones de las mismas. Por ejemplo, una primera clasificación habla de teorías axiomáticas, deductivas, interpretativas y normativas⁶⁴³.

CALERO GUILARTE, Juan. Instituciones de derecho mercantil, vol. II. Cizur Menor: Aranzadi, 2005, pp. 169-195.

⁶⁴⁰ Cfr., entre otros, DÍAZ BRAVO, Arturo. Teoría general del contrato mercantil. México: IURE, 2005. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995. STIGLITZ, Rubén (Dir.) Contratos: teoría general. Buenos Aires: Depalma, 1990. GHERSI, Carlos. Contratos civiles y comerciales. Buenos Aires: Astrea, 1999, pp. 3-446. ALTERINI, Atilio; DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO COAGUILA, Carlos (Dir.) Contratación contemporánea. Lima/Bogotá: Palestra/Temis, 2000, pp. 13-348.

⁶⁴¹ Hautereau-Boutonnet sostiene al respecto que: “(...) *En la teoría general del contrato, uniéndose a los deberes teorizados por la doctrina, esta obligación ambiental tendría lugar al lado de los deberes de lealtad, de colaboración, y los principios de fraternidad y solidaridad contractuales, que todo con apoyo en el derecho positivo son susceptibles de influenciarla. Y, como ya he subrayado, preocupada por la protección del ambiente, ella renovaría la doctrina del solidarismo contractual porque, más allá de la preocupación por el contratante más débil, es la preocupación por la protección del ambiente la que constituiría el objeto del solidarismo. Dicho de otro modo, más allá del respeto a los intereses de las dos partes, el contrato se preocuparía por los intereses de todos*”. (BOUTONNET, Mathilde. Des obligations environnementales spéciales à l’obligation environnementale générale en droit des contrats. *Recueil Dalloz*. 2012, vol. 7499, nro. 6, p. 384).

⁶⁴² Cfr. BOUTONNET, Mathilde. *L’efficacité environnementale du contrat*. En : BOSKOVIC, Olivera (Dir.) *L’efficacité du droit de l’environnement : Mise en oeuvre et sanctions*. París : Dalloz-Sirey, 2010. También BOUTONNET, Mathilde. Des obligations environnementales spéciales à l’obligation environnementale générale en droit des contrats. *Op. cit.*, pp. 377-385.

⁶⁴³ Las teorías axiomáticas tienen como premisa que las proposiciones fundamentales doctrinales pueden ser establecidas de base, pues son evidentes, por lo cual suelen ser asociadas con las teorías deductivas y con el Derecho de contratos clásico. Las teorías deductivas tienen como premisa que la mayoría de las proposiciones doctrinales pueden ser establecidas únicamente por deducción de otras proposiciones doctrinales fundamentales, que caracterizaron a la escuela clásica del Derecho de contratos. Las teorías interpretativas tienen que ver con el concepto utilizado por Dworkin y se concretan en describir un área del Derecho de contratos y en determinar las proposiciones sociales que se encuentran en las doctrinas fundamentales en esa área, para lo cual es claro que el autor debe tener una teoría del derecho sustantivo para poder elaborar los materiales legales que está interpretando. Por último, las teorías normativas son aquellas que se enfocan en criterios normativos externos a los materiales doctrinales para encontrar el mejor contenido del Derecho y no en teorías de la adjudicación, como la de Dworkin, destacándose así dos tipos de teorías normativas, las teorías de la autonomía, que son eminentemente deontológicas, y las teorías de preferencias reveladas, esencialmente consecuencialistas. (Cfr. EISENBERG, Melvin. *The Theory of Contracts*. En:

Otra clasificación, que claramente opta por el abordaje consecuencialista del *Law & Economics* (LAE) del Derecho de contratos, plantea que sólo existen tres tipos de teorías que serían sus rivales: las teorías de la confianza, las teorías de los beneficios, y las teorías de la voluntad⁶⁴⁴. Una clasificación similar parecen realizar quienes abogan por cerrar la brecha existente entre los contratos en teoría y en la práctica, indicando que en *common law* el desarrollo de ciertas doctrinas suele deberse más a ciertas contingencias históricas que a reflejar alguna justificación profunda de índole moral o de política⁶⁴⁵.

Otros se enfocan en la dicotomía planteada desde el punto de vista normativo, es decir, de lo que debería ser el Derecho de contratos, y no desde el punto de vista positivo (lo que es) ni interpretativo (lo que podría ser), para dividir entre teorías consecuencialistas

BENSON, Peter (Ed.) *The Theory of Contract Law: New Essays*. Nueva York: Cambridge University Press, 2001, pp. 119-264).

⁶⁴⁴ Las teorías de la confianza ven el incumplimiento contractual como un *tort*, un asunto de responsabilidad extracontractual por el daño causado por la confianza que el prometido tenía en el promitente, siendo criticadas por ser incapaces de dar cuenta de la naturaleza institucional del Derecho de contratos o de los requisitos de lealtad que nos atan al mismo. En las teorías de beneficios una persona es responsable de dar cuenta de los beneficios recibidos de otra persona cuando es injusto para la primera retenerlos, fundamentándose principalmente en el enriquecimiento injusto o sin causa, criticándose tales teorías por no ser capaces de explicar las reglas básicas del Derecho de contratos y, al igual que las teorías de la confianza, por no ser capaces de explicar por qué los contratos son ejecutables y por qué las promesas son obligatorias. En las teorías de la voluntad se afirma que se tiene un derecho abstracto a contratar que es independiente de cualquier convención, y que tendría la calidad de derecho fundamental, con base en valores liberales, pero las mismas subordinan lo filosófico a lo político y se revelan como incapaces de explicar el contenido del Derecho de contratos. (Cfr. BUCKLEY, F.H. *Just exchange: a theory of contract*. Londres/Nueva York: Routledge, 2005, pp. 3-34).

⁶⁴⁵ Así, se presentan como un primer tipo de teorías las basadas en el argumento de autonomía y que entienden a los contratos como promesas en las que se generan obligaciones inclusive de índole moral, denominadas también teorías de la voluntad, donde Robert Joseph Pothier se destaca como el jurista más importante en el ámbito del Derecho continental europeo. Un segundo grupo de teorías corresponde a aquellas teorías modernas del consentimiento, en las cuales el enfoque se traslada de un acto de promesa a una manifiesta intención para estar legalmente obligado, citándose a Randy Barnett como su principal exponente, respecto de las cuales se critica que el consentimiento sirve poco para explicar qué es el contrato, sus características, su naturaleza y su espectro. Un tercer grupo de teorías son las de la confianza razonable, dentro de las que se ubica principalmente a Grant Gilmore, figura icónica en relación con la “muerte del contrato”, y P.S. Atiyah, fundamentando la teoría de las obligaciones en tal confianza razonable, las cuales se critican porque no se ajustan a lo que realmente ocurre en la práctica cuando las partes contratan ni a los estándares usualmente abordados por la doctrina y los jueces. Un cuarto grupo de teorías son las de transferencia de propiedad, con Peter Benson y Andrew S. Gold como exponentes, respecto de las cuales se aprecia su esfuerzo por entender los acuerdos válidos como aquellos que buscan crear un derecho de propiedad o algo similar a éste, pero se les critica porque no dan cuenta de la forma como las cortes modifican los términos de los acuerdos o de las formas de resarcimiento de lo pactado. Por último, se habla de las teorías del LAE, con innumerables exponentes, con Richard Posner a la cabeza, que sostienen que el Derecho de contratos puede ser explicado bajo el lente de los esfuerzos para maximizar las ganancias individuales y sociales. (Cfr. BIX, Brian H. *Op. cit.*, pp. 1-3 y 128-162). El argumento central de Brian H. Bix, el autor de esta clasificación, apunta a que uno puede combinar los diferentes tipos de teorías generales de muchas maneras y que, en consecuencia, no hay una sola teoría del Derecho de contratos.

(las que sólo atienden a las consecuencias) y las teorías deontológicas (las que se enfocan en los derechos y deberes sin centrar su atención en las consecuencias), y tener esa división como base para señalar que tal dicotomía no puede superarse, pues cada una de dichas visiones aporta elementos válidos, por lo cual se aboga por una moralidad empírica que dé cuenta de la moral psicológica como fundamento del Derecho de contratos⁶⁴⁶. En el mismo sentido, se ha llegado a plantear una teoría de decisión basada en el comportamiento de las personas, denominada *Behavioral Decision Theory* (BDT)⁶⁴⁷.

Tal vez uno de los esfuerzos más importantes por tratar de sistematizar las teorías en Derecho de contratos es el realizado por Stephen A. Smith, quien plantea la necesidad de diferenciar dos preguntas, con sus consiguientes respuestas, para poder hacer una especie de mapa en cuanto a teorías del Derecho de contratos se refiere. Así, Smith plantea que existe una pregunta analítica⁶⁴⁸ y una pregunta normativa⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶ Se argumenta así que si se entendiera la moralidad de una manera más psicológicamente sofisticada que la simple dicotomía consecuencialista-deóntica, nos encontraríamos en una mejor posición para apreciar lo que la doctrina legal debe capturar si quiere ser normativa. (Cfr. ALCES, Peter A. *A Theory of Contract Law: Empirical Insights and Moral Psychology*. Nueva York: Oxford University Press, 2011, pp. 1-26 y 268-292).

⁶⁴⁷ La BDT aboga por estudiar cómo las personas toman las decisiones, replanteando el pensamiento legal para asegurar que esté basado en suposiciones precisas de cómo actúa la gente y por qué. La BDT se presenta como una teoría más amplia que la del LAE, pues no tiene objeción contra la eficiencia como objetivo del Derecho de contratos, pero su interés se encuentra en explicar por qué varias doctrinas de tal área del Derecho son como son bajo criterios de justicia, y reconociendo que muchas veces el hombre actúa de manera irracional y de esa manera diseña las políticas legales, supuestamente sin ninguna agenda filosófica o política, aunque se evidencia en esta teoría un claro interés por moderar el formalismo con el realismo y hacer énfasis en la interpretación contextual de los contratos, de manera que se supere la visión de mercado y ese enfoque con base en el proceso cognitivo de las partes permita acuerdos ejecutables y equitativos. (Cfr. DIMATTEO, Larry A., *et al.* *Visions of Contract Theory: Rationality, Bargaining, and Interpretation*. Durham: Carolina Academic Press, 2007).

⁶⁴⁸ La pregunta analítica es una pregunta por el “qué” y consiste en interrogarse por cuáles son las características esenciales de una obligación contractual, específicamente, cuáles son los tipos de eventos que dan origen a una obligación contractual y cuál es el contenido de esa obligación así creada. La respuesta a esta pregunta analítica arroja tres grandes tipos de teorías: las teorías de la promesa, las teorías de la confianza y las teorías de la transferencia. Las teorías de la promesa son las ya mencionadas como basadas en la voluntad y con una autoimposición como origen de las obligaciones que se prometen, constituyéndose en la respuesta tradicional y ortodoxa a la pregunta analítica en Derecho de contratos. Las teorías de la confianza también fueron ya mencionadas y sobre las mismas vale la pena precisar que el origen de las obligaciones no se sustenta en la voluntad sino en imposiciones de ley, con lo cual se acercan mucho al Derecho de *torts*. Las teorías de la transferencia, dentro de las cuales se ubica a Barnett y Benson, sugieren que el beneficiario de un contrato tiene el derecho a la ejecución de un acto futuro, de manera que el derecho surge porque ha sido transferido al beneficiario de la misma manera que un pedazo tangible de propiedad, sólo que el derecho transferido es intangible, con lo cual el transferente tiene la obligación de no interferir con el derecho del beneficiario a percibir su ejecución; aquí también la obligación contractual sucumbe dentro de la esfera de las previsiones del Derecho de *torts* de respetar los derechos ajenos. Bajo esta primera pregunta se puede evidenciar que cada grupo de teorías da una respuesta diferente a la pregunta por saber qué hace al Derecho de contratos ser tal, es decir, la pregunta analítica busca indagar por la naturaleza del Derecho de contratos. (Cfr. SMITH, Stephen A. *Contract Theory*. Op. cit., pp. 41-46).

⁶⁴⁹ La segunda pregunta es denominada por Smith pregunta normativa y apunta no a indagar por la naturaleza del Derecho de contratos sino por la justificación del mismo, es decir, es una pregunta por el “porqué”, que se

La relación o correspondencia entre las categorías que surgen de tales preguntas no es unívoca, con lo cual se quiere decir que la respuesta a la pregunta analítica no se corresponde necesariamente con una respuesta a la pregunta normativa, de manera que se presentan seis diferentes posibles combinaciones, pero lo importante es separar las preguntas analítica y normativa, para lograr un mejor entendimiento de cada teoría. Plantea Smith que la mejor teoría del Derecho de contratos responderá ambas preguntas y las enlazará de tal forma que no puedan ser separadas. El mismo Smith reconoce que no todas las teorías del Derecho de contratos quedan comprendidas dentro de ese esquema que él presenta, pues no todas las teorías responden ambas preguntas, o las respuestas que proporcionan no encajan dentro de las categorías por él propuestas, o simplemente son teorías que mezclan elementos de otras teorías⁶⁵⁰.

2.5.2. El abordaje por escuelas de pensamiento en teoría jurídica

Con base en lo anterior, pareciera claro que no se puede encontrar una clasificación uniforme de las teorías en Derecho de contratos, por lo cual es evidente que el mejor abordaje pareciera ser el que, de manera más o menos cronológica, presenta los aportes que las distintas escuelas de pensamiento en teoría jurídica han realizado al Derecho de contratos. Así, siguiendo a Macaulay⁶⁵¹ y Murray⁶⁵², se puede hablar de los aportes de las teorías del Derecho de contratos de: la Escuela Clásica, el Realismo Legal, la Escuela Neoclásica, la escuela del Law & Economics, los Critical Legal Studies, la Teoría Relacional de los Contratos, la aproximación de la escuela del Law & Society, y el Neoformalismo.

La Escuela Clásica se refiere, en los Estados Unidos de América, a la desarrollada en el siglo XIX y llevada a su máxima expresión por Samuel Williston en su obra "The Law of

concreta en indagar por qué dar fuerza legal a las obligaciones contractuales, por qué tener un Derecho de contratos, cuál es la justificación, si existe, para mantener esa institución. Como respuesta a esta pregunta se plantean dos grandes categorías: las teorías utilitaristas y las teorías con fundamento en derechos. Las teorías utilitaristas justifican el Derecho de contratos desde la base de que el Derecho de contratos es esencialmente un vehículo para promover la utilidad, el bien, en términos generales, el cual se identifica con bienestar, riqueza, autonomía, mejores relaciones, así como cualquier otro aspecto del bienestar humano. Las teorías utilitarias más conocidas son las que se centran en el concepto de eficiencia. La segunda gran categoría de teorías es la de las fundamentadas en derechos, que justifican el Derecho de contratos sobre la base de derechos individuales a través de un esquema de justicia correctiva y para las cuales el bienestar social derivado de un orden jurídico de daños es irrelevante, siendo la vía ortodoxa por la cual se suele responder la pregunta normativa del Derecho de contratos. (Cfr. SMITH, Stephen A. *Contract Theory*. Op. cit., pp. 46-48).

⁶⁵⁰ Cfr. SMITH, Stephen A. *Contract Theory*. Op. cit., pp. 48-52.

⁶⁵¹ Cfr. MACAULAY, Stewart. *What Am I Here For?* En: MACAULAY, Stewart; KIDWELL, John y WHITFORD, William (Eds.) *Contracts: Law in Action*. Volume I: The Introductory Course. Newark/San Francisco/Charlottesville: LexisNexis, 2003, pp. 1-16.

⁶⁵² Cfr. MURRAY JR., John E. *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*. *Fordham Law Review*. 2002, vol. 71, nro. 3, pp. 869-913.

Contracts” de 1920 y en “Restatement of Contracts” en 1932⁶⁵³. Es una escuela caracterizada por su esquema dogmático, su concepción voluntarista del contrato y la adopción de los postulados de la exégesis para efectos de interpretación del contrato⁶⁵⁴. En tal escuela no se plantea el tema de protección al ambiente como un eje central del contrato, lo cual es comprensible si se tiene en cuenta que la preocupación por el ambiente es un asunto que ingresó al Derecho hace relativamente poco tiempo⁶⁵⁵.

El Realismo Legal⁶⁵⁶ se ubica como una escuela cuyos inicios se dan antes de la Primera Guerra Mundial, cuando un grupo de profesores estadounidenses de Derecho atacaron las aproximaciones de la Escuela Clásica, afirmando, entre otras cosas, que: el Derecho no se encuentra en el aire ni manipulando ciertas técnicas sino que, más bien, los jueces hacen el Derecho por decisiones normativas; de esta manera, se lograrían mejores decisiones si lográramos que los jueces abiertamente reconocieran su rol y explicaran cómo llegan a sus decisiones; los objetivos del Derecho se convertirían en lo más relevante pues las decisiones judiciales deberían tomarse en consideración a tales objetivos; el concepto de consentimiento se interpretaría para incluir o excluir el comportamiento de las partes y se buscaría influir la decisión del significado de las palabras y actitudes sobre la base de lo que se considerara como bueno o malo bajo la perspectiva de una evaluación normativa que tuviera en cuenta las consecuencias de la decisión judicial. En últimas, el Realismo Legal a lo que apunta es a hacer descansar en la sabiduría de los jueces la toma de decisiones de política, por lo cual se critica a esta escuela por no hacer una clara distinción entre Derecho y política y abandonar al primero a la suerte de esta última⁶⁵⁷. Tampoco se encuentra en el Realismo Legal un referente claro en lo que a protección del ambiente en el contrato se refiere, pues su interés se centra en cómo deciden los jueces.

⁶⁵³ Cfr. MACNEIL, Ian. *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*. *Northwestern University Law Review*. 1978, vol. 72, nro. 6, p. 855.

⁶⁵⁴ Cfr. MACAULAY, Stewart. *What Am I Here For?* Op. cit., pp. 3-6.

⁶⁵⁵ Cfr. BODANSKY, Daniel. Op. cit., pp. 18-35.

⁶⁵⁶ Cfr. MACAULAY, Stewart. *What Am I Here For?* Op. cit., pp. 6-7.

⁶⁵⁷ Sobre los realistas se afirma que, para ellos, el Derecho es y debía ser inevitablemente un instrumento, pues lo importante era la implementación de políticas; tenían una inclinación anticonceptual, pues consideraban que ciertas categorías sólo oscurecían el panorama para la toma de decisiones; no señalaban una política en concreto, sino que hacían un llamado al análisis de políticas, por lo cual se les acusó de relativismo ético; consideraban al Derecho como un conjunto de predicciones de lo que las cortes harían; eran escépticos de las reglas, pues creían que las mismas no podían restringir la discreción de los tomadores de decisiones; creían que no había separación entre Derecho y política; y no se puede considerar como parte de la teoría jurídica sobre el Estado moderno regulatorio sino que era una teoría que se centraba en las decisiones de las cortes. (Cfr. SCHWARTZ, Alan. *Karl Llewellyn and the Origins of Contract Theory*. En: KRAUS, Jody S. y WALT, Steven D. (Eds.). *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*. Nueva York: Cambridge University Press, 2007, p. 40).

La Escuela Neoclásica se refiere a la aproximación que retoma varios postulados de la Escuela Clásica pero los ajusta en ciertos detalles, y cuyo epítome es el artículo 2 del *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos de América⁶⁵⁸. Se presenta como figura central de dicha escuela a Karl Llewellyn, quien en muchos otros trabajos es asociado al realismo jurídico, pero que en materia de Derecho de contratos se ubica como neoclásico. Llewellyn persiguió hablar de un conjunto de normas en continua evolución, antiformalista y con un constante escrutinio y crítica en búsqueda de un más realista, preciso y equitativo reconocimiento de la actual o presunta intención de las partes en el contrato⁶⁵⁹.

Pareciera ser que el objetivo de Llewellyn no era otro que tratar de conciliar los postulados clásicos del Derecho de contratos con las observaciones hechas por el realismo jurídico y, en concreto, con las nuevas realidades que se estaban viviendo para la época⁶⁶⁰, pero sin total claridad al respecto, por lo cual su teoría es bastante particular⁶⁶¹. En la Escuela Neoclásica tampoco se encuentra un referente claro en cuanto a protección del ambiente en el contrato se refiere, toda vez que no era ese un asunto relevante para cuando Llewellyn realizó sus trabajos.

La escuela del LAE se presenta como la escuela dominante en los últimos años en el ámbito académico estadounidense, con la premisa de que "(...) la eficiencia es el paradigma teórico dominante en el ámbito académico de los derechos comercial y corporativo contemporáneos"⁶⁶².

Esa corriente se reconoce como innegable influencia para las reacciones que ha tenido la filosofía contemporánea del Derecho privado⁶⁶³, pues el argumento sobre el valor y significado de la eficiencia es una de las principales razones por las cuales se presenta actualmente a la filosofía del Derecho privado como predominantemente normativa, lo

⁶⁵⁸ Cfr. MACNEIL, Ian. *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*. Op. cit., p. 855.

⁶⁵⁹ Debido a lo anterior, los planteamientos de los neoclásicos son catalogados por los teóricos de los Critical Legal Studies como indeterminados, por los teóricos relacionales y del Law & Society como excesivamente determinados y sus estándares flexibles como inadecuados para abordar la complejidad de las actitudes y comportamientos derivados de la relación contractual, por los teóricos del LAE como no suficientemente orientados hacia los valores de maximización de la riqueza y de eficiencia, y por los neoformalistas como una teoría que crea una ilusión de Derecho inmanente, por lo cual abogan por un nuevo recurso a las formas en Derecho. (Cfr. MURRAY JR., John E. Op. Cit., *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*. *Fordham Law Review*. 2002, vol. 71, nro. 3, pp. 869-871).

⁶⁶⁰ Cfr. LLEWELLYN, Karl. *What Price Contract? An Essay in Perspective*. *Yale Law Journal*. 1931, vol. 40, pp. 704-751.

⁶⁶¹ Cfr. SCHWARTZ, Alan. Op. cit., pp. 12-53.

⁶⁶² KRAUS, Jody S. y WALT, Steven D. Op. cit., p. 1.

⁶⁶³ Cfr. LUCY, William. Op. cit., pp. 1-44.

cual ha llevado a que se considere que las aproximaciones estrictamente externas al Derecho privado están equivocadas⁶⁶⁴.

Si bien existen estudios que abordan el estudio de la protección del ambiente bajo el enfoque metodológico del LAE⁶⁶⁵, su objeto central de estudio no se encuentra en cómo el contrato puede proteger el ambiente sino en un análisis de los efectos, a la luz de la eficiencia, de ciertas medidas de índole ambiental, además de que el enfoque de la economía ambiental o ecológica, claramente marcada por trabajos a la luz del análisis económico del Derecho, deja de lado todo el problema ético que está detrás de la concepción del hombre en relación con su entorno⁶⁶⁶, por lo cual no se encuentra allí un referente claro que permita abordar la problemática de relación entre dos ramas del Derecho, el comercial y el ambiental en sentido estricto, así como la influencia del Derecho constitucional contemporáneo, que es claramente un Derecho donde los valores son un elemento fundamental de su discurso⁶⁶⁷.

Los *Critical Legal Studies* (CLS) ⁶⁶⁸ se presentan como la escuela más provocativa de teoría legal del siglo XX, pues tras describir al Derecho como un mito, y mostrarse marxista, nihilista y seguidora del deconstructivismo, su principal objetivo es el Derecho de contratos, pues entiende a las instituciones del contrato y la propiedad como el mecanismo del sistema de mercado y del capitalismo. Su lenguaje habla de esclavismo económico en una sociedad con estructuras de poder que culturalmente determinan las reglas del Derecho de contratos, y se le critica por limitarse a la demolición del Derecho y por su poca influencia en la práctica del mismo⁶⁶⁹.

⁶⁶⁴ Se afirma que la escuela del LAE no tiene en cuenta la justicia o equidad de la distribución de la riqueza, el estatus, los privilegios y el poder en la sociedad, además de ignorar el papel del Derecho en simbolizar valores y concepciones morales, pues sostienen como un dogma que la competencia y los libres mercados solucionan todos los problemas, pero lo que no puede desconocerse es que han dicho y tienen mucho que decir sobre los costos de las decisiones que se toman en Derecho. (Cfr. MACAULAY, Stewart. *What Am I Here For?* Op. cit., pp. 9-10). Se argumenta que la teoría económica es una dimensión del Derecho, particularmente del Derecho de contratos, que debe ser reconocida en cualquier exposición moderna, eso sí, haciendo énfasis en que implica un concepto diferente del Derecho de contratos, por abordar una dimensión importante, pero que sus postulados no pueden ser considerados como una verdad única. (Cfr. MURRAY JR., John E. Op. cit., pp. 884-886).

⁶⁶⁵ Cfr., entre otros, FAURE, Michel. *L'analyse économique du droit de l'environnement*. Bruselas: Bruylant, 2007. También GUZMÁN AGUILERA, Patricia. *Introducción al análisis económico del derecho ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

⁶⁶⁶ Cfr. CRAWFORD, Colin. *La promesa y el peligro del derecho medioambiental: los retos, los objetivos en conflicto y la búsqueda de soluciones*. Op. cit., pp. 46-55.

⁶⁶⁷ Cfr. VIGO, Rodolfo Luis. *Constitucionalización y judicialización del derecho*. Op. cit.

⁶⁶⁸ Cfr. MURRAY JR., John E. Op. cit., pp. 873-877.

⁶⁶⁹ La escuela de los CLS ha servido como fuente para corrientes como el feminismo crítico y las teorías críticas raciales, pues ha logrado demostrar cómo el Derecho, en particular el Derecho estadounidense, se encuentra fundamentado en principios contradictorios y constituido a favor de la riqueza y los privilegios, en

Debido a que los CLS, dentro de los cuales podría ubicarse a la teoría de la justicia ambiental⁶⁷⁰, se centran en la crítica a lo establecido, sin ser su objeto principal realizar propuestas claras en materia ambiental y, sobre todo, debido a que su énfasis es primordialmente político, tampoco se encuentra en esta escuela de pensamiento un referente claro para el objeto de estudio de este trabajo.

La Teoría Relacional de los Contratos tiene como claro referente a Ian Macneil, aunque algunos⁶⁷¹ también señalan a Stewart Macaulay como uno de sus expositores más destacados⁶⁷².

Tal teoría tiene como eje de la misma el concepto de contrato relacional, por oposición al contrato discreto, diferencia que apunta a señalar que en los contratos están involucradas relaciones que van mucho más allá de lo simplemente pactado como obligaciones en los mismos, aspectos que deben ser tenidos en cuenta por el Derecho bajo un enfoque interdisciplinario, especialmente sociológico, que permita acomodar la teoría de los contratos a las realidades que revelan las descripciones obtenidas a la luz de esa visión distinta del fenómeno contractual, con conceptos como la planeación contractual, la comprensión y regulación específica de cada figura contractual, y una revaloración de la costumbre y los usos comerciales⁶⁷³.

contra de la clase trabajadora y la gente pobre, gracias a que, si bien el Derecho de contratos celebra al mismo tiempo el individualismo y el altruismo, el eje individualista ha sido dominante en el último siglo. Si bien el debate sobre estos temas no es pacífico, lo que no se puede negar es que todas las variantes de pensamiento crítico invitan a los estudiantes a considerar cómo el sistema legal funciona en la práctica y quiénes se benefician de ello, de manera que entiendan que el Derecho en los libros puede diferir del Derecho en acción y tales diferencias no son aleatorias ni neutrales. (Cfr. MACAULAY, Stewart. *What Am I Here For?* Op. cit., pp. 10-12).

⁶⁷⁰ La teoría de la justicia ambiental se caracteriza como un movimiento que busca hacer frente a la perspectiva del análisis económico del Derecho que privilegia los mercados sobre cualquier otro mecanismo (aunque vale la pena aclarar que no todas las escuelas de análisis económico del Derecho siguen tal enfoque), de manera que esta teoría se basa en la creencia de que, para poner en práctica cualquier estructura regulatoria, se deben proteger, por encima de todo, valores humanos y sociales fundamentales, lo cual ha llevado a que la teoría de la justicia medioambiental sea descrita a menudo como una expresión de protesta de los pobres y de los que carecen de poder, de los que están en la izquierda política. (Cfr. CRAWFORD, Colin. *La promesa y el peligro del derecho medioambiental: los retos, los objetivos en conflicto y la búsqueda de soluciones*. Op. cit., p. 48).

⁶⁷¹ Cfr. COUTU, Michel. Op. cit., p. 20.

⁶⁷² En una oportunidad Macneil sostuvo: “(...) Mis estudiantes, por ejemplo, todos saben que yo inventé el contrato relacional, y creo que todos los estudiantes de Stewart Macaulay saben que él inventó el contrato relacional”. MACNEIL, Ian. *Relational Contract: What We Do and Do not Know*. *Wisconsin Law Review*. 1985, vol. 1985, p. 483.

⁶⁷³ Cfr. MARTÍNEZ OCHOA, Santiago. Teoría relacional de los contratos: una visión alternativa del derecho de contratos. *Revista de Derecho Privado*. 2005, nro. 35, pp. 203-229.

El impacto de esta teoría en el marco del Derecho de contratos es discutido⁶⁷⁴, pero lo que no se puede negar es que Macneil⁶⁷⁵ llevó al Derecho de contratos a un nivel cualitativamente diferente de profundidad teórica social que no existía anteriormente entre los académicos⁶⁷⁶, con un trabajo en el cual ha sido necesario efectuar varias precisiones y reconceptualizaciones a lo largo de los años⁶⁷⁷. En esta teoría sí es posible encontrar un claro referente para efectos de estudiar la protección al ambiente en la contratación, aunque no es la acogida como marco teórico de este trabajo, por las razones que se exponen en detalle en la siguiente división de este apartado, y que tienen que ver, fundamentalmente, con su desconocimiento de la autonomía del discurso del Derecho.

La escuela del *Law & Society* (L&S) es presentada como una visión empírica del Derecho de contratos, con origen en los trabajos de Stewart Macaulay, en los cuales se da relevancia a la reputación y a otros controles informales como herramientas para cuestionar la teoría neoclásica⁶⁷⁸.

A lo que apunta la teoría del L&S es a que en cada disputa contractual se sujete la decisión a una verificación empírica y contextual de las relaciones existentes entre las

⁶⁷⁴ Cfr. FEINMAN, Jay. *The Reception of Ian Macneil's Work on Contract in the USA*. VINCENT-JONES, Peter. *The Reception of Ian Macneil's Work on Contract in the U.K.* Ambos en: CAMPBELL, David (Ed.). *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011, pp. 59-66 y 67-85, respectivamente.

⁶⁷⁵ Cfr. MACNEIL, Ian. *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*. *Northwestern University Law Review*. 2000, vol. 94, nro. 3, pp. 877-908.

⁶⁷⁶ Cfr. CAMPBELL, David. *Ian Macneil and the Relational Theory of Contract*. En: CAMPBELL, David (Ed.). *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011, pp. 3-58.

⁶⁷⁷ Muchas críticas han sido hechas a la teoría relacional de los contratos, pero tal vez la más relevante apunta al hecho de que Macneil ataca las teorías clásica y neoclásica del contrato, creando un “hombre de paja” que posteriormente él y sus discípulos proceden a aporrear, desconociendo los aportes de esas teorías. (Cfr. MURRAY JR., John E. *Op. cit.*, pp. 877-878). En ese sentido, se ha afirmado que el concepto de consentimiento que maneja Macneil es altamente subjetivista para efectos de elaborar sus críticas, pero más amplio y realista cuando se trata de desarrollar su propia teoría, además de no tener en cuenta en su teoría la relación entre el contrato y la propiedad, ignorando así la función social de la libertad contractual, lo cual se podría explicar por la visión o agenda comunitarionista, no la relacional, de su teoría, que lo pone en una situación incómoda al momento de tratar de compaginar esa agenda con la del liberalismo, lo cual lo ha llevado a no apreciar en debida forma la importancia del consentimiento contractual en su teoría del Derecho de contratos. (Cfr. BARNETT, Randy E. *Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract*. *Virginia Law Review*. 1992, vol. 78, 1992, pp. 1175-1206).

⁶⁷⁸ Macaulay presenta la teoría del L&S como una aproximación que cuestiona el énfasis exacerbado en las reglas legales, pues lo importante es entender cómo la gente resuelve sus problemas, que a veces se convierten en problemas legales y, con base en ello, entender qué rol tienen los abogados y el Derecho, de manera que si bien las reglas y las decisiones de nivel superior son importantes, uno debe estudiar las opciones reales que tienen las partes, es decir, se opta por una mirada del Derecho tanto desde arriba como desde abajo. (Cfr. MACAULAY, Stewart. *What Am I Here For?* *Op. cit.*, pp. 12-13).

partes, por lo cual se argumenta que la difícil tarea que plantea ha llevado a que tal teoría no haya sido asimilada en el día a día de los procesos de adjudicación en Derecho de contratos⁶⁷⁹. Para los efectos que interesan en este trabajo, de protección al ambiente en los contratos mercantiles, los argumentos que en la siguiente división de este apartado serán expuestos en contra de la teoría relacional de los contratos, son igualmente predicables de los trabajos de Macaulay y la teoría del L&S, pues a pesar de sus diferencias, en lo que aquí concierne, ambas se caracterizan por desconocer la autonomía del Derecho como discurso.

El neoformalismo se entiende como una reacción a todas las teorías que han incorporado elementos ajenos y demasiado sofisticados al Derecho, por lo cual aboga por que el contrato sea relegado a sus términos explícitos, de manera que los jueces no introduzcan elementos extraños al momento de tomar decisiones sobre los contratos, pues sostienen que el resultado puede ser simplemente deducido de las reglas⁶⁸⁰.

Sostienen estos nuevos formalistas que los intentos que se han hecho por lograr interpretar el contrato para que las condiciones empíricas prevalezcan, parten de la base de que los jueces son competentes y las partes incompetentes, cuando lo que se evidencia de la práctica es que las partes son competentes y quienes son incompetentes son los jueces, pues la misma práctica demuestra que los jueces funcionan bien cuando operan dentro de modos de análisis formales y restringidos, y que funcionan mal cuando intentan armonizar los conflictos de valores y regular la compleja actividad económica⁶⁸¹.

Los neoformalistas, con Robert E. Scott a la cabeza, abogan, así, por la eficiencia *ex ante*, es decir, por que las partes traten de prever en sus contratos la mayor cantidad de posibles controversias a futuro, para que señalen en el mismo contrato las formas de solucionar esas controversias y eviten la intervención de los jueces en la interpretación e integración del contrato, pero lo que demuestran los estudios en la práctica es que no siempre las partes tienen incentivos para optar por esa eficiencia *ex ante*, sino que a veces prefieren optar por un concepto de eficiencia *ex post*, es decir, de solución de las controversias una vez se presentan, con lo cual se demuestra que el formalismo no puede obviar la solución contextualista para llenar los vacíos que las partes dejan en sus contratos⁶⁸².

Este neoformalismo no es considerado aquí como la teoría adecuada para estudiar la protección del ambiente en la contratación mercantil, pues aunque plantea algo

⁶⁷⁹ Cfr. MURRAY JR., John E. Op. cit., pp. 882-884.

⁶⁸⁰ Cfr. *Ibid.*, pp. 891-913.

⁶⁸¹ Cfr. SCOTT, Robert E. The Case for Formalism in Relational Contract. *Northwestern University Law Review*. 2000, vol. 94, nro. 3, pp. 847-876.

⁶⁸² Cfr. WHITFORD, William C. Relational Contracts and the New Formalism. *Wisconsin Law Review*. 2004, vol. 2004, pp. 631-643.

profundamente interesante, como es la sujeción de las controversias contractuales a lo estrictamente pactado por las partes y la eliminación de criterios sofisticados y ajenos que sólo logran enturbiar el ámbito del Derecho de contratos, es una teoría que no tiene en cuenta las relaciones del contrato con la protección jurídica del ambiente, pues precisamente busca cerrar el discurso del Derecho privado a elementos distintos al mismo, como los que aporta el Derecho constitucional actual, por ejemplo, aislamiento no posible en el estado actual de evolución del Derecho comercial colombiano⁶⁸³.

Así, si bien los neoformalistas⁶⁸⁴ se presentan como deslindados de los funcionalistas, entendiendo el formalismo como una interpretación textualista de los términos expresos usados en los contratos incompletos, y al funcionalismo como la opción por contextualizar los contratos incompletos, siendo el *Uniform Commercial Code* un claro ejemplo de este último, pues el funcionalismo prefiere la interpretación con base en objetivos sobre la interpretación textual, los estándares abiertos y orientados hacia fines sobre las reglas claramente definidas, y el contextualismo sobre el conceptualismo⁶⁸⁵, lo que se plantea es que ese formalismo y funcionalismo terminaron actuando de la mano para parecer convertirse en el destino del Derecho en este momento de regímenes post-regulatorios. Se plantea que ese formalismo y funcionalismo deben acompañarse con propuestas como las del Derecho responsivo y el Derecho reflexivo, con fuerte sustrato en el concepto de autopoiesis que manejó Niklas Luhmann, para dar adecuada cuenta de la situación del Derecho en el siglo XXI⁶⁸⁶.

Con base en todo lo anteriormente expuesto, es claro que quedan por fuera de la exposición muchas teorías en materia de Derecho de contratos, pero el trabajo realizado ha permitido identificar a la doctrina del solidarismo contractual y la teoría relacional de los contratos como las teorías que más servirían para enmarcar el estudio propuesto. Por las razones previamente expuestas, tales teorías se presentan limitadas para poder hacer entrar en contacto el discurso del Derecho de contratos con el discurso del Derecho

⁶⁸³ Cfr. CALDERON VILLEGAS, Juan Jacobo. *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes/Universidad del Rosario/Temis, 2011.

⁶⁸⁴ Como ya fue expuesto en el capítulo primero, en el cual fue justificada, con base en el concepto de colisión de discursos legales, la opción tomada en este trabajo por la teoría del Derecho reflexivo, la principal tensión existente en la actualidad en Derecho contractual colombiano se encuentra entre una especie de neoformalistas y quienes abogan por introducir elementos “no jurídicos” al Derecho. (Cfr. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. *El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia*. Op. cit., pp. 187-241).

⁶⁸⁵ Cfr. SCOTT, Robert E. *The Uniformity Norm in Commercial Law: A Comparative Analysis of Common Law and Code Methodologies*. En: KRAUS, Jody S. y WALT, Steven D. (Eds.). *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*. Nueva York: Cambridge University Press, 2007, pp. 149-192.

⁶⁸⁶ Cfr. ZUMBANSEN, Peer. *Law After the Welfare State: Formalism, Functionalism, and the Ironic Turn of Reflexive Law*. *American Journal of Comparative Law*. 2008, vol. 56, pp. 769-808.

ambiental, ya que parten de la lógica del contrato, cuando lo que se necesita, a mi juicio, es una teoría que reflexione desde un nivel superior, es decir, que abarque al Derecho de contratos y al Derecho ambiental y no que parta de uno de ellos para intentar entender al otro, lo cual ocurre con la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, que tiene como objetivo formular una teoría de la sociedad que sea capaz de contemplar a los objetos y a sí misma como parte de los objetos⁶⁸⁷.

En efecto, como ya ha sido expuesto por la doctrina⁶⁸⁸, la teoría relacional de los contratos no utiliza como uno de sus elementos de análisis la autonomía del Derecho, y no entiende al contrato como una relación conflictiva entre discursos que colisionan⁶⁸⁹, situación que podría igualmente ser predicable de la doctrina del solidarismo contractual, pues ambas desconocen la autonomía del discurso del Derecho de contratos, como se expone a continuación.

2.5.3. La opción por la teoría del Derecho reflexivo

La opción que acá se realiza por el Derecho reflexivo es la de servir como principal referente teórico para los objetivos perseguidos en este trabajo, pero sin desconocer que, de una u otra forma, todas las teorías existentes en Derecho de contratos aportan algo para poder entender la institución del contrato y su relación con la protección al ambiente. No obstante, entre todas las teorías expuestas, las que podrían tener mayor relevancia como marco teórico de este trabajo podrían ser el solidarismo contractual y la teoría relacional de los contratos, respecto de las cuales es necesario precisar por qué a pesar de suministrar elementos importantes, no se consideran acá como suficientes para brindar todos los insumos que sí aporta la teoría del Derecho reflexivo.

En primer lugar, sobre el solidarismo contractual se deben realizar dos observaciones. La primera es que el mismo es una doctrina inscrita en la teoría general del contrato, por lo cual, a pesar de aportar elementos importantes para entender el contrato, no sólo como una herramienta para satisfacer las necesidades de las partes sino también de la

⁶⁸⁷ Cfr. KJAER, Poul. Op. cit., pp. 66-77. También GONZÁLEZ, Luis Armando. Op. cit., pp. 785-811. Y MÁS TORRES, Salvador. Op. cit., pp. 107-118.

⁶⁸⁸ Cfr. COUTU, Michel. Op. cit., pp. 1-46.

⁶⁸⁹ Se plantea en relación con el contrato que “(...) *el contrato ya no puede ser visto como un simple intercambio entre dos actores y sus recursos, con actores que tienen ciertos objetivos en mente. En la autopoiesis, el contrato reaparece como diferentes proyectos en al menos tres diferentes mundos sociales: legal, económico y productivo. (...) Con el contrato vemos comunicaciones sobre producción, comunicaciones sobre presupuestos, costos y precios, y comunicaciones sobre legalidad. Ninguna de ellas puede ser reducida a la otra. (...) Un contrato en la sociedad moderna es esencialmente una relación de compatibilidad entre sistemas sociales separados y diferenciados y sus respectivas dinámicas de racionalidad*”. (Traducción propia de TEUBNER, Gunther; NOBLES, Richard y SCHIFF, David. *The Autonomy of Law: An Introduction to Legal Autopoiesis*. En: PENNER, James; SCHIFF, David y NOBLES, Richard (Eds.) *Jurisprudence and Legal Theory: Commentary and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 912-913.

sociedad en general, se encuentra encasillada dentro del ámbito del Derecho de contratos, cuando lo que aquí se persigue precisamente es salir del mismo para lograr entender la relación del Derecho de contratos con ramas como el Derecho ambiental en sentido estricto y el Derecho constitucional.

La segunda observación tiene que ver con el hecho de que el solidarismo contractual constituye precisamente una doctrina de choque contra los postulados tradicionales de la teoría general del contrato, por lo cual puede limitar un poco en relación con la aproximación que aquí se persigue, pues precisamente este trabajo tiene como objeto estudiar cómo puede ser abordada la protección al ambiente en Derecho de contratos desde los estándares tradicionales y bajo el discurso propio del mismo. Así, si bien personalmente comparto varios de los postulados del solidarismo contractual, es necesario ser consciente de que su recepción en el ordenamiento jurídico colombiano no es pacífica, por lo cual no se acoge aquí tal doctrina como marco teórico de este estudio.

Por su parte, en la teoría relacional de los contratos es posible encontrar un campo fértil para servir como marco teórico de una aproximación interdisciplinaria al Derecho de contratos. Sin embargo, allí mismo reside la debilidad de esa teoría para los efectos que aquí se persiguen, pues, como lo expone Coutu⁶⁹⁰, la teoría relacional no utiliza como uno de sus elementos de análisis la autonomía del Derecho, ya que parte de la base de una correspondencia directa entre las representaciones jurídicas del Derecho de contratos y la dinámica real de las relaciones sociales, de manera que aboga por entender al contrato como una relación de intercambio basada en la cooperación, en vez de entenderlo como una relación conflictiva entre discursos que colisionan.

En efecto, la teoría del Derecho reflexivo de Teubner apunta precisamente a respetar esa autonomía discursiva del Derecho de contratos, identificando los diversos contextos en que opera (como relación en función del precio en el mercado, como vínculo sinalagmático de derechos y obligaciones jurídicas, y como mecanismo de encaje de las necesidades percibidas por cada parte en el contexto productivo)⁶⁹¹, reconociendo que la unidad del contrato está fracturada bajo el juego sin fin de los diferentes proyectos discursivos, por lo cual el Derecho de contratos debe ser reconstruido bajo parámetros de intertextualidad, para proteger así las diversas autonomías privadas, no sólo contra el Estado represivo sino contra las tendencias expansionistas de la tecnología, la ciencia y el mercado, propendiendo por la transformación del Derecho privado en un nuevo Derecho constitucional⁶⁹².

⁶⁹⁰ Cfr. COUTU, Michel. Op. cit., pp. 1-46.

⁶⁹¹ Cfr. TEUBNER, Gunther. In the Blind Spot: The Hybridization of Contracting. *Theoretical Inquiries in Law*. 2007, vol. 8, pp. 51-71.

⁶⁹² Cfr. TEUBNER, Gunther. Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law. *Social and Legal Studies*. 2000, vol. 9, pp. 399-417.

De hecho, una de las principales preocupaciones de Teubner ha sido la responsabilidad derivada de los contratos hacia la sociedad⁶⁹³, hacia terceros⁶⁹⁴ y la responsabilidad ecológica de los entes privados⁶⁹⁵, ante lo cual sugiere que no se puede continuar trabajando bajo la perspectiva de actores individuales contra el poder represivo del Estado, sino que el discurso de estos derechos debe ser reconstruido bajo la idea de múltiples contextos, lo cual requiere que el contrato se repiense como Constitución bajo la perspectiva del efecto horizontal de derechos constitucionales⁶⁹⁶.

Con base en lo anterior, esa preocupación que viene desde Weber por entender la institución del contrato y cuál es su dinámica interna dentro del mundo de los juristas, para introducir la relación entre Derecho y sociedad dentro de la teoría jurídica⁶⁹⁷, tiene en la teoría del Derecho reflexivo un marco muy importante para lograr comprender cómo integrar al Derecho de contratos con otros discursos sin irrespetar la autonomía del mismo.

Así, figuras como la del orden público ecológico, con expreso reconocimiento en el artículo 215 de la Constitución Política de Colombia⁶⁹⁸, y con importantes desarrollos doctrinales, principalmente en Suiza, Bélgica y Francia⁶⁹⁹, o la función ecológica o

⁶⁹³ Cfr. TEUBNER, Gunther. *Piercing the Contractual Veil? The Social Responsibility of Contractual Networks*. En: WILHELMSSON, Thomas (Ed.). *Perspectives of Critical Contract Law*. Farnham: Ashgate, 1993, pp. 211-238.

⁶⁹⁴ Cfr. TEUBNER, Gunther. *Expertise as Social Institution: Internalising Third Parties into the Contract*. En: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh y WIGHTMAN, John (Eds.). *Implicit Dimensions of Contract*. Portland: Hart Publishing, 2003, pp. 333-363.

⁶⁹⁵ Cfr. TEUBNER, Gunther. *The Invisible Cupola: From Causal to Collective Attribution in Ecological Liability*. En: TEUBNER, Gunther; FARMER, Lindsay y MURPHY, Declan (Eds.) *Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Ecological-Self Organization*. Chichester: John Wiley & Sons, 1994, pp. 17-47.

⁶⁹⁶ Cfr. TEUBNER, Gunther. *In the Blind Spot: The Hybridization of Contracting*. Op. cit., pp. 67-71.

⁶⁹⁷ Cfr. BELLEY, Jean-Guy. *Max Weber et la théorie du droit des contrats. Droit et Société*. 1988, vol. 9, pp. 301-324.

⁶⁹⁸ Cfr. COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política. (20, julio, 1991). Artículo 215. En: Gaceta Constitucional No. 116. Consultada el 20 de junio de 2017 y disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html. No obstante, aquí cabe hacer la precisión de que el orden público ecológico al que hace referencia el citado artículo 215 de la Constitución Política atiende al concepto de orden público de ciertas disposiciones constitucionales y no al de orden público privado o de las relaciones de Derecho privado. (Cfr. MUÑOZ LAVERDE, Sergio. Op. cit., pp. 255-262).

⁶⁹⁹ Cfr. BOUTELET, Marguerite y FRITZ, Jean-Claude (Dir.) *L'ordre public écologique: Towards an Ecological Public Order*. Bruselas: Bruylant, 2005. También BELAÏDI, Nadia. Op. cit.

ambiental de los contratos, con muy pocos desarrollos a la fecha⁷⁰⁰, pueden ser ejemplos de instituciones a ser incorporadas en el Derecho de contratos colombiano bajo la perspectiva del Derecho reflexivo, propuesta que constituye el eje del capítulo tercero de este trabajo.

⁷⁰⁰ Cfr. BARROSO, Lucas Abreu. Función ambiental de los contratos agrarios, (s.l., s.d.), disponible en http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacc050079-barroso-funcion_ambiental_contratos_agrarios.htm También POLI, Luciana Costa y HAZAN, Bruno Ferraz. A Funcão Social dos Contratos como Instrumento para A Sustentabilidade. *Revista Direito e Liberdade*. 2013, vol. 15, nro. 1, pp. 171-193.

2.6. LA INADECUADA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL AMBIENTE EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL EN COLOMBIA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Hasta aquí puede decirse que, a partir del problema de investigación de si el ambiente es adecuadamente protegido desde la contratación mercantil en Colombia, han sido identificadas varias dificultades que ha sido necesario sortear de manera progresiva. En últimas, como se ha manifestado desde la introducción de este trabajo, lo que se persigue es que la protección del ambiente en la contratación mercantil en Colombia deje de verse como un asunto de *lege ferenda*, para empezar a reconocer que se trata de un asunto de *lege lata*⁷⁰¹.

El objetivo de este apartado es, entonces, después de haber abordado los conceptos mencionados, plantear que, a la luz del principio de precaución ambiental, el ambiente no es adecuadamente protegido desde el punto de vista jurídico en la contratación mercantil en Colombia, pudiendo inclusive afirmarse que tal protección en algunos eventos es inexistente.

Es importante precisar que el término “adecuadamente” tiene como referente lo expuesto por Luhmann sobre el mismo. En efecto, plantea en su obra sobre la dogmática jurídica que: “(...) según las concepciones actuales la totalidad del sistema no puede ser ni una regla de producción ni un criterio de selección, pero ha de ser representada ‘adecuadamente’ en forma de criterios. Lo que en este caso se define como ‘adecuadamente’ depende del nivel de desarrollo y de la complejidad y, por tanto, en definitiva del grado de diferenciación social del sistema”⁷⁰², para luego concluir que “‘Adecuado a la sociedad’ no quiere significar que los conceptos jurídicos deban ser en definitiva conceptos sociológicos o deban reflejar de modo adecuado la sociedad. Esto estaría en contradicción con la diferencia de sistema y de función de sistema entre el sistema social y el sistema jurídico como sistema parcial del sistema social. Adecuación significa tan sólo que se logre la transformación conceptual del problema al sistema jurídico. Como sistema funcionalmente inserto a posteriori y constreñido a tomar una decisión, el sistema jurídico no puede reflejar dentro de sí ni toda la complejidad ni las formas de abstracción fundamentales de la sociedad (...). Por ello el criterio de la adecuación solamente se puede referir a las reducciones con las que el sistema jurídico desarrolla su función específica en toda la sociedad, siempre que se le requiere”⁷⁰³.

⁷⁰¹ Cfr. COURTIS, Christian. *El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática*. En: COURTIS, Christian (Ed.) *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006, pp. 113-118.

⁷⁰² LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 39.

⁷⁰³ LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 97-98.

Así, la exposición de este apartado está organizada con un primer momento en el que se plantea cuál es la situación del tema en el Derecho francés, principal referente extranjero sobre el particular, para luego entrar, en un segundo momento, a plantear la evaluación en concreto de la contratación mercantil en Colombia a la luz del principio de precaución ambiental. En un tercer y último momento se introducen los elementos que se encuentran como relevantes desde el punto de vista teórico en el Derecho colombiano de contratos, de manera que ello sirva como enlace para el último apartado de este trabajo, en el que se expone el desafío constitucional como la última etapa de la propuesta presentada en este trabajo.

2.6.1. La situación en el Derecho francés

Debido a que en Colombia no se cuenta con doctrina que haya abordado en extenso el asunto de la protección jurídica del ambiente en los contratos, es necesario acudir a doctrina extranjera. Al respecto, se ha dicho que “(...) el estudio local y global de Derechos extranjeros invita al Derecho francés a ir más lejos en la instrumentalización ambiental del contrato y recuerda cuánto el Derecho ambiental tiene necesidad, según la expresión del profesor Gilles J. Martin, de ‘juridiversidad’. Eso sí, no se puede olvidar que el Derecho francés puede él mismo ser fuente de inspiración. En efecto, tras el estudio del contrato con finalidad ambiental, las diferentes contribuciones dejan en la sombra el fenómeno de las obligaciones ambientales presentes en los contratos clásicos de intercambio con vocación inicialmente no ambiental. Numerosas en Derecho francés, ellas oscilan entre las obligaciones subjetivas que reflejan los intereses de los contratantes y las obligaciones objetivas que reflejan el interés del ambiente. (...) Sin embargo, reina el sentimiento de que la expansión rápida y creciente de las obligaciones ambientales, bajo el impulso del legislador y de la práctica, podría ser una originalidad francesa. Los Derechos extranjeros podrían, por ejemplo, a futuro, ser sensibles a la importancia de las obligaciones de información ambiental (...) manifiestas en múltiples campos de la vida contractual en Francia”⁷⁰⁴.

Así, en Francia se destaca el trabajo de Mathilde Hautereau-Boutonnet⁷⁰⁵, quien plantea, inicialmente, la aparente contradicción entre el contrato, acto voluntarista a través del cual se manifiesta la creación de efectos de Derecho entre particulares, y el Derecho ambiental, originalmente público, de policía administrativa, lo cual explica que el contrato como herramienta de protección del ambiente siempre se haya visto de manera marginal, ignorada, frente a las herramientas que ofrece el Derecho administrativo.

⁷⁰⁴ HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde. *Avant-propos. Des relations contrat-environnement au contrat environnemental*. En : HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde (Dir.) *Le contrat et l’environnement : étude de droit comparé*. Bruselas : Bruylant, 2015, pp. LXVI – LXVII.

⁷⁰⁵ Cfr. BOUTONNET, Mathilde. *L’efficacité environnementale du contrat*. En : BOSKOVIC, Olivera (Dir.) *L’efficacité du droit de l’environnement : Mise en oeuvre et sanctions*. París : Dalloz-Sirey, 2010. También BOUTONNET, Mathilde. *Des obligations environnementales spéciales à l’obligation environnementale générale en droit des contrats*. *Recueil Dalloz*. 2012, vol. 7499, nro. 6, pp. 377-385.

Sin embargo, la política y realidad jurídicas demuestran la necesidad de tener al contrato como un instrumento para reforzar la eficacia del Derecho ambiental y responder a las carencias del Derecho administrativo, es decir, las acciones negociadas se imponen como modo alternativo de regulación del ambiente, ante lo cual se plantea una primera división entre contratos ambientales, los cuales tienen un claro objeto de protección del ambiente y suelen ser de naturaleza administrativa o pública, y los contratos no ambientales o contratos clásicos, en los cuales el objeto no está encaminado directamente a la protección del ambiente, y la misma se logra a través de la inclusión de ciertas obligaciones ambientales que incumben a las partes.

Así, en relación con tal clasificación por ella propuesta, en los contratos ambientales se destaca que, aunque la importancia cuantitativa recae en contratos administrativos⁷⁰⁶, por ser los que por naturaleza están encaminados a la protección del interés general, también hay contratos ambientales de Derecho privado⁷⁰⁷.

Por su parte, en relación con los contratos no ambientales, que son los que realmente interesan aquí como objeto de investigación, se señala, en primera medida, que pareciera incongruente su planteamiento, pues no tienen directamente una finalidad ambiental sino que persiguen satisfacer los intereses económicos de las partes, por lo cual se plantean dos requisitos para la eficacia ambiental de tales contratos: la existencia⁷⁰⁸ y la pertinencia⁷⁰⁹ de obligaciones de protección del ambiente.

⁷⁰⁶ Como ejemplo de contratos ambientales administrativos cita Hautereau-Boutonnet los contratos de lucha contra un tipo de polución y los contratos de gestión de un espacio natural. En ambos, el Estado encarga la realización de una labor de protección del ambiente. (Cfr. BOUTONNET, Mathilde. *L'efficacité environnementale du contrat*. En : BOSKOVIC, Olivera (Dir.) *L'efficacité du droit de l'environnement : Mise en oeuvre et sanctions*. París : Dalloz-Sirey, 2010, pp. 27-29).

⁷⁰⁷ Dentro de los contratos ambientales de Derecho privado habla la autora de los acuerdos ambientales y de los acuerdos de cooperación. Los acuerdos ambientales se celebran entre diferentes empresas del mismo sector industrial con el objeto de cumplir ciertos efectos favorables a la protección del ambiente, constituyéndose en un ejemplo de autorregulación y con varios casos en la vida práctica, como un acuerdo de la industria europea encaminado a reducir la utilización de estabilizantes a base de plomo, por ejemplo. Los acuerdos de cooperación, por su parte, se celebran entre las empresas y las asociaciones de protección del ambiente, ONG's o establecimientos públicos defensores del ambiente, con el objeto de incentivar a las empresas, a través de su actividad económica, a adoptar un comportamiento más respetuoso del ambiente, a cambio de apoyo oficial para tal labor. (Cfr. BOUTONNET, Mathilde. *L'efficacité environnementale du contrat*. En : BOSKOVIC, Olivera (Dir.) *L'efficacité du droit de l'environnement : Mise en oeuvre et sanctions*. París : Dalloz-Sirey, 2010, pp. 29-36).

⁷⁰⁸ El requisito de la existencia tiene que ver con que las partes tengan en cuenta, dentro del campo contractual, el interés general ambiental, de manera que sus intereses económicos sean modulados por los intereses ambientales. En contratos de Derecho privado se dice que esta tendencia es indisoluble de la de responsabilidad social empresarial, entendida como la integración, por las empresas, en su actividad económica, de consideraciones sociales, éticas y ambientales, tendencia que ha tenido gran impulso con el Pacto Global de la ONU o *Global Compact*, siendo claro que el origen de obligaciones ambientales en contratos de Derecho privado, entonces, radica principalmente en la necesidad de ajustarse a estándares internacionales como la norma ISO 14000 o estándares de orden nacional o regional. (Cfr. BOUTONNET,

En líneas generales, este estudio de Hautereau-Boutonnet apunta a la idea de que están surgiendo reglas de Derecho objetivo que contemplan un nuevo orden público, complementando el orden moral y económico clásico con la idea de orden público ecológico, pero que no todo esto es completamente deseable sino que depende de la finalidad asignada al contrato a la luz del Derecho objetivo, para integrar su finalidad económica con una finalidad ambiental, todo lo cual cae en el ámbito de la política jurídica, de la cual depende que se pueda hablar de la eficacia ambiental del contrato. Posteriormente, Hautereau-Boutonnet ha planteado el solidarismo contractual como el marco teórico adecuado para enmarcar la protección del ambiente dentro de los contratos de Derecho privado dentro de la teoría general del contrato, posición de la que discrepo, como ya fue expuesto.

El trabajo de Hautereau-Boutonnet no es el único al respecto en Francia. Se destacan también, en materia de contratos, otros trabajos.

Así, Blanc y Van Lang⁷¹⁰ parten de la base de que el planteamiento de Duguit de que el contrato era una creación del Derecho romano, traspasada al Derecho civil moderno como base de un sistema jurídico subjetivista e individualista, ya no se ajusta a la visión actual del contrato, pues los principios fundamentales del contrato, como son la libertad contractual, la autonomía de la voluntad y el efecto relativo, hoy en día son maltratados,

Mathilde. *L'efficacité environnementale du contrat*. En : BOSKOVIC, Olivera (Dir.) *L'efficacité du droit de l'environnement : Mise en oeuvre et sanctions*. París : Dalloz-Sirey, 2010, pp. 37-42).

⁷⁰⁹ Debido a que la existencia de obligaciones de protección al ambiente no es suficiente garantía de la eficacia ambiental de los contratos, Hautereau-Boutonnet propone como segundo criterio o requisito para evaluar aquélla, la pertinencia de esas obligaciones, definida como la característica que hace que los contratos deban verdaderamente contribuir a la finalidad de desarrollo sostenible y complementar su finalidad económica con una finalidad ambiental. Tal pertinencia es discutible, pues las obligaciones ambientales no siempre son precisas, lo cual se suele traducir en inseguridad y duda sobre el verdadero valor ecológico de tales obligaciones dentro de los contratos, y también se dice que tal pertinencia es perfectible, pues el Derecho objetivo no otorga suficiente importancia a las obligaciones ambientales, es decir, el orden público contractual es insuficientemente ecológico, ante lo cual se propone que si el Derecho objetivo ya abrió espacio, por razones de justicia social, a valores altruistas como el restablecimiento de la igualdad de las partes, el equilibrio del contrato y la solidaridad, por razones sociales nuevas, enfocadas hacia los valores ecológicos, es posible imaginar que hacia futuro el Derecho objetivo deberá reforzar el interés general ambiental en los contratos, repensando el contrato bajo criterios ambientales, como ya ocurrió en un caso en 2007 en la Corte de Apelaciones de Nancy, Francia, donde a la luz del artículo 1134 del Código Civil francés se impuso a las partes, en la ejecución de un contrato de provisión de vapor de agua para la elaboración de bicarbonato de sodio, proceder a su renegociación a favor de una mejor protección del ambiente, apoyándose en la nueva dimensión de la obligación de buena fe para corregir el desequilibrio contractual en el interés general de reducir los gases de efecto invernadero. (Cfr. BOUTONNET, Mathilde. *L'efficacité environnementale du contrat*. En : BOSKOVIC, Olivera (Dir.) *L'efficacité du droit de l'environnement : Mise en oeuvre et sanctions*. París : Dalloz-Sirey, 2010, pp. 42-45).

⁷¹⁰ Cfr. BLANC, Nathalie y VAN LANG, Agathe. *Les techniques : les contrats*. En: MEKKI, Mustapha y NAIM-GESBERT, Éric. (Dir.) *Droit public et droit privé de l'environnement : unité dans la diversité?* Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, pp. 205-223.

lo que ha provocado una desnaturalización del contrato. En efecto, proponen ellas que, en aras de buscar la protección del ambiente a través del contrato, si bien se han producido convergencias interesantes, como la utilización en Derecho público y Derecho público de la herramienta contractual, así como la utilización de la técnica contractual como herramienta para lograr la protección efectiva del ambiente, también ha habido turbulencias importantes, que han llevado a la desestabilización del Derecho de contratos, pues no siempre el contrato es el instrumento idóneo para proteger el interés general, por un lado, e, incluso, a la desestabilización del Derecho ambiental, por el otro, pues ha empezado a concebirse a la naturaleza bajo el esquema económico capitalista de mercancía que reina en los contratos, con una consiguiente pérdida de responsabilidad de las empresas.

Es claro para dichas autoras que se deben buscar soluciones, pero precisamente critican lo propuesto por Hautereau-Boutonnet en el sentido de hablar del contrato ambiental como una nueva categoría que, reagrupando a todos los contratos que tengan como finalidad aprehender el ambiente, regule las relaciones hombre-ambiente, pues precisamente esa categoría termina reagrupando bajo una misma bandera a instrumentos jurídicos bastante diferentes, convirtiéndose en una intención inútil, pues lo importante es adecuarse a los regímenes clásicos de los contratos de Derecho privado y Derecho público, asegurando el control de la sociedad y de las asociaciones protectoras de la naturaleza.

En efecto, se señala que la ventaja del contrato como herramienta de protección del ambiente radica en que “(...) *la aclimatación del contrato a las cuestiones ambientales es natural porque el contrato es una herramienta, una técnica jurídica flexible*”, de manera que puede concluirse frente al contrato y su relación con la protección del ambiente que “(...) *el contrato de Derecho privado no ha desaparecido pero sí se ha transformado ampliamente. Para retomar una fórmula célebre, 'nada se pierde, nada se crea, todo se transforma'*”⁷¹¹.

Como lo plantea Mekki⁷¹², el contrato se ha convertido en uno de los principales vectores del pluralismo jurídico ambiental, pues permite interconectividad y superar las dicotomías paralizantes, reforzar la efectividad y la eficacia la reglamentación ambiental y repensar la cuestión ambiental más allá de la dogmática jurídica clásica. Gracias al contrato, los actores públicos y privados participan conjuntamente de la promoción y protección del ambiente, pues el contrato permite crear un lazo entre las exigencias administrativas y las expectativas de los particulares. Inclusive, el contrato permite sobrepasar no sólo las

⁷¹¹ BLANC, Nathalie. *Le contrat – Le contrat de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*. En: MEKKI, Mustapha (Dir.) *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*. Bruselas: Bruylant, 2016, pp. 134 y 143-144.

⁷¹² MEKKI, Mustapha. *Pluralisme des sources et des droits – Entre ordre et désordre*. En: MEKKI, Mustapha (Dir.) *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*. Bruselas: Bruylant, 2016, pp. 58-63.

fronteras del Derecho público y el Derecho privado sino entre el Derecho interno y el Derecho internacional, pues permite a las multinacionales comportarse como legisladores globales. En general, pues, el contrato ha permitido poner de presente que la norma jurídica, por lo menos en materia ambiental, no es un estado sino un proceso, una dinámica, borrando las fronteras entre *hard law* y *soft law* pues, por ejemplo, cuando gracias al contrato se logra que ciertas empresas incorporen en sus condiciones generales de contratación los principios de la OCDE, del Global Compact y de la norma ISO 26000, el contrato se convierte en un medio para dar fuerza coercitiva a los principios de *soft law*, “juridificando” los principios.

El otro gran protagonista de todo este fenómeno evidenciado en Derecho francés de relación entre la protección del ambiente y el Derecho privado, es el principio de precaución, ya estudiado en detalle en este capítulo. No obstante, vale la pena tener en cuenta que se reconoce que los principios, que son los embriones de futuras reglas, suelen proliferar en las ramas del Derecho más inmaduras, como lo es el Derecho ambiental, siendo el principio de precaución uno de los que ha deambulado por todo el Derecho, convirtiéndose a veces en víctima de su propio éxito, pues se le ha invocado fuera de propósito, pero precisamente su naturaleza dual antagonista (pues es un principio que al mismo tiempo invita a no retardarse en la toma de decisiones y a no tomar decisiones que puedan afectar el ambiente) sería la base de su riqueza y de su futuro⁷¹³.

Se plantea de esta manera que, la extensión del dominio del principio de precaución no solamente en las relaciones verticales sino también en las relaciones horizontales entre particulares, es una realidad innegable, por lo que la esfera de influencia de tal principio en Derecho privado va seguramente a sobrepasar el plano de la responsabilidad, que es donde tuvo su recepción⁷¹⁴.

Como lo señala Rochfeld, la crisis ambiental ha implicado la introducción del tiempo, del largo plazo, en las nociones de Derecho privado, para empezar a pensar en términos transgeneracionales, es decir, más allá de la persona, y esa visión se ha introducido principalmente a través del principio de precaución, lo cual no es nada fácil, pues las nociones del Derecho privado contemporáneo han sido concebidas bajo fundamentos personalistas e individualistas⁷¹⁵.

⁷¹³ Cfr. MORVAN, Patrick. *Les principes et les règles – Vers la naissance de “vrais” principes de droit privé en droit de l’environnement*. En: MEKKI, Mustapha (Dir.) *Les notions fondamentales de droit privé à l’épreuve des questions environnementales*. Bruselas: Bruylant, 2016, pp. 64-93.

⁷¹⁴ Cfr. NEYRET, Laurent. *Op. cit.*, pp. 35-52.

⁷¹⁵ Cfr. ROCHFELD, Judith. *Propos introductifs*. En: MEKKI, Mustapha (Dir.) *Les notions fondamentales de droit privé à l’épreuve des questions environnementales*. Bruselas: Bruylant, 2016, pp. 7-29.

Mekki⁷¹⁶ señala cómo el principio de precaución es una de las mejores muestras de la proliferación de conflictos entre intereses particulares y cómo la aplicación del mismo no cesa de extenderse, llevando inclusive a que algunos hablen del “principio general de precaución”, para que el mismo irradie el conjunto de ramas del Derecho. Ante ello, propone él que se entienda que el Derecho ambiental encuentra su equilibrio entre el orden y el desorden, a través de la dialéctica entre la existencia de un pluralismo desordenado y la coexistencia de un pluralismo ordenado. Así, por ejemplo, los derechos fundamentales en materia ambiental no pueden ser concebidos como un declive sino como una muestra de progreso, pero reconociendo el desorden jurídico que los mismos producen. Igual ocurre con la diversidad de fuentes, pues es evidente que el Derecho ambiental, por oposición al Derecho privado, no descansa en categorías rigurosas sino que se apoya en fuerzas, flujos, dinámicas, movimientos y relaciones, lo que confirma que el Derecho ambiental no está para brindar soluciones sino para la búsqueda de soluciones sobre una base participativa, como la que propone Amartya Sen. En últimas, pues, independientemente de cómo se logre el equilibrio, lo que es evidente es el estudio del Derecho privado bajo la perspectiva de las cuestiones ambientales confirma que hoy debe pensarse el Derecho de otra forma.

Gilles J. Martin, uno de los académicos más destacados en Francia en el estudio de estos asuntos de relación entre protección al ambiente y Derecho privado, utiliza dos símiles, bastante ilustrativos de lo que está ocurriendo. En uno⁷¹⁷ plantea que las cuestiones ambientales deberían percibirse como una placa tectónica en desplazamiento y a la deriva, que trata de arrastrarse debajo del continente del Derecho privado, al cual ingresó por el Derecho de la responsabilidad civil, siguió con el Derecho de contratos, el Derecho de la empresa, el Derecho de la competencia, el Derecho financiero, el Derecho de personas y ha tenido su prueba más dura en el Derecho de bienes. Así, el Derecho privado ha absorbido los choques provenientes de la placa tectónica, hasta un punto en que podría decirse que la mayoría de edificios del mismo son construcciones antisísmicas. Sin embargo, es necesario tener presente que esa capacidad de adaptación no es infinita y que los riesgos de rotura pueden aparecer e invitar a reflexionar sobre cómo reconstruir ciertos elementos del Derecho privado, pues esos conflictos y tensiones son la prueba de la vida, ante los cuales se propone acudir a la idea de “jurisdiversidad” como mecanismo de afrontarlos.

⁷¹⁶ Cfr. MEKKI, Mustapha. *Pluralisme des sources et des droits – Entre ordre et désordre*. En: MEKKI, Mustapha (Dir.) *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*. Bruselas: Bruylant, 2016, pp. 31-63.

⁷¹⁷ Cfr. MARTIN, Gilles J. *Rapport de synthèse*. En: MEKKI, Mustapha (Dir.) *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*. Bruselas: Bruylant, 2016, pp. 221-232.

El otro símil que plantea Gilles J. Martin⁷¹⁸ es el de la historia del Derecho ambiental como un barco a vela, que navega gracias a los principios, como referente para garantizar la seguridad de la navegación, y se utiliza un mecanismo que no es propiamente del Derecho ambiental, los derechos fundamentales, como herramienta de posicionamiento satelital y de equipaje de radio, todo con el ánimo de hacer ruta, tanto a través del Derecho de bienes como del Derecho de contratos. El equipaje a bordo viene conformado tanto por los gobiernos, como por las ONG, las empresas y los jueces. Todo este símil apunta a hacer entender que la unicidad y la exclusividad son peligrosas, pues sobre todo se debe preservar la diversidad de referencias y de medios, de manera que los iuspublicistas y los iusprivatistas puedan emprender aventuras en común.

Sin embargo, no debe perderse de vista que el Derecho privado tradicional, ese del capital y de la propiedad tiene muy poco en común con los imperativos ambientales actuales, de manera que hay que tener cuidado con mezclar productos inofensivos en sí mismos, pero que mezclados pueden producir una gran explosión, haciendo daño tanto al Derecho como al ambiente⁷¹⁹. La clave para no producir tal explosión, a mi juicio, reside en entender que la autonomía de los órdenes jurídicos no significa su encerramiento total, pues “si bien existen muchas casas en la mansión del Derecho, ello no significa que cada una sea un lugar cerrado por completo”⁷²⁰.

Así, con base en la teoría del Derecho reflexivo como marco teórico para este trabajo, se busca plantear que la solución más adecuada de protección jurídica del ambiente se encuentra, desde el Derecho comercial, en su apertura para conocer elementos del Derecho ambiental y en su posterior cierre para acomodarlos e incorporarlos internamente de acuerdo con su estructura interna, sin abandonar el discurso tradicional del Derecho comercial, y del Derecho privado en general, de protección de los intereses particulares⁷²¹.

2.6.2. La contratación entre comerciantes en Colombia a la luz del principio de precaución ambiental

⁷¹⁸ Cfr. MARTIN, Gilles J. *Rapport de synthèse*. En: MEKKI, Mustapha y NAIM-GESBERT, Éric. (Dir.) *Droit public et droit privé de l'environnement : unité dans la diversité?* Issy-les-Molineaux: LGDJ, 2016, pp. 225-235.

⁷¹⁹ Cfr. PUIG, Pascal. *QPC et droit privé de l'environnement*. En: MEKKI, Mustapha y NAIM-GESBERT, Éric. (Dir.) *Droit public et droit privé de l'environnement : unité dans la diversité?* Issy-les-Molineaux: LGDJ, 2016, pp. 131-146.

⁷²⁰ Cfr. MORVAN, Patrick. *Les principes et les règles – Vers la naissance de “vrais” principes de droit privé en droit de l'environnement*. En: MEKKI, Mustapha (Dir.) *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*. Bruselas: Bruylant, 2016, p. 75.

⁷²¹ Cfr. WEINRIB, Ernest. *The Idea of Private Law*. Cambridge/Londres: Harvard University Press, 1995. También LUCY, William. *Philosophy of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Con base en lo anterior, a continuación se plantea la evaluación de la situación actual de la contratación entre comerciantes en Colombia, presentada en otro acápite de este capítulo segundo, a la luz del principio de precaución ambiental, a pesar de que en materia de contratación mercantil, que es el objeto de esta investigación, no conozco, a la fecha, de la aplicación, por parte de la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia ni de la Corte Constitucional de Colombia, del principio de precaución directamente en la contratación mercantil, sin perjuicio de que, como ya se ha manifestado, están dados todos los elementos constitucionales y legales para que ello ocurra.

Precisamente, esa falta de aplicación judicial del principio de precaución es lo que reitera una de las conclusiones que ha arrojado este trabajo, consistente en que en la práctica de la contratación entre comerciantes en Colombia no hay una visión de sistema para abordar el asunto de la protección jurídica del ambiente, principalmente porque el Derecho privado, en concreto la contratación mercantil, no ha incorporado en su discurso las preocupaciones que ofrece el modelo anticipatorio ambiental dentro del cual se inscribe el principio de precaución.

De hecho, si bien la prevención y la precaución son ejes sobre los cuales ha empezado a girar el Derecho privado para proteger el ambiente⁷²², a través de la protección de intereses y de bienes colectivos⁷²³, como ya se expuso, esa perspectiva tiene avances importantes en lo que tradicionalmente se conoce como responsabilidad civil extracontractual⁷²⁴ bajo la denominación de Derecho de daños, pero no los tiene en materia de contratos comerciales.

En efecto, en materia de contratación, es pertinente reiterar y compartir la opinión ya mencionada de Hautereau-Boutonnet, en el sentido de que si bien están surgiendo reglas de Derecho objetivo que contemplan un nuevo orden público, en que hace entrada la idea de orden público ecológico, buena parte de la ausencia de eficacia ambiental del contrato recae en el ámbito de la política jurídica. Para ser más precisos, el discurso del Derecho debe reivindicarse frente a los discursos de administración de empresas,

⁷²² Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría del derecho ambiental*. Buenos Aires: La Ley, 2008. También SEGUÍ, Adela. *Prevención de los daños y su tutela inhibitoria en materia ambiental*. En: LORENZETTI, Ricardo Luis (Dir). *Derecho ambiental y daño*. Buenos Aires: La Ley, 2009.

⁷²³ Cfr. GARRIDO, Lidia María. *Los daños colectivos*. Op. cit. También WILDE, Mark. Op. cit.

⁷²⁴ Así, en relación con el Derecho privado, el principio de precaución ha sido planteado como sustento de una nueva perspectiva en materia de responsabilidad civil, encaminada a que la misma no se conciba como una aplicación *a posteriori* del Derecho sino como una actuación del Derecho antes de la ocurrencia de los daños, así como a que el principio de precaución no se vea como un principio de abstención sino de acción y que, si bien tiene su origen en disposiciones constitucionales y ambientales, se reconozca su propio sustento y ubicación dentro del Derecho privado, aunque tal posición no es del todo pacífica, a pesar de que la jurisprudencia, por lo menos en Francia, ha hecho expresa referencia al tema (Cfr. BOUTONNET, Mathilde. *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*. Op. cit. También BOUTONNET, Mathilde. *Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile*. Op. cit., pp. 2662-2670).

económico, científico, político y sociológico, pues el Derecho debe apropiarse, como sistema, de la protección del ambiente.

Esa apropiación no puede encomendarse exclusivamente al Derecho ambiental, pues es evidente que la lógica de tal disciplina es distinta de la del Derecho comercial, por lo cual hay que buscar la forma de remediar esa colisión interna del Derecho, fenómeno que también ha sido planteado en la teoría del Derecho reflexivo bajo la denominación de colisión de regímenes legales⁷²⁵.

De hecho, debido a que el Derecho de contratos pareciera no haber entendido que vivimos en una sociedad con sistemas diferenciados⁷²⁶, y a que se encuentra en el contrato una figura clave para acercar discursos distintos, ya que transforma expectativas en obligaciones y proyectos en promesas obligatorias⁷²⁷, se plantea que el contrato no puede seguir concibiéndose como un simple acuerdo de voluntades pues, desde una perspectiva de teoría de sistemas, un contrato se entiende, más que eso, como un acople estructural entre sistemas funcionales de la sociedad, es decir, entre economía, Derecho, ciencia, etc⁷²⁸.

El principio de precaución invita a pensar de una manera muy distinta a la que tradicionalmente ha manejado el Derecho, pues mientras los ordenamientos jurídicos están habituados a juzgar sobre lo pasado, el principio de precaución llama a pensar el futuro desde la incertidumbre, lo cual es visto por algunos como reflejo del paso del Derecho de la modernidad a la posmodernidad, es decir, como la necesidad de entender que el Derecho ya no puede comprenderse bajo los parámetros de la modernidad de efectuar una clara distinción entre Derecho, moral y política, sino que debe aceptarse que el Derecho ha avanzado a una perspectiva posmoderna en la que lo importante es conciliar o balancear los intereses en conflicto⁷²⁹.

De esta manera, el caso colombiano de la contratación entre comerciantes en Colombia pone en evidencia que el Derecho comercial no puede ignorar las invitaciones que formula el principio de precaución ambiental, por lo cual se aboga aquí por la

⁷²⁵ Cfr. FISCHER-LESCANO, Andreas y TEUBNER, Gunther. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*. 2004, vol. 25, pp. 999-1046.

⁷²⁶ Cfr. TEUBNER, Gunther. In the Blind Spot: The Hybridization of Contracting. Op. cit., pp. 51-71.

⁷²⁷ Cfr. TEUBNER, Gunther. Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law. Op. cit., pp. 399-417.

⁷²⁸ Cfr. AMSTUTZ, Marc. Contract Collisions: An Evolutionary Perspective On Contractual Networks. *Law and Contemporary Problems*. 2013, vol. 76, nro. 2, p. 178.

⁷²⁹ Cfr. DE SADELEER, Nicolas. Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules. Op. cit., pp. 227-373.

incorporación en su discurso de los desafíos de manejo del riesgo en escenarios de incertidumbre, sin perder su autonomía como tal, es decir, como discurso.

Sobre la aplicación en casos concretos del principio de precaución en contratos mercantiles, es necesario manifestar que no conozco ninguno, ni en Colombia ni en el extranjero. La inexistencia de tales casos se explica en la medida en que el discurso del Derecho constitucional ambiental y del Derecho ambiental en sentido estricto no ha permeado a la fecha el discurso del Derecho comercial en lo que a protección jurídica del ambiente se refiere. No obstante, se reitera, los elementos constitucionales y legales para que ello pudiera darse en Colombia, ya existen. En efecto, como ya se mencionó, en Francia se han dado pasos importantes en la protección del ambiente en Derecho de contratos, como ocurrió en el caso decidido por la Segunda Cámara Comercial de la Corte de Apelaciones de Nancy, el 26 de septiembre de 2007, en proceso entre SAS Novacarb contra SNC Socoma, en el que, ante demanda de la primera sociedad con fundamento en los beneficios desequilibrados que había obtenido la demandada en desarrollo de un contrato de provisión de vapor de agua para la elaboración de bicarbonato de sodio, gracias a la implementación del sistema de cuotas de emisión de gas a efecto invernadero, y los grandes beneficios que obtenía la sociedad demandada, la Corte de Nancy obligó a renegociar el contrato mencionado con base en una obligación de buena fe pero, sobre todo, con base en el interés general que estaba de por medio en cuanto a protección del ambiente se refiere⁷³⁰.

En Colombia podríamos pensar, por qué no, como se mencionó al comienzo de este trabajo, con fundamento en la consagración legal que se hace del principio de precaución, si en desarrollo del mismo, una de las partes de un contrato de suministro o, inclusive un tercero, podrían alegar la nulidad del mismo por objeto ilícito al versar sobre bienes o servicios que pusieran en riesgo la salud humana y el derecho al ambiente sano. Así, por ejemplo, con base en las sentencias de la Corte Constitucional que han tratado sobre el principio de precaución y la telefonía celular, y ante estudios que plantean la posible relación entre el uso de teléfonos celulares y la aparición de cáncer, ¿se podrían ver afectados en Colombia los contratos de compraventa y suministro celebrados respecto de tales aparatos? O, igualmente, con fundamento en el principio de precaución, ¿podría obligarse a almacenes de grandes superficies y tiendas por departamentos a que sólo adquirieran y ofrecieran ropa elaborada con elementos biodegradables?

Precisamente, lo que se quiere hacer ver en este acápite es que tal aplicación del principio de precaución en los contratos mercantiles no dejaría de ser, por lo menos, inusual y, para ser claros, una fuente de completa inseguridad jurídica y de incertidumbre dentro de la contratación mercantil. Es decir, este trabajo no pretende mostrar cómo se podría y debería aplicar el principio de precaución en los contratos mercantiles sino, por el contrario, plantear que una posible aplicación del principio de precaución sería

⁷³⁰ Cfr. FRANCIA. CA Nancy, Com 2ème, 26 septembre 2007, SAS Novacarb c/ SNC Socoma.

totalmente distorsionadora de los elementos y valores que tradicionalmente han permeado el discurso del Derecho comercial en Colombia. El asunto es que si el Derecho comercial no realiza los ajustes del caso de la manera más ágil y clara posible, es bastante probable, entonces, que esos ajustes provengan de discursos ajenos al Derecho comercial, pues cada vez cobra mayor relevancia la protección del ambiente como valor fundamental de las sociedades contemporáneas.

Así, en estricto sentido, no existen reglas o principios del Derecho comercial, en general, y del Derecho de contratos comerciales, en particular, que merezcan ser objeto de crítica por no proteger el ambiente. Lo que merece ser objeto de crítica es el discurso en general, tanto del Derecho de contratos como del Derecho comercial, pues es evidente que el asunto no se contempla ni por los tratadistas más reputados en la materia.

Así, por ejemplo, Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, en sus Apuntes de Derecho Mercantil, en particular en el capítulo dedicado al origen, evolución y significado actual del Derecho mercantil⁷³¹, plantea que el Derecho mercantil: i) vive actualmente una tendencia hacia la unificación del Derecho privado, provocando una generalización del Derecho mercantil, pues es el que está encargado de regular el mercado; ii) hay un nuevo equilibrio en el Derecho mercantil, pues hoy la parte más importante del tráfico económico no se concentra en las mercaderías sino en los servicios y los bienes inmateriales, así como derechos que han cobrado relevancia económica, como son los derechos de imagen, los derechos del nombre o los derechos para transmisión de eventos deportivos; iii) el papel del Estado ha disminuido considerablemente, en atención a la primacía actual de los principios neoliberales en materia económica, de manera que su actuación se limita a regular las instituciones que aseguren el respeto de las normas que rigen el mercado, así como el cumplimiento de las garantías que se exigen para participar en determinadas áreas de actividad económica en las que debe primar el interés general, y una función de control de acceso al mercado de productos que pueden afectar la salud y la seguridad de las personas; iv) la codificación, entendida como la necesidad de que las distintas leyes se integren coherentemente en un único texto, es cada vez más compleja, debido a la heterogeneidad de las fuentes en la actualidad, motivada por el hecho de que el Derecho mercantil tradicional da paso a un Derecho mercantil generalizado, cada vez más integrado con un Derecho mercantil internacional o, por lo menos, supranacional. En ninguno de los apartes de esa descripción tan certera y precisa que se hace del estado del Derecho mercantil actual, se hace mención a la necesidad de protección del ambiente.

En el ámbito colombiano el asunto no es muy distinto, pues precisamente la doctrina más reputada, en cuanto a las perspectivas del Derecho comercial colombiano, se concentra en asuntos como las nuevas tecnologías, el comercio electrónico, las tensiones entre

⁷³¹ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. Apuntes de Derecho mercantil: Derecho mercantil, Derecho de la competencia y Propiedad industrial. Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 71-77.

autonomía de la voluntad y derechos fundamentales, libertad de formas contractuales y seguridad jurídica, la globalización económica y la protección de intereses nacionales, la individualidad y la masificación, la regulación y la desregulación, la inspección y el autocontrol⁷³², o en la unificación de las obligaciones y los contratos en Derecho privado colombiano, junto con una modernización del Derecho privado patrimonial⁷³³, pero no menciona la protección jurídica del ambiente desde el Derecho comercial como uno de los asuntos relevantes en la disciplina mercantil a futuro. Situación similar se da en obras muy respetadas en el ámbito del Derecho contractual colombiano y latinoamericano⁷³⁴.

Lo que ocurre con los autores mencionados, en especial conociendo personalmente a algunos de ellos, no obedece, a mi juicio, a que exista por parte de ellos, como personas, desconocimiento o falta de atención respecto de la protección que el ambiente merece sino, por el contrario, al hecho ya expuesto a lo largo de este trabajo de que ese es un asunto que tradicionalmente no ha interesado ni ha competido al Derecho comercial, pues precisamente para eso surgió una disciplina dentro del discurso jurídico como lo es el Derecho ambiental. El punto eje de este trabajo es que, si bien ello podría continuar funcionando así, implica en últimas que el discurso del Derecho comercial se pueda ver afectado de manera poco ordenada por presiones provenientes del Derecho ambiental o del Derecho constitucional, para que los comerciantes empiecen a proteger el ambiente en sus contratos.

En efecto, no son pocas las providencias existentes, sobre todo en materia de Derecho constitucional, que podrían servir como base para que, poco a poco, la protección del ambiente vaya colándose de manera no muy ordenada en el Derecho de contratos. Ejemplo de ello es la sentencia C-345 de 2017 de la Corte Constitucional colombiana, en la cual se plantea, entre otros asuntos, una redefinición del postulado de la autonomía privada. De hecho, se plantea en la parte considerativa de dicha providencia de constitucionalidad⁷³⁵ que la protección de la autonomía privada encuentra fundamento en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, conjuntamente entendido con otras disposiciones constitucionales, entendiendo a la autonomía privada como *“la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites*

⁷³² Cfr. MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón Eduardo y PRADA MÁRQUEZ, Yolima. Principios de Derecho comercial. Bogotá: Temis, 2013, p. 24.

⁷³³ Cfr. CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. Derecho comercial. Actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios. Bogotá: Universidad de los Andes / Temis, 2016, pp. 447-453.

⁷³⁴ Cfr. STIGLITZ, Rubén (Dir.). Contratos, tomos I y II. Buenos Aires: Depalma, 1993-1994. También JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Derecho privado, tomo III: Derecho de contratos. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Ibáñez, 2014.

⁷³⁵ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-345/17. (24, mayo, 2017). M.P. Alejandro LINARES CANTILLO. Consultada el 9 de abril de 2018 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-345-17.htm>

generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación".

Igualmente, la mencionada sentencia plantea que la jurisprudencia constitucional se ha referido a dos enfoques para la comprensión de la autonomía privada: i) la perspectiva racionalista, que implica un poder casi ilimitado de autodeterminación normativa, caracterizado por la ausencia de límites diferentes a los expresamente establecidos en la ley, y que tiene como propósito únicamente la maximización del interés individual; y ii) la perspectiva moderna, que implica una limitación a dicha autodeterminación, reconociendo que su ejercicio está atado a la búsqueda también de intereses sociales o comunitarios, sin que sea posible vulnerar los mandatos superiores que imponen, por ejemplo, la prevalencia del interés general sobre el particular (art. 1), el cumplimiento del deber de solidaridad (art. 95.2) y la obligación de respetar los derechos de terceros sin abusar de los propios (art. 95.1). Así, plantea la Corte Constitucional que este giro moderno se evidencia, por ejemplo, en la configuración del concepto de consumidor (Ley 1328 de 2009 y Ley 1480 de 2011), en la doctrina de la imprevisión (art. 868 del C. Co.), en la prohibición de condonar el dolo futuro (art. 1522 C.C.), en la prohibición de abuso del derecho (art. 830 C. Co.), en la interdicción de las cláusulas abusivas (Ley 142 de 1994 -art. 133-, Ley 1328 de 2009 -art. 11- y Ley 1480 de 2011 -arts. 42, 43 y 44-), en la imposición de obligaciones y términos de contratación, en la prohibición de venir en contra de los propios actos, y en la fijación de regímenes de responsabilidad objetiva o en la creación de reglas que afectan el principio de relatividad de los contratos.

Dice así la Corte Constitucional que la autonomía privada en el ámbito contractual está conformada por cuatro expresiones concretas de la voluntad: (i) la libertad de selección, que consiste en la facultad de elegir con quién se contrata; (ii) la libertad de negociación, que consiste en decidir de qué forma se inician las tratativas preliminares; (iii) la libertad de configuración, que comprende todas aquellas decisiones sobre cómo se estructura un contrato y cuáles son las obligaciones y derechos; y (iv) la libertad de conclusión, que significa decidir si se celebra o no el negocio jurídico correspondiente. Con base en ello, se plantea que la articulación de estas dimensiones de la autonomía privada con el enfoque moderno, tiene varias consecuencias, como la libertad de selección y conclusión, el ajustarse a la buena fe y, en particular, para los efectos de este trabajo, plantea la Corte Constitucional que *"(...) las personas pueden configurar libremente sus relaciones contractuales siempre y cuando ello no desconozca las buenas costumbres, las reglas que integran el orden público de dirección y protección, la prohibición de abuso del derecho, así como el deber de respeto de los derechos fundamentales"*.

Lo anterior se desarrolla posteriormente, cuando la Corte plantea que la finalidad de la autonomía privada bajo el enfoque racionalista implicaba que la finalidad de la autonomía consistía en perseguir los intereses privados y maximizar el bienestar individual, mientras que bajo el enfoque moderno, la finalidad de la autonomía no se reduce a la consecución del interés particular, sino que se extiende a la promoción del interés público y el bienestar común.

Es decir, bajo los planteamientos de la Corte Constitucional colombiana queda claro que hoy en día la autonomía privada "(...) puede ser objeto de restricciones establecidas en la ley o en las normas constitucionales. Ello es así debido a que la jurisprudencia ha aceptado que su protección no se explica únicamente en la necesidad de realizar los intereses particulares, sino que a ella se anudan finalidades relativas, por ejemplo, a la promoción del interés público, al bienestar colectivo o a la realización de los derechos. En todo caso, el profundo respeto de la libertad individual que se desprende de la Constitución Política, se proyecta incluso cuando dicha libertad se ejerce en el ámbito de las relaciones contractuales de manera que, a menos que exista una razón suficiente para establecer una restricción, las personas se encuentran autorizadas para definir la forma en que deben actuar en el marco de dichas relaciones".

Una sentencia hito de la Corte Constitucional en relación con la protección de derechos fundamentales en el marco de la contratación privada es la sentencia T-222 de 2004, en la cual se plantea⁷³⁶, entre otras cosas, que a nivel legal y judicial ha operado un cambio en la concepción de los derechos fundamentales y en la concepción política del sistema, pues se ha abandonado una visión estrictamente liberal y contractualista de la sociedad y de los derechos constitucionales, en la cual tales derechos se entendían como meros mecanismos de defensa frente al orden estatal, para entender que los derechos constitucionales se conciben ahora como derechos de las personas en una doble dimensión: medios de defensa contra invasiones al orden privado y al proyecto de vida, y medios de protección contra los riesgos derivados de la complejidad social.

Se plantea en dicha providencia que, actualmente, el sistema jurídico establece condiciones que protegen a la persona frente a algunos de los riesgos inherentes a la vida en comunidad, con el objeto de asegurar el mayor grado posible de realización de los proyectos individuales de vida y la participación en los distintos ámbitos de la sociedad, de manera que hay riesgos que quedan por fuera de la regulación jurídica, como el fracaso amoroso, el fracaso comercial o el fracaso educativo, mientras que frente a otros riesgos sí se establecen medidas de protección, como cuando se garantiza "acceso a la salud en caso de enfermedad o el establecimiento de ciertas reglas que aseguren que situaciones de poder social (sean fácticas o jurídicas) no conduzcan a frustraciones de proyectos de vida derivados del ejercicio abusivo de tales situaciones de poder".

Lo más destacable al respecto, en el planteamiento de la Corte Constitucional, es que la defensa y la protección no se consideran exclusivamente frente al poder estatal, sino frente a todo poder existente en la sociedad, de manera que el Estado, como garante de los derechos constitucionales de las personas, "tiene la carga de establecer mecanismos dirigidos a asegurar que sus propios órganos respeten los derechos constitucionales, lograr la protección frente a las actuaciones de los particulares y generar condiciones de

⁷³⁶ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-222/04. (8, marzo, 2004). M.P. Eduardo MONTEALEGRE LYNETT. Consultada el 9 de abril de 2018 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-222-04.htm>

promoción de los mismos". La base de lo anterior es el paso de una concepción liberal de la sociedad, que contrapone Estado y sociedad, "hacia un esquema en el cual las distintas funciones sociales que se desarrollan en los diversos sistemas de la sociedad se dirijan hacia un meta-objetivo claro: la dignidad humana".

La providencia se concentra en el tema de la desigualdad negocial, pero vale la pena detenerse en lo que manifiesta la Corte respecto de contratos o relaciones jurídicas con objeto incompatible con la Constitución y contratos o relaciones jurídicas compatibles con la Constitución, pero con desarrollos o consecuencias incompatibles; sostiene al respecto la Corte que *"(...) En ambos casos, prima facie no corresponde al juez constitucional entrar a considerar los efectos del contrato, existiendo un juez natural para ello (el juez del contrato o de la relación jurídica), pues es parte de la función judicial garantizar la eficacia de los derechos constitucionales fundamentales de las personas. En este caso, en principio sólo cabe acción de tutela en contra de la decisión judicial incompatible con la Constitución, en la medida en que la decisión judicial ha debido considerar la constitucionalidad del contrato o las consecuencias constitucionales del mismo"*.

Así, reconoce la Corte que *"la efectividad de la libertad contractual depende de la seguridad jurídica que el sistema otorga al cumplimiento de los contratos", y se llama la atención sobre el hecho de que "(...) la afectación de un interés colectivo no puede considerarse en abstracto más que en el sentido de que hipotéticamente es posible que una relación contractual conduzca a tal amenaza. Lo anterior, por la clara indeterminación constitucional de la hipótesis y las infinitas posibilidades de afectación de tales intereses. Por lo mismo, en la presente oportunidad, la Corte no se va a pronunciar al respecto"*.

De esta manera, el aporte más importante de la providencia T-222/04 consiste en poner de presente que *"(...) es posible que, por necesidad de proteger derechos fundamentales, el juez constitucional pueda alterar una relación contractual. (...) De suyo, lo anterior implica que no sólo las autoridades públicas están sujetas a los derechos fundamentales, y en general a los Constitucionales, sino que, conforme al sistema axiológico recogido en la Constitución, tales derechos también cobijan a los particulares"*.

En lo que atañe a la afectación de intereses colectivos con ocasión de relaciones contractuales, que es el objeto que directamente nos interesa en este trabajo, es providencia relevante la sentencia T-517 de 2006⁷³⁷, en la cual, en estricto sentido, se analizan los límites constitucionales a la libertad contractual en actividades declaradas de interés público por la Constitución, pero terminan siendo relevantes ciertas

⁷³⁷ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-517/06. (7, julio, 2006). M.P. Marco Gerardo MONROY CABRA. Consultada el 9 de abril de 2018 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-517-06.htm>

consideraciones sobre la prevalencia del interés general con ocasión de relaciones contractuales.

Así, se plantea en dicha providencia que *“(...) la libertad contractual en materia de seguros, por ser de interés público se restringe cuando están de por medio valores y principios constitucionales, así como la protección de derechos fundamentales, o consideraciones de interés general. Hay que tener en cuenta que la prevalencia del interés general o público es uno de los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho conforme al artículo 1° de la Constitución Política”*.

Se aclara que la Constitución no ha calificado la actividad financiera como un “servicio público sino como de “interés público”, precisando que decir que la actividad financiera es de “interés público” significa que “esta actividad debe buscar el bienestar general” y que el “interés público” es un concepto que conlleva atender el interés general o el bien común, y no sólo tener en cuenta consideraciones de interés patrimonial. Así, plantea la Corte que *“(...) no puede perderse de vista que en actividades de interés público no se puede atender exclusivamente a intereses pecuniarios con desconocimiento de la solidaridad o la necesidad de proteger, a la parte más débil o que se encuentre en estado de indefensión”*.

Se mencionan por la Corte Constitucional ejemplos jurisprudenciales en los cuales se vio limitada la libertad contractual de empresas de seguros, por las restricciones de derechos fundamentales que implicaban, como: la sentencia T-1165/01, en la que una aseguradora se negaba a expedir un seguro de vida a dos portadores de VIH por su calidad de tales; la sentencia T-1118/02, en que la Corte analizó el caso de una tutela interpuesta contra una aseguradora que se había negado a suscribir un contrato de seguros con un grupo de discapacitados, en razón de su condición; la sentencia T-520/03, en la cual se conoció de un caso en que una persona recientemente liberada de un secuestro estaba siendo ejecutado por la entidad bancaria con la cual se encontraba en mora, por una deuda contraída con antelación a su privación de la libertad; y la sentencia T-170/05, en que se concedió la tutela a una pareja de esposos, portadores de VIH, desempleados y con cuatro hijos, contra los cuales una entidad financiera había adelantado un proceso ejecutivo hipotecario sin atender la situación de debilidad manifiesta en la cual éstos se encontraban.

Con base en lo anterior, plantea la Corte límites a la autonomía privada de la voluntad derivados del deber de solidaridad, entendida la solidaridad social como el *“deber de la persona que implica ceder de recursos propios para el cubrimiento de las necesidades básicas de un tercero, con formas concretas que deben, en principio, estar establecidas en la ley, pero que no impiden que para casos concretos los jueces establezcan una obligación en cabeza de los particulares para con sus pares”*.

Otra providencia en la que la Corte Constitucional colombiana también trata el tema de la autonomía privada frente a intereses generales es la C-186 de 2011⁷³⁸, en la que manifiesta que, “(...) bajo el marco normativo de la Constitución de 1991, la autonomía de la voluntad privada no se concibe como un simple poder subjetivo de autorregulación de los intereses privados, ‘sino como el medio efectivo para realizar los fines correctores del Estado Social, a través del mejoramiento de la dinámica propia del mercado’ de manera tal que debe entenderse limitada y conformada por el principio de dignidad humana, los derechos fundamentales de las personas, la prevalencia del interés general, la función social de la propiedad (Art. 58), el bien común como límite a la libre iniciativa privada, la función social de la empresa (Art. 333), la dirección general de la economía a cargo del Estado y los poderes estatales de intervención económica (Art. 334)”. Es decir, es claro que en el actual ordenamiento jurídico colombiano “(...) la autonomía de la voluntad privada debe entenderse como un principio que puede ser limitado por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana”.

Según la misma sentencia, en materia de restricción de las libertades económicas la jurisprudencia constitucional ha señalado que son constitucionalmente legítimas si se cumplen las siguientes condiciones: (i) debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; (ii) debe respetar el “núcleo esencial” de la libertad de empresa; (iii) debe obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señalada por la Constitución; y (iv) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato.

Ahora, en cuanto al derecho al ambiente sano y su protección a la luz de la actividad minera y, en concreto, del contrato de concesión minera, vale la pena destacar la siguiente afirmación realizada en la sentencia C-389 de 2010, en la cual la Corte Constitucional plantea que “(...) El contrato de concesión sí genera un derecho de prelación oponible a terceros que únicamente permite al titular ser el primero en iniciar los trabajos de exploración y, obviamente, siempre que cumpla los requisitos de los artículos 270 y siguientes. En apoyo de este argumento se aducen dos razonamientos adicionales: el contrato de concesión puede ser revocado, en virtud de la facultad de intervención estatal, y lo mismo ocurre con la licencia ambiental, siempre que se constate que puede ocasionar un daño en la salud pública o en el ambiente, aspectos en los cuales, incluso, las autoridades están facultadas para aplicar el principio de precaución”⁷³⁹.

⁷³⁸ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-186/11. (16, marzo, 2011). M.P. Humberto Antonio SIERRA PORTO. Consultada el 9 de abril de 2018 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-186-11.htm>

⁷³⁹ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-389/16. (27, julio, 2016). M.P. María Victoria CALLE CORREA. Consultada el 9 de abril de 2018 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-389-16.htm>

En particular, esta última providencia de la Corte Constitucional, que en estricto sentido versa sobre un contrato en el que se ven involucrados un particular y el Estado colombiano, permite dilucidar cómo la autonomía privada podría verse afectada por un interés general como lo es la protección del ambiente sano, bien sea a través del principio de precaución, como lo menciona expresamente la sentencia C-389/10, o con fundamento en el enfoque moderno de la autonomía privada y la protección de intereses generales, como fue expuesto con base en las demás sentencias mencionadas.

Es patente, pues, que bajo los criterios de interpretación que ha fijado la Corte Constitucional colombiana, no estaría lejano el día en que los jueces constitucionales empiecen a afectar y limitar la autonomía privada con ocasión de la protección del derecho al ambiente sano. Si bien ello pudiera parecer deseable a primera vista, una mirada un poco más detenida permite avizorar desorden e inseguridad jurídica si no existen reglas claras respecto de las condiciones en que sería viable afectar la autonomía privada como consecuencia de decisiones que busquen limitarla frente a la protección del derecho al ambiente sano.

Hasta el momento no se ha dado esa irrupción abrupta de la protección jurídica del ambiente en Derecho comercial a través de pronunciamientos de la jurisdicción constitucional, precisamente porque las funciones de defensa de la Constitución, que se encuentran consagradas en el artículo 241 de la Carta Política colombiana, no contemplan que sea labor de la Corte Constitucional de Colombia la de instruir a los particulares sobre la aplicación de las disposiciones constitucionales. Pareciera claro, por el contrario, con fundamento, entre otros, en los artículos 4º, 6º, 79, 230 y 235 de la Constitución Política colombiana, que es función de la Corte Suprema de Justicia, como máximo órgano de la justicia ordinaria, ser la autoridad judicial encargada de dar aplicación, en los casos sometidos a su competencia, las disposiciones constitucionales de protección jurídica del ambiente. Si la Corte Suprema de Justicia y el legislador colombiano no dan los pasos necesarios para que la protección jurídica del ambiente se incorpore al discurso del Derecho privado, en concreto del Derecho comercial, parecería que la jurisdicción constitucional tarde o temprano terminaría dando ese paso, aún si ello no se encuentra en estricto sentido dentro de las funciones que le asigna la Carta Política, precisamente porque la Corte Constitucional no suele ser un observador pasivo frente a la necesidad de ajustar el Derecho vigente a las realidades del mundo contemporáneo.

Como bien lo expone un juicioso estudio, ya mencionado, sobre el particular⁷⁴⁰, la formulación excesiva de principios al interior del discurso del Derecho constitucional puede terminar siendo una explicación para que las tensiones existentes en el Derecho no se alivien sino que, por el contrario, las mismas aumenten, pues muchas veces los principios constitucionales no solucionan los conflictos sino que los complican, de manera que queda en evidencia la necesidad de que la discusión sobre la protección jurídica del ambiente se dé al interior del Derecho comercial, pues los principios del Derecho

⁷⁴⁰ Cfr. SALAS SALAS, Nubia Cristina. Op. cit.

constitucional ambiental y del Derecho ambiental administrativo se vislumbran como insuficientes para dar una solución adecuada al asunto, antes de que los jueces constitucionales o autoridades ambientales terminen por inmiscuirse en temas de Derecho privado para realizar una labor que no les corresponde en el esquema orgánico del Estado colombiano.

Es por ello que, siguiendo a Teubner, es necesario entender y tratar de superar la diferencia entre Derecho como operación y Derecho como observación, para buscar remediar el hiato estructural que él propone entre teoría jurídica y sociología jurídica. Así, se entiende por Derecho como operación la observación de primer grado, es decir, considerar las acciones legales como operaciones simples, como eventos socio-temporales que pueden ser correlacionados con otros eventos sociales, mientras que por Derecho como observación se entiende la observación de segundo grado, es decir, comprender la acción jurídica en sí misma como observación, como una actividad que permite construir un espacio particular de significado y un mundo autónomo de conocimiento⁷⁴¹.

De esta manera, si se quiere superar esa distancia entre Derecho como operación y Derecho como observación, en lo que tiene que ver con el tema objeto de este trabajo, es decir, la protección del ambiente desde la contratación mercantil en Colombia, no es suficiente con estudiar y criticar las elaboraciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana, sino que es necesario efectuar una observación de segundo grado, buscar entender los planteamientos de la Corte Constitucional como una observación de primer grado y, en consecuencia, comprender que no es la única observación posible sobre la materia. El objetivo es lograr entender que el puro análisis teórico, centrado en códigos y leyes, es incapaz de proporcionar una imagen correcta de qué es el Derecho, de la misma manera que las aproximaciones estrictamente empíricas no proporcionan por sí mismas una clave completa del funcionamiento del Derecho, es decir, que *"(...) la investigación empírica no está más cercana a la realidad del mundo exterior que la teoría"*⁷⁴².

Una adecuada protección del ambiente desde el Derecho comercial en Colombia no puede pasar, a mi juicio, por que el Derecho comercial se someta a los dictados del Derecho constitucional sin ningún tipo de réplica de su parte. El desorden e inseguridad jurídica que la manera de proceder del Derecho constitucional ha traído al Derecho colombiano es asunto innegable por los mismos partidarios de ese fenómeno denominado "constitucionalización del Derecho privado"⁷⁴³, estudiado en detalle en el siguiente acápite de este capítulo.

⁷⁴¹ Cfr. MORALES DE SETIÉN RAVINA, Carlos. Op. cit., pp. 23-36.

⁷⁴² Cfr. MORALES DE SETIÉN RAVINA, Carlos. Op. cit., pp. 24 y 34.

⁷⁴³ Cfr. CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia. Op. cit. Y CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo.

En efecto, si siempre vamos a partir de una supremacía de los valores defendidos por el Derecho constitucional, con fundamento en el mayor valor jerárquico de las disposiciones constitucionales, nunca vamos a poder superar las tensiones existentes de manera armónica, adecuada a la realidad que se vive en Colombia pues, como ya se expuso previamente, las Constituciones Políticas tienen, en su interior, diversos discursos del mismo nivel jerárquico, ya que están conformadas por diversas dinámicas normativas en tensión, que generalmente son el reflejo de normas de inferior valor jerárquico⁷⁴⁴.

Por eso, en el trabajo aquí realizado he escogido adoptar la teoría del Derecho reflexivo de Gunther Teubner y su propuesta de los fragmentos constitucionales como una solución al problema de investigación, pues encuentro que ese planteamiento permite pasar a una observación de segundo nivel, ya que permite contemplar las dinámicas del Derecho constitucional como una más de las múltiples dinámicas que se presentan dentro del discurso del Derecho.

Así, la protección del ambiente desde el Derecho comercial podría darse de manera más clara, segura y ordenada que la que ofrece la propuesta de la constitucionalización del Derecho privado.

De hecho, si el Derecho comercial toma la delantera en esa posición reflexiva a la que invita Teubner, gozará de más legitimidad para exigir y promover el mismo fenómeno al interior del Derecho ambiental en sentido estricto y del mismo Derecho constitucional. Como lo dice Morales, "(...) *Esta visión del orden legal puede resumirse en una frase: el derecho realiza su propia orientación reflexiva en tanto que proporciona las premisas estructurales para los procesos reflexivos en otros subsistemas sociales*"⁷⁴⁵.

Así, para cerrar este punto de la contratación entre comerciantes en Colombia a la luz del principio de precaución ambiental y pasar al siguiente, parcialmente se pueden ofrecer dos grandes conclusiones sobre el tema en Colombia. La primera conclusión es que el Derecho de contratos colombiano aún no se ha apropiado del concepto de contratación verde para incluirlo en su discurso, pues los esfuerzos sobre el tema han venido principalmente desde la administración de empresas o desde la responsabilidad social empresarial. Precisamente acá se ha llamado la atención sobre ese fenómeno como una de las posibles razones para que la contratación verde entre comerciantes en Colombia aún no haya tenido desarrollos importantes, y se ha planteado la necesidad de que el Derecho comercial incorpore la protección del ambiente dentro de su discurso, para complementar los esfuerzos realizados desde otros discursos. El asunto, simplemente,

Constitucionalización del derecho comercial: algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. *Revista Universitas*. 2007, vol. 56, nro. 113, pp. 113-137.

⁷⁴⁴ Cfr. VELÁSQUEZ RUIZ, Marco. Op. cit.

⁷⁴⁵ MORALES DE SETIÉN RAVINA, Carlos. Op. cit., pp. 135-136.

no puede continuar siendo ignorado por el Derecho privado, pues el Derecho ambiental ya entró dentro de la gobernanza corporativa⁷⁴⁶.

Una segunda conclusión apunta a que la herramienta que se encuentra como la más adecuada para lo anteriormente expuesto es la de desarrollo de una “dogmática de nuevo estilo” dentro del Derecho, haciendo uso de la herramienta de colisión de discursos y de colisión de regímenes legales que ofrece la teoría del Derecho reflexivo y la propuesta de fragmentos constitucionales de Gunther Teubner, con apoyo en los trabajos de Niklas Luhmann.

El tema tiene, entonces, mucho por desarrollar, pero precisamente, lo que se perseguía, por el momento, no era proponer una solución definitiva y concreta al asunto, sino hacer evidente la colisión de discursos que resulta de una evaluación de la contratación verde entre comerciantes en Colombia a la luz del principio de precaución ambiental.

2.6.3. Los elementos más relevantes en el Derecho colombiano de contratos desde el punto de vista teórico

Bajo una perspectiva estricta de Derecho privado, sería claro que los particulares no estarían obligados a incluir, dentro de sus contratos, cláusulas de protección al ambiente si no hay ninguna disposición legal que obligue a ello, y un tercero, de acuerdo con lo previsto por el postulado de la relatividad de los actos jurídicos, que caracteriza a los contratos, y de conformidad con el cual, salvo excepciones legales, estos “(...) no producen derechos ni obligaciones para las personas enteramente ajenas a su celebración”⁷⁴⁷, no estaría facultado para intervenir en ninguna de las etapas de formación o ejecución de un contrato ajeno, para lograr la inclusión de las mencionadas cláusulas de protección al ambiente o para interponer acciones que resten eficacia a los mismos.

En efecto, por lo menos existen tres principios contractuales frente a los cuales estaría enfrentada la intervención de terceros en contratos entre particulares, con ocasión de la protección al derecho al ambiente sano, a saber: los principios de autonomía privada, relatividad de los contratos y seguridad de los contratos.

El principio de la relatividad contractual, que acaba de ser descrito, tiene que ver con la máxima presente en el desarrollo histórico del Derecho privado desde época romana, en virtud de la cual se prohibían claramente las estipulaciones a favor de otro y las promesas

⁷⁴⁶ Cfr. MARTIN, Brenda. Los impactos del Derecho Ambiental en la gobernanza corporativa. En: *Ámbito Jurídico*. Bogotá. 23, marzo, 2018. Consultado el 11 de abril de 2018 y disponible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/ambiental-y-agropecuaria/los-impactos-del-derecho-ambiental-en-la-gobernanza>

⁷⁴⁷ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Op. cit., p. 362.

de hecho ajeno, así como cualquier otro tipo de efectos sobre los terceros con ocasión de un contrato celebrado entre particulares, prohibición que fue moderándose en la etapa justiniana del Derecho romano, para abrir paso poco a poco a la extensión de los efectos de los contratos a favor de terceras personas y a la producción de obligaciones en cabeza de terceros bajo ciertas condiciones.⁷⁴⁸

Las excepciones a tal postulado o principio de la relatividad, además de servir para crear categorías como la de grupo o conjunto contractual, para tratar de concretar la extensión de responsabilidad a favor de terceros por parte de los contratantes, con no pocas dificultades⁷⁴⁹, ha llevado a que se concluya que dicho principio de relatividad sólo tiene que ver con los efectos internos del contrato, pues el contrato, a su vez, constituye un hecho cuya existencia vincula a las partes con otros, los terceros, que deben "sufrir" el contrato pero que también pueden, en ciertos supuestos, "aprovecharse" del mismo. De esta manera lo expresaron Planiol, Ripert y Esmein, al afirmar que los contratos valen frente a todo el mundo, en el sentido de que todo el mundo está obligado a reconocer sus efectos entre las partes y, en su caso, a sufrir las dificultades producidas por los mismos, salvo si tuvieran un derecho preferente, procedente del mismo causante, de otra persona o de la ley⁷⁵⁰.

Por su parte, el postulado o principio de la autonomía privada también puede verse afectado por la intervención de terceros para la protección del derecho al ambiente sano, pues tal principio contractual consiste en el poder que tienen los particulares de *"darse normas por sí, y tanto la declaración como el comportamiento asumen un carácter 'preceptivo' o 'dispositivo' privado y, por tanto, vinculante, superando lo que sería simple revelación externa complementaria de un querer interno (autonomía de la voluntad) para constituir una sustancia preceptiva, porque mediante la autonomía privada y con el presupuesto de la autodeterminación, el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con los otros"*⁷⁵¹.

Así, la autonomía privada ha sido entendida como *"(...) la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos"*⁷⁵² y como uno de los ejes fundamentales del Derecho contemporáneo y de las ciencias jurídicas, pues sólo *"(...) una mentalidad primitiva e inculta, en trance de*

⁷⁴⁸ Cfr. PÁJARO MORENO, Marta Elena. La relatividad de los contratos y los terceros. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 43-45.

⁷⁴⁹ Cfr. LARROUMET, Christian. Teoría general del contrato. Op. cit., pp. 207-212.

⁷⁵⁰ Cfr. REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Buenos Aires: Astrea, 1999, pp. 244-246.

⁷⁵¹ *Ibíd.*, pp. 199-200.

⁷⁵² OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Op. cit., p. 6.

elaboración de un sistema jurídico, no puede entender que los particulares, por su sola voluntad, sean capaces de producir vínculos obligatorios; ni puede comprender tampoco la importancia que la iniciativa privada reviste en el desarrollo y bienestar de la vida social. Por esto, las legislaciones arcaicas tienden a restringir el acto jurídico hasta los límites, o casi, de su total desconocimiento, y atribuyen la eficacia de sus actuaciones y transacciones particulares a factores extraños, como la observancia rigurosa de ciertas ritualidades generalmente prestadas de la religión. El refinamiento de la cultura jurídica, logrado a través de largos periodos, casi siempre seculares, lentamente va reivindicando los fueros de la autonomía de la voluntad privada e imponiéndola como institución natural que es en la vida social”⁷⁵³.

La consagración de la autonomía privada ha sido tradicionalmente concebida como uno de los principios cardinales del Derecho, al ser uno de los mayores logros que el mismo ha tenido a lo largo de su historia, reconociéndose como una institución inclusive de Derecho natural, visión que puede compartirse o no, pero cuya influencia no puede negarse en el desarrollo del Derecho privado, no sólo en Colombia sino en todo el mundo⁷⁵⁴.

De esta forma, tal principio de la autonomía privada tuvo su mayor apogeo con ocasión de la Revolución Francesa y la expedición del Código Civil de Napoleón de 1.804, en el cual se dio origen a una concepción de tal principio como la regla general en materia de Derecho, limitándose la voluntad privada sólo por lo que expresamente estuviere prohibido por la ley, pero debido a un mal entendimiento o una mala aplicación de lo que tal consagración normativa implicaba, se produjeron no pocos excesos por parte de ciertos particulares que estaban en condiciones de ventaja sobre otros, en el ejercicio de las facultades que otorgaba el principio de la autonomía de la voluntad privada, lo que conllevó el surgimiento de problemas de orden y justicia sociales, ante lo cual aparecieron varios movimientos filosóficos, políticos y jurídicos que invocaron la intervención del Estado para dar solución a los mismos.

De esta forma, nacieron a la vida jurídica figuras como la teoría de la imprevisión contractual, la lesión enorme, el abuso del derecho, las normas de protección al consumidor, entre otros institutos, que buscaban compensar el voluntarismo exacerbado al que podía llevar una inadecuada interpretación del postulado de la autonomía privada. Todo lo anteriormente expuesto conllevó a que en una época se hablara incluso de la “muerte del contrato” y de la desaparición de la autonomía privada como principio rector del Derecho⁷⁵⁵.

Uno de los objetivos de este trabajo radica, partiendo de esa visión de la autonomía privada que podría denominarse, si se quiere, iusnaturalista, en traer tal principio a la

⁷⁵³ *Ibíd.*, p. 7.

⁷⁵⁴ Cfr. MUÑOZ LAVERDE, Sergio. *Op. cit.*, p. 255.

⁷⁵⁵ Cfr. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 16.

actualidad y definir criterios jurídicos claros que permitan identificar a la intervención de terceros para la protección del derecho al ambiente sano, no como un retorno a ese exacerbado intervencionismo del que hablaba Ospina Fernández, sino como un reflejo de la autodeterminación y autorresponsabilidad frente a terceros que deben guiar al principio de la autonomía privada, toda vez que el contrato debe entenderse como un acto humano de importancia social⁷⁵⁶.

La intervención de terceros para la protección del derecho al ambiente sano también puede verse como una amenaza al principio de seguridad de los contratos, de conformidad con el cual, siguiendo el pensamiento de Ripert, contratar es prever, con lo cual *“el contrato se constituye en un bastión contra la incertidumbre y representa un elemento decisivo en la fijeza de los derechos adquiridos y, por tanto, en la seguridad jurídica”*⁷⁵⁷. Es objetivo de este trabajo demostrar, parafraseando a Rezzónico⁷⁵⁸, que la seguridad, llevada a la inmovilidad y a la estratificación, entra en conflicto con la tendencia natural a los cambios, con lo cual, si entendemos la vida no como parálisis sino como actividad, es necesario *“quebrar el cerco protector de la seguridad para dar primacía, en ciertos eventos, a otros valores o principios, como la justicia, la paz y un orden justo”*, siendo necesario tener criterios claros para determinar cuándo la protección al derecho al ambiente sano justifica o no tal quiebre a la seguridad contractual.

Teniendo claro lo anterior y ya bajo el espectro no de los principios contractuales sino del objeto del contrato, la hipótesis de que la inclusión de las mencionadas cláusulas fuera un asunto de orden público y que, en consecuencia, pudiera alegarse por un tercero la nulidad absoluta de un contrato con base en tal supuesto, por haber incurrido en objeto ilícito, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1519, 1523 y 1741 del Código Civil⁷⁵⁹, a pesar que no puede ser descartada de plano, encontraría sólidos pero muy pocos argumentos que permitieran sostenerla frente a un embate de los defensores de la mencionada relatividad de los contratos, de la autonomía privada y de los intereses de los empresarios.

Sin embargo, queda la pregunta en el aire de si un tercero, que ostenta la calidad de particular, queda totalmente desprotegido por el ordenamiento jurídico frente a un contrato celebrado entre particulares y que incluye cláusulas cuya ejecución puede dar lugar al deterioro del ambiente. Reiterando lo previamente expuesto, todo indica que, a

⁷⁵⁶ Cfr. REZZÓNICO, Juan Carlos. Op. cit., pp. 159-182.

⁷⁵⁷ *Ibíd.*, p. 461.

⁷⁵⁸ Cfr. *Ibíd.*, pp. 411-467.

⁷⁵⁹ Cfr. MANTILLA ARANGO, Luis Daniel. *¿Cómo se están armonizando las instituciones del derecho comercial con las políticas ambientales en Colombia? El papel de la “contratación sostenible”*. Escrito no publicado, elaborado bajo la tutoría de WILCHES DURÁN, Rafael E., dentro del marco de la asignatura Investigación Sociojurídica en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana en el año 2009.

la luz de las disposiciones consagradas en los artículos 2º, 8º, 49, 58, 67, 79, 80 y 95-8 de la Constitución Política, que han dado para hablar de la "concepción ecologista" de la misma, pareciera ser que el Derecho de ese tercero a disfrutar de un ambiente sano no puede verse desprotegido frente a los derechos de esos particulares que a través de un contrato estarían causando una violación a tal derecho, máxime cuando el artículo 58 de la Constitución Política consagra de manera expresa la función ecológica de la propiedad y de la empresa. No obstante, también es claro que no cualquier tipo de amenaza o violación del derecho a disfrutar de un ambiente sano puede entenderse como de entidad suficiente para afectar los contratos entre particulares.

Con base en lo anterior, es claro que uno de los trabajos a realizar a futuro consiste en sentar las bases para poder identificar los criterios jurídicos que deberían tener en cuenta un juez o una autoridad administrativa, cuando aborden un caso relacionado con la aplicación del principio de precaución ambiental con ocasión de un contrato comercial en cuya ejecución puedan producirse afectaciones al ambiente, y se evidencie la confrontación entre tal principio de precaución y los principios, postulados y reglas que tradicionalmente ha manejado el Derecho privado.

Por criterios jurídicos deben entenderse los lineamientos señalados por los principios y reglas de Derecho involucrados en la solución de conflictos como el propuesto. En efecto, Gustavo Zagrebelsky afirma al respecto que: *"(...) las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori parecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y de apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de 'supuesto de hecho', a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles 'reaccionar' ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance"*⁷⁶⁰.

Este concepto sería reforzado por lo expuesto por Luhmann, quien expone la importancia de los criterios así: *"(...) En el interior del sistema jurídico aquella problemática relación entre unidad y complejidad del sistema (o entre justicia y dogmática) se lleva a la forma de criterios. En el caso del derecho los criterios sirven a la diferenciación entre lo lícito y lo ilícito. Son justos en el sentido formal si garantizan la unidad de lo lícito y lo ilícito, es decir, si fijan lo lícito con relación a lo lícito y lo ilícito con relación a lo lícito – y no, por ejemplo, al dinero o al poder, a las amistades, relaciones de capas sociales, necesidades propias-. Para que puedan formarse criterios de distribución de lo lícito y lo ilícito es preciso que el sistema social esté tan desarrollado que pueda permitirse la diferenciación de un sistema*

⁷⁶⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., pp. 110-111.

jurídica que trate el derecho según puntos de vista jurídicos. En este caso los criterios pueden introducir en el proceso de decisión la unidad de la disyunción de lícito e ilícito.

“En esto hay que partir de la base de que según las concepciones actuales la totalidad del sistema no puede ser ni una regla de producción ni un criterio de selección, pero ha de ser representada ‘adecuadamente’ en forma de criterios”⁷⁶¹. Se encuentra aquí el enlace entre los conceptos de criterios y adecuación, previamente expuesto, en la obra de Luhmann.

Esta presentación permite avizorar que el tema no es fácil y que, muy seguramente, será necesario el transcurso de muchos años para poder llegar a un consenso al respecto. Sin embargo, la realidad histórica que vivimos nos demuestra la necesidad de incorporar los impactos de la actividad humana sobre el ambiente dentro de la agenda de la economía y, para lo que nos interesa más cercanamente, del Derecho.

Eso sí, una investigación sobre el tema debería tener siempre presente que el bienestar económico dejó de ser hace mucho tiempo el principal elemento a tener en cuenta en las relaciones entre particulares, lo cual se podría lograr a través del cambio de una visión completamente antropocéntrica de los derechos a una concepción de los mismos con una fuerte primacía de visiones biocéntricas, pero tal esfuerzo también debe considerar que la preservación del ambiente no puede convertirse en un imperativo que no tenga en cuenta la realidad socioeconómica dentro de la cual vivimos; sólo buscando un cierto equilibrio entre tales intereses es posible traducir a la realidad, colombiana y actual, intereses tan aparentemente contrapuestos como los del Derecho ambiental y el Derecho comercial.

En efecto, es necesario que el Derecho comercial incorpore la protección del ambiente dentro de su discurso, para complementar los esfuerzos realizados desde otros discursos y, sobre todo, porque si no lo hace, es posible que desde otros discursos se busque forzar tal situación.

⁷⁶¹ LUHMANN, Niklas. Sistema jurídico y dogmática jurídica. Op. cit., pp. 38-39.

2.7. EL DESAFÍO CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA – PLANTEAMIENTO DEL ASUNTO

Una vez aclarada la situación de la protección jurídica del ambiente en la teoría de la contratación mercantil en Colombia a la luz del principio de precaución ambiental, en este apartado final se busca explicar cómo el Derecho constitucional se ha revelado como un desafío para efectos del estudio del problema de investigación objeto de este trabajo.

Para desarrollar la exposición, en un primer momento se expondrá por qué se entiende al Derecho Comercial y al Derecho ambiental en sentido estricto como órdenes legales parciales que no pueden pretender ningún tipo de jerarquía el uno sobre el otro, para luego señalar por qué el modelo de órdenes legales parciales es insuficiente para explicar las relaciones entre el Derecho Comercial y el Derecho constitucional.

En un segundo momento será abordado el estudio del fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado, con base en el concepto de neoconstitucionalismo, pues si bien algunas críticas formuladas en contra de tal fenómeno son valederas, es innegable que el Derecho privado no se puede cerrar a los valores, principios e instituciones del Derecho constitucional, con especial referencia a los derechos fundamentales entre particulares.

Esta exposición es la base para estudiar en el tercer y último capítulo de este trabajo los elementos que conforman la propuesta de solución al problema de investigación, dentro de la cual cobra especial relevancia la relación que debería tener a futuro el Derecho comercial con el Derecho constitucional.

2.7.1. El Derecho comercial y el Derecho ambiental en sentido estricto como órdenes legales parciales y la insuficiencia de tal modelo

Bajo esta denominación de órdenes legales parciales se hace referencia a una idea que ya ha venido siendo esbozada a lo largo de este trabajo, en el sentido de entender el Derecho comercial y el Derecho ambiental como dos órdenes legales autónomos en cuanto a su discurso, es decir, con métodos, lógicas y valores distintos, que hacen parte del Derecho como sistema autopoietico.

No se puede hablar acá de que se trata de subsistemas dentro del sistema del Derecho, pues el concepto de sistema autopoietico sólo se puede predicar cuando se cumplen ciertos requisitos para ello⁷⁶², por lo cual es necesario entender el Derecho comercial y el

⁷⁶² Es necesario precisar que en la teoría del Derecho reflexivo de Teubner los subsistemas sociales adquieren autonomía si sus componentes (elemento, estructura, proceso, identidad, límite, entorno, ejecución, función) son definidos auto-referentemente a través de la comunicación reflexiva (auto-observación). El grado de su autonomía también está determinado por si estas auto-observaciones se hacen operacionales en el sistema (auto-constitución), así como por si sus componentes están enlazados en un hiperciclo y se producen unos a otros sobre una base recíproca (autopoiesis). Cfr. TEUBNER, Gunther. *Law as an Autopoietic System*. Op. cit., p. 32.

Derecho ambiental simplemente como “órdenes legales”, como discursos que, como ha sido expuesto, pueden chocar eventualmente.

Y se les da el calificativo de “parciales” a esos órdenes legales, porque precisamente no se entiende en ningún momento que pretendan ser totalizantes o abarcar de manera total el sistema del Derecho sino que, por el contrario, el Derecho comercial y el Derecho ambiental reconocen que sólo abordan el estudio de ciertos aspectos muy concretos del mundo del Derecho, con unos sustratos filosóficos, históricos y científicos muy distintos.

Es esta concepción de órdenes parciales, de órdenes que hacen parte de una *unitas multiplex*, o unidad de discursos diversos que no pretenden ninguna primacía de uno sobre el otro, la que distingue la concepción del problema que se tiene en este trabajo de la que pueden tener otros autores, pues se entiende acá que ninguna rama del Derecho puede reclamar primacía sobre otra.

En efecto, retomando lo que expone Rabinovich-Berkman, la metáfora de las ramas del Derecho es muy empleada pero pésima, pues mientras toda rama de un árbol participa de la sustancia del tronco del que ha surgido, las ramas del Derecho contienen elementos muy diferentes e incluso incompatibles entre sí, por lo que “(...) nuestro supuesto ‘árbol’ es un verdadero monstruo, con ramas de pino, de eucalipto, de higuera y de sauce, y para peor con un tronco que cambia de sustancia con el correr del tiempo. Más que un vegetal terrícola, parece un delirio de la ciencia ficción. Pero es todavía peor. Porque estas ramas traen elementos que no vienen del tronco de este árbol, sino de otros árboles distintos”⁷⁶³.

Así, si bien recientemente se escuchan voces que invitan a entender el Derecho ambiental como una rama del Derecho que en la actualidad prima sobre otras, o voces que invitan a no dejar permear el Derecho privado por contenidos ajenos al mismo, esas son posiciones con las que estoy en total desacuerdo, pues precisamente acá se entiende que ninguno de los discursos que han dado origen a la creación de ramas, disciplinas o áreas del Derecho puede sustentarse en pretensiones de dominio o jerarquía sobre otras ramas, disciplinas o áreas.

El fundamento para ello no es otro que la idea de que al interior del Derecho han ido surgiendo con el paso del tiempo, y debido a razones de orden filosófico, histórico, científico, económico y político, entre otras, nuevos y cada vez más sólidos órdenes legales parciales, cada vez más específicos y, sobre todo, complejos.

Parece pertinente acudir para el efecto al concepto de complejidad de Luhmann en cuanto a dogmática jurídica se refiere, precisamente para hacer énfasis en que la dogmática en materia de Derecho no es cosa distinta que un conjunto de herramientas

⁷⁶³ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. Principios generales del derecho latinoamericano. Op. cit., p. 40.

que, para cada momento dado, el Derecho ha establecido como los parámetros a seguir para abordar los asuntos y casos a su cargo. Esa dogmática genera un entramado complejo cuando interactúa con la realidad, complejidad que debe ser resuelta reduciéndola, precisamente a través del ajuste de la dogmática a las nuevas realidades del mundo en el cual debe operar, lo que en últimas genera que las herramientas que tenía la dogmática deban cambiar y reemplazarse por nuevos elementos con los cuales se abordarán los asuntos y casos a su cargo. Como explica Luhmann, esa labor de reducción de complejidad termina generando nuevas complejidades, que es precisamente lo que se evidencia cuando se contempla cómo surgen y se especializan los diversos órdenes legales parciales⁷⁶⁴.

Lo que importa, pues, es resaltar que en la teoría de sistemas que inspira a la teoría del Derecho reflexivo, la dogmática jurídica se entiende como un elemento totalmente necesario para el funcionamiento del Derecho, pero siempre teniendo presente que el Derecho debe hacer cambios para acomodarse a las nuevas realidades de la sociedad. Este concepto, unido a la idea de *unitas multiplex*, son los pilares fundamentales para el entendimiento de la relación que debería existir entre Derecho comercial y Derecho ambiental en Colombia.

En efecto, ni el Derecho comercial ni el Derecho ambiental en sentido estricto tienen ningún tipo de primacía sobre el otro, sino que deben buscar su acercamiento, bien sea a través de acoplamientos estructurales o de interferencias operativas⁷⁶⁵. Así, figuras como el orden público ecológico, la función ecológica de los contratos, o una obligación ambiental general, por ejemplo, permitirían el acercamiento que aquí se busca desde el discurso de los contratos comerciales a los valores, principios y reglas que inspiran el Derecho ambiental.

En particular, las mencionadas figuras, que serán estudiadas en detalle en el capítulo tercero, no tendrían la categoría de acoplamientos estructurales sino de interferencias operativas, pues no son instituciones que estén establecidas de manera permanente como estructuras de apertura y de cierre de comunicación entre sistemas, como lo son las Constituciones políticas para el caso de comunicaciones entre el Derecho y la política, o los contratos en el caso del Derecho y la economía, por ejemplo, sino que el orden público ecológico, la función ecológica de los contratos, o una obligación ambiental general, son figuras que eventualmente pueden ser reemplazadas en un futuro no muy lejano por nuevas formas de acercamiento entre el Derecho ambiental y el Derecho comercial. Estas figuras, además de interferencias operativas, también podrían ser entendidas como nuevas cláusulas generales del Derecho privado, que es también un modelo de solución que será expuesto en el siguiente capítulo.

⁷⁶⁴ Cfr. LUHMANN, Niklas. Sistema jurídico y dogmática jurídica. Op. cit.

⁷⁶⁵ Cfr. TEUBNER, Gunther. Law as an Autopoietic System. Op. cit., pp. 89-90 y 97-99. También cfr. PATERSON, John. Op. cit., pp. 26-28.

Si bien el concepto de órdenes legales parciales es la base de la propuesta que se formula en el tercer y último capítulo de este trabajo, la concepción del Derecho comercial y del Derecho ambiental en sentido estricto como discursos del mismo nivel, que entrarían en diálogo a través de ciertas figuras que tendrían la categoría de interferencias operativas, no es suficiente para explicar la relación entre Derecho comercial y Derecho constitucional.

En efecto, claramente establece el Derecho colombiano una relación jerárquica entre la Constitución Política y todas las demás normas que tengan un rango inferior, dentro de las cuales se encontraría el Código de Comercio y demás leyes, decretos, actos administrativos, etc., que desarrollan el Derecho comercial en Colombia.

Así, en atención a que la Constitución Política colombiana ha sido considerada como una Constitución Ecológica, se podría colegir fácilmente, con base en tales normas constitucionales, que ciertas reglas y principios de Derecho comercial deberían ceder ante figuras de índole constitucional como la función ecológica de la propiedad y otras normas constitucionales que darían prevalencia al derecho al ambiente sano sobre el principio de la autonomía privada y la libertad de empresa, por ejemplo.

Esta, por su supuesto, es una posible interpretación de las disposiciones constitucionales de índole ambientalista, pues otra interpretación claramente puede ser que derechos como la propiedad y la libertad de empresa o principios como la autonomía privada, también consagrados en la Constitución Política, no se ven afectados por tales disposiciones de protección del ambiente, pues los intereses involucrados son diversos.

Como se puede evidenciar, entonces, el asunto constitucional cobra relevancia al momento de estudiar la protección jurídica del ambiente en el Derecho comercial en Colombia, y el modelo de órdenes legales parciales se queda corto, en ese aspecto, para brindar una visión íntegra del problema, salvo que se entienda que el Derecho constitucional tenga también la categoría de orden legal parcial, posición que no parece acertada por el momento en la realidad jurídica colombiana actual.

De hecho, si bien la propuesta en concreto aquí formulada en el capítulo tercero apunta a entender que la relación entre Derecho comercial y Derecho constitucional no puede seguir tratándose bajo parámetros de una relación jerárquica, sino que debería concebirse como una relación heterárquica, el Derecho constitucional colombiano no puede tratarse actualmente como un orden legal parcial, fundamentalmente porque no se puede desconocer una de las premisas del Derecho contemporáneo, en el sentido de que el Derecho constitucional irradia todo el ordenamiento jurídico. Así, la tarea de lograr compaginar estas posturas no es fácil, pero precisamente en aras de la seguridad jurídica, se debe trabajar en lograr tal compaginación.

En efecto, acá se plantea en algún momento sería ideal que el Derecho constitucional sí pudiera entenderse como un orden legal parcial, pues ello llevaría a solucionar tensiones innecesarias que vive el Derecho contemporáneo en Colombia, pero debido a que esa

posibilidad todavía parece bastante lejana, es necesario reconocer que el modelo de órdenes legales parciales es insuficiente para servir como guía íntegra de solución actual del problema de investigación propuesto.

2.7.2. La constitucionalización del Derecho privado

Así, la doctrina del efecto horizontal entre particulares de los derechos fundamentales, la cual es explicada en detalle en el capítulo tercero, es una herramienta clave para poder encontrar cierta armonía entre el discurso tradicional del Derecho privado y el discurso del Derecho constitucional.

Para ello, es necesario describir previamente en qué consiste la constitucionalización del Derecho privado, entendida acá como un fenómeno producido con ocasión del surgimiento del neoconstitucionalismo, como se expone a continuación.

La constitucionalización del Derecho privado es un fenómeno que puede ser entendido como "(...) *la influencia creciente de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, derechos fundamentales que en su momento fueron desarrollados para regular las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos*"⁷⁶⁶.

Hay que entender que el fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado no se encuentra limitado sólo a los derechos fundamentales sino que implica una perspectiva más amplia de cómo los valores constitucionales (libertades y derechos fundamentales y principios constitucionales estructurales) influyen el Derecho privado⁷⁶⁷.

Ello se evidencia en cómo se ha dado la adaptación del Derecho privado a las disposiciones constitucionales, tanto en su formulación legislativa como en su aplicación judicial⁷⁶⁸, así como en la decisión de asuntos de Derecho privado con normas que se consideran manifestaciones prototípicas del Derecho público y, en concreto, con enunciados abiertos e indeterminados en cuanto a su significado y alcance, consagrados en normas de orden constitucional de protección de derechos fundamentales⁷⁶⁹.

⁷⁶⁶ Traducción propia de SMITS, Jan. *Private Law and Fundamental Rights. A Sceptical View*. En: BARKHUYSEN, Tom y LINDENBERGH, Siewert. (Eds.) *Constitutionalisation of Private Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, p. 10.

⁷⁶⁷ Cfr. GRUNDMAN, Stefan. *Constitutional Values and European Contract Law: An Overview*. En: GRUNDMAN, Stefan (Ed.). *Constitutional Values and European Contract Law*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2008, pp. 3-17.

⁷⁶⁸ Cfr. ARRUBLA PAUCAR, Jaime. *La constitucionalización del derecho privado de los contratos*. En: ESPINOSA PÉREZ, Beatriz y ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela (Eds.) *Neoconstitucionalismo y derecho privado*. El debate. Bogotá: Diké, 2008, pp. 63-65.

⁷⁶⁹ Cfr. CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Op. cit., p. XXI.

El fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado tiene sus cimientos en la corriente del neoconstitucionalismo⁷⁷⁰, la cual no se puede definir de manera unívoca, pues existen diversas versiones del concepto⁷⁷¹, como cuando se habla de neoconstitucionalismo teórico, neoconstitucionalismo ideológico y neoconstitucionalismo metodológico⁷⁷², pero sí se puede decir que es una etiqueta que comenzó a usarse a finales de los años noventa del siglo pasado, "(...) como forma de clasificar, para criticarlas, algunas tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí"⁷⁷³.

Así, se menciona cómo "(...) el neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas 'materiales' o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos"⁷⁷⁴.

El abordaje a profundidad del concepto de neoconstitucionalismo desborda el objeto de este escrito pero, por ahora, vale la pena resaltar cómo el mismo tiene sustento en concepciones del Derecho como las expuestas por Dworkin y Alexy, con forjadores del canon neoconstitucional como Ferrajoli y Zagrebelsky, y exponentes en el ámbito colombiano como Bernal Pulido, Arango, López Medina, Prieto Sanchís, Atienza y

⁷⁷⁰ Cfr. ESPINOSA PÉREZ, Beatriz y ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela. *Prólogo*. En: ESPINOSA PÉREZ, Beatriz y ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela (Eds.) *Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate*. Bogotá: Diké, 2008, pp. 15-23. También COMANDUCCI, Paolo. *Op. cit.*, pp. 173-190. Y LOUGHLIN, Martin. *What is Constitutionalisation?* En: DOBNER, Petra y LOUGHLIN, Martin. (Eds.) *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 47-69.

⁷⁷¹ Cfr. POZZOLO, Susanna. *Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución*. En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. (Eds.) *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 207-227.

⁷⁷² Cfr. COMANDUCCI, Paolo. *Op. cit.*, pp. 173-190.

⁷⁷³ *Ibíd.*, p. 175.

⁷⁷⁴ CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*. En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. (Eds.) *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 161-162.

Gargarella, entre otros⁷⁷⁵, con una importante estructura argumentativa como lo es el principio de proporcionalidad y la ponderación⁷⁷⁶, con particularidades importantes en el ámbito latinoamericano⁷⁷⁷, y con importante relación y aplicación en el Derecho privado⁷⁷⁸.

También hay que poner de presente que "(...) *la profusión de investigaciones y estudios, a nivel tanto transnacional como local, sobre y en torno al neoconstitucionalismo como modelo ideológico y fórmula teórica, no ha conducido a una clarificación particularmente meridiana del concepto ni a una delimitación precisa de los límites de su contenido. (...) Para muchos profesores, fundadamente, la carencia de unanimidad en su uso despierta una cierta sospecha o, como advirtió Carlos Bernal Pulido, la heterogeneidad en el recurso al concepto es un argumento que desaconseja su uso. Como sucede con otros conceptos de reciente cuño (multiculturalismo, democracia deliberativa, posmodernidad), el neoconstitucionalismo ha abrazado amplios rasgos que inevitablemente lo han conducido a una amplitud semántica que tenemos que reconocer como riesgosa. Algunas de las tendencias adeptas al modelo procuran enmarcar ideas diversas e incluso divergentes de autores provenientes de variadas tendencias surgidas en distintos países y durante muchos años*"⁷⁷⁹.

De esta forma, debe quedar claro que el concepto de neoconstitucionalismo no tiene un significado unívoco, y que es muy distinta la situación que se vive respecto de tal corriente actualmente en Europa a la que se vive en Latinoamérica, siendo Colombia un país

⁷⁷⁵ Cfr. GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Buenos tiempos para el neoconstitucionalismo (sobre la aparición de El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional). *Revista Vniversitas*. 2010, vol. 59, nro. 120, pp. 317-332.

⁷⁷⁶ Cfr., sobre la confrontación mencionada, cfr. LOPERA MESA, Gloria Patricia. *La aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las relaciones entre particulares*. En: ESPINOSA PÉREZ, Beatriz y ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela (Eds.) *Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate*. Bogotá: Diké, 2008, pp. 297-325. Sobre principio de proporcionalidad se suele citar como principal referente en Colombia la obra de BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

⁷⁷⁷ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *La democracia como principio constitucional en América Latina y La posición de América latina en el contexto de la globalización*. Ambos en: BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 231-251 y 253-276, respectivamente. También GARGARELLA, Roberto y COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: Naciones Unidas/CEPAL, 2009.

⁷⁷⁸ Cfr. MENDOZA ESCALANTE, Mijaíl. *La aplicación de los derechos fundamentales en el derecho privado*. En: ESPINOSA PÉREZ, Beatriz y ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela (Eds.) *Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate*. Bogotá: Diké, 2008, pp. 133-215.

⁷⁷⁹ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *El neoconstitucionalismo en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?* En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. (Eds.) *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 316.

pionero en el desarrollo de los contenidos del mismo en América. En efecto, hay diferentes tipos o etapas o movimientos de neoconstitucionalismo que no tienen nada que ver unos con otros pues, por ejemplo, uno fue el neoconstitucionalismo que se dio en Europa tras la Segunda Guerra Mundial, que se reflejó en cierta forma en Latinoamérica en la década de los ochenta y noventa del siglo XX, y uno muy distinto es el de los movimientos actuales neoconstitucionalistas de Bolivia, Venezuela y Ecuador⁷⁸⁰.

Igualmente, debe quedar totalmente clara la animadversión que ciertos postulados del neoconstitucionalismo han provocado en el discurso del Derecho privado, animadversión particularmente asociada a la falta de seguridad jurídica que se ha introducido a figuras clásicas del Derecho privado⁷⁸¹, en el fenómeno que se ha denominado la constitucionalización del Derecho privado, ya definido.

Así, si bien no puede afirmarse que la constitucionalización del derecho privado sea un fenómeno defendido por publicistas y no por privatistas, pues tal afirmación sería inexacta y obtusa, sí pareciera ser, en lo que al problema de investigación objeto de este trabajo se refiere, que el enfoque preferido por los privatistas y ciertos ambientalistas a la hora de vincular el Derecho ambiental con el Derecho privado no es el de la constitucionalización de este último sino el de la responsabilidad civil por daños ambientales⁷⁸², enfoque dentro del cual se da cuenta de la necesidad del Derecho privado por incorporar criterios no sólo de justicia correctiva sino también de justicia distributiva, además de permitir el ejercicio de acciones y derechos, dentro del marco de la responsabilidad civil, por grupos de interés público, todo en aras de la protección del ambiente, permitiendo así la incorporación de derechos ambientales dentro del Derecho privado y desplazando el ámbito de protección del Derecho de la responsabilidad civil de los intereses privados a los intereses públicos y los derechos colectivos⁷⁸³.

De esta manera, si bien el Derecho privado tradicionalmente se asocia con un ideal de justicia conmutativa, en la medida en que los intercambios que allí se producen aparecen

⁷⁸⁰ Cfr. SALAZAR UGARTE, Pedro. El constitucionalismo latinoamericano ante el paradigma neoconstitucionalista: retos desde la realidad política a una teoría progresista. *Revista Internacional de Filosofía Política*. 2009, nro. 34, pp. 181-191. También BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge. Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina. *Ius Humani Revista de Derecho*. 2016, vol. 5, pp. 173-188. Y RAMÍREZ-NÁRDIZ, Alfredo. Nuevo constitucionalismo latinoamericano y democracia participativa: ¿progreso o retroceso democrático? *Revista Vniversitas*. 2016, nro. 132, pp. 349-388.

⁷⁸¹ Cfr. CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia. Op. cit.

⁷⁸² Cfr., entre otros, WILDE, Mark. Op. cit. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El daño ambiental en el derecho privado*. Op. cit. CAFFERATA, Néstor. *Régimen legal del daño ambiental*. Op. cit. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual (Arts. 1969-1988). Op. cit.

⁷⁸³ Cfr. WILDE, Mark. Op. cit. También TEUBNER, Gunther. *The Invisible Cupola: From Causal to Collective Attribution in Ecological Liability*. Op. cit.

como intercambios entre semejantes, mientras que el Derecho público es el escenario donde se presupone de manera predominante un comportamiento de distribución y, por ende, de justicia distributiva, pues los intercambios no se presentan como equivalentes, hoy en día pareciera estar claro, gracias, entre otros, al fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado, que *“(...) La autonomía de la voluntad en la forma en que ha sido comprendida por la justicia constitucional implica entonces que su ejercicio debe comprometerse con la realización de propósitos igualitarios, redistributivos y orientados hacia el bien común. (...) Presuponer la igualdad relativa – de todos -, aceptar los requerimientos de la justicia conmutativa y reconocer un interés individual exclusivo, no es ahora una opción si se pretende comprender la autonomía de la voluntad en un escenario de constitucionalización. La reconstrucción de tal concepto a partir del sistema de normas de derecho fundamental y de bienes constitucionalmente importantes hace temblar y sacudir algunas convicciones tradicionalmente sostenidas acerca de la función de la autonomía de la voluntad. Ello es causa de una afectación de las fuentes empleadas para comprender la libertad negocial debido a que no puede creerse ahora, en el mundo intoxicado [por el derecho constitucional], que las reglas del Código Civil y del Código de Comercio agotan las disposiciones relevantes para la interpretación de las decisiones privadas. (...) La desigualdad contractual constitucionalmente relevante, la justicia redistributiva y la satisfacción de intereses colectivos se declaran ahora como parte de la autonomía de la voluntad, lo que implica, entonces, una disminución de los espacios de libre intercambio de los particulares”*⁷⁸⁴. Esta posición no es necesariamente la que aquí se comparte, como será expuesto a lo largo del próximo capítulo.

Se encuentra así, tanto desde el enfoque de la constitucionalización del Derecho privado⁷⁸⁵, como desde el de la responsabilidad civil por daño ambiental, la preocupación por incorporar al Derecho privado criterios de justicia distributiva y de defensa de intereses colectivos, lo cual implica que, si bien puede presentarse al Derecho comercial, de manera muy genérica y simple, como la rama del Derecho que propende por la libertad en los negocios, por oposición al Derecho ambiental, que es presentado como la rama del Derecho que impone a los particulares y al mismo Estado restricciones que antes no existían en aras de la protección al ambiente, se debe advertir que tal visión es limitada e incompleta, pues aunque el Derecho comercial surgió históricamente como una válvula de escape de los comerciantes frente a las rígidas instituciones jurídicas existentes para la época y que no permitían el desarrollo del intercambio de bienes y servicios y el fácil lucro de las personas, también es cierto que el Derecho mercantil surgió para brindar seguridad o predictibilidad a las relaciones entre comerciantes, de manera

⁷⁸⁴ CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia. Op. cit., p. 65.

⁷⁸⁵ También denominado, a veces, como enfoque de Derecho civil constitucional. Mosset afirma que: *“(...) No es del caso debatir si se ‘constitucionaliza’ el Derecho Privado o el Derecho Civil. Sabemos que lo Privado es la denominación más reciente para englobar lo Civil y lo Comercial. Empero, los temas que ahora nos preocupan son, básicamente, los que se han constituido desde hace mucho tiempo en el eje o núcleo de los derechos del hombre y por ello preferimos la denominación ‘Derecho Civil y Constitucional’ “*. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Derecho civil constitucional. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 13.

que los negocios pudieran ser desarrollados de una manera más sencilla pero también segura.

Por su parte, el Derecho ambiental no es sólo un derecho de restricciones sino también una rama del Derecho que propende por señalar los límites con base en los cuales las autoridades pueden intervenir en el ámbito de la autonomía privada y de actuación de los particulares bajo el pretexto de protección al ambiente.

Lo anterior no es sino una muestra de que el Derecho, en general, consiste en un discurso que busca establecer los límites entre libertad y restricciones a la misma, en aras del bien común y del orden. Por eso, aunque los intereses del Derecho ambiental y del Derecho comercial parecieran antagónicos en un primer momento, podría encontrarse la forma de armonizar sus diversas aproximaciones epistemológicas, rompiendo el esquema o paradigma que enseña que el Derecho comercial protege intereses privados, por oposición al Derecho público, al cual se suele adscribir al Derecho ambiental, que protege intereses comunes o públicos, pues intereses individuales como el derecho de propiedad se ven cada vez más difuminados por valores como el de la función social que ese derecho debe cumplir o por la función ecológica que la propiedad y la empresa tienen⁷⁸⁶.

Sin embargo, tal armonización no es tan fácil de lograr si se siguen manejando los esquemas tradicionales de Derecho legislado con los cuales trabaja el Derecho privado o el Derecho ambiental en sentido estricto, por lo cual se plantea aquí que sería más adecuado que el Derecho privado se abriera a esquemas como el del Derecho por principios que maneja el Derecho constitucional⁷⁸⁷, teniendo muy presente que, bajo la concepción del Derecho por principios, el papel de los jueces es importantísimo, pues *"(...) Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier 'señor del derecho' hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto de propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos"*⁷⁸⁸.

Ante lo previamente expuesto, es evidente la necesidad de profundizar en esta idea del Derecho por principios, pues de la posición que se tome frente a si los mismos deben

⁷⁸⁶ Cfr. HERRERA CARRASCAL, Giovanni. Op. cit., pp. 96-131.

⁷⁸⁷ Cfr. CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia. Op. cit., pp. 49-50.

⁷⁸⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 153.

entenderse como “apertura interpretativa” o, por el contrario, como “cierre de la interpretación”, parecería depender que se tomen posiciones concretas en cuanto a la discrecionalidad de los jueces, la relación entre argumentación y hermenéutica jurídica, y la concepción de la ponderación y la proporcionalidad⁷⁸⁹. Igualmente, es necesario señalar cómo es esencial abordar el concepto de *Drittwirkung* o eficacia de los derechos fundamentales entre particulares en Colombia⁷⁹⁰, por ser tal vez la elaboración teórica en Derecho continental más importante dentro del marco de la constitucionalización del Derecho privado.

Una de las hipótesis más fuertes que se quiere plantear en este trabajo es la de la necesidad del Derecho comercial colombiano de abrirse al esquema del Derecho por principios y ceder espacio en su esquema de Derecho legislado, para poder entrar en un diálogo fructífero con el Derecho constitucional, a pesar de que cierta doctrina⁷⁹¹ ya haya manifestado que ello iría en contra de la naturaleza del Derecho comercial, pues tal posibilidad ya habría sido explorada para el Derecho privado⁷⁹², sin necesidad de acudir a fundamentar tales principios únicamente en la idea de Derecho natural⁷⁹³.

En efecto, intentar que el Derecho en general, y el Derecho constitucional en concreto, retornen al esquema de Derecho legislado, es ir en contravía de la evolución del Derecho después de la Segunda Guerra Mundial⁷⁹⁴, de la situación que vive actualmente el Derecho privado en un mundo globalizado⁷⁹⁵, así como de los cambios que el mismo Derecho privado ha venido reconociendo, en especial en cuanto a metodología se refiere, pues se reconoce que el positivismo ha sido superado por las corrientes metodológicas contemporáneas y que toda concepción metodológica acorde con los tiempos debe colocarse en la misma línea, pues en la etapa de aplicación del Derecho privado, por oposición a la de construcción del mismo a partir de la experiencia, es primordial la interpretación y la hermenéutica⁷⁹⁶.

⁷⁸⁹ Cfr. STRECK, Lenio Luiz. Verdad y consenso. Constitución, hermenéutica y teorías discursivas: de la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en derecho. Lima: ARA, 2009, pp. 203-230.

⁷⁹⁰ Cfr. JULIO ESTRADA, Alexei. Op. cit. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

⁷⁹¹ Cfr. MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón Eduardo. Op. cit., pp. 17-18.

⁷⁹² Cfr. ESSER, Josef. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Barcelona: Bosch, 1961.

⁷⁹³ Cfr. MOSSA, Lorenzo. Op. cit., pp. 115-132.

⁷⁹⁴ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit.

⁷⁹⁵ Cfr. FAURE, Michael y VAN DEL WALT, André (Eds.). Globalization and Private Law. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2010.

⁷⁹⁶ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio. Op. cit., pp. 201-215.

Así, se plantea que este acercamiento también implicará concesiones por parte del Derecho público y su esquema del Derecho por principios, pues tradicionalmente ha sido menospreciado el impacto del Derecho privado en el Derecho público, "siendo ramas del Derecho que son mejor comprendidas si se ven bajo el prisma de la complementariedad, su carácter suplementario y muchas veces correctivo de una a la otra, lo que permite hablar de ser mutuamente constitutivas en un proceso claramente dinámico"⁷⁹⁷.

Sin embargo, se puede anticipar que la opción tomada en este trabajo, por lo menos en lo que a plantear soluciones al problema de investigación propuesto se refiere, no apunta a realizar la armonización entre Derecho privado y Derecho constitucional a través de la amalgama de instituciones de cada una de dichas disciplinas sino, precisamente, a lograr la armonía a través del reconocimiento de la diferencia en cuanto a los discursos de cada disciplina.

En efecto, debido a que comparto muchas de las críticas que se han formulado al fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado, fundamentalmente por la forma a veces arbitraria como se han introducido elementos ajenos al discurso del Derecho privado, generando inseguridad jurídica, también soy consciente de que en un Estado constitucional como lo es Colombia, reconocido bajo la fórmula de Estado social de Derecho, es imposible pretender aislarse del influjo del Derecho constitucional y, en particular, de sus principios y de instituciones como los derechos fundamentales, por lo cual se propone acá una solución que trate de tener en cuenta los reclamos de los iusprivatistas tradicionales pero siendo conscientes del momento histórico en el que vivimos.

Para cerrar este apartado, parece importante plantear que las Constituciones son entendidas, actualmente y desde un punto de vista sociológico, como vehículos de legitimidad política y organización de la política en la sociedad moderna⁷⁹⁸, de manera que las Constituciones se entienden como envolventes de fenómenos sociales altamente variables, con diferentes grados, dependiendo de las diferentes sociedades, claramente determinadas por el hecho de que interna y externamente crean las condiciones para el uso del poder político, por lo que poseen cierta primacía sobre otros elementos del Derecho y del sistema político. Así, aunque las Constituciones actúan en primera medida para maximizar las reservas de poder a utilizar en la sociedad, tienen el beneficio de que, al multiplicar el poder, normalmente también producen y multiplican la libertad social, de

⁷⁹⁷ Cfr. MORAN, Mayo. Op. cit., pp. 17-45.

⁷⁹⁸ Cfr. PRIBAN, Jiri. Constitutionalism as Fear of the Political? A Comparative Analysis of Teubner's *Constitutional Fragments* and Thornhill's *A Sociology of Constitutions*. *Journal of Law and Society*. 2012, p. 458.

manera que las sociedades que producen altos volúmenes de poder tienden a producir los más altos grados de libertad social⁷⁹⁹.

Ello es relevante, pues también se plantea, con fundamento en las ideas de Jeremy Bentham, Bradley Thayer, Nicolás de Condorcet y Jeremy Waldron, por oposición al legalismo epistémico de Edmund Burke y Friedrich von Hayek, que las Constituciones deberían depender cada vez menos del criterio de los jueces y propenderse por que sea el poder legislativo, con composición no sólo de abogados, el que dicte el contenido de las Constituciones y del Derecho constitucional, pues sus decisiones podrían ser más acertadas que las de los jueces, al ser más pluralistas y poder responder de manera más eficiente a los acelerados cambios que implica la vida actual⁸⁰⁰. Todo esto se debate en el siguiente capítulo.

⁷⁹⁹ Cfr. THORNHILL, Chris. *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 8-12 y 372-376.

⁸⁰⁰ Cfr. VERMEULE, Adrian. *Law and the Limits of Reason*. Nueva York: Oxford University Press, 2009.

2.8. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Tras presentar el tema objeto de estudio, la protección jurídica del ambiente en la Derecho comercial en Colombia, en concreto en la teoría y regulación de la contratación mercantil, la principal conclusión que se obtiene en este segundo capítulo de formulación del marco conceptual del trabajo, es que hay ausencia de una visión de sistema del problema.

En efecto, al exponer el concepto de protección jurídica del ambiente se pudo concluir que el mismo no es claro en el país, por lo cual se hizo hincapié en la necesidad de entenderlo como un asunto complejo, con infinidad de variables, que hacen necesario descartar las soluciones reduccionistas del mismo. Igualmente, se planteó la necesidad de no optar exclusivamente por posiciones biocéntricas o antropocéntricas radicales, es decir, la necesidad de no entender al ambiente ni como un sujeto pero tampoco como un objeto, sino como un proyecto.

Posteriormente se plantearon las razones por las cuales se escogió en este trabajo el principio de precaución ambiental como la herramienta para estudiar el problema de investigación desde la orilla del Derecho ambiental, resaltando dentro de las mismas la comprensión del principio de precaución como un escenario de colisión de discursos. A la fecha no se han encontrado manifestaciones jurisprudenciales de la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia ni de la Corte Constitucional de Colombia, ni doctrinarias que, en concreto y en extenso, aborden el principio de precaución ambiental directamente en la contratación mercantil en Colombia, lo cual no resta fuerza a la idea de que en la actualidad, en Colombia, están dados todos los elementos constitucionales y legales para que el principio de precaución ambiental sea aplicado por los jueces de la República en la resolución de casos de contratación mercantil.

Así, ante la existencia de unos deberes constitucionales de protección del ambiente, predicables tanto del Estado como de los particulares, es evidente que no ha habido precisión sobre sus alcances en cuanto a contratación mercantil se refiere, pues en el ordenamiento jurídico colombiano no han sido expresamente consagradas figuras como el orden público ecológico en materia de Derecho privado ni la función ecológica de los contratos, por ejemplo.

No obstante, no hay en ello un impedimento para abordar el objeto de estudio de este trabajo, pues la ausencia de referentes a la fecha no obedece a la ausencia de conflicto entre las figuras de comparación escogidas sino, precisamente, a que hasta ahora se están adelantando los primeros trabajos al respecto.

De hecho, en particular, en relación con el principio de precaución ambiental y en su escogencia dentro del ámbito del Derecho ambiental como punto de comparación con el Derecho comercial, es importante destacar los siguientes puntos a tener en cuenta: i) si bien es un principio cuyo rango dentro de las fuentes del Derecho ambiental, en particular

del Derecho internacional ambiental, es discutido, se identifica como un principio que recoge una de las características esenciales del Derecho ambiental de querer anticiparse a la ocurrencia de daños al ambiente, toda vez que uno de los motivos que justifica la aparición del Derecho ambiental se encuentra en la insuficiencia de la opción resarcitoria o indemnizatoria que se ha manejado en el esquema tradicional de la responsabilidad civil, ya que la mayoría de los bienes que protege el Derecho ambiental son insustituibles por ser eminentemente agotables; ii) el principio de precaución ambiental se encuentra en el núcleo de las relaciones entre ciencia y Derecho, con lo cual se constituye en elemento clave para abordar tal tema, eje importante de la relación entre Derecho ambiental y Derecho comercial, toda vez que el Derecho ambiental se ha venido identificando como una de las principales áreas del Derecho receptoras de los avances científicos, pues suele deferir muchas de las decisiones jurídicas a criterios científicos; y iii) se discute si el principio de precaución ambiental efectivamente es un principio o más bien una estrategia, lo cual es clave dentro de la discusión que se ha planteado de abordar la relación entre Derecho ambiental y Derecho comercial bajo el esquema del Derecho por principios.

Por su parte, la contratación mercantil fue escogida como la institución de Derecho mercantil para efectuar la comparación con el Derecho ambiental, gracias a que los contratos mercantiles, en principio, no tienen directamente una finalidad ambiental sino que persiguen satisfacer los intereses económicos de los comerciantes. En efecto, ello no es sino un reflejo de que el Derecho comercial no ha otorgado suficiente importancia a las obligaciones ambientales, pues el orden público contractual es insuficientemente ecológico, ante lo cual se propone que el Derecho repense el contrato bajo criterios ambientales, bajo la idea de un orden público ecológico, por ejemplo.

Al estudiar el concepto de contratación mercantil verde se evidenció la necesidad de diferenciarlo del concepto de contratación sostenible, así como la necesidad de efectuar una aproximación histórica para poder entender que el concepto de contrato no puede desligarse del contexto en el cual se encuentre inmerso. Al estudiar las implicaciones ecológicas de la noción de contrato en Derecho colombiano se comprobó la ausencia de normatividad sistemáticamente organizada al respecto, por lo cual se propuso indagar si a nivel de teoría de Derecho de contratos se podría encontrar algún tipo de respuesta.

Al efectuar tal labor, las principales conclusiones apuntaron a las diferencias entre los sistemas del *civil law* y el *common law*, pues mientras en el primero se habla de una teoría general del contrato, en el segundo sí existen varias teorías. Después de indagar si existe alguna clasificación sistemática de tales teorías del *common law*, se concluyó que la mejor opción era abordar el estudio de acuerdo con los aportes de las escuelas de pensamiento en teoría jurídica, estudio que arrojó que las escuelas más cercanas a los objetivos propuestos son la teoría relacional de los contratos, en cuanto a *common law* se refiere, y la doctrina del solidarismo contractual, en el sistema del *civil law*. Sin embargo, también se evidenció que dichas teorías no permiten una fácil compaginación entre el Derecho comercial y el Derecho ambiental, por ser teorías que tienen como referente los dogmas del Derecho de contratos y no una visión de segundo nivel.

Con base en ello, se plantearon las razones de por qué se encuentra que existe una inadecuada protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil en Colombia, con dos conclusiones.

La primera conclusión es que el Derecho de contratos colombiano aún no se ha apropiado del concepto de contratación verde para incluirlo en su discurso, pues los esfuerzos sobre el tema han venido principalmente desde la administración de empresas o desde la responsabilidad social empresarial. La segunda conclusión apunta a que la herramienta que parece más adecuada para lo anteriormente expuesto es la de desarrollo de una dogmática de nuevo estilo dentro del Derecho, haciendo uso de la herramienta de colisión de discursos y de colisión de regímenes legales que ofrece la teoría del Derecho reflexivo de Gunther Teubner, con apoyo en los trabajos de Niklas Luhmann.

En efecto, se concluye que el caso colombiano de la contratación verde entre comerciantes pone en evidencia que el Derecho comercial no puede ignorar las invitaciones que formula el Derecho ambiental, por lo cual se aboga aquí por la incorporación en su discurso de los desafíos planteados por esa rama del Derecho, sin perder su autonomía como tal, es decir, como discurso.

Así, se cerró el capítulo con una exposición de por qué se encuentra que la “concepción ecologista” de la Constitución Política y la constitucionalización del Derecho privado se constituyen en el principal desafío a superar en esa dogmática de nuevo estilo dentro del Derecho colombiano, base para enlazar con el tercer y último capítulo del trabajo, en el cual se formula la propuesta de solución al problema de investigación.

CAPÍTULO 3

AUTONOMÍA DE DISCURSOS Y NECESIDAD DE APERTURA COGNITIVA DEL DERECHO COMERCIAL.

SUMARIO: 3.1. Introducción. 3.2. Orden público ecológico, función ambiental de los contratos y obligación ambiental contractual general. 3.2.1. El orden público ecológico. 3.2.2. La función ecológica de los contratos. 3.2.3. Una obligación ambiental general. 3.2.4. El modelo de cláusulas generales de Derecho privado. 3.3. El derecho al ambiente como un derecho fundamental. 3.3.1. La Constitución Política de Colombia como una Constitución ecológica. 3.3.2. El derecho al ambiente como un derecho fundamental. 3.4. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. 3.4.1. La Drittwirkung (der Grundrechte). 3.4.2. El concepto de derechos fundamentales en la teoría de Niklas Luhmann. 3.4.3. La dificultad de incorporar la proporcionalidad y la ponderación en el Derecho de contratos. 3.5. Los fragmentos constitucionales y el transconstitucionalismo. 3.5.1. Planteamiento inicial. 3.5.2. Los fragmentos constitucionales. 3.5.3. El transconstitucionalismo. 3.5.4. La teoría de Teubner como el eje central a futuro para el Derecho comercial en Colombia. 3.6. Concentración jurisdiccional y apertura de contenidos del Derecho comercial. 3.6.1. Planteamiento inicial. 3.6.2. La concentración jurisdiccional. 3.6.3. El cambio en contenidos del Derecho comercial. 3.7. Propuesta concreta de protección jurídica del ambiente desde la contratación mercantil en Colombia. 3.7.1. Necesidad de diferenciación funcional del Derecho comercial en Colombia. 3.7.2. Regulaciones legales concretas y de cláusulas generales de Derecho privado como primer mecanismo a utilizar en la solución del problema. 3.7.3. Aspiración de concepción del Derecho comercial como un fragmento constitucional. 3.8. Conclusiones del capítulo.

3.1. INTRODUCCIÓN

Este tercer capítulo tiene como objetivo presentar la propuesta de solución al problema de investigación, con base en el marco teórico expuesto en el primer capítulo y el marco conceptual desarrollado en el segundo capítulo de este trabajo.

Para ello, se estudian cinco elementos que constituyen la base de la propuesta en concreto que se formula, la cual tiene como eje el reconocimiento de la autonomía de discursos en el mundo del Derecho y la necesidad de efectuar una apertura cognitiva dentro del Derecho comercial.

Tales cinco elementos son los siguientes: i) el planteamiento de cláusulas generales de Derecho privado como son el orden público ecológico, la función ambiental de los contratos y una obligación ambiental contractual general; ii) la discusión acerca del derecho al ambiente como un derecho fundamental; iii) la aproximación a la *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia de los derechos fundamentales entre particulares; iv) las propuestas de los fragmentos constitucionales de Gunther Teubner y del transconstitucionalismo de Marcelo Neves; y v) una propuesta de concentración jurisdiccional y apertura de contenidos del Derecho comercial.

Esos cinco elementos son la base para que sea formulada una propuesta concreta al problema de investigación planteado, consistente en sugerir regulaciones legales concretas y de cláusulas generales de Derecho privado como primer mecanismo a utilizar en Derecho de contratos comerciales en Colombia, para luego plantear la aspiración de poder llegar a una concepción del Derecho comercial como un fragmento constitucional. Dicha propuesta en concreto permite, a partir del reconocimiento de la autonomía de discursos dentro del sistema del Derecho, lograr la incorporación en el Derecho comercial de ciertos elementos del discurso del Derecho ambiental, teniendo siempre presente la necesidad de ajustar el Derecho comercial a los desarrollos del Derecho constitucional.

Todos estos elementos tienen en común que han sido estudiados bajo el prisma del marco teórico escogido, es decir, de la teoría del Derecho reflexivo, que a su vez concibe al Derecho como un sistema autopoietico. No se desconoce aquí que pueden existir otros elementos y modelos de solución al problema de investigación, pero encuentro los elementos aquí propuestos como los más relevantes de cara a la propuesta que deseo realizar.

Se cierra el capítulo con las conclusiones del mismo, para luego dar paso a las conclusiones generales de este trabajo.

3.2. ORDEN PÚBLICO ECOLÓGICO, FUNCIÓN AMBIENTAL DE LOS CONTRATOS Y OBLIGACIÓN AMBIENTAL CONTRACTUAL GENERAL

A continuación se expone el primer elemento que se considera relevante para efectos de elaboración de la propuesta de solución al problema de investigación. Este elemento tiene qué ver con la exposición de ciertas figuras que podrían servir como cláusulas generales de Derecho privado que pondrían en relación la protección jurídica del ambiente y la contratación mercantil.

Tales figuras son el orden público ecológico, la función ambiental de los contratos y una obligación ambiental general.

Al final de este capítulo, cuando sea presentada la propuesta de solución al problema de investigación, se concluirá que esas cláusulas generales, para que realmente puedan ser acogidas e implementadas en el ordenamiento jurídico colombiano, requieren de una visión integral en la que se tenga en cuenta que el derecho al ambiente sano no tiene la categoría de derecho fundamental sino sólo cuando se encuentra en conexidad con derechos fundamentales como la vida o la salud, por lo que la aproximación de la *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia de los derechos fundamentales entre particulares verdaderamente sería viable si entendemos al Derecho comercial como un fragmento constitucional de los que propone Gunther Teubner, lo cual se podría lograr si se trabaja simultáneamente en la concentración jurisdiccional y apertura de contenidos del Derecho comercial.

Es decir, en últimas, a lo que se apunta es a reconocer la autonomía del Derecho privado como discurso, no para restarle importancia al Derecho constitucional y al Derecho ambiental en sentido estricto, sino para dotar nuevamente de importancia al discurso del Derecho comercial.

3.2.1. El orden público ecológico

La figura se encuentra como un asunto planteado principalmente en doctrina jurídica francesa, suiza y belga. Se plantea, así, que el ambiente no puede seguir defendiéndose por lo que representa para el hombre, sino por lo que representa en sí mismo, de manera que, ante las amenazas que está sufriendo, se propone una protección jurídica del ambiente, y que se pase de una protección a través de normas de *soft law* a un verdadero Derecho fuerte, un Derecho en el que la lógica jurídica clásica, basada en las relaciones interindividuales, ceda paso a una visión de dimensión prospectiva, a través de la construcción de un nuevo concepto de orden público, en el que lo más relevante sea la protección del ambiente⁸⁰¹.

⁸⁰¹ Cfr. BELAÏDI, Nadia. Op. cit.

El concepto no se limita a Derecho de contratos sino que a través de él busca hacerse notar la necesidad de modificar la concepción tradicional que se tiene del ambiente en el Derecho, como un medio para la satisfacción de necesidades humanas, acudiéndose a un concepto genérico como es el de orden público, un cierto estado de tranquilidad en el seno de la sociedad, que asegura una protección efectiva de las personas a través del ejercicio pleno de los derechos humanos, para que en esos valores fundamentales de la sociedad, que contribuyen a sustentar los derechos fundamentales y el orden público, se incorpore la preocupación por la protección jurídica del ambiente, de manera que el orden público clásico se expanda y responda a la necesidad de preservar el entorno y las oportunidades de las generaciones futuras⁸⁰².

En algunos sectores de la doctrina francesa se dice que: “(...) el orden público ecológico puede ser entendido como un componente de la noción de orden público interno por el cual el Estado, para garantizar el derecho a un ambiente protegido, impone a los actores de la vida social y jurídica el respeto al patrimonio natural, erigido en valor social tendiente a promover el bienestar en la sociedad y la armonía social, constituido por los entornos naturales, la fauna, la flora, el agua, la calidad del aire, así como, más precisamente, por la diversidad y los equilibrios biológicos”⁸⁰³.

Para caracterizarlo, se dice que, ante la necesidad de determinar acciones para proteger el entorno en el que habita la humanidad entera, la relación entre Derecho público y Derecho privado puede encontrar una solución, no sólo en el orden público, expresión que recuerda los controles de policía, sino en un orden público jurídico capaz de entender que sobre nuestro entorno no tenemos una propiedad exclusiva sino apenas una simple administración temporal⁸⁰⁴.

Igualmente, se plantea que, precisamente, el Derecho de contratos puede contribuir notablemente a que los estándares de protección al ambiente no sean impuestos por los poderes públicos, sino que sean directamente definidos por los principales actores del mercado⁸⁰⁵, posición que hay que armonizar con la idea de que el orden público ecológico establece las reglas imperativas que no podrían ser alteradas en desarrollo de un contrato, toda vez que el orden público es un punto de contacto entre el orden social, lo que es ordenado, y el orden jurídico estatal, el que ordena⁸⁰⁶.

⁸⁰² Cfr. BELAÏDI, Nadia. Op. cit., pp. 359-362.

⁸⁰³ Traducción propia de VINCENT-LEGOUX, Marie-Caroline. *L'ordre public écologique en droit interne*. En: BOUTELET, Marguerite y FRITZ, Jean-Claude (Dir.) *L'ordre public écologique: Towards an Ecological Public Order*. Bruselas: Bruylant, 2005, p. 104.

⁸⁰⁴ Cfr. REVEDIN, Marino. *L'écologie entre idéologie et méthodologie juridique*. En: BOUTELET, Marguerite y FRITZ, Jean-Claude (Dir.) *L'ordre public écologique: Towards an Ecological Public Order*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 39-41.

⁸⁰⁵ Cfr. LAVOILLOTTE, Marie-Pierre. Op. cit., pp. 293-308.

⁸⁰⁶ Cfr. VINCENT-LEGOUX, Marie-Caroline. Op. cit., pp. 81-92.

De todo esto se puede evidenciar que el concepto de orden público ecológico es una construcción que se ha venido elaborando para hacer ver la necesidad de que el Derecho tenga un replanteamiento de sus contenidos, perspectivas y métodos tradicionales, para incluir al ambiente como elemento imprescindible en las valoraciones del Derecho actual.

Las desventajas que podrían plantearse al orden público ecológico vienen, principalmente, de que se trata de un concepto en pleno proceso de elaboración, de construcción, con lo cual sus límites no son claros, situación reforzada si tenemos en cuenta que el concepto de orden público, del cual emana claramente el de orden público ecológico, es un concepto difuso, particular para cada momento y contexto en particular⁸⁰⁷.

Sin embargo, es importante destacar que el concepto de orden público se distingue del concepto de derechos fundamentales. Al respecto se plantea que detrás de los derechos fundamentales está el individuo, mientras que detrás del orden público está el interés general, de manera que los derechos fundamentales son principalmente eso, derechos subjetivos, por lo que el orden público es un estado, una situación a garantizar, lo cual es relevante desde el punto de vista del Derecho de contratos, al tener en cuenta que si los derechos fundamentales se concibieran como parte del orden público, no podrían ser objeto de disposición de las partes del contrato; así, se afirma que, mientras el orden público planea por encima del contrato en una relación vertical y jerárquica, los derechos fundamentales penetran el contrato, en una relación horizontal y sin jerarquía⁸⁰⁸.

Con base en lo anterior, queda por dilucidar, entonces, si el mejor enfoque para plantear una adecuada protección del ambiente desde el Derecho de contratos sea el de los derechos fundamentales⁸⁰⁹, o si sea el que hemos mencionado del orden público ecológico⁸¹⁰, asunto que será abordado cuando sea planteada la propuesta de solución al problema de investigación.

Sin embargo, es posible adelantar que, a mi juicio, la mejor solución en el estado actual del Derecho de contratos colombiano tal vez esté en regulaciones legales concretas y en cláusulas generales de Derecho privado como el orden público ecológico pero, a futuro, indefectiblemente, el Derecho privado debería incorporar en su discurso la protección

⁸⁰⁷ Cfr. MUÑOZ LAVERDE, Sergio. Op. cit.

⁸⁰⁸ Cfr. MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*. París: LGDJ, 2013, pp. 245-248.

⁸⁰⁹ Cfr. PINI, Joseph. *Exécution du contrat et droits fondamentaux. Regard comparatiste*. En: PÉLISSIER, Anne y COSTA, Delphine (Dir.) *Contrats et droits fondamentaux*. Aix en Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011, pp. 77-85.

⁸¹⁰ Cfr. LAVOILLOTTE, Marie-Pierre. Op. cit., pp. 293-308.

que brinda el discurso de los derechos fundamentales, si pretende mantener su autonomía como discurso.

Hay que recordar algo que ya había sido expuesto en el capítulo segundo, en el sentido de que el orden público ecológico goza de expreso reconocimiento en el artículo 215 de la Constitución Política de Colombia⁸¹¹, aunque se dice que el orden público ecológico al que hace referencia el citado artículo 215 de la Constitución Política atiende al concepto de orden público de ciertas disposiciones constitucionales y no al de orden público privado o de las relaciones de Derecho privado⁸¹².

3.2.2. La función ecológica de los contratos

Si bien el concepto de orden público ecológico es relativamente innovador y es escasa la bibliografía al respecto, en el de función ecológica de los contratos es verdaderamente aún más exigua. Sin embargo, tal figura puede convertirse en otro tipo de cláusula general de Derecho privado que permita la protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil.

Al respecto, hay que mencionar que el único referente encontrado se halla en Derecho brasileño, en el que, con base en la consagración en el Código Civil de la figura de función social de los contratos, se ha querido plantear que tal función social de los contratos podría implicar un instrumento para el desarrollo sostenible⁸¹³, así como que la misma realmente implica el surgimiento de una función ambiental o ecológica de los contratos⁸¹⁴.

Así, se plantea que la función social de los contratos ha implicado un papel funcional para el contrato, en el que se ha convertido en un instrumento dinámico, que no sólo satisface las necesidades individuales sino que también produce efectos externos a las partes contratantes, en particular frente a intereses que se consideran socialmente relevantes, lo cual se ha llegado a considerar incluso como un requisito de validez de los contratos. Se reconoce que no se puede pretender que las partes persigan intereses

⁸¹¹ “(...) Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. (...)”. [COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política, artículo 215. (20, julio, 1991). En: Gaceta Constitucional No. 116. Consultada el 20 de junio de 2017 y disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html].

⁸¹² Cfr. MUÑOZ LAVERDE, Sergio. Op. cit., pp. 255-262.

⁸¹³ Cfr. POLI, Luciana Costa y HAZAN, Bruno Ferraz. Op. cit., pp. 171-193.

⁸¹⁴ Cfr. BARROSO, Lucas Abreu. Op. cit.

altruistas antes que perseguir los suyos propios, pero en relación con el ambiente se plantea que no es sólo un interés social sino un interés de las propias partes involucradas en el contrato. Todo lo anterior se enmarca dentro de los valores constitucionales actuales y, en particular, dentro del principio de solidaridad, tanto con los demás seres humanos como con las generaciones futuras⁸¹⁵.

Si bien hay algunos elementos de tal función ecológica de los contratos que no comparto de la exposición realizada por Luciana Costa Poli y Bruno Ferraz Hazan, como es, por ejemplo, plantear el asunto como un requisito de validez que hoy podría exigirse en todos los contratos, vale la pena resaltar que los argumentos señalados por ellos, previamente mencionados, constituyen un razonamiento que por ahora puede que sea sólo un planteamiento de índole doctrinal, pero que no es descabellado que sea adoptado en un plazo no muy lejano por jueces de países con fuertes grupos de presión⁸¹⁶ interesados en la protección del ambiente en las relaciones entre particulares, como lo son Brasil y Colombia.

La función ecológica de los contratos también podría concebirse como una cláusula general de Derecho privado, que sirviera como límite y guía de las actividades de los particulares. Otra opción es la de consagrarla como una norma constitucional, evento en el cual entraría en juego toda la dinámica de la constitucionalización del Derecho privado.

3.2.3. Una obligación ambiental general

Este es un concepto igualmente novedoso, respecto del que, en materia de Derecho de contratos, es posible encontrar como principal referente a Mathilde Hautereau-Boutonnet.

Plantea ella la obligación ambiental como “(...) el conjunto de deberes destinados a integrar la base ambiental, bien en una finalidad de gestión del riesgo ambiental en el interés de las partes o del mercado, bien en una finalidad de protección del ambiente en el interés colectivo”⁸¹⁷.

Así, el planteamiento de Hautereau-Boutonnet apunta a determinar si la proliferación de obligaciones ambientales en Derecho positivo no presagia el nacimiento de un concepto general de obligación ambiental. Para ello, efectúa una primera división entre obligaciones ambientales subjetivas y objetivas. Las primeras son aquellas en las que el

⁸¹⁵ Cfr. POLI, Luciana Costa y HAZAN, Bruno Ferraz. Op. cit., pp. 171-193.

⁸¹⁶ Se habla de “grupos de presión” y no del país en general, pues es claro que en un país como Colombia la protección del ambiente no es un interés exclusivo del Estado como tal sino de ciertos grupos, que pueden estar motivados por intereses realmente altruistas o por agendas particulares.

⁸¹⁷ BOUTONNET, Mathilde. La consécration du concept d'obligation environnementale. *Recueil Dalloz*. 2014, vol. 7604, nro. 23, p. 1335.

objetivo principal es la protección de sujetos de Derecho, incluyendo allí las obligaciones de información ambiental, gestión ambiental y lealtad ambiental. Por su parte, las obligaciones ambientales objetivas tienden directamente a proteger el ambiente en sí mismo, para lo cual propone la autora una división entre obligaciones negativas o de no afectación del ambiente, y unas obligaciones positivas o de acción de protección⁸¹⁸.

Sin embargo, evidencia ella también una falta de efectividad y de eficiencia de las normas que consagran las obligaciones ambientales, pues si bien los textos son abundantes, su aplicación es insuficiente, por lo que plantea una obligación ambiental general como una forma de simplificación que permitiría paliar los defectos de complejidad y diversidad de las obligaciones ambientales, todo esto enmarcado dentro de un movimiento de simplificación del Derecho ambiental que viene haciendo curso, de manera que se pueda garantizar una mejor aprehensión, comprensión y adaptación del Derecho frente a los desafíos ecológicos de nuestro tiempo⁸¹⁹.

Es necesario advertir que ese ánimo de simplificación que inspira el planteamiento de Hautereau-Boutonnet podría ir en contra de la concepción aquí adoptada del ambiente como un asunto complejo, ya expuesta en el capítulo segundo de este trabajo, de acuerdo con los lineamientos de Carrizosa Umaña.

No obstante, es posible plantear la posibilidad de una obligación ambiental general como cláusula general de Derecho privado, que pudiera servir como herramienta para la protección jurídica del ambiente en Derecho comercial de contratos en Colombia.

3.2.4. El modelo de cláusulas generales de Derecho privado

Por cláusulas generales de Derecho privado se hace referencia aquí a todos aquellos elementos que en Derecho privado se han identificado, a veces como principios, a veces como deberes generales de conducta, pero que tienen en común el hecho de ser referentes genéricos con los cuales se busca cerrar el discurso del Derecho privado para darle unidad y coherencia. Ejemplos son el principio o deber de buena fe, la figura de orden público, y el abuso del derecho, entre otros⁸²⁰.

⁸¹⁸ Cfr. *Ibíd.*, pp. 1335-1338.

⁸¹⁹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 1339-1341.

⁸²⁰ Dice sobre el particular la doctrina: “(...) *El punto de partida de Dürig es el principio de la dignidad humana (Würde des Menschen) (...) que impone un deber de protección y tutela frente a los valores que los derechos fundamentales y el concepto normativo de dignidad humana colocan en la base del ordenamiento.*

“(...) La realización de este deber estatal de protección, que incumbe ante todo a la jurisdicción ordinaria, origina la cuestión de cómo ha de tenerse en cuenta el sistema constitucional de valores en el sistema privado. Para Dürig la intensidad protectora de los derechos fundamentales es diferente según vaya dirigida contra el Estado o contra terceros, puesto que en el derecho privado cuenta con la limitante de la autonomía privada, la que en sí misma es ya una expresión de la dignidad humana. De donde resulta que el medio idóneo para la realización de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado es la

La ventaja hallada en tales cláusulas generales es que permiten realizar ajustes en la aplicación de normas a través de la inclusión de elementos que se consideran relevantes para el adecuado desenvolvimiento del Derecho, pero cuya inclusión no puede realizarse a través de reglas sino que es necesario acudir a principios para el efecto. Esta es una fórmula válidamente aceptada por el positivismo jurídico para dar cierre, coherencia, unidad y, en especial, plenitud, al discurso del Derecho, en concreto, para lo que nos interesa, del Derecho privado.

No obstante, también es claro que ese recurso a las cláusulas generales de Derecho privado no es del todo pacífico, pues las mismas constituyen mecanismos idóneos para recibir los contenidos establecidos por las normas constitucionales, actuando como puntos de irrupción o puntos de entrada de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado⁸²¹.

Cuando sea expuesta la propuesta en concreto de solución al problema de investigación, se hará referencia a esta discusión, pues la encuentro como eje central de las tensiones que hoy en día vive el Derecho de contratos en Colombia, pero es posible adelantar que, a mi juicio, hay que apoyar a quienes defienden que se debe dejar un espacio para que los jueces intervengan y realicen labor de interpretación y, hacia futuro, de ponderación de intereses, pues no siempre el legislador podrá preverlo todo, como sería lo ideal desde un esquema que defiende totalmente la seguridad jurídica.

En efecto, ante la imposibilidad del legislador para preverlo todo, desde el mismo iuspositivismo de ha venido defendiendo el derecho judicial como método más importante de heterointegración (recurso a fuentes distintas de la legislativa), aunque suele existir más confianza en los jueces en los sistemas jurídicos anglosajones que en los sistemas jurídicos continentales, "(...) y con esto se muestra claramente el apego de

incorporación de su contenido en los conceptos y cláusulas tradicionales de derecho privado, capaces y necesitadas de ser colmadas valorativamente.

“Así pues, se hace presente el supuesto central de esta teoría: las cláusulas y conceptos generales de derecho privado, como instrumentos normativos idóneos para ser ‘colmados’, por decirlo de alguna manera, con el contenido de los valores típicos de los derechos fundamentales, los que de este modo encuentran el vehículo de su operatividad en el campo del derecho privado.

“Vienen en consideración, en este orden de ideas, las cláusulas generales tradicionalmente reconocidas por la doctrina iusprivatista, tales como las buenas costumbres, la buena fe, y las demás previstas por el ordenamiento civil; idóneas para recibir los contenidos establecidos por las normas constitucionales relativas a las posiciones fundamentales de libertad; y que actuarían como puntos de irrupción, como puntos de entrada de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado. De ahí que se explique la incidencia de éstos no ya directamente provocando consecuencias jurídicas en las actuaciones de los particulares, sino operando, como se ha visto, de manera mediata, y por lo tanto indirecta, a través de las cláusulas generales antes consideradas”. (JULIO ESTRADA, Alexei. Op. cit., pp. 110-111).

⁸²¹ Cfr. JULIO ESTRADA, Alexei. Op. cit., p. 111.

nuestra tradición jurídica a la autointegración o, cuando menos, la desconfianza hacia el derecho judicial considerado como fuente de incertidumbre y de desorden”⁸²².

Si no se otorga espacio para que los jueces intervengan con cierto margen de autonomía, cuando ello sea necesario, estaríamos impidiendo que la dogmática jurídica incorpore nuevos elementos que le permitan siempre estar acorde con la realidad que tal dogmática busca regular, máxime en un momento en que ya está totalmente claro en el mundo del Derecho que el mismo se enriquece y logra acomodarse a la realidad, fundamentalmente a través de la incorporación de valores⁸²³, que suelen venir formulados en forma de principios y no de reglas⁸²⁴.

Lo que acá se defiende es una concepción del Derecho privado un poco más conservadora que la visión del Derecho constitucional con sus valores, principios y ponderación como los grandes protagonistas, pues se parte de la base de que en el Derecho privado usualmente se ha manejado una concepción más tradicionalista del Derecho, no necesariamente en el sentido de mantener el *statu quo*, sino de ir con prudencia en la incorporación de cambios.

En efecto, considero que en el Derecho privado no se debe otorgar total libertad a los jueces, bien sean jueces constitucionales o de la justicia ordinaria, para incorporar valores dentro de sus decisiones, sino que precisamente abogo por herramientas como las cláusulas generales de Derecho privado para permitir cierto ejercicio autónomo de los

⁸²² BOBBIO, Norberto. Teoría general del Derecho. Op. cit., p. 233.

⁸²³ Es necesario aclarar que doctrinalmente se distingue entre valores y principios, por diversas razones. En líneas generales se dice que los principios (generales de Derecho) son “*normas jurídicas que tienen un supuesto de hecho genérico; que inspiran a otras normas que ordinariamente incluyen supuestos de hecho que pueden considerarse especies del citado género (las denominadas normas-regla) y que encuentran pues su funcionamiento en las que estamos definiendo (función informadora del ordenamiento jurídico); que poseen una consecuencia jurídica que viene a coincidir con la consecuencia jurídica de esas otras normas o, al menos, a representar también un género respecto de las consecuencias jurídicas de esas otras normas llamadas normas-regla; que se aplican en defecto de la existencia de tales normas-regla (función integradora del ordenamiento jurídico), siempre previa la oportuna ponderación; y que vinculan en la interpretación de dichas normas-regla (función interpretativa del ordenamiento jurídico)*”. Por su parte, los valores jurídicos se entienden como “*aquellos otros enunciados jurídicos que expresan cualidades de acciones (conductas humanas) y estados de cosas (p. ej. estructura de organizaciones) o que indican los juicios sobre dichas cualidades y que se configuran como criterios o parámetros para la realización de ulteriores juicios sobre otras conductas y estados y sobre la conformidad con tales criterios de las normas reguladoras de los mismos*”. Ejemplo de valor jurídico es la justicia y ejemplo de principio general de Derecho es el enriquecimiento sin causa. Siguiendo a Habermas, se plantea que a) los principios tienen una estructura obligatoria estricta, mientras que los valores sólo expresan la preferencia de unos bienes sobre otros, que pueden realizarse o soslayarse; b) los principios tienen una pueden ser válidos o no mientras que en los valores su validez es graduable; c) los principios tienen carácter absoluto y expresan una obligación universal, mientras que los valores tienen una vinculación relativa; y d) los principios no pueden entrar en contradicción mientras que los valores entran en competencia por su prevalencia. (Cfr. TARDÍO PATO, José Antonio. Los principios generales del Derecho. Barcelona: Bosch, 2011, pp. 166-167 y 221 – 230).

⁸²⁴ Cfr. ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Op. cit.

jueces pero limitado a la incorporación de valores que previamente han sido identificados como decisivamente relevantes para el Derecho privado. Es decir, encuentro que a través de las cláusulas generales de Derecho privado se garantiza cierta autonomía de los jueces pero limitada a un previo debate público sobre cuáles son los valores respecto de los cuales está limitada su capacidad de intervención de manera autónoma.

La principal desventaja de este modelo de cláusulas generales de Derecho privado, que se constituye en la razón más importante para que no se pueda adoptar como el referente único para dar una solución íntegra al problema de investigación, radica en la relación del Derecho privado frente al Derecho constitucional actual, pues en Colombia la jerarquía de la Constitución Política sobre los demás tipos de normas y su irradiación en las mismas sigue siendo un asunto indiscutible, por lo menos hasta ahora, como ya fue expuesto previamente.

Al respecto ha sido clara la posición de la doctrina al sostener que “(...) entender que los derechos fundamentales necesitan de conceptos y cláusulas generales que les sirvan para irrumpir en el ordenamiento jurídico privado, además de atender contra su carácter de derechos subjetivos, de los cuales nacen directamente pretensiones exigibles judicialmente, supone adicionalmente un doble esfuerzo interpretativo por parte del aplicador jurídico”⁸²⁵.

En efecto, este modelo de cláusulas generales de Derecho privado tiene la desventaja de que no tiene en cuenta las relaciones de jerarquía entre Derecho comercial y Derecho constitucional, sobre todo en un país como Colombia, en el que la Constitución Política otorga, por lo menos en número de normas, una gran protección al derecho al ambiente sano, tema que se estudia a continuación, y motivo por el cual no es posible acoger el modelo de cláusulas generales de Derecho privado como solución integral al problema de investigación propuesto.

⁸²⁵ JULIO ESTRADA, Alexei. Op. cit., p. 298.

3.3. EL DERECHO AL AMBIENTE COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

3.3.1. La Constitución Política de Colombia como una Constitución ecológica

Como se venía planteando, el modelo de solución de las cláusulas generales de Derecho privado, como serían el orden público ecológico, la función ecológica de los contratos, o una obligación ambiental general, por ejemplo, encuentra un gran obstáculo actualmente en la jerarquía de la Constitución Política sobre los demás tipos de normas del Estado.

Se habla aquí de obstáculo porque tales cláusulas generales serían concebidas dentro del positivismo jurídico como una fórmula de cierre o plenitud del sistema⁸²⁶, pero el neoconstitucionalismo actual claramente apunta a una destrucción de esa idea de sistema cerrado y de aplicación mediata de los derechos fundamentales, pues precisamente los valores, en forma de principios, están como recurso al que siempre podrán acudir los jueces para que el Derecho se ajuste a las realidades sociales pues, como lo sostiene Alexei Julio Estrada con apoyo en Nipperdey, el orden jurídico es una unidad, de manera que los derechos fundamentales no requieren ningún punto de infiltración como lo pretenden ser las cláusulas generales, pues su efecto jurídico es uno, directo y normativo⁸²⁷.

Bajo ese entendido, y con base en la idea de jerarquía de la Constitución Política como norma superior y fundamental del ordenamiento jurídico, de clara estirpe positivista kelseniana, entrarían en conflicto el modelo cerrado de solución de cláusulas generales de Derecho privado con el modelo abierto del neoconstitucionalismo. El asunto es claramente relevante para el caso colombiano, pues debido al gran número de normas de protección al ambiente, la Constitución Política Colombiana ha sido identificada como una Constitución ecológica.

En la Introducción general y en el capítulo segundo de este trabajo ya fue planteado el asunto, citando para el efecto la jurisprudencia más relevante de la Corte Constitucional colombiana. Un ejemplo de una norma que ha dado para hablar de la Constitución ecológica es la consagración en la Constitución Política de Colombia de la función ecológica de la propiedad. Precisamente, si se entiende que la consagración de la función ecológica de la propiedad se traduce en poder predicar la función ecológica de los contratos, como principal medio de disposición del derecho de propiedad, podría sostenerse que la solución al problema de investigación planteado como objeto de este trabajo doctoral residiría en la simple aplicación de las normas de la Constitución Política como jerárquicamente superiores.

⁸²⁶ Cfr. BOBBIO, Norberto. Teoría general del Derecho. Op. cit., pp. 208-241.

⁸²⁷ Cfr. JULIO ESTRADA, Alexei. Op. cit., p. 106.

Sin embargo, que del concepto de función ecológica de la propiedad pueda desprenderse la existencia en el ordenamiento jurídico colombiano de la institución de la función ecológica de los contratos, es un asunto que no goza de tal claridad, como ya fue expuesto para el caso de Brasil, donde se tuvo que consagrar expresamente la función social de los contratos, a pesar de que ya existía una norma sobre la función social de la propiedad, para que pudiera entenderse que los contratos también tienen una función social, y sólo hasta ahora se está empezando a plantear tímidamente en dicho país una función ecológica o ambiental de los contratos.

Así, en cuanto a evolución histórica del Derecho ambiental en Colombia se refiere, se plantea que existen tres grandes etapas, *"(...) Una primera etapa en la que existieron leyes que en forma aislada propendieron por una protección a diferentes aspectos ambientales, primordialmente a las aguas y a los bosques.*

"Una segunda etapa en la que aparece una sistematización de la normatividad ambiental y en consecuencia, se hace una codificación de la misma. Es el momento de la aparición de las normas ambientales propiamente dichas, del derecho al medio ambiente.

"Una tercera etapa que se presenta a partir del reconocimiento de los derechos ambientales por parte de la más alta jerarquía normativa existente en todo el País: su Constitución"⁸²⁸.

La primera etapa es denominada como etapa de la legalización y en la misma se identifican una primera subetapa en la que nacen los primeros derechos humanos, reflejándose en Colombia en normas aisladas consagradas principalmente en el Código Civil, y una segunda subetapa, en la que se consolidan los derechos sociales o derechos de segunda generación, reflejada en Colombia en las reformas constitucionales de 1936 y de 1945 y las normas legales desarrolladas con base en las mismas. La segunda etapa es denominada etapa de codificación, cuyo inicio se da con la Conferencia de Estocolmo de 1972 y la expedición en Colombia de la Ley 23 de 1973 y el Código de Recursos Naturales Renovables de 1974, principalmente, más todas las regulaciones que se dieron posteriormente⁸²⁹.

La etapa en la cual nos encontramos actualmente es la denominada etapa de constitucionalización, la cual inició con la Constitución Política de 1991, y se constituye en un reflejo de la tendencia mundial de creación de Constituciones para hacer frente a los totalitarismos a través de la creación de tribunales constitucionales y la prevalencia de los derechos humanos sobre cualquier otra norma, haciéndose énfasis en que *"(...) el*

⁸²⁸ GONZÁLEZ VILLA, Julio Enrique. Op. cit., pp. 31-32.

⁸²⁹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 37-76.

constitucionalismo colombiano no sólo decidió entrar en la época de la constitucionalización de todo el derecho, sino que hizo una especial connotación del derecho del medio ambiente”⁸³⁰.

La gran cantidad de normas de protección del ambiente que establece la Constitución colombiana hizo ver, desde un primer momento, que “(...) nuestra Constitución, en términos de declaración positiva de derechos, se encuentra a la vanguardia de los ordenamientos constitucionales en el entorno jurídico hispanoamericano y quizá mundial. En una de las materias en donde más se percibe este liderazgo, es en el tratamiento de la problemática ambiental.

“Ciertamente, existen numerosas disposiciones dispersas en toda la Carta referentes al bien jurídico ambiental y en las que, según la Corte Constitucional, ‘de una lectura sistemática, axiológica y finalista surge el concepto de Constitución Ecológica?’”⁸³¹.

No obstante, tal concepto no es pacífico pues, como lo sostienen Rodríguez y Alonso, con base en Jorge Borrero Navia, “(...) no existen en la actualidad constituciones que puedan ser llamadas ecológicas así como tampoco existen sociedades ecológicas. Señala el citado autor que no es ecológica la Constitución que se inspira en las nuevas concepciones acerca de las relaciones del ser humano con su entorno y las consagra en enunciados de protección ambiental, si por otro lado se dejan intactos aparatos de Estado claramente ‘antiecológicos’. Alerta el autor que el ‘enverdecimiento de los textos constitucionales’ conduciría a la burocratización ambiental, más que a la implementación del desarrollo sostenible y autónomo”⁸³².

Así, resalta la preocupación de los mencionados autores por que la Constitución Política de Colombia refleje la real conformación del país, es decir, las estructuras de poder sociales y económicas, así como sus circunstancias físicas, pues aunque no puede desconocerse el poder fáctico de lo normativo, la Constitución no puede ser una simple enunciación de intenciones y principios que, al no corresponder con la realidad, no llegarán a materializarse⁸³³.

En efecto, se ha calificado a la Constitución Política de Colombia en el tema ambiental como “simplemente programática”, por contener una mera enunciación de intenciones que se desean pero no se cumplen, por oposición a las Constituciones realistas⁸³⁴, así

⁸³⁰ *Ibíd.*, p. 30.

⁸³¹ RODAS MONSALVE, Julio César. Fundamentos constitucionales del derecho ambiental colombiano. Bogotá: Tercer Mundo / Uniandes, 1995, p. 35.

⁸³² RODRÍGUEZ ROJAS, Sandra Lucía y ALONSO BEJARANO, Naryan Fernando. Mecanismos jurídicos de la protección ambiental. Bogotá: Ibáñez, 1997, p. 44.

⁸³³ *Ibíd.*, p. 44.

⁸³⁴ Cfr. RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. El derecho ecológico en Colombia. Bogotá: Ibáñez, 1995, p. 52.

como también se ha planteado que "(...) la adopción de numerosas reglas cumple por ella misma la función simbólica de 'hacer creer' y de producir la impresión de que las reivindicaciones o las necesidades sociales previstas por las reglas han sido satisfechas, independientemente de sus posibilidades reales de aplicación"⁸³⁵.

Por eso, se dice que, en la práctica, "(...) En Colombia en los últimos años la producción normativa en materia ambiental nos informa que sufrimos de 'inflación legislativa', pero los estándares ambientales en lugar de ser más exigentes, se flexibilizan, a pesar que el legislador y los demás agentes del Estado afirman lo contrario, coexistiendo con la moda de 'teñirse de verde' sin serlo. Tales circunstancias permiten evidenciar el desmonte de las principales previsiones constitucionales en materia de protección ambientales, esquema normativo que la Corte Constitucional ha venido denominando como 'Constitución ecológica' "⁸³⁶.

Independientemente de lo anterior, lo que sí queda claro al elevar a rango constitucional ciertas normas de protección del ambiente y que se pueda hablar de una Constitución ecológica, entendida como "la dotación de herramientas jurídicas, tanto para el Estado como para los ciudadanos, que apuntan a la protección de la naturaleza y el medio ambiente", es que se le otorga al asunto una visibilidad real y prioritaria dentro de la acción gubernamental, pues permite organizar las normas, dotar de coherencia al ordenamiento jurídico ambiental, crear instituciones ambientales y, especialmente, garantizar que no haya leyes contrarias a la protección del ambiente. Ello se da en el caso colombiano a través de la Constitución ecológica y, en Francia, a través de la Carta del ambiente, las cuales claramente no llegan al extremo de la Constitución de Ecuador de declarar a la naturaleza como sujeto de derechos⁸³⁷.

De esta manera, si se siguiera una concepción estrictamente jerarquizada del Derecho, podría sostenerse sin ningún rubor que la solución al problema objeto de investigación radicaría, para el caso colombiano, en una aplicación directa de la Constitución Política a los casos en que se perciba algún tipo de conflicto entre el Derecho comercial y el Derecho ambiental, dando primacía en la mayoría de los casos a esta última área del Derecho, por ser la Constitución Política de Colombia un texto que consagra gran cantidad de normas de protección del derecho al ambiente sano.

Pero, precisamente, el asunto no es para nada claro y, sobre todo, esa visión no aporta soluciones constructivas en relación con la tensión existente entre los defensores y contradictores del fenómeno que se conoce como constitucionalización del Derecho

⁸³⁵ RODAS MONSALVE, Julio César. Op. cit., p. 17.

⁸³⁶ MESA CUADROS, Gregorio. *Introducción*. Op. cit., p. 11.

⁸³⁷ ALVARADO MOSQUERA, Julio. Op. cit., pp. 40-43.

privado, que es en el que de alguna forma es necesario reducir complejidad, en los términos de Luhmann.

De hecho, se debe partir de la base de que la Constitución Política se concibió originalmente como estatuto jurídico del Estado y sus relaciones con los ciudadanos, mientras que el Código Civil se concibió originalmente como el estatuto jurídico de la sociedad, lo cual es el sustento de que el discurso de los derechos fundamentales, como lo defiende el neoconstitucionalismo, haya sido de tan difícil aceptación en el Derecho privado⁸³⁸.

Por eso, es necesario estudiar la posibilidad de entender el derecho al ambiente como un derecho fundamental, pues ello trae implicaciones determinantes para efectos de identificar el papel de la protección jurídica del ambiente dentro del Derecho comercial colombiano, como se verá a continuación.

Para cerrar este apartado y explicar por qué no es acogido el modelo de aplicación jerárquica de las disposiciones constitucionales en materia ambiental en Colombia, me atrevo a plantear que la Constitución Política de 1991, por lo menos en lo que a protección del ambiente se refiere, debe ser identificada como una normatividad aspiracional, que tiene algunos rasgos del concepto sociológico y del concepto racional normativo, y muy poco del concepto histórico tradicional, todo ello siguiendo la tipología de los conceptos de Constitución de Manuel García-Pelayo⁸³⁹.

En efecto, las normas de protección del ambiente que establece la Constitución Política de 1991, apuntan a hacer ver la importancia del derecho al ambiente sano dentro de la realidad de nuestro país, pero no encajan claramente dentro de los conceptos de Constitución que describe García-Pelayo, recordando que, por concepto racional normativo, se entiende a las Constituciones como la de 1886, que pretendían establecer a través de un sistema de normas, de una sola vez y de manera total, exhaustiva y sistemática, las funciones fundamentales del Estado y la regulación de los órganos, sus competencias y las relaciones entre ellos, es decir, Constituciones creadoras de un orden, generalmente protector de los intereses de la burguesía y de su Estado liberal, y en las que se plantea que sólo la precisión jurídica ofrece seguridad frente a la arbitrariedad del Estado. La principal crítica de García-Pelayo a tal concepto de Constitución radica en que la inmutabilidad propuesta atenta contra la democracia y contra la mutabilidad de la vida histórica.

El concepto histórico tradicional de Constitución apunta a reconocer Constituciones como la británica, y a la oposición entre razón e historia, entendiendo por historia una primacía de lo individual sobre consideraciones generalizadoras, así como a la relación

⁸³⁸ Cfr. DE VEGA, Pedro. *Prólogo*. En: JULIO ESTRADA, Alexei. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 15-16.

⁸³⁹ Cfr. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1987, pp. 33-53.

entre Derecho legal y Derecho consuetudinario, mientras que el concepto sociológico de Constitución apunta, a grandes rasgos, al reconocimiento de las realidades sociales como determinantes del orden jurídico de una sociedad, de manera que la concepción racional normativa gira en torno al concepto de validez del Derecho, la concepción histórica tradicional al de legitimidad del Derecho, y la concepción sociológica al de vigencia del Derecho.

Así, la Constitución Política de 1991, a pesar de haber sido catalogada como una Constitución ecológica, en lo que a protección del ambiente se refiere, realmente no encaja claramente en ninguno de los tres conceptos descritos, pues si bien establece varias normas en las que se habla del derecho al ambiente sano y de la protección del ambiente, es decir, son normas claramente vinculantes, a su vez son normas carentes de fuerza coercitiva, ya que se aprecia en ellas más una aspiración de algo que queremos como pueblo colombiano, que realmente derechos que se puedan hacer efectivos directamente y sin necesidad de leyes o reglamentaciones, ante los jueces de la República.

Sin embargo, que eventualmente esas normas carezcan de fuerza coercitiva no les resta su fuerza vinculante por el hecho de encontrarse en la norma fundamental del ordenamiento jurídico colombiano. Así, no se puede ignorar que son disposiciones con consagración en la norma más importante, jerárquicamente hablando, del ordenamiento jurídico colombiano, lo cual podría motivar que en un futuro no muy lejano se instauren acciones encaminadas a hacer valer el derecho al ambiente sano como prevalente sobre otros derechos que no gozan de consagración constitucional o que, teniéndola, pueden entrar en conflicto.

Todo lo anterior tiene como trasfondo, con base en lo expuesto por Zagrebelsky⁸⁴⁰, la idea de que el Derecho hoy en día tiene un carácter abierto, es decir, se encuentra inscrito en un paradigma muy distinto al de otras épocas, pues lo ocurrido después de la Segunda Guerra Mundial ha llevado a concebir el Derecho de una manera en la que la ética y la moral juegan un rol definitivo al momento de definir los contenidos jurídicos. En efecto, intentar que el Derecho en general, y el Derecho constitucional en concreto, retornen al esquema de Derecho legislado, es ir en contravía de la evolución que ha tenido el Derecho con las Constituciones de posguerra.

Por esta última razón es que se constituye en claramente relevante estudiar si el derecho al ambiente sano se puede entender o no como un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano, pues ello determina elementos clave para definir cómo puede lograrse la protección jurídica del ambiente en el Derecho comercial colombiano.

⁸⁴⁰ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit.

3.3.2. El derecho al ambiente como un derecho fundamental⁸⁴¹

Para efectos de determinar si el derecho al ambiente sano se puede entender como derecho fundamental, es necesario abordar, en un primer momento, la distinción entre los conceptos de derecho fundamental y principios. Para explicar el asunto, es conveniente acudir a lo expuesto por Carlos Bernal Pulido en su estudio introductorio a la "Teoría de los derechos fundamentales" de Robert Alexy, cuando afirma:

"(...) El objetivo básico de este libro es aclarar cuál es el concepto, la naturaleza y la estructura de los derechos fundamentales. La idea central es que los derechos fundamentales deben entenderse como un conjunto de normas y posiciones adscritas a una disposición de derecho fundamental. Las disposiciones de derecho fundamental son las proposiciones de la Constitución que establecen los derechos fundamentales. Por su parte, las normas son proposiciones prescriptivas adscritas por vía interpretativa a estas disposiciones y que prescriben lo que está prohibido, permitido u ordenado por los derechos fundamentales, así como las competencias que estos derechos confieren. Por último, las posiciones de derecho fundamental son relaciones triádicas conferidas por las normas de derecho fundamental, que tienen la forma de derechos a algo, libertades y competencias, y que regula (sic) las relaciones entre el individuo y el Estado y los particulares, que tienen que ver con el respeto de los bienes protegidos por los derechos fundamentales.

"(...) La tesis central del libro de Alexy señala que las normas de derecho fundamental, además del concebido carácter de regla, pueden tener el carácter de principio. Cuando tienen este carácter, tales normas deben entenderse como mandatos de optimización que ordenan que el objeto protegido por el derecho fundamental se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. La naturaleza central de esta tesis y la innovación que representa la definición de los

⁸⁴¹ No es objeto de este trabajo abordar el estudio de las violaciones a derechos humanos por parte de empresas privadas, violaciones dentro de las cuales suelen aparecer afectaciones al ambiente como, por ejemplo, a través de explotaciones mineras, en las cuales se discuten muchas veces los permisos que el Estado otorga para la explotación de recursos naturales del sector minero y, en algunos casos, ignorando la contaminación y el uso de la fuerza por parte de las empresas que explotan los recursos naturales. (Cfr., p. ej. HINCAPIÉ JIMÉNEZ, Sandra y LÓPEZ PACHECO, Jairo Antonio. Derechos humanos y bienes comunes. Conflictos socioambientales en Colombia. *Desacatos, Revista de Antropología Social*. 2016, nro. 51, pp. 130-141. A nivel internacional, entre otros: CLAPHAM, Andrew. Human rights obligations of non-state actors. Oxford: Oxford University Press, 2006. KINLEY, David. (Ed.) Human rights and corporations. Farnham / Burlington: Ashgate, 2009).

Ese tipo de estudios constituyen la base de denuncia de las afectaciones tal vez más graves al derecho al ambiente sano, pero no son objeto de abordaje en este trabajo, por cuanto lo que aquí se persigue es un estudio de la incorporación de la protección jurídica del ambiente al Derecho comercial colombiano, y no un trabajo sobre cómo y por qué las empresas privadas que desarrollen negocios en Colombia y afecten el ambiente pueden verse expuestas a procesos nacionales o internacionales por violación a derechos humanos.

*principios como mandatos de optimización, han sido captadas por la doctrina cuando se refiere a la teoría de Alexy como la 'teoría de los principios' "*⁸⁴².

Así, si bien una de las grandes innovaciones y realidades del Derecho constitucional contemporáneo tiene relación con la concepción de los derechos fundamentales como principios, gracias a la teoría de los principios de Alexy, debe quedar claro que los conceptos de derechos fundamentales y principios no son equiparables, pues la distinción entre reglas y principios, expuesta en el capítulo segundo de este trabajo, sigue siendo eje clave del Derecho contemporáneo. Los derechos fundamentales pueden tener la forma de principios, pero también pueden estar contenidos en reglas.

Con eso claro, desde la Declaración de Estocolmo de 1972 son muchos los textos constitucionales que incluyen algún tipo de previsión ambiental, aunque en la mayoría de los casos no se ha reconocido un derecho individual al ambiente, pues se le ha catalogado como derecho colectivo, de manera que se plantea que un derecho fundamental a la naturaleza implicaría un efecto distorsionador, pues acarrearía que la decisión política sea trasladada al ámbito judicial, donde los intereses de un solo individuo quedarían sobredimensionados⁸⁴³.

No obstante, el hecho de que se consagre como un derecho colectivo no impide, por lo menos en lo que a Derecho colombiano se refiere, que sea protegido con los mismos mecanismos que los derechos fundamentales, cuando la vulneración del derecho al ambiente sano pueda afectar directamente un derecho fundamental como la vida, la integridad física, la salud o la intimidad. Su consagración como derecho colectivo ha generado serios problemas técnicos al sistema jurídico, por la dificultad de conciliar su eficacia con los propósitos de seguridad jurídica indispensables en el Derecho, pues mientras en el caso de los derechos fundamentales de aplicación inmediata se suelen mirar los hechos bajo la óptica de la norma, en los derechos difusos o colectivos la norma constitucional que los consagra y su estatus de derecho fundamental se estudian a la luz de los valores, los principios y las circunstancias del caso concreto⁸⁴⁴.

Por lo tanto, si bien en Colombia el derecho al ambiente sano no tiene la categoría de derecho fundamental, es necesario enfocar el estudio de las relaciones entre Derecho comercial y Derecho Constitucional bajo tal prisma, pues al ser posible la protección del ambiente con los mismos mecanismos constitucionales establecidos para los derechos

⁸⁴² BERNAL PULIDO, Carlos. *Presentación de la segunda edición en castellano de la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. En: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. XXIX – XXX.

⁸⁴³ Cfr. SIMÓN YARZA, Fernando. El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2012, nro. 94, pp. 153-179.

⁸⁴⁴ Cfr. AMAYA NAVAS, Óscar Darío. *Op. cit.*, pp. 153-158.

fundamentales, es necesario entender y confrontar las lógicas que se encuentran detrás de cada uno de dichos discursos, para poder tener una visión completa del asunto.

En efecto, como se plantea para el caso colombiano, "(...) El tema ambiental se volvió constitucional en la medida en que la Constitución Política de un país es la vía primaria de expresión del cuadro de valores vigentes en la sociedad y el marco general en el que obligatoriamente debe desarrollarse la vida colectiva. (...) Lo ambiental está dotado de una textura distinta a la de los otros intereses que se integran en el Estado social. Posee una complejidad mayor y su realización, en armonía con los otros intereses, representa mayores costos pero también innumerables beneficios. Se hace necesario un replanteamiento completo del Estado social, para que asuma las obligadas políticas sociales y económicas teniendo en cuenta el componente ambiental"⁸⁴⁵.

En particular, en el caso colombiano, se llegó a sostener por parte de la Corte Constitucional que el derecho al ambiente sano es un derecho fundamental, como cuando se dijo, tras abordar el concepto de Constitución ecológica, que "(...) De la concordancia de estas normas, e inscritas en el marco del derecho a la vida, de que trata el artículo 11 de la Carta, se deduce que el ambiente es un derecho constitucional fundamental para el hombre, pues sin él, la vida misma correría letal peligro"⁸⁴⁶, así como que "(...) La legislación ambiental en Colombia ha evolucionado de acuerdo a los cambios económicos, políticos y científicos que han ocurrido en la posición del hombre y de la sociedad frente al aprovechamiento y conservación de la naturaleza y del "habitat" que ha construido. Para esta Corte, entonces, no cabe duda que el ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un derecho Constitucional fundamental, pues su violación atenta directamente contra la perpetuación de la especie humana y, en consecuencia, con el derecho más fundamental del hombre: la vida"⁸⁴⁷.

Una posición similar se puede encontrar en la sentencia T-092 de 1993, en la que se afirmó que "(...) Las consideraciones anteriores llevan a esta Corporación a manifestar que el derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias de tutelas 411 del 17 de Junio de 1992, 428 de Junio de 1992 y 451 de Julio 10 de 1992 Magistrado Ponente Doctor Ciro Angarita Barón, y 536

⁸⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 343-344.

⁸⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-411/92. (17, junio, 1992). M.P. Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-411-92.htm>

⁸⁴⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-536/92. (23, septiembre, 1992). M.P. Simón RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-536-92.htm>

de Septiembre 23 de 1992 con ponencia del Doctor Simón Rodríguez Rodríguez, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental⁸⁴⁸.

Esta posición fue rectificada en la sentencia de unificación SU-067 de 1993, para precisar que el derecho al ambiente sano es de carácter colectivo, posición que ha sido la prevalente en los pronunciamientos posteriores⁸⁴⁹. En efecto, la tendencia prevalente ha sido la de entender al derecho al ambiente sano como un derecho colectivo que sólo excepcionalmente puede protegerse a través de los mecanismos procesales previstos para los derechos fundamentales, si se encuentra en conexión con éstos, por lo cual sólo excepcionalmente se puede catalogar como un derecho fundamental por conexidad⁸⁵⁰.

No obstante lo anterior, su eventual carácter de derecho fundamental sigue saliendo a flote, como cuando se ha dicho que: “(...) Así las cosas, conforme a las normas de la Carta el medio ambiente es un derecho constitucional fundamental para todos los individuos de la especie humana y el Estado está obligado a velar por su conservación y debida protección, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación.

⁸⁴⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-092/93. (19, febrero, 1993). M.P. Simón RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-092-93.htm>

⁸⁴⁹ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-067/93. (24, febrero, 1993). M.P. Fabio MORÓN DÍAZ y Ciro ANGARITA BARÓN. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/su067-93.htm>.

⁸⁵⁰ (...) 6. *Entonces, el derecho a un medio ambiente sano puede asumir el carácter de derecho fundamental por conexidad cuando entra en contacto directo con otros como la vida o la salud de tal manera que la vulneración de aquél conlleva la violación de éstos. En estos supuestos, la idoneidad del mecanismo de protección debe establecerse no a partir del derecho o interés colectivo primigeniamente desconocido, sino teniendo en cuenta aquellos derechos fundamentales que fueron vulnerados en razón de ese inicial desconocimiento. En estas condiciones, es comprensible que la acción de tutela sea el mecanismo por excelencia idóneo para proteger al ciudadano de la vulneración de sus derechos fundamentales con ocasión del desconocimiento del derecho a un medio ambiente sano.*

“7. De acuerdo con esas previsiones constitucionales y con los desarrollos legislativos que se han hecho de ellas, la Corte Constitucional ha trazado una línea jurisprudencial según la cual la regla general es que la protección de los derechos colectivos y del ambiente debe promoverse a través de las acciones populares. Sólo de manera excepcional puede ejercerse la acción de tutela para proteger derechos colectivos y del ambiente en aquellas situaciones en que la vulneración de ellos viole o ponga en peligro derechos humanos fundamentales como la vida o la salud. En ese marco, en cada caso concreto debe demostrarse si se está ante una vulneración de un derecho colectivo y si de ella surge la violación o puesta en peligro de un derecho fundamental. Si ello es así, el juez constitucional debe suministrar el amparo pues la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales desplaza a las demás instrumentos normativos de protección por no estar concebidos para la protección de aquellos”. [COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-771/01. (24, julio, 2001). M.P. Jaime CÓRDOBA TRIVIÑO. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-771-01.htm>].

“En cuanto a la relación del derecho a un ambiente sano con los derechos a la vida y a la salud, la Corte ha sostenido lo siguiente: ‘El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental” (Sentencia T-092/93 M. P. Simón Rodríguez Rodríguez)’ ”⁸⁵¹.

Igualmente, las decisiones de la Corte Constitucional se han sustentado en instrumentos y casos extranjeros e internacionales, para plantear la naturaleza de derecho fundamental del derecho al ambiente sano. En efecto, tras mencionar el Convenio sobre la Diversidad Biológica suscrito en Río de Janeiro en 1992 y aprobado por Ley 165 de 1994, y explicar casos de la Corte Europea de Derechos Humanos como *Oneryildiz vs. Turquía*, *López Ostra vs. España*, *Fadeyeva vs. Rusia*, *Taskin y otros vs. Turquía* y *Dubetska y otros vs. Ucrania*, el caso resuelto por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos entre Nigeria y comunidades de Ogoniland, y guías recomendadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y las normas de calidad del aire en exteriores frente a contaminantes tradicionales, establecidas en América Latina y el Caribe, Canadá, China, Estados Unidos de América, Japón y la Unión Europea, la Corte Constitucional sostuvo que: *“(…) Esos pronunciamientos trasnacionales coinciden con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha concluido que el ambiente sano constituye un derecho fundamental, acorde con la protección con la que se debe blindar nada menos que la preservación de las posibilidades de vida en el planeta tierra”*⁸⁵².

No es posible afirmar que en Colombia se entienda claramente al derecho al ambiente sano como un derecho fundamental, por cuanto, como ya fue mencionado, la posición predominante ha sido la de sostener que es un derecho colectivo y que sólo se puede entender como derecho fundamental por conexidad cuando, precisamente, se encuentre en conexión con derechos fundamentales como la vida y la salud.

Bajo ese esquema, la Corte Constitucional ha precisado la relación entre derechos colectivos y derechos fundamentales, y la procedencia de la acción de tutela para proteger derechos colectivos, indicando que: *“(…) 4.4. En conclusión, el orden constitucional establece, de manera diferenciada, mecanismos específicos para la*

⁸⁵¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-671/01. (28, junio, 2001). M.P. Jaime ARAÚJO RENTERÍA. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/C-671-01.htm>

⁸⁵² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-154/13. (21, marzo, 2013). M.P. Nilson PINILLA PINILLA. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-154-13.htm>

protección de derechos fundamentales (la acción de tutela), y de derechos e intereses colectivos (las acciones populares) frente a su vulneración o amenaza.

“No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación ha desarrollado unos criterios para determinar si la acción de tutela resulta procedente para la protección de derechos fundamentales vulnerados en contextos de afectación colectiva.

“Para el efecto, el juez constitucional debe analizar si se acredita, de manera cierta y fehaciente, que la afectación actual o inminente del derecho colectivo también amenaza o vulnera un derecho fundamental que ha sido individualizado en la persona que interpone la acción de tutela, o a nombre de quien se encuentra impedida para defender en forma directa sus propios intereses, cuya protección no resulta efectiva mediante la acción popular sino que requiere la intervención urgente e inmediata del juez de tutela” ⁸⁵³.

Los criterios que menciona la Corte para determinar si la acción de tutela resulta procedente para la protección de derechos fundamentales vulnerados en contextos de afectación colectiva fueron desarrollados en la sentencia T-1451/00, con base en los cuales es evidente el interés por deslindar los mecanismos procesales de los derechos colectivos de los de los derechos fundamentales⁸⁵⁴. No obstante, ni siquiera desde el punto de vista procesal se niega la eventual intersección que puede implicar el derecho colectivo al ambiente sano con derechos fundamentales.

En últimas, lo que queda en evidencia es que la posición de la Corte Constitucional de Colombia sobre el carácter de derecho fundamental o no del derecho al ambiente sano, a pesar de inclinarse por catalogarlo como un derecho colectivo y sólo excepcionalmente como un derecho fundamental, no ha sido totalmente refractaria a entenderlo como un derecho fundamental en sí mismo considerado o, por lo menos, como un derecho fundamental por conexidad, por lo que parece prudente acudir a otras fuentes para dilucidar posiciones al respecto.

A nivel internacional, el planteamiento del derecho al ambiente como derecho fundamental tiene como gran referente la jurisprudencia del Tribunal Europeo o Corte Europea de Derechos Humanos, en la que se han venido presentando casos en los que se ha otorgado una protección del ambiente a través de actuaciones de sujetos concretos. No obstante, se plantea que esa jurisprudencia europea es ajena a la realidad de la mayoría de ordenamientos jurídicos, en los que se distingue entre las cuestiones de

⁸⁵³ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-341/16. (29, junio, 2016). M.P. Gabriel Eduardo MENDOZA MARTELO. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-341-16.htm>

⁸⁵⁴ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1451/00. (26, octubre, 2000). M.P. (E) Martha Victoria SÁCHICA MÉNDEZ. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1451-00.htm>.

constitucionalidad y las cuestiones de legalidad ordinaria, procurando así un equilibrio entre un Estado totalmente jurisdiccional y un Estado en el que el legislador es el llamado a la protección de los derechos colectivos. Igualmente, se plantea que el tribunal de Estrasburgo ha impulsado con gran fuerza los derechos ambientales procedimentales y en ningún momento ha llegado a crear un derecho subjetivo al ambiente⁸⁵⁵.

Sin desconocer el valor de la jurisprudencia de Estrasburgo al impulso al derecho a la calidad de vida ambiental, se plantea que ese mismo resultado podría haberse alcanzado sin desfigurar el concepto de derecho fundamental pues, precisamente, se entiende que los derechos humanos son aquellos derechos morales que se pueden exigir frente a todos y que el Estado debe realizar, mientras que los derechos fundamentales son derechos constitucionales frente al Estado y que éste debe realizar, con lo cual los derechos fundamentales terminan siendo derechos subjetivos, es decir, derechos con base en los cuales a alguien le corresponde o pertenece algo. Con base en ello, se señala que *"(...) la disolución de éstos [los derechos fundamentales] en la legalidad ordinaria ambiental no beneficia a la persona ni contribuye a una mejor tutela del medio ambiente. Supone, por el contrario, una difuminación de la categoría misma de los derechos fundamentales que conduce, a su vez, a una pérdida de su específica misión en el ordenamiento. (...) Una adecuada solución exige, por una parte, la adopción de medidas legislativas eficaces, que permitan a los jueces actuar enérgicamente y en plazos breves. Exige igualmente, en segundo lugar, determinar severamente la responsabilidad patrimonial tanto de los sujetos privados eminentes como de los poderes públicos negligentes, llegando, si es preciso, a la fijación de indemnizaciones punitivas"*⁸⁵⁶.

Con base en lo anterior, pareciera que la mejor solución consistiría en que fuera el legislador el que estableciera los límites y condiciones de ejercicio del derecho al ambiente desde un punto de vista de protección subjetiva, pues plantear al derecho al ambiente como un derecho fundamental termina siendo un choque de categorías distintas, pues claramente el ambiente es un bien y un derecho colectivo, cuya protección para sujetos individuales es, por lo menos, conflictiva.

No obstante, lo que se evidencia es que es necesario encontrar herramientas para solucionar tal conflicto, pues la protección del ambiente no puede ser dejada a la voluntad del legislador, así como tampoco exclusivamente al ejercicio de acciones de protección como derecho colectivo, básicamente porque, a mi juicio, tal aproximación implica una propuesta que se queda corta frente a las realidades del Derecho y del mundo contemporáneos.

En efecto, percibo asignar la protección del ambiente exclusivamente al legislador como un retroceso frente a los avances que el Estado constitucional ha logrado en protección

⁸⁵⁵ Cfr. SIMÓN YARZA, Fernando. Medio ambiente y derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 207-290.

⁸⁵⁶ *Ibíd.*, p. 381.

de derechos y participación de los jueces en tal labor. Y, por otro lado, limitar los mecanismos de protección del ambiente a herramientas exclusivamente de la categoría de derecho colectivo, creo que implica renunciar injustificadamente a la idea de que, en las condiciones actuales del planeta, corresponde a todos y cada uno de los seres humanos velar y exigir la protección del ambiente.

En últimas, lo que debería considerarse es que los derechos individuales y los derechos colectivos se complementan, no se pueden excluir, pues son formas de realización del Estado constitucional de Derecho⁸⁵⁷.

Es decir, no se pueden confundir las categorías de derechos colectivos y derechos fundamentales, en lo que a derecho al ambiente sano se refiere, pues “(...) En el caso de los derechos individuales, y en el marco del discurso moral, los derechos se predicán de los

⁸⁵⁷ Cfr. JÁUREGUI, Gurutz. *Derechos individuales versus derechos colectivos: una realidad inescindible*. En: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (Ed.). Una discusión sobre derechos colectivos. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, 2001. Dicho autor sostiene que:“(...) los derechos colectivos permitieron pasar de la defensa del ser humano genérico o abstracto al ser humano en la especificidad o en la concreción de sus diversas maneras de estar en la sociedad.

“(...) El sistema liberal tuvo la gran virtud de crear y establecer normas dirigidas a proclamar y promover la autonomía de las personas otorgándoles, a través de la ciudadanía. La titularidad y el ejercicio de derechos subjetivos. Pero ello resultaba insuficiente. Las personas no eran ni son átomos aislados sino que deben individuarse por vía de socialización. De ahí la necesidad de estructurar, junto a los derechos individuales, una serie de derechos relacionados con los grupos. Primero fueron los derechos sociales y económicos gracias a la presión de la clase trabajadora; posteriormente, los derechos culturales; más recientemente los llamados derechos de la tercera generación.

“(...) Es evidente que la coexistencia entre derechos individuales y colectivos plantea numerosos problemas de orden teórico y práctico. No pocos autores han alertado sobre el riesgo de que la existencia y ejercicio de derechos colectivos acabe ahogando los derechos individuales y, en definitiva, la libertad y dignidad humanas. Comprendo y comparto esa preocupación que, desgraciadamente, se sustenta en muy buenas razones tal como lo demuestran los constantes abusos cometidos en su nombre tanto en el pasado como en el presente. Baste con recordar lo ocurrido en los regímenes socialistas autoritarios o con no pocos nacionalismos exacerbados. Pero no resulta menos evidente el riesgo de que la ausencia del reconocimiento de derechos colectivos en favor de determinados grupos termine por hacer inviable la satisfacción y el ejercicio de derechos individuales.

“Considero, por lo tanto, que la relación entre ambos tipos de derechos no debe basarse en criterios de contraposición y antagonismo sino en criterios de complementariedad.

“(...) No se trata, por lo tanto, de negar ni privilegiar unos u otros derechos. Se trata de reconocer su interdependencia absoluta, hasta el punto de que los unos no pueden existir ni consolidarse sin los otros. Del mismo modo que los intereses colectivos tienen como fin último la satisfacción de los intereses individuales, resulta imposible en no pocas ocasiones la satisfacción de muchos de esos derechos individuales sin la cobertura, el apoyo y el complemento de los derechos colectivos.

“Aunque resulte a primera vista paradójico, lo cierto es que la complementariedad entre derechos individuales y derechos colectivos resulta consubstancial al propio estado de derecho moderno”. (JÁUREGUI, Gurutz. Op. cit., pp. 60-61).

*individuos porque éstos tienen determinadas características morales, que pueden reconducirse a la idea de dignidad, (...) No ocurre lo mismo con los derechos colectivos*⁸⁵⁸, pero sí es necesario que entendamos que el derecho al ambiente sano, así no tenga formalmente la categoría de derecho fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano, tiene incidencia directa en derechos fundamentales como la vida y la salud y, en algún momento, es bastante probable que nos veamos en la necesidad de incluirlo en la categoría de derechos fundamentales.

En efecto, como lo sostuvo claramente Bobbio, “(...) los derechos del hombre constituyen una clase variable, como la historia de estos últimos siglos muestra suficientemente. (...) Lo que prueba que no existen derechos fundamentales por su propia naturaleza. Aquello que parece fundamental en una época histórica y en una civilización determinada, no es fundamental en otra época y en otra cultura.

“No se comprende cómo se puede dar un fundamento absoluto de derechos históricamente relativos. Por otro lado, no es necesario tener miedo al relativismo. La constatada pluralidad de las concepciones religiosas y morales es un dato histórico, también sujeto a cambio. El relativismo, que de esta pluralidad deriva, es también relativo. Y con eso y todo este pluralismo es el argumento más fuerte en favor de algunos derechos humanos, (...)”⁸⁵⁹.

De esta manera, es evidente la necesidad de encontrar el equilibrio en la protección del derecho al ambiente sano en relación con otros derechos pues, gracias a las normas encaminadas a proteger ese derecho colectivo, se pueden realizar derechos individuales fundamentales, pero al mismo tiempo se pueden afectar otros derechos, colectivos e individuales. Así, la protección del derecho al ambiente sano puede implicar la realización de derechos como la vida y la salud, pero al mismo tiempo puede implicar afectaciones al derecho de propiedad, al trabajo, de asociación, etc.

En últimas, todo depende de la concepción imperante en la sociedad y en el Derecho pues, por ejemplo, se puede entender que “(...) la conexión, creo, no se debe entender como absoluta homogeneización entre ambos tipos de derechos, ya que el discurso moderno sobre los derechos no se entiende sin una primacía, en última instancia, de lo individual. En efecto, el liberalismo tiene un papel protagonista en la construcción de la idea moderna de los derechos. En este sentido se puede afirmar que somos herederos de la Ilustración liberal y de la idea de individuo que aquella contribuyó a terminar de

⁸⁵⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Introducción. Reflexiones preliminares sobre un problema moral y jurídico: los derechos colectivos*. En: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (Ed.). Una discusión sobre derechos colectivos. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, 2001, p. 9.

⁸⁵⁹ BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Madrid: Sistema, 1991, pp. 56-57.

*forjar*⁸⁶⁰, en una posición que claramente estará a favor, en caso de conflicto, a dar prelación a los derechos individuales sobre el derecho al ambiente sano.

Otra opción, a mi juicio, más acertada, es la de entender que debemos buscar el equilibrio entre derechos y deberes, pues la concepción individualista de la justicia ha llevado a enfocarnos en los derechos por encima de los deberes, pues aboga por tratar a todos los individuos de manera que puedan satisfacer sus propias necesidades, siendo la felicidad, que es un fin individual por excelencia, la principal necesidad y fin a proteger, mientras que en una concepción orgánica de la justicia podríamos entender que cada una de las partes que componen el cuerpo social debe desarrollar la función que le es propia⁸⁶¹. De esta manera, encuentro necesario trabajar por encontrar el balance entre tales concepciones de la justicia, para que derechos colectivos y derechos individuales puedan protegerse armónicamente por el Derecho.

Así, es necesario encontrar herramientas que permitan identificar, tanto para los jueces y demás autoridades como para cada uno de los individuos, los límites en el ejercicio de los derechos individuales y colectivos que les reconoce el Derecho.

Una de tales herramientas pueden ser los derechos implícitos⁸⁶², entendidos como los derechos que no han sido explícitamente reconocidos en los textos constitucionales o como las posibles consecuencias de los derechos enumerados constitucionalmente. El objetivo de tal figura es apartarse del reduccionismo liberal y del concepto racional normativo de Constitución, que han abogado por catálogos cerrados y excluyentes de derechos con base en la idea de valores ahistóricos y con vocación de universalidad e inmutabilidad, para permitir que el Derecho se adapte a los nuevos tiempos, en los que los avances de la ciencia y las nuevas tecnologías hacen imperiosa la necesidad de actualizar los derechos fundamentales para conectarlos con las nuevas exigencias de la persona humana.

Se han propuesto como vías de reconocimiento de tales derechos implícitos las cláusulas generales de validez en los textos constitucionales, la vía de los derechos transversales (consistente en conectar varios derechos fundamentales expresamente reconocidos por el constituyente con valores y bienes jurídicos complementarios para reconocer otros derechos a pesar de su ausencia formal), y los tratados y convenios internacionales.

⁸⁶⁰ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Introducción. Reflexiones preliminares sobre un problema moral y jurídico: los derechos colectivos*. En: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (Ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, 2001, p. 12.

⁸⁶¹ Cfr. BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Op. cit., pp. 104-108.

⁸⁶² Cfr. CORCHETE MARTÍN, María José. *Los nuevos derechos. Teoría y realidad constitucional*. 2007, nro. 20, pp. 535-556.

Si bien el fin que se persigue con una figura como la de los derechos implícitos es claramente necesario y provechoso, la principal desventaja de tal figura es que deja un espacio demasiado amplio para el intérprete, con las consecuencias subsiguientes que ello implica, reconocidas por la misma doctrina cuando afirma que “(...) Precisamente esta amplitud en el campo interpretativo que se le deja al Tribunal Constitucional, lleva a algunos autores a admitir su preferencia por el legislador para llevar a cabo esta tarea integradora. E incluso, hay quienes van más allá, y apuntan hacia la reforma constitucional como instrumento más adecuado frente a la interpretación extensiva. (...) Una última objeción, apuntada hace ya tiempo por Hesse, es el peligro de que la ampliación de derechos, sobre todo a través de las Cláusulas generales, provoque una inflación de derechos que trivialice el significado de los mismos. No todos los derechos deben ser considerados derechos fundamentales y, en este sentido, no todos deben estar en el texto de la Constitución”⁸⁶³.

Por ello, si bien el derecho al ambiente sano no tiene formalmente en la actualidad la categoría de derecho fundamental, debido a su relación en la protección de derechos fundamentales, la doctrina de la *Drittwirkung* o de efecto de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares puede brindar luces para abordar el estudio del problema de investigación, pues pareciera, a primera vista, que intenta elaborar un poco más el modelo de aplicación jerárquica de las disposiciones constitucionales, planteando que el Derecho constitucional actual impregna todas las áreas del Derecho pero reconociendo a la vez que esa jerarquía tiene que ser matizada, pues la irradiación de la Constitución en el Derecho privado es una cuestión que dista de ser pacífica⁸⁶⁴, ya que se ha reconocido que no todo el Derecho existente se puede disolver en el Derecho constitucional⁸⁶⁵.

En efecto, sobre el particular se ha dicho para el caso colombiano que “(...) la Constitución colombiana de 1991 no se limitó a establecer la protección ambiental como fin de Estado, sino que fue más allá y configuró un verdadero derecho a gozar de unas ciertas condiciones de calidad en el ambiente, que no pueden ser vulneradas pues su lesión o puesta en peligro compromete la salud de la colectividad.

“Una de las consecuencias más relevantes, que surgen del hecho de ser elevado el valor ambiental a derecho colectivo, radica en que su respeto y salvaguardia incumbe a toda la colectividad, esto es, que el mismo puede oponerse no sólo al Estado sino también a los particulares que puedan afectarlo, configurando lo que la doctrina alemana llama *Drittwirkung der Grundrechte* (eficacia horizontal de los derechos fundamentales), pues,

⁸⁶³ *Ibíd.*, p. 553.

⁸⁶⁴ Cfr. BILBAO UBILLOS, Juan María. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 32-33.

⁸⁶⁵ Cfr. JULIO ESTRADA, Alexei. *Op. cit.*, pp. 294-295.

como expresa Pérez Luño, 'el pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve, en muchas ocasiones, amenazado por la existencia en la esfera privada de centros de poder no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos ' "866.

Con base en lo anteriormente expuesto, esa doctrina será abordada en el apartado siguiente.

⁸⁶⁶ RODAS MONSALVE, Julio César. Op. cit., p. 35.

3.4. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES

3.4.1. La *Drittwirkung* (der *Grundrechte*)

Con el paso del tiempo y, sobre todo, con las innovaciones en el discurso de los derechos fundamentales, se ha entendido que los mismos no son sólo predicables en las relaciones de los ciudadanos con el Estado, sino que también son exigibles por un particular frente a otro u otros particulares, incluyendo allí a personas jurídicas, como se reconoció expresamente en Colombia en el año 1991 con la incorporación de la acción de tutela al ordenamiento jurídico a través del artículo 86 de la Constitución Política.

El asunto no es nuevo en el mundo, pues las discusiones vienen desde los años cuarenta del siglo XX, cuando el tema empezó a ser planteado en Alemania. El asunto es de vital importancia, pues lo que está detrás es la idea de que el discurso de la Constitución ya no es exclusivamente el estatuto jurídico del Estado y que el estatuto jurídico de la sociedad ya no se halla exclusivamente en el Código Civil (o Código de Comercio, para el caso concreto que nos interesa), como ya fue expuesto previamente.

Esta nueva idea se ha ventilado bajo una doctrina que se ha denominado genéricamente como *Drittwirkung der Grundrechte*, aunque se acoge aquí la denominación corta de *Drittwirkung* y, en español, de eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, por ser suficientemente ilustrativa del objeto que se pretende estudiar, y permite entender por qué los particulares estarían obligados, en los contratos mercantiles, a respetar derechos fundamentales, dentro de los cuales se puede entender, por lo menos teóricamente, el derecho a un ambiente sano, que se concibe por la jurisprudencia constitucional colombiana como un derecho colectivo que goza de los mismos mecanismos de protección de los derechos fundamentales si se encuentra en conexidad con alguno de éstos y se dan los supuestos procesales previstos para el efecto.

Si bien los orígenes de tal doctrina se encuentran en Alemania, en Derecho español es referente en su exposición el trabajo de Juan María Bilbao Ubillos, cuya claridad expositiva permite comprender cómo los derechos fundamentales fueron entendidos en la teoría liberal como unos derechos subjetivos, es decir, como derechos de defensa o de omisión oponibles únicamente frente al Estado, reflejo de las preocupaciones de la burguesía, para luego pasar a un momento histórico en que se entiende que los particulares pueden ejercer poder de manera similar o aún más grande que como lo ejerce el Estado, de manera que el Derecho no puede ignorar los poderes privados, y se entiende la Constitución como la norma sobre la que se asienta la unidad del ordenamiento, con influencia decisiva en el Derecho privado, condensada en la concepción del Estado social de Derecho⁸⁶⁷.

⁸⁶⁷ Cfr. BILBAO UBILLOS, Juan María. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Op. cit., pp. 233-256.

Es allí, dentro de esa concepción de que el Derecho privado ya no es materia extraconstitucional sino una con clara influencia del Derecho constitucional, siendo órdenes interdependientes en los que no se admiten zonas impermeables a los valores y garantías constitucionales, que surge la doctrina de la *Drittwirkung*, pues no se puede hablar de dos éticas diferentes, ya que en la sociedad no hay lugar a dos concepciones opuestas del hombre⁸⁶⁸.

Lo anterior puede ser objeto de discusión si se logra entender al Derecho privado y al Derecho constitucional como dos fragmentos constitucionales, exposición que será desarrollada en un apartado posterior.

Sin embargo, el gran valor que se puede encontrar en la *Drittwirkung* es que no se limita a plantear ese cambio de concepción de los derechos fundamentales, sino que busca estudiar cómo dar aplicación en la práctica a esa formulación teórica, ante lo cual surgen dos grandes posiciones, como son las de la eficacia directa o inmediata (*Unmittelbare Drittwirkung*) y la eficacia indirecta o mediata (*Mittelbare Drittwirkung*) de los derechos fundamentales entre particulares, que tienen en común entender que en las relaciones Estado-ciudadano el conflicto se plantea entre el titular de un derecho fundamental y un poder público que, en principio, no es titular de tales derechos, mientras que en las relaciones ciudadano-ciudadano el conflicto surge entre titulares de derechos fundamentales. Las dos posiciones difieren en entender si la aplicación de tales derechos requiere intervención del legislador o del juez, o si pueden ser directamente exigibles por los titulares de los derechos fundamentales con fundamento directo en la norma constitucional⁸⁶⁹.

Parece acertada la conclusión de Bilbao Ubillos, no necesariamente en cuanto a la opción última por él realizada a favor de la eficacia inmediata sino en cuanto al razonamiento lógico realizado sobre la ausencia de incompatibilidad entre los dos tipos de *Drittwirkung*, pues plantea él que si el objetivo de la *Drittwirkung* es trabajar en la necesidad de encontrar concordancia o coherencia entre las normas constitucionales y las normas que rigen las relaciones jurídico-privadas, hay que aceptar que la *Unmittelbare Drittwirkung* y la *Mittelbare Drittwirkung* no son necesariamente opuestas o incompatibles, pues el protagonismo del legislador es un dato unánimemente reconocido, que debe ser conjugado con la idea de que un derecho cuyo reconocimiento dependa del legislador no es en realidad un derecho fundamental, y si bien el juez es necesario para la concreción de los derechos en la teoría de la eficacia inmediata, no por ello se puede entender que la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares emane del

⁸⁶⁸ Cfr. *Ibíd.*, pp. 256-270.

⁸⁶⁹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 270-328.

juez sino que emana directamente de las normas constitucionales, por lo cual tal debate por optar entre *Unmittelbare Drittwirkung* y la *Mittelbare Drittwirkung* debe ser superado⁸⁷⁰.

En el caso colombiano, son evidentes las tensiones entre Derecho privado y Derecho constitucional a la luz de la doctrina de la *Drittwirkung*, en donde claramente se ha identificado a las cláusulas generales de Derecho privado como una modalidad de la eficacia mediata de los derechos fundamentales entre particulares y, en consecuencia, negatorias del deber de protección de las normas constitucionales⁸⁷¹.

Igualmente, se ha manifestado que respecto al problema de reacomodación de competencias entre los distintos poderes que actúan en la protección de los derechos fundamentales, deberían ser los tribunales constitucionales los encargados de tal labor, así ello implique amenazas a la seguridad jurídica⁸⁷², aunque se ha reconocido que, ante la existencia de la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria como jurisdicciones paralelas en materia de derechos fundamentales, puede existir la posibilidad de que ello termine si se efectúa una profunda reforma del sistema judicial⁸⁷³.

Teniendo claro lo anterior, la principal ventaja que se puede encontrar, entonces, en la aproximación doctrinal de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, reside en la concepción del Derecho como un mundo de comunicaciones entre distintos discursos, el de derechos fundamentales, por un lado, y el de Derecho privado, por el otro, todo con miras a adecuar la dogmática jurídica y la resolución de casos concretos a las nuevas realidades que vivimos los seres humanos, dentro de las cuales la protección del ambiente se ha identificado claramente como una prioridad.

Esto es una ventaja en comparación con el modelo de aplicación jerárquica de las disposiciones constitucionales, pues en la *Drittwirkung* se estaría reconociendo, de cierta forma, la autonomía discursiva del Derecho privado que claramente no es reconocida cuando simplemente se habla de aplicación jerárquica de las disposiciones constitucionales.

No obstante, la principal desventaja que se evidencia en la doctrina de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, para los efectos aquí perseguidos, se encuentra en que, en últimas, tal doctrina termina por hacer prevalecer el discurso de los derechos fundamentales sobre el discurso del Derecho privado, pues ante temas límite como son los de la disyuntiva entre eficacia inmediata o eficacia mediata, o de la

⁸⁷⁰ Cfr. *Ibíd.*, pp. 29 y 283-328.

⁸⁷¹ Cfr. JULIO ESTRADA, Alexei. *Op. cit.*, pp. 122-125 y 151-164.

⁸⁷² Cfr. *Ibíd.*, pp. 167-221.

⁸⁷³ Cfr. *Ibíd.*, pp. 300-306.

existencia de jurisdicciones paralelas, los defensores de la *Drittwirkung* terminan por hacer primar la eficacia inmediata y la primacía de la jurisdicción constitucional.

Para el caso colombiano, Alexei Julio Estrada afirma que "(...) En cuanto a las teorías tradicionales sobre la *Drittwirkung* – la eficacia inmediata y la mediata-, no cabe duda alguna de que la primera muestra mayor consistencia argumentativa que la segunda"⁸⁷⁴, así como, en relación con el hecho de que el amparo y la queja constitucional han terminado por convertirse en recursos de instancia a través de los cuales se revisan las sentencias proferidas por los jueces ordinarios, que "(...) Pese a que tal estado de cosas ataca algunos de los principios básicos del Estado de derecho –especialmente la seguridad jurídica-, y en esa medida suscita cada vez más protestas por parte de la doctrina (...) en mi opinión no es posible mejorarlo, a menos que los tribunales constitucionales sean reemplazados en tal labor protectora por la jurisdicción ordinaria, lo que supondría problemas de igual o incluso superior magnitud – el de sujeción del juez a la ley, por ejemplo. Por otro lado, no hay que olvidar que los tribunales constitucionales obran de esa suerte con un afán garantista y protector, y que si bien pueden incurrir en excesos es preferible esto último a que por su inactividad se produzca un déficit en la garantía de los preceptos iusfundamentales"⁸⁷⁵.

Ello, en últimas, implica que el juez constitucional está facultado en la doctrina de la *Drittwirkung*, en materia de contratos, que es la que nos interesa, para modificar las reglas que habían sido pactadas entre los particulares, si con ello lo que se logra es la protección de los derechos fundamentales, que es el valor más importante para tal doctrina.

Si bien en Derecho privado también habría lugar para el subjetivismo del juez, como ocurre a la luz de cláusulas generales de Derecho privado, pues con base en ellas el juez también puede determinar contenidos contractuales que antes no eran claros para las partes, parece claro que esas reglas de interpretación de Derecho privado distan mucho del principio de proporcionalidad y la ponderación de intereses, que son la base de la *Drittwirkung*.

En efecto, aunque ya ha habido intentos por incorporar el análisis de proporcionalidad al Derecho de contratos, la misma sigue siendo una herramienta todavía muy ajena a las que tradicionalmente ha utilizado el Derecho privado. Precisamente, la propuesta en concreto que se formula en este capítulo para el caso colombiano, apunta a que a futuro se busque incorporar el análisis de proporcionalidad como herramienta a utilizar por el Derecho comercial con ocasión de la aplicación de cláusulas generales de Derecho privado, como forma de demostrar que herramientas del Derecho constitucional pueden tener cabida dentro del Derecho privado.

⁸⁷⁴ *Ibíd.*, p. 298.

⁸⁷⁵ *Ibíd.*, p. 302.

3.4.2. El concepto de derechos fundamentales en la teoría de Niklas Luhmann

Debido a que la teoría del Derecho reflexivo fue escogida como marco teórico de la investigación, la que a su vez tiene como sustento el concepto de Derecho como sistema autopoietico que expuso Niklas Luhmann, es relevante exponer el concepto de derechos fundamentales de dicho autor en su obra "Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política".

Parte Luhmann de la idea de que "(...) los derechos fundamentales no son simplemente normas supra-positivas de proveniencia misteriosa que la naturaleza impone al Estado como derecho, sino que cumplen una función esencial para el Estado"⁸⁷⁶.

Así, plantea que los derechos fundamentales deben distinguirse de los derechos humanos eternos, pues sirven al orden social industrial-burocrático como una de las instituciones que ayudan a consolidar la comunicación en un momento de desarrollo civilizatorio de la sociedad, de manera que impiden que todas las comunicaciones se encaminen a los fines particulares de la burocracia estatal, para permitir la diferenciación funcional y que la dogmática jurídica retome el contacto perdido con las ciencias empíricas⁸⁷⁷.

Luhmann resalta que los derechos fundamentales nacen en la situación histórica de transición de la idea jerárquica de las leyes a la dicotomía entre Estado y sociedad, con lo cual plantea la idea de jerarquía de las leyes, indicando que tal jerarquía sobrevive porque brinda al Derecho un esquema de flexibilidad y cambio limitados, lo cual entra en oposición con la necesidad de establecer órdenes sociales diferenciados. Según él, un orden social diferenciado debe garantizar mecanismos de generalización de la comunicación en, por lo menos, cuatro esferas: la presentación de sí misma de la persona, la formación de expectativas confiables, la satisfacción económica de necesidades, y la posibilidad de tomar decisiones colectivamente vinculantes⁸⁷⁸.

Tras explicar cada una de las mencionadas cuatro esferas, resalta en Luhmann la idea de que los derechos fundamentales no corresponden a una idea de naturaleza humana, sino que tienen que ver con los problemas que resultan de una sociedad diferenciada. Por eso, plantea que el asunto de los derechos fundamentales tiene una perspectiva distinta en países subdesarrollados⁸⁷⁹. Destaca, así, que tomando como ejemplo el derecho de propiedad, Luhmann afirma que lo que la Constitución protege con tal derecho fundamental no es el valor sino la función, es decir, hay una "(...) protección incondicional

⁸⁷⁶ LUHMANN, Niklas. Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política. México: Universidad Iberoamericana, 2010, p. 85.

⁸⁷⁷ Cfr. *Ibíd.*, pp. 87-101.

⁸⁷⁸ Cfr. *Ibíd.*, pp. 103-117.

⁸⁷⁹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 189-192.

del derecho no precisamente por amor a la libertad y a la dignidad de la persona, sino por amor a la capacidad funcional de la economía regulada por el dinero"⁸⁸⁰.

De lo anterior se colige como función de los derechos fundamentales que "(...) protegen la estructura diferenciada de la sociedad moderna contra tendencias de simplificación des-diferenciadoras que podrían venir del sistema político"⁸⁸¹. El Derecho positivo, respecto del cual Luhmann sostiene que "(...) las expectativas sociales deben primero pasar por el filtro de una decisión estatal explícita antes de convertirse en 'derecho', y que las normas pasadas por este filtro se diferencien de otras normas"⁸⁸², con lo cual caracteriza al Derecho positivo como un sistema que puede cambiar mediante decisiones vinculantes del sistema político, encuentra un límite en los derechos fundamentales, pues ellos "(...) se atreven a practicar el empeño paradójico de limitar al sistema político mediante su propia puesta de derecho"⁸⁸³.

Teniendo clara cuál es la función de los derechos fundamentales, llaman la atención dos observaciones finales de Luhmann. La primera tiene relación con una idea que él formula respecto de la concepción de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, en el sentido de que es difícil querer abandonar la forma de pensamiento del derecho subjetivo y la correspondiente protección individual del derecho, pero la decisión sobre el contenido de los derechos subjetivos podría ampliarse si se considera a los derechos fundamentales como una institución decisiva del orden social⁸⁸⁴.

Esta visión es necesario incorporarla, a mi juicio, también al discurso del Derecho privado, para que entendamos en el ordenamiento jurídico colombiano que los derechos que se protegen por parte del ordenamiento no sólo tienen una dimensión subjetiva sino también una dimensión objetiva.

El asunto es medianamente claro en Derecho constitucional colombiano, pues no hemos llegado al nivel de reconocimiento del Derecho español⁸⁸⁵, por ejemplo, ya que aunque en Colombia también se ha mencionado desde los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional, que los derechos fundamentales tienen no sólo una dimensión subjetiva sino una "(...) dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de

⁸⁸⁰ *Ibíd.*, p. 228.

⁸⁸¹ *Ibíd.*, p. 236.

⁸⁸² *Ibíd.*, p. 290.

⁸⁸³ *Ibíd.*, p. 291.

⁸⁸⁴ *Cfr. Ibíd.*, p. 322.

⁸⁸⁵ Por ejemplo, en ESPAÑA. SSTC 1/1981, 25/1981, 53/1985, 64/1988, 129/1989, entre otras.

los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado⁸⁸⁶, ese aspecto de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, de entender a los derechos fundamentales como simples derechos subjetivos o ir más lejos y entenderlos como principios constitucionales que imponen deberes a las autoridades públicas, de manera que el juez constitucional pueda analizar situaciones estructurales y la eficacia y eficiencia de políticas públicas, ha sido resuelto por la Corte Constitucional colombiana a través de la no poco controvertida figura del "estado de cosas inconstitucional", por lo que la mayoría de casos de acción de tutela en Colombia han sido resueltos bajo la perspectiva de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales⁸⁸⁷.

Así, la aspiración sería que en Derecho privado colombiano pudiera incorporarse a futuro el concepto de dimensión objetiva de los derechos subjetivos, para que se permitiera al juez ordinario entender a los derechos consagrados por la ley como "(...) un orden objetivo de principios y valores que irradian todo el ordenamiento jurídico y que demandan del Estado emprender un conjunto de actividades administrativas y legislativas a cumplir (...) con unos mandatos de optimización y con unos deberes de protección en materia de derechos (fundamentales, dice la autora; subjetivos, propongo, para el Derecho privado)"⁸⁸⁸. Sin embargo, si el asunto no es claro en Derecho constitucional colombiano, poco probable parece que sea fácilmente recibido en Derecho privado colombiano.

La segunda observación final de Luhmann tiene relación con la idea de que los valores son expectativas estabilizadas contrafácticamente, por lo cual son similares a las normas jurídicas, de manera que la dogmática dominante interpreta los derechos fundamentales como valores. Así, para Luhmann es incuestionable que los derechos fundamentales guían la elección del actuar correcto y, en consecuencia, se comportan como valores, pero plantea la duda de si esa es la mejor manera de caracterizar a los derechos fundamentales, pues con los valores puede argumentarse de manera fácil y barata, dificultad que aumenta cuando chocan valores, ya que es imposible satisfacer todos los valores de manera optimizada. Sostiene Luhmann, pues, que la dogmática de los derechos fundamentales, con su fórmula de ponderación de los intereses y con su pensamiento de regla/excepción, deja abierta una puerta al oportunismo, pues lo que hace el concepto de valor es cerrar el horizonte abierto de posibilidades de acción,

⁸⁸⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406/92. (5, junio, 1992). M.P. Ciro ANGARITA BARÓN. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>

⁸⁸⁷ Cfr. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado "estado de cosas inconstitucional". *Estudios Constitucionales*. 2003, vol. 1, núm. 1, pp. 203-228.

⁸⁸⁸ *Ibíd.*, p. 207.

restringir la construcción del mundo, ante lo cual plantea la diferenciación como forma de ensanchamiento de ese horizonte⁸⁸⁹.

De hecho, plantea Luhmann que "(...) Cuanto más de manera omniabarcadora se quieran ordenar los sistemas de la vivencia y de la acción humana, tanto más deben diferenciarse, tanto más de manera diversificada deben generalizarse las comunicaciones y tanto más artificialmente deben buscarse las bases de la conducta. Las condiciones de esta diferenciación –en cuyo marco hemos discutido los derechos fundamentales- entran en el lugar que la filosofía de los valores trató de llenar en vano sola"⁸⁹⁰.

Esta última afirmación sirve para introducir el siguiente tema a tratar, el de la dificultad de incorporación del principio de proporcionalidad y la ponderación de intereses en Derecho de contratos.

3.4.3. La dificultad de incorporar la proporcionalidad y la ponderación en el Derecho de contratos

El principio de proporcionalidad y la ponderación de intereses son las principales herramientas del Derecho constitucional occidental contemporáneo, para efectos de decisión de casos de conflicto de derechos. Al respecto vale la pena decir que respecto del control o principio de proporcionalidad no existe una definición unívoca⁸⁹¹, pero se suele entender el principio de proporcionalidad como el control consistente en conciliar, caso a caso, de manera proporcionada, los derechos o libertades en conflicto⁸⁹².

El tema ha sido trabajado profunda y profusamente en Derecho constitucional, destacándose a nivel no sólo colombiano sino mundial el trabajo de Carlos Bernal Pulido, quien, tras aproximarse a su concepto⁸⁹³, afirma en cuanto a su función que "(...) El

⁸⁸⁹ Cfr. LUHMANN, Niklas. Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política. Op. cit., pp. 327-331.

⁸⁹⁰ *Ibíd.*, p. 331.

⁸⁹¹ Cfr. MAURIN, Lucien. Op. cit., p. 191.

⁸⁹² Cfr. DIJOUX, Ruth. La contractualisation des droits fondamentaux. París: L'Harmattan, 2012, p. 359.

⁸⁹³ "(...) El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional. A este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales. En las alusiones más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

"1. Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al Legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. El significado de esta función solo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, (...)”⁸⁹⁴.

También hay que apuntar que, como base del concepto de principio de proporcionalidad, se suele mencionar la ponderación de intereses, que si bien son conceptos distintos⁸⁹⁵, acá se mencionan como equiparables en cuanto constituyen herramientas de decisión en materia de Derecho constitucional. Eso sí, vale la pena ser claros en que hay diferencias claras entre ponderación o *balancing*, principio de

“2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

“3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

“Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenida y por esta razón debe ser declarada inconstitucional”. (BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 51-53).

Otros autores plantean que el principio de proporcionalidad goza no de tres sino de cuatro etapas. Una primera etapa de legitimidad en la que el juez confirma que el Estado está constitucionalmente autorizado para adoptar dicha medida. La segunda etapa es la de adecuación, en la que se realiza la verificación judicial de que, con respecto al acto en cuestión, los medios adoptados por el Estado se relacionan racionalmente con los objetivos enunciados de la política. La tercera etapa es la de necesidad, en la que el juez se asegura de que la medida no reduzca el derecho más de lo que es necesario para que el Estado logre los objetivos enunciados. La cuarta etapa se denomina de ponderación en sentido estricto, en la que, si ha pasado las tres etapas previas, el juez sopesa los beneficios del acto y los costos ocasionados por la infracción del derecho para determinar cuál valor constitucional prevalecerá en vista de la importancia respectiva de los valores en tensión y dados los hechos del caso. (Cfr. MATTHEWS, Jud y SWEET, Alec Stone. Proporcionalidad y constitucionalismo: un enfoque comparativo global. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 14 – 15).

⁸⁹⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 100.

⁸⁹⁵ Cfr. LOPERA MESA, Gloria Patricia. Op. cit., pp. 297-325.

proporcionalidad y principio de concordancia práctica, las cuales serán abordadas al final de este capítulo.

Ahora bien, proporcionalidad y ponderación han querido ser incorporadas al Derecho de contratos como un control necesario cuando hay derechos fundamentales en juego, como cuando se quiere estudiar la posibilidad de renunciar o disponer de un derecho fundamental a través de un contrato, y se plantea la proporcionalidad como criterio para establecer las contrapartidas financiera y moral para el efecto⁸⁹⁶.

De hecho, si bien se ha planteado que la introducción del control de proporcionalidad se convierte en una fuente de inseguridad jurídica, pues da libertad a los jueces para decidir los casos de acuerdo con el contexto concreto de cada caso, también se plantea que la ausencia de tal control en todos los casos, es decir, que sí se utilice en unos casos y en otros no, también es fuente de inseguridad jurídica⁸⁹⁷.

Se señala como ventaja de su utilización el hecho de que permite soluciones justas para los casos concretos pues, por ejemplo, si se entendiera llanamente que los derechos fundamentales tienen prelación sobre los contratos de Derecho privado, no se encontrarían casos como los del Derecho francés, en que, en un caso, sí se ha otorgado protección al derecho fundamental de un arrendatario a quien según el clausulado contractual se le prohibía alojar a familiares cercanos pero, en otro caso, se ha dado prelación a las normas del régimen de propiedad y del contrato de arrendamiento cuando un arrendatario ha querido instalar una cabaña no autorizada para efectos de desarrollar un ritual religioso⁸⁹⁸.

Se señala como crítica al control de proporcionalidad, además de su peligro para la seguridad jurídica, por permitir decisiones distintas para cada concreto, una crítica tendiente a señalar su inutilidad, al existir figuras como la teoría de la causa o el abuso del derecho, con base en las cuales se pueden decidir de la misma manera los casos decididos a la luz del control de proporcionalidad.

La defensa del control de proporcionalidad plantea que en figuras como el abuso del derecho o en el simple silogismo jurídico también se ve plasmada la subjetividad del juez en la toma de la decisión, de manera que el control de proporcionalidad y el abuso del derecho tienen en común el ser límites externos a las reglas que consagran los derechos, y que en el silogismo jurídico se realiza una interpretación que necesariamente implica otorgar un rol decisivo a la subjetividad del juez al igual que ocurre en el control de proporcionalidad, resaltándose el hecho de que la admisión de subjetividad del juez no implica permitir la arbitrariedad del mismo. Por su parte, frente a la crítica de la

⁸⁹⁶ Cfr. DIJOUX, Ruth. Op. cit., pp. 358-364.

⁸⁹⁷ Cfr. MAURIN, Lucien. Op. cit., pp. 190-193.

⁸⁹⁸ Cfr. DIJOUX, Ruth. Op. cit., pp. 374-380.

inseguridad jurídica, se señala que el Derecho privado ha cambiado y que reconoce que ser estable no implica ser estático, así como su preocupación por el equilibrio entre las partes ha introducido la idea de flexibilidad en el Derecho. De esta manera, se presenta al control de proporcionalidad como una herramienta al servicio de una visión relativista y moderada de la categoría de derechos fundamentales⁸⁹⁹.

Al respecto es necesario manifestar que, si bien son interesantes los planteamientos que intentan equiparar el subjetivismo del control de proporcionalidad al de figuras como el abuso del derecho o, agregado, la buena fe, por ejemplo, el grado de subjetivismo no es equiparable. En efecto, el principio o control de proporcionalidad trae aparejada la idea de que, en cualquier caso que se presente ante un juez, si el mismo encuentra que hay un derecho fundamental en juego, pueda dar cabida a ponderación de los intereses en juego. La jurisprudencia y la doctrina constitucionales han establecido requisitos para que tal proporcionalidad no sea arbitraria pero, en últimas, sí hay que reconocer la existencia de un gran espacio de subjetivismo para que el juez tome decisiones en el evento en que se puedan ver en conflicto derechos fundamentales.

El abuso del derecho, la buena fe y, en general, las que se han denominado cláusulas generales de Derecho privado, también permiten el subjetivismo del juez pero, a mi juicio, en una escala distinta, pues son figuras que proceden ante eventos muy puntuales, regulados en la ley, además de que el juez debe seguir, para el caso de Derecho de contratos, que es el que interesa en este trabajo, herramientas propias del Derecho privado, como son las reglas y criterios de interpretación, integración y, en general, hermenéutica propios del Derecho privado⁹⁰⁰.

Es decir, tanto en el principio o control de proporcionalidad como en las cláusulas generales de Derecho privado hay lugar para el subjetivismo, no arbitrariedad, del juez. Lo que ocurre es que en el caso del principio de proporcionalidad se decide con base en una herramienta ajena al discurso del Derecho privado para todos los casos en que se pueda plantear un conflicto con un derecho fundamental, mientras que en las cláusulas generales de Derecho privado se decide con base en herramientas de hermenéutica propias del Derecho privado y únicamente aplican en los casos puntualmente y previamente definidos por la ley en que haya cabida a la aplicación de tales cláusulas generales de Derecho privado.

No pretendo que en el Derecho privado y, en concreto, en el Derecho de contratos, se cierre la posibilidad de incorporar el principio de proporcionalidad como herramienta en la toma de decisiones. Por el contrario, considero que el futuro del Derecho privado se puede encontrar allí si realmente aspira a continuar siendo respetado y tenido en cuenta como un discurso autónomo, pero también soy consciente de que lo que necesita

⁸⁹⁹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 386-421.

⁹⁰⁰ Cfr. SERRANO FERNÁNDEZ, María. *Estudio de derecho comparado sobre la interpretación de los contratos. ¿Hacia una unificación de la hermenéutica contractual?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

actualmente el Derecho privado es afirmarse y reconocerse como discurso autónomo frente al discurso de los derechos fundamentales y frente al Derecho constitucional en general, por lo que en este momento abogo tan sólo por una incorporación puntual y lenta del principio de proporcionalidad al discurso del Derecho privado, bajo las dinámicas propias de su discurso.

Lo anterior, unido a las razones que fueron expuestas para considerar que la *Drittwirkung* no es un modelo a seguir en estricto sentido para dar explicación a la relación entre Derecho constitucional y Derecho privado y, en consecuencia, a dar una respuesta satisfactoria al problema de investigación propuesto, ha llevado a encontrar gran atractivo en dos teorías que han sido expuestas en relación con el papel del Derecho constitucional y, para ser más preciso, de las Constituciones, a la luz de la concepción del Derecho como un sistema autopoietico, como son la teoría de los fragmentos constitucionales y la teoría del transconstitucionalismo, que son expuestas en el siguiente apartado.

3.5. LOS FRAGMENTOS CONSTITUCIONALES Y EL TRANSCONSTITUCIONALISMO

3.5.1. Planteamiento inicial

La teoría de los fragmentos constitucionales, expuesta por Gunther Teubner⁹⁰¹, y la teoría del transconstitucionalismo, expuesta por Marcelo Neves⁹⁰², son, como se mencionó previamente, teorías sobre el papel de las Constituciones hoy en día, a la luz de la concepción del Derecho como un sistema autopoiético (así Neves plantea el concepto de alopoiesis como opuesto al de autopoiesis para el contexto concreto de ciertos ordenamientos, como los de los países latinoamericanos)⁹⁰³.

La teoría de los fragmentos constitucionales consiste, en líneas generales, en entender que en el mundo globalizado actual, hay multiplicidad de Constituciones, dentro de las cuales la Constitución Política de cada Estado es simplemente otra Constitución más, pues cada una regula asuntos distintos con métodos, perspectivas y valores diferentes. El asunto no es abordado expresamente por Teubner pero es posible entender que, bajo la teoría de los fragmentos constitucionales, la Constitución Política de cada Estado estaría en el mismo nivel de jerarquía que las demás Constituciones. Para ser más precisos, el asunto no tiene qué ver con un problema de jerarquía sino con el reconocimiento de la diferenciación funcional como criterio para la identificación de discursos distintos dentro del mundo del Derecho.

Aunque la teoría del transconstitucionalismo de Neves implicaría una crítica a la teoría de los fragmentos constitucionales de Teubner, por diversas razones, que van desde el inadecuado uso que cree Neves que Teubner da al término "Constituciones", hasta la prelación que Teubner daría a la economía en su teoría⁹⁰⁴, así como al concepto de autopoiesis por oposición al de alopoiesis⁹⁰⁵, en últimas se puede plantear que la teoría del transconstitucionalismo de Neves termina coincidiendo en sus efectos con la teoría de los fragmentos constitucionales de Teubner, como se expone a continuación.

De hecho, tanto en la teoría del transconstitucionalismo como en la de los fragmentos constitucionales, el principal efecto que se obtendría es el de poder entender el discurso del Derecho constitucional como un discurso que coexiste con otros discursos en el mundo del Derecho, con lo cual se superarían las dificultades que se encuentran en

⁹⁰¹ Cfr. TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Op. cit.

⁹⁰² Cfr. NEVES, Marcelo. *Transconstitutionalism*. Op. cit.

⁹⁰³ Cfr. NEVES, Marcelo. *From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law*. Op. cit., pp. 242-264.

⁹⁰⁴ Cfr. NEVES, Marcelo. *Transconstitutionalism*. Op. cit.

⁹⁰⁵ Cfr. NEVES, Marcelo. *From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law*. Op. cit.

relación con la sujeción jerárquica del Derecho comercial al Derecho constitucional y a los derechos fundamentales por él defendidos, pues se concebiría a los mismos como dos discursos distintos, en los cuales ninguno podría pretender superioridad jerárquica sobre el otro.

Si bien ese postulado puede ser el norte hacia el cual deberían enfocarse futuros trabajos en el ámbito de la constitucionalización del Derecho privado, los cuales espero poder realizar, es necesario ser conscientes de que, en el caso concreto del Derecho colombiano actual, aún nos encontramos distantes de poder llegar a plantear efectos inmediatos de dicha postura.

En efecto, aún existen muchas limitaciones en materia de diferenciación funcional para el contexto colombiano, sin que ello implique que acoger irrestrictamente el concepto de alopoiesis formulado por Neves, ya expuesto en el capítulo primero. Por ello, es necesario formular una propuesta en concreto para la solución del problema de investigación que se ajuste al contexto actual de Colombia, propuesta que será expuesta en los siguientes dos apartados. Por ahora, el objetivo es exponer en detalle las teorías de Teubner y Neves.

3.5.2. Los fragmentos constitucionales

Dentro de la teoría del Derecho reflexivo de Teubner, uno de sus planteamientos más recientes es el de los fragmentos constitucionales.

El punto de partida del mismo es una nueva pregunta constitucional, pues ante las afectaciones a derechos humanos y otro tipo de afectaciones, provenientes de actores distintos a los Estados, surge la inquietud por hacer ver esas nuevas energías sociales, particularmente visibles en la economía, la ciencia y la tecnología, y limitar efectivamente sus efectos destructivos. Ejemplo de esto son las violaciones de derechos humanos por corporaciones multinacionales, las afectaciones al ambiente por parte de decisiones de la OMC, el dopaje en el deporte y la corrupción en la medicina, las afectaciones a la libertad de conciencia en internet, las invasiones de la privacidad por parte de organizaciones privadas, y las crisis sufridas en los mercados de capital globales, entre otros. Lo que se plantea, pues, es que los problemas constitucionales ya desbordaron los límites de los Estados-Nación para convertirse en procesos políticos transnacionales y, a su vez, desbordaron el sector político institucionalizado para ubicarse en sectores privados de la sociedad global⁹⁰⁶.

Teubner acude así, en un primer momento, a la descripción de Constituciones sectoriales dentro del Estado-Nación, al planteamiento de sujetos constitucionales transnacionales, de normas constitucionales transnacionales, y de derechos fundamentales

⁹⁰⁶ Cfr. TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Op. cit., pp. 1-2.

transnacionales, para señalar la existencia de colisiones entre Constituciones y, en consecuencia, a formular su concepto de fragmentos constitucionales.

En concreto, de todos estos elementos entrelazados en la teoría de Teubner, interesa destacar el abordaje que hace de los derechos fundamentales transnacionales, por ser el discurso que es necesario comprender frente al Derecho comercial.

Al respecto, Teubner expone cómo actualmente los derechos fundamentales están detrás del concepto de Estado-Nación, para dejar de ser derechos estrictamente vinculados a Constituciones nacionales y poder ser objeto de afectaciones y de regulaciones por parte de actores y normas transnacionales, respectivamente. En particular, vale la pena llamar la atención sobre su exposición de cómo los derechos fundamentales pueden terminar atando a actores privados transnacionales, gracias a que cada vez se supera más la doctrina de la acción estatal, según la cual los actores privados sólo pueden violar derechos fundamentales si algún tipo de acción estatal puede ser identificada en sus actividades, para desplazarse hacia la doctrina de los efectos estructurales de los derechos humanos⁹⁰⁷, que generaliza los derechos fundamentales de reglas centradas en el Estado a valores que irradian áreas no estatales y, en concreto, adapta esos valores a las particularidades del Derecho privado⁹⁰⁸.

Teubner plantea esa discusión como base para afirmar que lo que realmente importa son las funciones de los derechos fundamentales y, en especial, la diferenciación funcional de los mismos, teniendo en cuenta que cada sistema funcional incluye a la población entera de individuos, pero estrictamente limitados a su función, de manera que los derechos fundamentales actúan no sólo como espacios de autonomía individual sino como garantes para incluir a las poblaciones enteras en los sistemas funcionales. De esta manera, el constitucionalismo societal⁹⁰⁹ que él adopta, rechaza el recurso a la política de

⁹⁰⁷ Vale la pena precisar que ese es el término utilizado por Teubner, que a veces pareciera no distinguir claramente en ese texto el concepto de derechos humanos del concepto de derechos fundamentales, a pesar de que en otro escrito señaló que la cuestión de los derechos humanos en estricto sentido tiene que ver hoy con los peligros para la integridad individual de cuerpo y mente por una multiplicidad de procesos comunicativos anónimos y actualmente globalizados, mientras que los derechos fundamentales, por el contrario, no están encaminados a la exclusión del individuo humano de la sociedad sino que están encaminados a la inclusión de las personas. (Cfr. TEUBNER, Gunther. *The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by "Private" Transnational Actors*. *Modern Law Review*. 2006, vol. 69, nro. 3, pp. 327-346).

⁹⁰⁸ Cfr. TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Op. cit., pp. 124-132.

⁹⁰⁹ Se habla acá de constitucionalismo societal y Constituciones societales, a pesar de que ese adjetivo no ha sido reconocido por la Real Academia Española de la Lengua, como traducción de los términos "Societal Constitutionalism" y "Societal Constitutions" que utiliza Teubner.

En efecto, aunque podría utilizarse el adjetivo "social", que en su primera acepción de "perteneciente o relativo a la sociedad" coincide con el significado del adjetivo "societal" en inglés, encaminado a significar que algo es perteneciente o relativo a la sociedad o grandes grupos sociales, no es un secreto que en español el adjetivo "social" tiene una fuerte carga ideológica y valorativa detrás de sí, pues se asocia con todo lo

los Estados-Nación para obtener legitimación democrática, pero tampoco apela a una Constitución global que prime sobre Constituciones parciales, sino que aboga por fortalecer el potencial democrático en la sociedad civil en sí misma considerada⁹¹⁰.

Ese constitucionalismo societal o de la sociedad civil en un contexto de globalización se concreta en entender que han surgido constituciones distintas a las de los Estados-Nación, con normas de organización y derechos fundamentales que difieren para cada sistema funcional, presentándose las colisiones entre tales Constituciones como un efecto innegable. Esos son los fragmentos constitucionales, que implican la sustitución del paradigma de Constituciones nacionales por regímenes de sistemas funcionales, con un cambio del paradigma jerárquico por uno heterárquico, donde los conflictos entre Constituciones se resuelven, tanto internalizando las disputas dentro de las decisiones de cada uno de los regímenes en conflicto, como externalizándolos a través de negociaciones entre los regímenes o Constituciones⁹¹¹.

En últimas, para terminar resolviendo los conflictos entre Constituciones, Teubner apunta a aplicar un principio de justicia que él denomina de "sostenibilidad", que implica que todos los regímenes funcionales tengan en cuenta no sólo sus entornos naturales sino todos los entornos relevantes, entendiendo por tales los entornos natural, social y humano de los regímenes transnacionales, todo ello en una concreción de la doble reflexividad que producen las Constituciones, a saber, la reflexividad de la respectiva esfera social y la reflexividad del Derecho. Es labor de cada uno de los fragmentos constitucionales identificar los posibles peligros que crea para sus entornos natural, social y humano, así como sus contribuciones positivas a esos entornos⁹¹².

3.5.3. El transconstitucionalismo

Otra teoría de las Constituciones formulada dentro del marco del concepto de Derecho como un sistema autopoietico es la del transconstitucionalismo de Marcelo Neves que, como ya fue mencionado, se aparta en muchos aspectos de la propuesta de fragmentos constitucionales de Teubner, pero terminaría coincidiendo con ella, a mi juicio, en plantear una relación heterárquica entre las diversas Constituciones existentes en la actualidad.

relacionado con el socialismo. Así, debido a que ese no es el contenido de la expresión "societal" utilizada por Teubner, que apunta a hacer referencia a la sociedad civil en un contexto de globalización, se ha preferido en este texto acudir a ese anglicismo.

⁹¹⁰ Cfr. TEUBNER, Gunther. Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization. Op. cit., pp. 132-149.

⁹¹¹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 150-173.

⁹¹² Cfr. *Ibíd.*, pp. 171-173.

El tema de la relación heterárquica entre Constituciones no es exclusivo de las propuestas de Teubner y Neves, de lo cual da cuenta, por ejemplo, la propuesta de Constitución Red de Rafael Bustos Gisbert⁹¹³, pero como estudios que planteen ese enfoque heterárquico a la luz del concepto de Derecho como sistema autopoiético sólo conozco los trabajos de Teubner y Neves.

La propuesta del transconstitucionalismo apunta a describir qué le ocurre al Derecho constitucional cuando se emancipa del Estado y, sobre todo, cuando otros órdenes legales aparecen para resolver los problemas constitucionales básicos. El concepto apunta, en últimas, a señalar que no hay ningún orden legal en concreto que se pueda tomar ni como punto de partida ni como *ultima ratio* para el abordaje de los problemas constitucionales, evitando el dilema entre monismo y pluralismo, para proponer puentes de transición y conversaciones constitucionales entre los distintos órdenes legales constitucionales, sean nacionales, internacionales, transnacionales, supranacionales o locales, de manera que se plantea la alteridad o articulación de observaciones recíprocas entre los diversos órdenes legales de la sociedad mundial, como base para rearticular la identidad constitucional⁹¹⁴.

En particular, vale la pena llamar la atención sobre la exposición de Neves alrededor del concepto de derechos fundamentales⁹¹⁵. En efecto, parte él de la base de distinguir los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos. Plantea que por derechos humanos o derechos del hombre debe entenderse aquellos derechos que aparecieron en la época de las revoluciones liberales y que hacen referencia a los derechos de los que goza cualquier ser humano, por oposición a los derechos de ciudadanía, los cuales sólo eran predicables de ciertos miembros de comunidades políticas particulares en el Estado. Posteriormente, en particular con la Constitución de Weimar, apareció la expresión de derechos fundamentales para hacer referencia a los derechos positivizados y garantizados por las constituciones políticas, abarcando tanto los derechos de ciudadanía como los derechos humanos bajo esa denominación. Después se propuso la distinción entre derechos fundamentales garantizados por los Estados y los derechos humanos internacionalmente protegidos.

⁹¹³ Cfr. BUSTOS GISBERT, Rafael. La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 2005. Aunque no se apoya en Luhmann, Teubner o Neves, la propuesta de Bustos coincide en muchos aspectos con los efectos que se han propuesto por ellos respecto del derecho como un sistema autopoiético. Sin embargo, el concepto de Constitución Red apunta más a las relaciones entre los distintos ordenamientos constitucionales, de índole estatal o comunitaria, presentes en el espacio de la Unión Europea, y no llega a plantear a la *lex mercatoria* o a la *lex digitalis*, por ejemplo, como constituciones, como sí lo hace Teubner, por lo que al no apuntar directamente a resolver el problema de investigación de este trabajo, no se ha acogido acá como base para este estudio.

⁹¹⁴ Cfr. NEVES, Marcelo. Transconstitutionalism. Op. cit., pp. 1-4.

⁹¹⁵ Cfr. *Ibíd.*, pp. 157-169.

Los términos han dado para muchas discusiones, especialmente para los fines que acá interesan, por alguna distinción que en su momento quiso introducir Luhmann para limitar el concepto de derechos humanos sólo a violaciones realmente severas a la dignidad humana; sin embargo, Neves propone que “(...) *ambos, derechos humanos y derechos fundamentales, tienen que ver con la inclusión de la gente y la diferenciación de la sociedad. Sus contenidos prácticamente coinciden. La diferencia reside en sus pretensiones de validez. Los derechos fundamentales son válidos dentro de un orden constitucional estatal específico. Los derechos humanos pretenden validez en un sistema legal mundial multinivel o multicéntrico, esto es, para cualquier orden legal existente en la sociedad mundial (no sólo en el orden legal internacional)*”⁹¹⁶.

Esta distinción se ajusta al contenido que se ha querido dar al concepto de derechos fundamentales a lo largo de este trabajo, por lo que la definición aquí adoptada de los mismos es la de derechos positivizados y garantizados por las Constituciones políticas de los Estados, con la función de proteger la estructura diferenciada de la sociedad moderna contra tendencias de simplificación des-diferenciadoras que podrían venir de otros sistemas, como el político o el económico.

Donde no hay coincidencia con lo expuesto por Neves es en relación con el método que propone para abordar los conflictos entre Constituciones. En efecto, afirma él que no le parece que el mejor método para lograr la aplicación del transconstitucionalismo sea el modelo de Alexy de ponderación orientada por el criterio de optimización, pues es un modelo basado en una noción muy radical de identidad y, si es un modelo debatido cuando se trata de un determinado orden constitucional, será mucho más debatible cuando se busque aplicarlo a relaciones entre órdenes legales con ocasión de derechos fundamentales en la esfera del transconstitucionalismo⁹¹⁷.

Sin profundizar en el asunto, hasta ahí puede que le asista razón a Neves. Sin embargo, donde no existe coincidencia con él es en que, para solucionar tal problema, propone que el punto de partida del transconstitucionalismo no puede ser un orden legal determinado sino los problemas constitucionales con los que los diversos órdenes constitucionales tienen que lidiar, para lo cual habla de una desconexión de las identidades de los respectivos órdenes y la posibilidad de construir una racionalidad transversal en las relaciones entre los principios y reglas de los diferentes órdenes legales, con base en la alteridad, de manera que se renuncie a la idea de jerarquía pero también a la idea de fragmentación del Derecho, para la construcción de puentes de transición que ayuden a resolver problemas jurídico-constitucionales en común con soluciones aceptables para todos los órdenes envueltos, sin una instancia última de decisión⁹¹⁸.

⁹¹⁶ *Ibíd.*, p. 159.

⁹¹⁷ *Cfr. Ibíd.*, pp. 169-172.

⁹¹⁸ *Cfr. Ibíd.*, pp. 172-173.

La discrepancia con lo expuesto por Neves se basa en que, con esa propuesta y con la idea de que la clave para entender el transconstitucionalismo es reconocer que el otro puede ver mi punto ciego (el cual, obviamente, yo no veo), lo que termina ocurriendo con Neves es que se aparta de las bases del Derecho como un sistema autopoiético, pues termina desconociendo la autonomía de los discursos constitucionales y de sus métodos, para querer formular un método único de aproximación, que estaría por encima de los métodos de cada discurso y, en consecuencia, ello implicaría un desconocimiento de su autonomía, pues en últimas se estaría introduciendo un elemento jerárquico extraño a cada uno de los discursos constitucionales.

No obstante, el aporte que se debe destacar y rescatar del transconstitucionalismo de Neves es que refuerza la idea expuesta por Teubner de que hay varios órdenes constitucionales. El trabajo de Neves, aunque parecido en gran parte a la propuesta de Constitución Red de Bustos Gisbert respecto de los órdenes constitucionales que trata, va un poco más allá y acepta, al igual que Teubner, que hay unos órdenes transnacionales como la *lex mercatoria* y la *lex digitalis*, que son la base de la propuesta que es expuesta en los dos siguientes apartados, una vez sean señaladas las ventajas y desventajas de acoger la teoría de fragmentos constitucionales de Teubner como el eje central de tal propuesta de solución al problema de investigación.

3.5.4. La teoría de Teubner como el eje central a futuro para el Derecho comercial en Colombia

Por las razones anteriormente expuestas, los fragmentos constitucionales de Teubner son la base de la propuesta que realizo para dar solución al problema de investigación propuesto, a saber: cómo podría ser dada una adecuada protección al ambiente desde el Derecho comercial de contratos en Colombia.

Los fragmentos constitucionales de Teubner no son el modelo que de manera íntegra presenta la solución a tal problema, pues es necesario acudir a elementos ya expuestos en este capítulo, pero sí es claramente el eje central de la propuesta de solución, básicamente porque permite dar solución a la cuestión de la relación entre Derecho comercial y Derecho constitucional, al poder plantear que en la actualidad es necesario reconocer el Derecho comercial como un discurso con autonomía frente al Derecho constitucional y, en concreto, frente al discurso de los derechos fundamentales.

La teoría del Derecho reflexivo de Teubner, con apoyo en el concepto de Derecho como sistema autopoiético de Luhmann, permitió entender que el Derecho comercial y el Derecho ambiental en sentido estricto son discursos autónomos, sin una relación de jerarquía entre ellos, y que pueden entrar en contacto fundamentalmente a través de interferencias operativas, como lo serían figuras como el orden público ecológico, la función ecológica de los contratos o una obligación ambiental general, por ejemplo.

Por su parte, la idea de los fragmentos constitucionales de Teubner permite superar la dificultad que se presentó con ocasión de la relación de jerarquía entre Derecho

constitucional y Derecho comercial a través de la institución de los derechos fundamentales. En efecto, el asunto puede darse por superado al lograr entender que las Constituciones políticas son sólo uno de los tipos de Constitución que existen en la actualidad, pues la complejidad del mundo y de las relaciones sociales en la actualidad llevan a entender la diferenciación funcional del discurso del Derecho comercial y del discurso de los derechos fundamentales como la base para una elaboración de propuesta encaminada a la adecuada protección del ambiente en Derecho de contratos en Colombia.

No obstante, además de las críticas ya mencionadas en el capítulo primero respecto del concepto de Derecho como sistema autopoietico y respecto de la teoría del Derecho reflexivo de Teubner, es necesario evidenciar la “hiperjuridificación” que puede representar la propuesta de fragmentos constitucionales de Teubner.

En efecto, por tal idea de “hiperjuridificación” se hace referencia al riesgo que puede implicar en la teoría de Teubner el denominar Derecho a asuntos que en estricto sentido podrían no serlo. Así, muchos de los asuntos que Teubner plantea como Constituciones, podrían ser catalogados por algunos como parte de la economía, la ciencia, la tecnología, etc. Tal sería el caso, por ejemplo, de los códigos de conducta empresarial, pues en estricto sentido no serían Derecho, ya que por naturaleza no hacen parte de normas coercibles por parte del Estado o de partes de un contrato, pues no tienen la categoría ni de ley ni de contrato⁹¹⁹.

De esta manera, Teubner, quien en sus escritos deposita gran parte de sus argumentos en relación con la protección del ambiente en esos códigos de conducta empresarial⁹²⁰, podría estar denominando Derecho a algo que realmente no lo es. El asunto puede ser entendido como una aspiración de la teoría de fragmentos constitucionales, es decir, como la intención de que sean los forjadores de los discursos de cada una de tales Constituciones, los que a través de un ejercicio reflexivo lleven a que cada vez sean menos necesarias las normas coercitivas, y a que las relaciones de protección al ambiente, por ejemplo, se guíen por las buenas prácticas de los empresarios y las presiones de los consumidores, grupos de activistas, y la sociedad civil en general.

De otro lado, la concepción del contrato como un instrumento ético que permita la garantía de derechos fundamentales ha llevado a que, cada vez, tengan mayor calado trabajos como los del Pacto Mundial de responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos, por ejemplo. En efecto, ese tipo de mecanismos de la denominada responsabilidad social empresarial sirven no sólo como ventaja competitiva y de interés económico, al atraer consumidores sensibilizados y mejorar la imagen de la empresa o de

⁹¹⁹ Ideas personales fruto de una conversación sostenida con el profesor Guilherme Leite Gonçalves en el año 2015. Toda la responsabilidad al respecto es del suscrito y no del profesor Gonçalves.

⁹²⁰ Por ejemplo, cfr. TEUBNER, Gunther. *The Invisible Cupola: From Causal to Collective Attribution in Ecological Liability*. Op. cit., pp. 17-47.

una marca, o para lograr captar inversionistas, o que le sean adjudicados contratos, sino como mecanismo para minimizar riesgos jurídicos, al prevenir los riesgos de violación de derechos fundamentales por parte de un cocontratante, así como para asegurar tranquilidad de que, ante una eventual violación de tales derechos, ya se cuenta con un documento y una política empresarial que exoneren de responsabilidad frente a terceros⁹²¹.

Esto es la base del auge que han tenido normas de promoción de la responsabilidad social empresarial, como la ISO 26000⁹²², la ISO 14001⁹²³, o iniciativas como la *Global Reporting Initiative*⁹²⁴. Ante la crítica de que tales normas o iniciativas en la práctica terminan convirtiendo las declaraciones de los empresarios sólo en declaraciones de buena intención, pues se carece de sanciones eficaces como consecuencia del incumplimiento de los compromisos asumidos, se plantea que el incumplimiento de esos compromisos sí ha empezado a acarrear sanciones jurídicas que tienen que ver con ciertas normas o fallos jurisprudenciales que poco a poco han hecho incursión en cuanto a responsabilidad penal, contractual o extracontractual, así como con la aplicación de reglas de publicidad engañosa o prácticas comerciales desleales. Así, las sanciones jurídicas no serían las únicas, pues aparejadas estarían las sanciones pecuniarias directas, como son la pérdida de un contrato o la pérdida de una inversión, y las sanciones pecuniarias indirectas, que tendrían que ver con la degradación de la imagen y los signos distintivos de las empresas⁹²⁵.

Si bien pueden compartirse esas observaciones en cuanto a las ventajas que ofrece el esquema de responsabilidad social empresarial, en consonancia con lo ya expuesto respecto de Teubner, pues lo ideal es que el Derecho comercial en Colombia se encaminara a la promoción del respeto a los derechos fundamentales y, en concreto, de la protección del ambiente, por voluntad propia de los empresarios, no se puede dejar de lado que, en últimas, bajo ese esquema de responsabilidad social empresarial y códigos de conducta, el Derecho estaría dejando que el discurso económico primara como “regulador” de las conductas de los particulares.

Así, la solución no está, a mi juicio, en dar vía libre para que una visión que haga primar la protección del ambiente sobre cualquier otra consideración de índole jurídica o

⁹²¹ Cfr. MAURIN, Lucien. Op. cit., pp. 331-361.

⁹²² Cfr. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). ISO 26000. Consultado el 30 de junio de 2017 y disponible en <http://www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.htm>

⁹²³ Cfr. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). ISO 26000. Consultado el 30 de junio de 2017 y disponible en http://www.iso.org/iso/catalogue_detail?csnumber=60857

⁹²⁴ Cfr. GLOBAL REPORTING INITIATIVE. Página en internet. Consultada el 30 de junio de 2017 y disponible en <https://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx>

⁹²⁵ Cfr. MAURIN, Lucien. Op. cit., pp. 363-387.

económica sea la que impere, por lo que es necesario defender la autonomía del Derecho privado y, en concreto del Derecho comercial, como discurso. En efecto, es claro que debe buscarse el equilibrio entre la protección del ambiente y la inversión privada, fuente de empleo y de la estabilidad económica de un país.

Con base en lo anterior, en los dos próximos apartados expondré la propuesta de solución al problema objeto de esta investigación.

3.6. CONCENTRACIÓN JURISDICCIONAL Y APERTURA DE CONTENIDOS DEL DERECHO COMERCIAL

3.6.1. Planteamiento inicial

Desde el comienzo de este trabajo ha habido claridad en que la agenda que lo marca está movida por el interés de incorporar o armonizar las preocupaciones por la protección del ambiente con el discurso del Derecho comercial, en concreto bajo la institución de los contratos comerciales. Para ser más precisos, el interés que se ha hecho explícito desde un comienzo es el de la incorporación al Derecho comercial de los principios ecológicos, es decir, los valores de protección del ambiente, a sus reglas y principios.

Con ello, queda en evidencia que siempre ha existido un ánimo conciliatorio de encontrar algún modelo en el que puedan seguir existiendo y protegiéndose los intereses y esquemas que tradicionalmente ha defendido el Derecho comercial, pero que a la vez permita la incorporación de elementos de protección del ambiente, ante la convicción de que la protección del ambiente incumbe tanto a autoridades como a particulares.

El marco teórico propuesto para tal propósito es la teoría del Derecho reflexivo de Teubner, con importante apoyo en la teoría de sistemas y la concepción del Derecho como un sistema autopoietico de Luhmann. Con base en dicha teoría, es posible plantear que Derecho comercial y Derecho ambiental son claramente dos áreas del Derecho con discursos distintos y autónomos, que eventualmente pueden chocar, pero que también entran en contacto, en lo que a contratación mercantil se refiere, con propuestas de interferencias operativas como el orden público ecológico, la función ecológica de los contratos, o una obligación ambiental general, por ejemplo.

Así, el modelo propuesto busca que se efectúe un reconocimiento, a partir de la certeza que necesita el Derecho, para que principalmente se trabaje con reglas de protección del ambiente muy precisas al interior del Derecho comercial, pero también para que se utilicen cláusulas generales de Derecho privado, y para que se asimilen principios de Derecho constitucional de protección del ambiente en Derecho comercial.

En efecto, no se puede pretender mantener aislado al Derecho comercial de las influencias del Derecho ambiental en sentido estricto y el Derecho constitucional ambiental en cuanto a protección al ambiente se refiere, pero tampoco se puede ignorar la necesidad de certeza que requieren los comerciantes para poder adelantar sus negocios.

De esta manera, si bien sería muy interesante, a efectos de seguridad jurídica, pretender que todo el tema de protección del ambiente en Derecho comercial se maneja exclusivamente a través de reglas formuladas por el legislador y concretadas en la práctica por regulaciones del poder ejecutivo, ello sería algo irreal y caduco. Por eso, hay

que admitir la intervención de los jueces a través de cláusulas generales de Derecho privado y de la incorporación de los principios, derechos y hermenéutica constitucionales en Derecho comercial, pues la seguridad jurídica se puede lograr a través del mantenimiento de la unidad del discurso del Derecho.

El asunto a dilucidar es que esa unidad del discurso del Derecho debe partir del reconocimiento de la complejidad del mundo en el que vivimos, lo cual motiva que esa unidad deba realizarse a partir de la existencia de varios discursos.

De esta manera, además de las reglas precisas que formule el legislador, las cláusulas generales de Derecho privado permiten mantener cierta autonomía en cabeza de los jueces para decidir los casos en concreto, pero asegurando el respeto a un valor fundamental para el Derecho en general y para el Derecho privado en particular, como es la seguridad jurídica, ya que el juez queda atado, bajo este esquema de cláusulas generales de Derecho privado, a que no puede incorporar valores ajenos a los que específicamente han autorizado el constituyente o el legislador que se introduzcan para la decisión de casos concretos.

Sin embargo, ese esquema de cláusulas generales de Derecho privado podría chocar con el discurso de primacía de los derechos fundamentales que ha sido defendido, principalmente, por la corriente que se ha denominado neoconstitucionalismo, y que en Colombia ha dado lugar a tensiones muy fuertes alrededor del fenómeno que se ha denominado constitucionalización del Derecho privado y, en concreto, del Derecho de contratos.

Ante esa dificultad, la solución aquí acogida es la ofrecida por las teorías de los fragmentos constitucionales y del transconstitucionalismo, en las cuales se entendería que ese discurso de los derechos fundamentales es un discurso que no tendría una relación de jerarquía con el discurso del Derecho comercial y demás fragmentos constitucionales que den para hablar de Constitución, en los términos de Teubner. En efecto, si se lograra entender que el discurso de los derechos fundamentales no necesariamente debe primar sobre otros discursos, el paso dado para lograr el entendimiento entre áreas del Derecho sería valiosísimo.

No obstante, para que tal idea tenga asidero en la realidad, es requisito indispensable una sociedad con una diferenciación funcional importante, lo cual no ocurre en el caso de Colombia. Así, sin dejar de concebir la propuesta de los fragmentos constitucionales y del transconstitucionalismo como el objetivo hacia el cual deberían encaminarse los esfuerzos del Derecho comercial a futuro, la propuesta de solución a corto plazo se concreta en un modelo de solución en el que el eje central se encuentre en el reconocimiento de interferencias operativas como el orden público ecológico, la función social de los contratos o una obligación ambiental general, como cláusulas generales de Derecho privado, de manera que tal eje no gire en torno a la Constitución Política, precisamente para que no se entienda el asunto como una intromisión en el Derecho comercial de un discurso ajeno al mismo.

Por su parte, debido a que implicaría un choque bastante radical con el ordenamiento jurídico colombiano actual la idea de que la Constitución Política no sea la norma fundamental y jerárquicamente superior para todo el ordenamiento, que impregna todas las normas del ordenamiento jurídico, sino que el Derecho constitucional fuera un discurso exclusivo para ciertos asuntos, mientras logramos llegar a ese estadio de evolución, la solución no se encontraría en seguir manteniendo una lucha entre constitucionalismo positivista como el de Ferrajoli y neoconstitucionalismo como el de Alexy o Atienza⁹²⁶, sino en proponer una solución en dos frentes, completamente interdependientes, pues de lo contrario podría llegarse a un aislamiento total del Derecho comercial, lo cual sería el peor escenario derivado de una propuesta como la aquí realizada.

Así, el primer frente de solución propuesto, el cual será desarrollado a continuación en este apartado, está encaminado a concentrar en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y en los jueces civiles la toma de decisiones de casos en que se enfrenten el discurso de los derechos fundamentales y el discurso de los contratos de Derecho comercial. Esta solución, que a primera vista pareciera sólo procesal, tiene una importante carga sustancial de fondo, pues parte de la base de la especialización funcional como una de las características más importantes que posee el Derecho en la actualidad, cuya profundización implicaría a futuro aproximaciones más rigurosas a los diversos fenómenos jurídicos que ofrece la realidad.

El segundo frente de solución tiene relación con la necesidad de apertura del Derecho comercial a interferencias operativas con otras áreas del Derecho. Este segundo frente tiene que ir completamente aparejado con el primero, para que el Derecho comercial en particular, y el Derecho privado en general, no se conviertan en discursos totalmente aislados de la realidad. Sólo así podría evitarse caer en una situación que constituye una de las más importantes críticas a la teoría de Teubner, que es la posibilidad de autorreferencialidad. En particular, para el caso del Derecho comercial, el riesgo es que un discurso como el de la *lex mercatoria*⁹²⁷ termine por imponer los intereses de las empresas multinacionales, encaminados principalmente a la consecución de utilidades económicas, preocupación latente para los neoconstitucionalistas al momento de defender la primacía del discurso de los derechos fundamentales.

En efecto, claramente señaló Galgano, una de los comercialistas más reputados que han existido, que “(...) *En una sociedad transnacional en rápida transformación el principal*

⁹²⁶ Cfr. DUARTE, Francisco Carlos; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart y BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. Op. cit., pp. 239-274.

⁹²⁷ Valga precisar la definición que de nueva *lex mercatoria* da Galgano, para quien es “(...) *un derecho creado por la clase empresarial, sin la mediación del poder legislativo de los Estados. Formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de las unidades políticas de los Estados, las relaciones comerciales que se instauran dentro de la unidad económica de los mercados*”. (GALGANO, Francesco. La globalización en el espejo del Derecho. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 65).

instrumento de la innovación jurídica es el contrato. Las concepciones clásicas del derecho no ubican al contrato entre las fuentes normativas. Sin embargo, si continuáramos concibiendo el contrato como mera aplicación del derecho, y no como fuente del nuevo derecho, no comprenderíamos de qué modo cambia el derecho de nuestro tiempo"⁹²⁸.

Así, el contrato se ha convertido hoy en día, como lo plantea Galgano⁹²⁹, en una nueva fuente de Derecho, caracterizada por provenir no de los legisladores nacionales sino de las *law firms* americanas o de los consultores de las asociaciones internacionales empresariales. El contrato en su concepción clásica buscaba componer intereses privados pero ahora los contratos entre particulares han tomado el lugar de la ley en muchos sectores de la vida social, llegando inclusive a sustituir en muchas oportunidades a los poderes públicos en la protección de intereses generales.

No obstante, como él mismo lo reconoce "(...) *La técnica del contrato ofrece nuevas posibilidades a las exigencias de regulación de la sociedad civil y del mercado, pero encuentra al mismo tiempo límites que son intrínsecos a ella. No es posible actuar con el contrato todo lo que se puede actuar con la ley. La función del contrato, sustitutiva de la ley, no puede extenderse hasta el punto de sustituirla en la previsión de la disposición que en la ley son expresiones de una voluntad soberana. Tiene, ante todo, el límite que es propio del contrato como acto de autonomía, en antítesis con la heteronomía de las fuentes*"⁹³⁰.

Esta aproximación de Derecho comercial internacional y el concepto de *lex mercatoria* son claramente de naturaleza transnacional, pero trasladada dicha aproximación de Galgano a la propuesta aquí realizada para el caso colombiano, se puede afirmar que el gran riesgo de afirmar la autonomía de los discursos legales, como el del Derecho comercial, es que los mismos se conviertan en autorreferentes, por lo cual se propone aquí como solución la necesidad de apertura cognitiva del Derecho privado y, en concreto, del Derecho comercial.

La solución a esa apertura cognitiva no pareciera encontrarse en la imposición jerárquica del discurso de los derechos constitucionales o fundamentales a través de la defensa de la supremacía normativa de la Constitución Política, sino en fomentar la reflexión dentro de cada uno de los discursos, con base en elementos propios pero, fundamentalmente, ajenos a cada discurso, es decir, con cierres operativos y aperturas cognitivas en cada discurso. La reflexión no debe darse como consecuencia de que un tercero la imponga sino precisamente porque en cada uno de los discursos surja la necesidad de valorar permanentemente su discurso a la luz de las perspectivas de otros discursos.

⁹²⁸ *Ibíd.*, p. 105.

⁹²⁹ *Cfr. Ibíd.*, pp. 105-111.

⁹³⁰ *Ibíd.*, p. 122.

Sin embargo, como es claro que la necesidad de incorporar criterios de protección del ambiente en la contratación mercantil no es indispensable ni evidente en la actualidad, pues los empresarios no suelen ver el asunto como necesario para sus negocios, y los jueces no incorporarán esos criterios en su discurso si no se lo exige una norma jurídica, por muy necesario que lo consideren, todo en atención a una exigencia básica del Estado de Derecho, del principio de legalidad y del principio de seguridad jurídica, por el momento deberían ser normas jurídicas imperativas, el Derecho directamente, el que garantice esa incorporación de criterios de protección del ambiente en la contratación mercantil. El sustento de esta idea es el concepto ya estudiado del Derecho como un constructo de seres en permanente cambio, por lo cual, siempre estará abierto a nuevas construcciones.

Con base en este planteamiento inicial, a continuación se exponen en detalle los dos frentes ya mencionados de la propuesta de solución al problema de la adecuada protección del ambiente en la contratación mercantil en Colombia, para lo cual será abordado en un primer momento el aspecto de la concentración jurisdiccional de la toma de decisiones. Luego, será abordado el asunto de necesidad de cambio de contenidos en el Derecho comercial colombiano.

3.6.2. La concentración jurisdiccional

El modelo de órdenes legales parciales, en unión con la teoría de los fragmentos constitucionales, ha permitido identificar claramente que una solución para las tensiones que se viven entre Derecho comercial, Derecho ambiental en sentido estricto y Derecho constitucional, radica en el reconocimiento expreso de los diferentes discursos que allí se encuentran involucrados.

La incorporación del principio de proporcionalidad en el Derecho de contratos, relacionada con los trabajos de la doctrina de la *Drittwirkung*, nos puede llevar a pensar en la posibilidad de que algún día en el Derecho comercial todas las decisiones, tanto de los particulares como de las autoridades, se pudieran tomar teniendo en cuenta los derechos fundamentales tanto de las partes de los contratos como de terceros.

Sin embargo, debido a que ello parece bastante remoto, debido a las diferencias de los discursos del Derecho comercial y el Derecho constitucional, ante la posibilidad de incorporar el principio de proporcionalidad como criterio general de la toma de decisiones en Derecho de contratos comerciales, encuentro que, en complemento del modelo de reglas formuladas por el legislador, la solución que mejor se ajustaría al discurso del Derecho comercial es la que ofrece el modelo de cláusulas generales de Derecho privado, pues dicho modelo permite que haya espacio para la subjetividad del juez, pero dentro de unos parámetros y cánones que no son interpretados como afectaciones de la seguridad jurídica, valor tanpreciado para el Derecho privado.

Eso sí, encuentro que el principio de proporcionalidad podría establecerse a futuro como un criterio último al cual deberían acudir los jueces ordinarios. En efecto, ese modelo de cláusulas generales de Derecho privado no puede ser el cierre del sistema, pues la actualidad del Derecho colombiano ha llevado a que se reconozca el gran valor que tiene el Derecho constitucional, el discurso de los derechos fundamentales y las herramientas hermenéuticas del Derecho constitucional como vías para lograr la adecuación del Derecho a las realidades sociales que pretende regular. El asunto se explica en detalle en el próximo apartado.

Como bien lo expone Perlingieri, la base está en reconocer la complejidad del ordenamiento jurídico vigente, para buscar la unidad del mismo, pues *"(...) Creer que el derecho sea irreformable, eterno, ahistórico, insensible a cualquier ideología es una actitud formalista, ignorante de la conexión entre comportamientos y reglas. Sin la conciencia de la sociabilidad de la ciencia jurídica se traiciona la tarea propia de esta forma de conocimiento del derecho a los efectos de su correcta aplicación"*⁹³¹.

Partiendo de la necesidad de superar la identidad entre Derecho y ley para aceptar la de Derecho y cultura, y la creencia proveniente de la revolución francesa de que la norma constitucional es sólo relevante en el plano ideológico-político pero no en el normativo, es que Perlingieri sostiene que: *"(...) La complejidad del ordenamiento en el momento de su efectivo contraste, es decir, en el momento hermenéutico, cuando se encamina a realizarse como ordenamiento del caso concreto, no puede no resultar unitaria: se refiere a un conjunto de principios y de reglas individualizadas por el juez que éste, en la totalidad del sistema socio-normativo, se apresta obligadamente a aplicar. Bajo este punto de vista, que es el que realmente cuenta en una ciencia que como la jurídica es una ciencia práctica, el ordenamiento, por complejo que sea y cualquiera que sea la complejidad que lo caracteriza, no puede ser sino uno, aunque resulte de una pluralidad de fuentes y de componentes"*⁹³².

Así, para que esos modelos de cláusulas generales de Derecho privado y de incorporación de los principios, derechos y hermeneútica constitucionales tengan una adecuada aplicación dentro del discurso del Derecho comercial, encuentro que la concentración en una sola jurisdicción, la jurisdicción ordinaria, de las decisiones en que se puedan ver en conflicto el Derecho de contratos comerciales con el Derecho ambiental en sentido estricto y el Derecho constitucional, sería un gran paso a dar en el ordenamiento jurídico colombiano.

Es necesario advertir que ésta no es una propuesta de Perlingieri sino una propuesta personal, aunque la misma pudiera tener apoyo en lo expuesto por Perlingieri en cuanto a que la interpretación normativa en función aplicativa y el control de legitimidad no

⁹³¹ PERLINGIERI, Pietro. El derecho civil en la legalidad constitucional: según el sistema italo-comunitario de las fuentes. Madrid: Dykinson, 2008, p. 176.

⁹³² *Ibíd.*, p. 200.

configuran sistemas normativos diferentes, respecto de lo cual sostiene que: *“(…) Una cosa es la unidad del ordenamiento y su complejidad y otra la pluralidad de las jurisdicciones, la diversa función que los diferentes ‘jueces’ absuelven al aplicar principios y reglas contenidas en el ordenamiento. Una cosa es, en efecto, la interpretación que tiende a individualizar correctamente la normativa a aplicar al caso concreto, y otra el control de legitimidad de la disposición normativa –en su caso, como interpretada por la Suprema Corte de casación o por la misma Corte de justicia- por parte del Juez de las leyes con el fin de eliminar la disposición del ordenamiento. Son diferentes los objetos de la actividad hermenéutica y diferentes las funciones atribuidas por el ordenamiento procesal y constitucional. Esta diversidad, sin embargo, no puede conducir en absoluto a hablar de sistemas diferentes y, por tanto, de un dualismo de ordenamientos también bajo el perfil hermenéutico. Tanto más en cuanto que el invocado deber del juez ordinario de ‘obedecer a los criterios interpretativos prescritos en las preleyes’ es completamente incompatible con la advertida necesidad de que en tal operación hermenéutica el juez tenga en cuenta los principios constitucionales, porque tampoco se justifica en modo alguno que el juez ordinario tenga como ‘objeto directo’ de su actividad interpretativa únicamente las normas ordinarias. ¿Cómo desarrollar tal actividad sino releyendo éstas juntamente con las constitucionales?*

“El dualismo planteado, entonces, más allá de las afirmaciones de principio, configura sustancialmente una refinada reconstrucción dogmática tendente sustancialmente a excluir la aplicación directa de las normas constitucionales por parte del juez. Resultado, este, no apreciado por la propia Corte constitucional, aunque reivindique sus poderes reconstructivos y manipulativos de las normas ordinarias, cuando excluye que tal actividad pueda representar una invasión del ‘campo hermenéutico reservado a la Corte constitucional’ “⁹³³.

En efecto, con ocasión de la promulgación de la Constitución Política de 1991, se rompió esa unidad que existía de la jurisdicción civil y la jurisdicción constitucional en un solo órgano como era la Corte Suprema de justicia, para dar paso a una de las instituciones que más ha contribuido a la evolución del Derecho colombiano, como es la Corte Constitucional.

Sin embargo, el grado de evolución al que ha llegado el Derecho colombiano permitiría pensar, desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales, en la posibilidad de que la Corte Constitucional se especializara en conocer del respeto a la Constitución Política estrictamente desde el punto de vista de normativa estatal, es decir, de garantizar que las normas proferidas por autoridades públicas respeten la jerarquía normativa constitucional o lo que equivale a decir el control de constitucionalidad de todas las normas del ordenamiento jurídico colombiano, mientras que la Corte Suprema de Justicia se pudiera encargar de conocer de las vulneraciones a derechos fundamentales para casos concretos, en cuanto a actuaciones de particulares se refiere,

⁹³³ *Ibíd.*, pp. 211-212.

y que el Consejo de Estado conociera también de las vulneraciones a derechos fundamentales en casos concretos, pero para el evento de actuaciones de autoridades públicas o de particulares que ejerzan funciones públicas. Esto, obviamente, implicaría a los jueces inferiores jerárquicamente hablando, de cada uno de estos tribunales.

Es necesario reconocer que esta distinción de tareas podría chocar con la visión del Derecho constitucional según la cual todo derecho fundamental tiene una doble dimensión⁹³⁴: una objetiva y otra subjetiva. La dimensión objetiva hace referencia al significado del derecho, al ámbito de protección, a los valores que reconoce, mientras que la dimensión subjetiva hace referencia a la acción jurisdiccional establecida para reclamar el disfrute del bien jurídico que el derecho ampara y reconoce, como ya fue explicado previamente cuando se señaló que en Derecho constitucional colombiano los casos de tutela suelen ser decididos bajo la perspectiva de la dimensión subjetiva, mientras que para la dimensión objetiva se ha utilizado el controvertido concepto del estado de cosas inconstitucional.

En efecto, en la distribución de tareas que ha sido planteada en este trabajo entre la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, el enfoque ha sido en la dimensión subjetiva, cuando se supone que ésta debe estar en coordinación con la dimensión objetiva, pues con el ejercicio de acciones judiciales subjetivas al amparo de un derecho fundamental se implementa la dimensión objetiva del derecho fundamental, de la misma manera que al interpretar la constitucionalidad de una ley. Así, cuando se deciden casos de acciones de inconstitucionalidad, lo que se hace principalmente es desarrollar la dimensión objetiva del Derecho constitucional, y si esa ley regula derechos fundamentales, es inevitable que incida en la dimensión subjetiva del derecho fundamental. Por todo esto, suele plantearse desde el Derecho constitucional que se necesita un último y mismo órgano que interprete el significado global o total del derecho fundamental.

No obstante lo anterior, la propuesta aquí formulada estaría implicando que a futuro los jueces distintos al juez constitucional también pudieran pronunciarse, dentro de su ámbito de competencias, respecto de la dimensión objetiva, no sólo de los derechos fundamentales, sino respecto de todos los derechos sometidos a su jurisdicción, bajo el entendido de que ese concepto de dimensión objetiva podría entenderse a futuro no sólo como exclusivo de los derechos fundamentales.

De hecho, es necesario comprender que la atribución que aquí se está planteando a jueces distintos al juez constitucional para que tengan la última palabra en la atribución del significado de cada una de las dos dimensiones que compone un derecho fundamental tiene como base, precisamente, no ese paradigma tradicional del Derecho constitucional sino el de la teoría de los fragmentos constitucionales de Gunther Teubner,

⁹³⁴ Cfr. HÄBERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 71-124.

ya explicada. Si se quiere lograr que el reconocimiento de los fragmentos constitucionales sea una realidad, un paso muy importante sería, a mi juicio, el de reconocimiento de distintas jurisdicciones que se pronuncien sobre el tema de derechos fundamentales, y sobre las dos dimensiones de dichos derechos.

Ello permitiría que cada una de las altas cortes esté encargada de los asuntos correspondientes a sus propios discursos, de manera que, en lo que importa para el Derecho comercial, sea un solo tipo de juez, el juez ordinario, el que decida las colisiones de discursos que se pueden presentar, en cuanto a protección del ambiente se refiere, entre Derecho comercial, Derecho ambiental en sentido estricto y Derecho constitucional. Sería el juez conocedor por naturaleza de la hermenéutica de Derecho comercial el que decidiría los casos concretos de colisión de discursos, incorporando criterios de otros discursos y herramientas hermenéuticas de los mismos, lo que permitiría mantener la coherencia que en algún momento perseguía la doctrina de la *Drittwirkung*, pero que, por lo menos para el caso colombiano, no parece haberse conseguido en todos los casos con los mecanismos que incorporó la Constitución Política de 1991.

Igualmente, tal concentración permitiría que fuera la Corte Suprema de Justicia el órgano de cierre de decisiones eventualmente contradictorias de jueces ordinarios con una jerarquía inferior, lo que podría constituirse en el mecanismo que garantizara que efectivamente se entendiera la incorporación al Derecho comercial de elementos de otros discursos, no como una obligación impuesta desde el exterior, sino como una necesidad interna para garantizar la unidad, coherencia y autonomía del Derecho comercial, de manera que en unos años pudiera concebirse que, por ejemplo, el sueño de incorporar el principio de proporcionalidad a todas las decisiones de Derecho comercial, se convirtiera en realidad.

Hay que mencionar aquí la situación que se da en algunos países, dentro de los cuales no se encuentra Colombia, en los cuales existen cortes o tribunales ambientales. Tal es el caso de Chile, Brasil, Perú, Paraguay, Bolivia, El Salvador, Estados Unidos de América, Costa Rica, Austria, Bélgica, Canadá, Japón, Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda, India, entre otros⁹³⁵.

Sobre los mismos se dice que “(...) Las cortes y tribunales ambientales pueden estar facultados para adoptar enfoques integrados, de manera de abarcar las diferentes leyes ambientales en su conjunto, a diferencia de lo que pasa con los tribunales ordinarios, que no pueden actuar de esta forma. Por ejemplo, si bien existe una tendencia global hacia la integración de las leyes ambientales y aquellas que regulan el uso del territorio, pocas naciones o jurisdicciones han logrado de hecho integrar plenamente ambas legislaciones, a pesar de que se trata de dos áreas absolutamente interdependientes. Con la creación

⁹³⁵ Cfr. PRING, George (Rock); PRING, Catherine (Kitty), GLOBAL ENVIRONMENTAL OUTCOMES LLC (GEO) y UNIVERSITY OF DENVER ENVIRONMENTAL COURTS & TRIBUNALS STUDY. Environmental Courts & Tribunals: A Guide for Policy Makers. Nairobi: United Nations Environment Programme (UNEP), 2016.

de los tribunales y cortes ambientales, los legisladores y políticos pueden romper con esta segmentación y combinar ambos temas en un solo foro. Así, un tribunal del medio ambiente podría tener la autoridad para revisar de forma simultánea todos los permisos ambientales relativos a las necesidades de desarrollo (zonificación, construcción, permisos de salud pública, aire, agua, permisos de residuos, estudios de impacto ambiental, requisitos de preservación ecológica, derecho indígena, preservación histórica y cultural, etc.) en lugar de que tales decisiones las tomen diferentes autoridades, en diferentes momentos y con diferentes – y a veces contradictorios– resultados”⁹³⁶.

En particular, las competencias de los tribunales ambientales en Chile, que son órganos jurisdiccionales que no hacen parte del Poder Judicial, se concentran en⁹³⁷: i) reclamaciones de ilegalidad de determinados actos administrativos y normas dictadas por el Ministerio del Medio Ambiente, la Superintendencia del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental, el Comité de Ministros y otros organismos del Estado con competencia ambiental; ii) demandas para obtener la reparación por daño ambiental; y iii) solicitudes de autorización previa o revisión en consulta, respecto de medidas temporales, suspensiones y ciertas sanciones aplicadas por la Superintendencia del Medio Ambiente⁹³⁸.

Como puede observarse, estas cortes y tribunales ambientales pueden pronunciarse en algunos eventos sobre asuntos que tradicionalmente estarían asignados a jueces ordinarios, como cuando se les asignan jurisdicción y competencia para pronunciarse respecto de demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado. La inquietud que ahí surge es la de, a la luz de la propuesta aquí realizada, cómo se distribuirían entre los jueces ordinarios y los jueces ambientales los asuntos a conocer. Al respecto hay que manifestar, en primera medida, que la situación no se presenta para el caso colombiano y, debido a que este es un trabajo que está delimitado al ámbito colombiano, podría pasarse por alto el asunto.

No obstante, en atención a que el caso de tribunales ordinarios enfrentados a tribunales ambientales podría llegar a darse en Colombia, encuentro que la distribución de competencias de manera muy precisa sería la solución, para que los tribunales ambientales se dedicaran a conocer de las controversias que ocasionaran las decisiones de las autoridades administrativas ambientales frente a particulares u otras autoridades,

⁹³⁶ BURDYSHAW, Cassandra. ¿Qué puede aprender Chile de la experiencia de otros tribunales ambientales en el mundo? *Justicia ambiental, Revista de Derecho Ambiental*. 2012, año IV, nro. 4, p. 99.

⁹³⁷ Cfr. CHILE. TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO. Funciones y competencia. Página en internet, consultada el 20 de junio de 2017 y disponible en <http://www.tribunalambiental.cl/informacion-institucional/que-hace-el-tribunal/funciones-y-competencia/>

⁹³⁸ El asunto lo regula el artículo 17 de la Ley 20.600 de la República de Chile. Cfr. CHILE. CONGRESO NACIONAL. (28, junio, 2012). Crea los tribunales ambientales. Consultada el 20 de junio de 2017 y disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1041361>.

mientras que los tribunales ordinarios se concentraran en conocer de las controversias entre particulares con ocasión de la aplicación de reglas o principios ambientales.

Si el Derecho comercial colombiano no se pone a tono con las preocupaciones ambientales para incorporar dentro de su discurso criterios de protección jurídica al ambiente, no sería de extrañar que, dentro de muy poco tiempo, fueran impulsados y creados tribunales ambientales en Colombia, que eventualmente pudieran incidir y tomar decisiones respecto de actuaciones de particulares, inmiscuyéndose en asuntos tradicionalmente asignados a los jueces ordinarios, como ya ocurre en otros países.

Así, reforzar actualmente la unidad que defiende Perlingieri permitiría, en un futuro, poder llegar a la fragmentación constitucional que propone Teubner, rumbo hacia el cual deberían dirigirse, a mi juicio, los esfuerzos no sólo del Derecho comercial o el Derecho privado sino también del Derecho constitucional y el Derecho ambiental en sentido estricto, por ejemplo, para seguir manteniendo la unidad y coherencia del Derecho ante la complejidad del mundo en el que vivimos.

En efecto, es previsible que en algún momento la evolución del Derecho colombiano llegará a reconocer, como lo plantea Marco Velásquez Ruiz⁹³⁹, y lo acepta la misma Corte Constitucional⁹⁴⁰, que la misma Constitución Política de Colombia está fragmentada, pues dentro de un mismo texto jurídico se encuentran elementos de discursos jurídicos totalmente disímiles, para que pueda así plantearse, como lo propone Teubner, la existencia de diversas constituciones en un mismo ordenamiento jurídico, y que se pueda superar el modelo jerárquico del Derecho constitucional actual.

El asunto lo plantea para el caso concreto del Derecho ambiental en Colombia el doctrinante Amaya Navas, cuando sostiene: “(...) *La Constitución Política de Colombia, aprobada en julio de 1991, es al mismo tiempo una Constitución económica, una Constitución social, una Constitución ecológica y una Constitución cultural. A la par con los postulados políticos e ideológicos que sobresalen en todas las constituciones, aparecen otros en los órdenes descritos. Una de las grandes virtudes de la Carta Política del 91 fue la de situar la variable ambiental al mismo nivel que las ya enunciadas. Ninguna es prevalente sobre las demás. La construcción de la nacionalidad colombiana,*

⁹³⁹ Idea personal fruto de una conversación sostenida con el profesor Velásquez Ruiz en el año 2015. Toda la responsabilidad al respecto es del suscrito y no del profesor Velásquez. También cfr. VELÁSQUEZ RUIZ, Marco. *The Colliding Vernaculars of Foreign Investment Protection and Transitional Justice in Colombia: A Challenge for the Law in a Global Context*. Op. cit.

⁹⁴⁰ En ese sentido, la Corte Constitucional ha manifestado, por ejemplo, que “(...) *De diversas disposiciones constitucionales se extrae que la Constitución puede dividirse en cuatro tipos: (i) la económica –propiedad, trabajo, empresa, (ii) la social –DESC-, (iii) la ecológica –protección de reservas naturales y al medio ambiente- y, (iv) la Constitución cultural*”. [COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-095/16. (25, febrero, 2016). M.P. Alejandro LINARES CANTILLO. Consultada el 20 de junio de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-095-16.htm>].

de las garantías constitucionales, del modelo de gestión pública y privada y del modelo económico depende de la consideración de los factores económicos, sociales, ecológicos y culturales"⁹⁴¹.

Al respecto se sostiene que "(...) la afirmación de la Constitución como norma jurídica directamente aplicable impone que cualquier juez o tribunal pueda y deba aplicarla y, en consecuencia, que cualquier juez o tribunal sea, en cierto sentido, juez constitucional; otra cosa es que el ordenamiento reserve ciertas potestades específicas y, en particular, la capacidad para enjuiciar con efectos generales las leyes a órganos especializados como son los tribunales constitucionales.

"(...) Procesalmente son múltiples las formas de articulación entre ambas jurisdicciones [constitucional y ordinaria] seguidas en el derecho comparado: separación, alternatividad, subsidiariedad de la actuación del tribunal constitucional respecto de la de los tribunales ordinarios, o mezcla de todas ellas. Ahora bien, ninguna sirve para solucionar definitivamente los conflictos por más que haya soluciones más funcionales que otras"⁹⁴².

Así, Pérez Tremps termina optando por la idea de que se le otorgue supremacía interpretativa al tribunal constitucional, que es la opción que precisamente en este estudio se ataca, con base en la autonomía del discurso del Derecho comercial. Precisamente, la última frase de la cita de Pérez Tremps es clara en que ningún modelo sirve para solucionar definitivamente los conflictos entre jurisdicciones constitucional y ordinaria, por lo que una propuesta como la que aquí se formula parte del reconocimiento de esa tensión que no se puede resolver definitivamente, pero que sí puede ser moderada si se deja de pensar en el tribunal constitucional como superior jerárquico, en materia de interpretación constitucional, de los demás tribunales, y se va permitiendo poco a poco que el Derecho constitucional realmente impregne y se haga parte íntegra de los discursos de las demás disciplinas del Derecho.

Por el contrario, la propuesta aquí realizada apunta a reconocer una realidad como es la incapacidad de la Corte Constitucional colombiana, en virtud de las restringidas funciones que le otorga el artículo 241 de la Constitución Política, para lograr la protección jurídica del ambiente desde el Derecho comercial, pues esa función le corresponde a la Corte Suprema de justicia, al Legislativo y al Ejecutivo, de manera que el cambio de mentalidad y del rol a cumplir por parte del Derecho comercial en lo que a protección jurídica del ambiente se refiere, es una necesidad que el mismo sistema de distribución de competencias y funciones de la Constitución Política impone.

⁹⁴¹ AMAYA NAVAS, Óscar Darío. Op. cit., p. 344.

⁹⁴² PÉREZ TREMPES, Pablo. *La interpretación de los derechos fundamentales*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). Interpretación constitucional, tomo II. México: Porrúa / UNAM, 2005, pp. 915-916.

No debería entenderse que este planteamiento vaya en contravía de lo expuesto por Perlingieri como crítica a la concepción del ordenamiento como estructura polisistémica o conjunto de microsistemas⁹⁴³, pues debería comprenderse la crítica de Perlingieri en el sentido de atacar a quienes pretenden separar las normas constitucionales de las normas ordinarias, cuando la propuesta aquí formulada es precisamente la de buscar su entendimiento bajo un sistema de *unitas multiplex*.

A futuro es necesario que los diferentes discursos que existen dentro del Derecho se especialicen dentro de la unidad del ordenamiento, lo cual sí pareciera ser contrario al pensamiento de Perlingieri cuando afirma que: *"(...) No puede ser, pues, acogida 'la tendencia de las reglas de cada categoría a organizarse en conjuntos normativos, que, respecto de la totalidad del derecho positivo, se presentan como sistemas parciales (las instituciones, las materias, las partes agrupadas de ellas)'. Cualquier instituto, materia, etcétera, es siempre y únicamente el resultado hermenéutico del entero derecho positivo. La interpretación o es sistemática (de trescientos sesenta grados), o no es interpretación. Los llamados sistemas parciales son a lo sumo el resultado de una primera y provisional aproximación en la que el intérprete no se puede detener, especialmente ante la presencia de valores fundamentales destinados a funcionalizar toda 'institución' y a la luz de los cuales es obligado expresar valoraciones de validez y de legitimidad"*⁹⁴⁴.

Hay que disentir frente a esta última afirmación de Perlingieri, con base en la necesidad de reconocer el hecho de que es imposible pretender que los operadores jurídicos puedan tener, en la actualidad, una visión de trescientos sesenta grados de las distintas normas que integran los ordenamientos jurídicos. Desconocer eso es desconocer, precisamente, la complejidad de la cual parte el planteamiento de Perlingieri. Esa complejidad es la que puede ser reducida, para efectos del problema concreto de investigación planteado, a través del cambio de contenidos del Derecho comercial colombiano, segundo eje de la propuesta de solución, como se expone a continuación.

3.6.3. El cambio en contenidos del Derecho comercial

En necesaria conjunción con la concentración jurisdiccional que viene de describirse, se encuentra la necesidad de que el Derecho comercial, en concreto el Derecho de contratos comerciales, incorpore dentro de su discurso, elementos ajenos al mismo.

La necesidad radica, como ya ha sido expuesto, en que si ello no se realiza, no se lograría la diferenciación funcional que es la base de la propuesta de solución aquí formulada. La apuesta está centrada en la diferenciación funcional como el elemento clave que permitiría aliviar las tensiones que actualmente se viven en Derecho de contratos en Colombia.

⁹⁴³ Cfr. PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., pp. 206-207.

⁹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 207.

Para que ello ocurra, entonces, es necesario incorporar elementos ajenos al discurso del Derecho comercial de contratos, pero no de manera indiscriminada sino, precisamente, de una manera ordenada, bajo la idea de cerramiento operativo y apertura cognitiva que ofrece la teoría del Derecho como un sistema autopoietico, que se distingue precisamente de otras teorías de sistemas pues la teoría autopoietica no habla de sistemas cerrados o abiertos, sino de sistemas que son cerrados y abiertos al mismo tiempo.

Por eso, deben realizarse tales incorporaciones a través de la figura de interferencias operativas que plantea Teubner, es decir, ir a los discursos distintos, ver cuáles figuras de los mismos son necesarias o interesantes para el discurso del Derecho comercial de contratos, ajustarlas a los elementos de su discurso e incorporarlas, con la perspectiva de que no van a ser elementos que permanezcan de manera inalterada ni eterna en el discurso del Derecho de contratos comerciales, sino que, como toda dogmática jurídica, está sujeta a realizar las modificaciones que la realidad demande, pero sin renunciar a la idea de que debe existir una dogmática jurídica.

Así, por ejemplo, algunas instituciones hacia las cuales deberían enfocarse los abogados comercialistas colombianos, para efectos de determinar cuáles instituciones o elementos pueden ser incorporados al discurso del Derecho comercial colombiano, son, además de figuras de protección del ambiente, los derechos colectivos, algunos criterios de justicia distributiva, herramientas de hermenéutica constitucional, criterios para incorporar al país en una verdadera concepción de *lex mercatoria* transnacional, incorporación de herramientas de análisis económico del derecho en las decisiones judiciales, entre otros.

Esto lo aprendió el Derecho constitucional, pues *"(...) Es innegable que la noción de constitucionalismo compromisorio y dirigente tuvo la función de traer hacia el ámbito de la Constitución temáticas que antes eran reservadas a la esfera privada. De ahí que la nueva Constitución –así como el constitucionalismo de la segunda posguerra- hace públicos los espacios antes 'reservados a los intereses privados' "*⁹⁴⁵.

Como lo plantea el mismo Streck, ya no es posible revertir los logros del neoconstitucionalismo, que *"(...) proporciona el surgimiento de ordenamientos jurídicos constitucionalizados a partir de una característica especial: la existencia de una Constitución 'extremadamente embriagadora' (pervasiva), invasora, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinario a la acción de los agentes públicos y también influenciar directamente en las relaciones sociales"*⁹⁴⁶.

⁹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 25.

⁹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 19.

Así, debido a que el neoconstitucionalismo implica una ruptura con el positivismo, pues el Derecho deja de ser regulador para ser transformador, no es posible, según Streck, pensar como Ferrajoli que el neoconstitucionalismo es una continuación natural del positivismo, sino que hay que partir de la tesis de una incompatibilidad paradigmática entre el nuevo constitucionalismo y el positivismo jurídico, para reconocer esa primacía del neoconstitucionalismo⁹⁴⁷.

Reconocer esa incompatibilidad permitiría entender que la admisión de la discrecionalidad judicial y de decisionismos es algo propio del paradigma positivista, que busca ser superado por el constitucionalismo a través de la distinción entre reglas y principios. La clave reside en entender que los principios no abren la interpretación sino que la cierran, pues es una tesis equivocada entender que los principios son mandatos de optimización, pues esa tesis da la idea de que los principios son cláusulas abiertas, lo cual es una idea procedente del positivismo. Los principios sirven, entonces, para institucionalizar la moral, pasando de un esquema de Estado enemigo a un Estado amigo de los derechos fundamentales⁹⁴⁸.

Así, sostiene Streck que *"(...) mientras los principios generales del derecho se constituían en una 'autorización' para la discrecionalidad (fue por eso que dispositivos de ese tipo fueron colocados en los Códigos), los principios constitucionales se presentan, contemporáneamente, como un contrapunto a esa discrecionalidad"*⁹⁴⁹.

Propone así este autor brasilero ver a la Constitución, en el sentido de normas constitucionales existentes gracias al neoconstitucionalismo, como la institución que garantiza la autonomía del Derecho frente a la política, la economía y la moral, para lo cual es necesario tener en cuenta que la autonomía adquirida por el Derecho implica el crecimiento del control de constitucionalidad de las leyes, que es fundamentalmente contramayoritario, sin que esa disminución del poder del legislador pueda traducirse en un empequeñecimiento de la democracia, por lo que es necesario implementar mecanismos de control de las decisiones judiciales, para lo cual dicho autor opta por la hermenéutica de Gadamer y su apuesta por la razón práctica, por oposición a la razón comunicativa de Habermas, pues según él ésta última lleva a la multitud de respuestas y, en consecuencia, a seguir manteniendo discrecionalidades, arbitrariedades y decisionismos, a pesar de que Habermas lo niegue, pues la propuesta habermasiana se centra en la estructura del proceso argumentativo, en la comunicación y la epistemología, cuando lo que debe hacerse es concentrarse en el contenido y la fenomenología, que es lo que supuestamente hace la propuesta gadameriana al no escindir la fundamentación de la aplicación⁹⁵⁰.

⁹⁴⁷ Cfr. *Ibíd.*, pp. 23-24.

⁹⁴⁸ Cfr. *Ibíd.*, pp. 203-230.

⁹⁴⁹ *Ibíd.*, p. 243.

⁹⁵⁰ Cfr. *Ibíd.*, pp. 321-407.

Sin pretender confrontar y estudiar las propuestas de Habermas y Gadamer, pues excede el objeto de estudio propuesto en este trabajo, sí queda, después de leer a Streck, la idea de que su propuesta de llegar a una verdad en Derecho, que no se construiría sino a la que se llegaría, que ello es un proceso que realmente no es claro y que, en muchos momentos, parece ser un llamado a la existencia de una verdad metafísica, lo cual va claramente en contra de la percepción aquí acogida del Derecho como un constructo social.

En efecto, retomando la idea de la necesidad de modificación de contenidos del Derecho comercial colombiano, es posible encontrar que el asunto no es nuevo, como lo plantea Paolo Grossi⁹⁵¹, pues desde los trabajos de Tullio Ascarelli se evidencia la intención de un mercantilista por no apegarse a un esquema estrictamente normativista del Derecho y por incorporar criterios historicistas en su definición, partiendo del reconocimiento de la complejidad, que implica la intolerancia hacia la forma tradicional de ver el Derecho que limita la atención del jurista al Derecho positivo oficial, cuando “lo que está sumergido es lo que usualmente importa, pues es lo que mueve la cúspide legislativa”.

Así, de acuerdo con Grossi, la unidad de la experiencia del Derecho, que sigue siendo un valor fundamental para Ascarelli, queda incompleta si no viene integrada con la percepción de su complejidad, de manera que Ascarelli centró sus estudios en la diversidad de fuentes del Derecho para evitar soluciones monistas y buscar unas soluciones pluralistas dentro del Estado; planteó que sólo el conocimiento del cambio social y económico le permitirán al jurista el diseño de categorías apropiadas que evitarán a la sociedad una crisis del Derecho; defendió un liberalismo con exigencias solidarias; vio al Derecho no como un dato sino como un proceso; concibió al Derecho sustancialmente como interpretación, a la cual situó no por fuera sino al interior del Derecho, por ser el elemento que garantiza su historicidad; y reconoció la dimensión política y constitucional como determinante y condicionante de toda la doctrina hermenéutica del Derecho, gracias a lo cual planteó a los privatistas que siguen siendo estatistas y legalistas, insensibles al pluralismo de la carta constitucional, como misoneístas que han provocado la crisis del Derecho⁹⁵².

Afirma Grossi que todo lo anterior lo construyó Ascarelli como jurista, es decir, sobre una base de autoridad que actúa como plataforma de validez, de afirmación de la tradición y signo de continuidad, siempre presentando al Derecho en la eterna dialéctica entre estructura y función, y con una visión del mismo no como una verdad revelada ni como

⁹⁵¹ Cfr. GROSSI, Paolo. De la codificación a la globalización del derecho. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, pp. 275-341.

⁹⁵² Cfr. *Ibíd.*, pp. 289-325.

perteneciente al mundo de los fenómenos, sino a la historia, pues el Derecho no es un dato sino un problema históricamente condicionado⁹⁵³.

Ayuda a reforzar esta idea de preocupación por modificación de los contenidos del Derecho comercial colombiano una afirmación de Grossi, de conformidad con la cual *"(...) La obediencia debida a la ley radica ahora, más que en su ser voluntad de un supremo organismo expresado a través de un riguroso procedimiento, en las opciones de contenido que asume"*⁹⁵⁴.

El asunto de la incorporación de los principios no es nuevo en el Derecho privado, pues ya desde una obra publicada originalmente en 1956, como es la de Josef Esser⁹⁵⁵, se había tratado el asunto. En la misma se plantea, en líneas generales, que los principios son la base para poder identificar y comparar las peculiaridades dogmáticas de cada figura a partir de cada sistema histórico complejo, lo que le sirve para poder afirmar que *"(...) El case law común mantiene la mirada afanosamente fija en la tradición, mientras que el Derecho codificado pone su orgullo en el definitivo encadenamiento de los principios a las 'formas' halladas. En cambio, el derecho judicial, que aparece secundariamente, ocupado en la ulterior elaboración de este ordenamiento, por fiel que sea a la estructura, se esfuerza en captar por separado la finalidad perseguida por cada figura y ponerla al servicio de las nuevas tareas"*⁹⁵⁶.

Esser reconoce así que los conceptos dogmáticos son el producto y no el presupuesto de la evolución del Derecho, definiendo a la dogmática como *"(...) la traducción eficaz de un conflicto vital y de la clave para su valoración y solución (ganada originariamente gracias a la experiencia), a un campo técnico de conceptos y de términos, en el que los conceptos y dogmas, aunque aparenten ser un fin por sí mismos, en realidad sólo representan la coordinabilidad total y la consecuencia lógica de las respuestas singulares así obtenidas, garantizando su capacidad para ser comprobados y enseñados racionalmente"*⁹⁵⁷.

Afirma Esser que en el Derecho codificado los principios materiales, anteriormente muy importantes para los prácticos, tienen un interés atenuado, pues son los principios dogmáticamente corroborados los que constituyen la espina dorsal del sistema, asignando a la jurisprudencia del presente la labor de determinar el espíritu de tales principios, sus ideas directrices y los criterios específicos de valor que dan su sello histórico a las cuestiones que buscan solucionar, con base en lo cual sostiene que *"(...) Nosotros,*

⁹⁵³ Cfr. *Ibíd.*, pp. 325-341.

⁹⁵⁴ *Ibíd.*, p. 351.

⁹⁵⁵ Cfr. ESSER, Josef. *Op. cit.*

⁹⁵⁶ *Ibíd.*, pp. 438-439.

⁹⁵⁷ *Ibíd.*, p. 383.

*juristas continentales, pensamos en esta función de los principios a propósito, en primer lugar, de la interpretación, es decir, legis supplendae gratia, pero no se nos hace menos visible la más extensa fuerza de integración de los principios, cuando consideramos la evolución de una codificación anterior. Los principios son 'instrumento de la unidad orgánica y de la integridad del ordenamiento'. Con ellos el Derecho no sólo se hace 'utilizable', sino que sólo con ellos recibe su carácter de ordenamiento jurídico. La lógica, la analogía y la creación ulterior no son posibles en virtud de una legalización positiva de estos principios, sino por la esencia y la pretensión funcional del mismo ordenamiento. Con esto no afirmamos una jerarquía intemporal de los principios ni negamos la complejidad histórica y política de las masas de derecho positivo. (...) Examinar los conglomerados de derechos crecidos en el curso de la historia para entresacar de ellos los principios sistemáticos permanentes, es misión no de una especulación teórica, sino de las decisiones continuamente reintegradoras de la jurisprudencia práctica, la cual tiene que ponderar la antinomia de los fines y, por tanto, la oposición de los principios, fundiendo en una sola pieza los fragmentos de planes e ideologías jurídicas"*⁹⁵⁸.

Se puede encontrar, así, coincidencia en Streck, Ascarelli, Grossi y Esser, en cuanto al rol que tienen los principios para la definición y consolidación de los ordenamientos jurídicos, situación que no puede seguir siendo ignorada por el Derecho comercial colombiano en la conformación de sus contenidos, como parecen plantearlo algunos juristas colombianos.

Perlingieri lo reitera cuando plantea que la relación entre intérprete y norma constitucional permite evitar el aislamiento de ésta última del resto del sistema normativo, además de reforzar la unidad del ordenamiento jurídico y la superación de la contraposición entre público y privado. Plantea, así, que la constitucionalización del Derecho, además de una necesidad para efectos de unidad y respeto al esquema de jerarquía de fuentes, permite evitar el riesgo de degeneraciones del Estado de Derecho formal, todo porque los principios constitucionales, a diferencia de los principios generales del Derecho, no son posteriores al ordenamiento sino que lo constituyen, dando forma y unidad⁹⁵⁹.

Para cerrar, es posible acudir a Alexy, exponente de la teoría de los principios, quien sostiene con ocasión de un escrito sobre el punto de partida de la interpretación constitucional, que "(...) *justicia es corrección en la distribución y la igualdad, y los problemas de la justicia son problemas morales. En las decisiones jurídicas se trata esencialmente, pues, de distribución e igualdad. Por ello se trata en las decisiones jurídicas, esencialmente, de problemas morales. Esto conduce, junto con la necesidad con la cual es formulada la pretensión de corrección en las decisiones jurídicas, a una vinculación necesaria entre las argumentaciones jurídica y moral. Esta necesaria vinculación entre argumentos no significa que decisiones jurídicas moralmente*

⁹⁵⁸ *Ibíd.*, pp. 185, 223 y 289-290.

⁹⁵⁹ Cfr. PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, pp. 517- 532.

*defectuosas no puedan tener validez jurídica. Significa que tales decisiones son defectuosas no sólo moral, sino también jurídicamente. De esa manera la idea de justicia es incorporada en el concepto del derecho*⁹⁶⁰.

Entonces, para concluir este tema, la invitación que aquí se formula a los operadores jurídicos del Derecho comercial es a abrir sus contenidos, principalmente bajo la perspectiva que ofrece lo que Perlingieri denomina el método de interpretación constitucional, de conformidad con el cual: a) se reconoce a la Constitución como un acto normativo, aplicable tanto por los jueces ordinarios como por los jueces constitucionales; b) se argumenta bajo un esquema norma-principio, teniendo en cuenta la jerarquía pero, sobre todo, un balance razonable en referencia al caso concreto a decidir; y c) es relevante la idea de sociedad y la ética sustentada por la Constitución, pues en el ordenamiento positivo penetran valores y principios históricamente característicos⁹⁶¹.

Si el Derecho comercial colombiano modifica internamente sus contenidos con base en esa perspectiva metodológica, muy seguramente, en un futuro ojalá no muy lejano, podría retomar legítimamente la autonomía discursiva que ha sentido amenazada con base en el fenómeno de constitucionalización del Derecho privado, en el que no se reconoce su autonomía discursiva como sí ocurriría, aunque no de manera total, bajo la propuesta de Perlingieri. La otra opción para conseguir tal autonomía es propender por un cerramiento total del Derecho comercial a la influencia del discurso del Derecho constitucional por principios, lo cual, además de ilegítimo, implicaría la pérdida de una oportunidad valiosísima para poner el Derecho comercial a tono con las exigencias éticas y morales de un planeta que necesita que la humanidad modifique radicalmente la forma en que lo trata.

Este asunto ético permite introducir el siguiente apartado, en el cual se hace manifiesta la apuesta que está detrás de la presente propuesta de solución al problema de investigación, como se expone a continuación.

⁹⁶⁰ ALEXY, Robert. *Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Interpretación constitucional*, tomo I. México: Porrúa / UNAM, 2005, p. 5.

⁹⁶¹ Cfr. PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, pp. 533-535.

3.7. PROPUESTA CONCRETA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL AMBIENTE DESDE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL EN COLOMBIA

El objetivo de este último apartado, previo a las conclusiones del capítulo, es el de servir de cierre al trabajo de investigación, presentando, a través de la formulación concreta de una propuesta de solución al problema de la incorporación de la protección jurídica del ambiente al Derecho de contratos comerciales en Colombia, la apuesta que está detrás de todo este trabajo.

Para el efecto, en un primer momento, se efectúa una especie de recapitulación de lo expuesto hasta aquí para, luego, en un segundo momento, plantear las regulaciones legales concretas y de cláusulas generales de Derecho privado como el primer mecanismo a utilizar en la solución del problema. El apartado cierra con la exposición de la aspiración para que el Derecho comercial en Colombia pueda ser entendido a futuro como un fragmento constitucional.

3.7.1. Necesidad de diferenciación funcional del Derecho comercial en Colombia

Si bien una concepción como la del Derecho como un sistema autopoiético, que es la base de esta propuesta, en principio parecería aislar el discurso jurídico de consideraciones morales y éticas, precisamente ello no es así⁹⁶².

Por eso, es prudente, para efectos de iniciar la recapitulación de la presente propuesta de diferenciación funcional del Derecho comercial en Colombia, hacer explícita, de manera muy breve, la apuesta ética detrás de tal propuesta, como manera de reiterar la agenda y apuesta detrás de este trabajo.

De hecho, la aspiración que envuelve el trabajo realizado es que se tome conciencia sobre varios aspectos éticos del desenvolvimiento del Derecho de contratos comerciales en Colombia. El primero tiene relación con la necesidad de que el Derecho comercial haga mucho más visible a la persona, no sólo como un ente económico, que lo es, sino como un ser con dignidad, que no puede ser cosificado.

⁹⁶² En efecto, además de que en la actualidad suena bastante incongruente adoptar un concepto de Derecho en que no se tenga en cuenta que de alguna u otra forma la moral y la ética van a tener algún tipo de influencia en la toma de decisiones, tanto de casos concretos como a nivel de promulgación de reglas, es claro que Luhmann sí concibe que detrás del discurso del Derecho se encuentran las reflexiones morales y éticas.

Para él, la moralidad es la codificación de la comunicación por el esquema binario de bueno y malo, mientras que la ética es la teoría de reflexión de la moralidad y su función es reflejar la unidad del código moral, la unidad de la diferencia de bueno y malo. Según él, la comunicación ecológica, entendida como la de los sistemas con su entorno, debería culminar en preguntas éticas y encontrar su justificación ahí, teniendo presente que si algún tipo de función quiere ser atribuida a la ética ambiental (la ética del entorno) en el contexto de la comunicación ecológica, esa sería la de mantenerse cauto en su relación con la moralidad (Cfr. LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Op. cit., pp. 139-142).

El segundo aspecto ético apunta a que el Derecho comercial, aunque también aplicaría para el mismo Derecho ambiental en sentido estricto y el Derecho constitucional, no entienda al ambiente como una herramienta para la consecución de fines de la humanidad, sino que se entienda el ambiente como un asunto complejo, que debe gozar de protección por parte del Derecho como un proyecto en sí mismo considerado.

Y, el tercer y último aspecto ético aquí involucrado, está relacionado con el reconocimiento de la alteridad, del otro, como igual a mí, por el solo hecho de ser humano, similar a una especie de ética de la compasión⁹⁶³, aunque planteando que el entendimiento con los otros parte de la base de la comunicación en la que se respete la autonomía de cada uno y pensando siempre en las generaciones futuras.

Aclarados esos elementos éticos, a continuación se exponen los objetivos jurídicos, que son los directamente relevantes para efectos de este trabajo.

El primero de ellos tiene relación con la idea de que la protección del ambiente debe incorporarse como uno de los elementos del Derecho privado, en particular del Derecho comercial. El punto de partida para ello, después del estudio realizado, es entender que el Derecho, a la fecha, implica una visión utilitarista del ambiente, muchas veces sometida a intereses económicos, pues el Derecho, ni siquiera el Derecho ambiental, no ha reconocido expresa y plenamente que la naturaleza no es algo aparte de la sociedad sino un elemento que se confunde con ella, de manera que los seres humanos no amemos el ambiente en virtud de su utilidad sino porque veamos en el mismo a un otro que merece ser amado⁹⁶⁴.

El asunto, por lo tanto, no es fácil, pues hablar de protección del ambiente implica tener en cuenta que el Derecho es uno de los varios saberes que se encuentran involucrados en el asunto. En efecto, como lo sostiene Garcia, "*(...) el respeto por el ambiente y por la vida que sustenta exige una acción que, en simultánea, sea científicamente fundada, técnicamente adecuada, éticamente responsable, económicamente eficiente, políticamente legitimada y jurídicamente realizada*"⁹⁶⁵.

De acuerdo con Garcia, la respuesta a la pregunta ecológica a través del Derecho entendido exclusivamente como un sistema normativo es inadecuada, pues actúa con base en tres ideas clave: completitud, coherencia jerárquica y eliminación de contradicciones. Sin embargo, esa lógica no se ajusta a la garantía de la sustentabilidad

⁹⁶³ Cfr. MÈLICH, Joan-Carles. *Ética de la compasión*. Barcelona: Herder, 2010.

⁹⁶⁴ Cfr. SASS, Liz Beatriz. *Direito e Natureza: (Re)Construindo Vínculos a partir de uma Ecocidadania*. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 155-160.

⁹⁶⁵ Traducción propia de GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 14.

ambiental y del desarrollo de la sociedad, por lo que lo adecuado parece ser manejar la aproximación a la pregunta ecológica desde el Derecho bajo la actividad de gestión del riesgo, siendo el riesgo una noción cultural que puede ser manejado por un producto cultural como el Derecho. Sin embargo, como lo reconoce la misma académica, esa acción sobre el riesgo implica actuar desde muchas disciplinas sin que éstas pierdan sus características⁹⁶⁶.

De aquí parte un segundo objetivo jurídico de este trabajo, a saber, lograr conjugar los valores que tradicionalmente ha defendido el Derecho comercial con la protección jurídica del ambiente. Tras analizar las relaciones entre Derecho comercial y Derecho ambiental, además de entender que los mismos tienen sustratos diversos y que no es posible plantear supremacía de una rama del Derecho sobre otra, se halló que la teoría de sistemas de Niklas Luhmann y, en concreto, la teoría del Derecho reflexivo de Gunther Teubner podían brindar la herramienta teórica para poder abordar el estudio del problema de investigación con la perspectiva planteada desde el comienzo, pues permiten plantear relaciones sin pretender primacía de ningún discurso sobre el otro.

La perspectiva del pensamiento autopoietico permitió conocer una matriz que rompe con las certezas y las ontologías, para incorporar el riesgo y la aleatoriedad en el Derecho, en particular la perspectiva de ecologización de la sociedad, a través de una apertura cognitiva a otros sistemas sociales pero con la perspectiva de reducir los malentendidos e interferencias, en una sociedad donde "la dogmática tradicional debe acomodarse a las nuevas condiciones de una sociedad contemporánea, plural, transnacional y policontextual, para proteger el ambiente"⁹⁶⁷.

Un tercer objetivo jurídico de este trabajo está relacionado con la búsqueda de alguna herramienta que permita compaginar la propuesta de no primacía de ningún discurso del Derecho sobre otro, con la idea de que la Constitución Política es la norma de normas y el fenómeno de constitucionalización del Derecho.

El asunto no es sencillo, si se tiene en cuenta que, en materia de protección del ambiente, se sostiene por algunos que "*(...) la atención pública no precedió a la preocupación, sino que ésta convocó a aquélla, siguiéndose un camino inverso al deseable. Del mismo modo, puede decirse que los niveles de concienciación en materia ambiental han marchado en paralelo con los niveles de deterioro. (...) Gradualmente, la defensa de la biodiversidad y el combate a la degradación y contaminación ambientales comienzan a tener alicientes; incluso para el mundo del capital, inicialmente refractario a la problemática por considerarla un costo evitable. Estos signos alentadores son correspondidos muy tíbiamente por la ciencia jurídica; en su interior, persisten tanto la fragmentación sobre el objeto de estudio cuanto la disputa entre las miradas del*

⁹⁶⁶ Cfr. *Ibíd.*, pp. 367-498.

⁹⁶⁷ Cfr. DA ROSA, Patrícia Silveira. *O Licenciamento Ambiental à Luz da Teoria dos Sistemas Autopoieticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 161-164.

'derecho público' y el 'derecho privado'. No se trata sólo de una disputa científica, se trata de una disputa económica y de poder. (...) La perspectiva del 'derecho privado' en la consideración del medio ambiente tiende a pensar en el interés particular. (...) La perspectiva del 'derecho público' es la que tiende a pensar en el interés común. (...)

"La consideración del medio ambiente con un criterio 'holístico', la necesidad de evitar que la protección no quede supeditada al 'mercado', la exigencia de un sistema de controles adecuado y la formación de una conciencia tuitiva generalizada suponen: la primacía del interés público sobre los intereses particulares; la inexorable (aunque no monopólica) intervención del Estado, y, la existencia de un plexo normativo que genere relaciones de supraordinación-subordinación.

"Es evidente, entonces, que el derecho ambiental, entendido como la cuarta etapa evolutiva de las precedentemente citadas, participa de la rama 'pública' del derecho, más allá de las necesarias vinculaciones que establezca con las distintas especialidades del 'derecho privado' "⁹⁶⁸.

Es decir, desde ese punto de vista, pareciera ser clara, en materia de protección del ambiente, la prelación de las normas públicas sobre las normas de Derecho privado, lo cual cobra relevancia frente a una perspectiva como la de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, en la cual se plantea que "(...) La cuestión cobra, además, especial relevancia cuando se constata que gran parte de los países de la región han experimentado procesos de privatización y desregulación que ponen en manos de actores privados funciones anteriormente desempeñadas por el Estado"⁹⁶⁹.

En efecto, se sostiene por la doctrina más autorizada que "(...) Este enfoque unitario, que tiende a superar el tradicional aislamiento de la Constitución del resto del ordenamiento, tiene una gran trascendencia en la medida en que impide que el Derecho constitucional y el Derecho privado puedan concebirse como compartimentos estancos, como mundos separados que discurren en paralelo y están gobernados por lógicas radicalmente diferentes. Eso no quiere decir, obviamente, que la Constitución sea 'el huevo cósmico jurídico', como señala irónicamente Forsthoff. La Constitución no regula detalladamente todos los aspectos de la vida social, sólo sienta una serie de principios básicos dotados de una especial fuerza de irradiación. Además, la reconstrucción del ordenamiento en clave constitucional implica que todas las normas del Derecho privado deben reinterpretarse a la luz de la Constitución"⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ ROSATTI, Horacio D. Op. cit., pp. 31-34.

⁹⁶⁹ COURTIS, Christian. *La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares*. En: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg y SARLET, Ingo (Organizadores). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 110.

⁹⁷⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*. En: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg y SARLET, Ingo (Organizadores).

Así el asunto, se plantea la necesidad de tomar una posición frente al discurso de los derechos fundamentales y su relación con el Derecho comercial en Colombia. La doctrina plantea que en materia de derechos fundamentales existen diversas teorías para la interpretación de los mismos: la teoría liberal (del Estado de derecho burgués), la teoría institucional, la teoría axiológica, la teoría democrático-funcional, y la teoría del Estado social, las cuales se distinguen, básicamente, por si el enfoque de los derechos es de derechos subjetivos o un enfoque más de institución, así como por la forma de determinar su contenido y el papel del Estado en su cumplimiento, de manera que se configuran como una expresión de determinadas concepciones del Estado e ideas básicas sobre la relación de dependencia del individuo con la comunidad estatal⁹⁷¹.

El punto es, pues, que en materia de derechos fundamentales, se plantea la necesidad de optar claramente por una de dichas teorías, no sólo por razones pragmáticas sino también por razones teórico-constitucionales, planteándose básicamente dos alternativas: una en la que los derechos fundamentales vuelven a ser considerados como derechos subjetivos de libertad, pero quedan sin exigibilidad judicial y sin la fijación concretizadora con efecto vinculante para el legislador por el tribunal constitucional, de manera que la lucha por el derecho se libra primariamente en el Parlamento; y otra alternativa, en la que, por el contrario, los derechos fundamentales se mantienen como normas objetivas de principio y se desarrollan como tales, de manera que la primacía la tiene el Estado jurisdiccional de justicia constitucional. Las consecuencias de la primera alternativa apuntan a que la Constitución se entienda como un ordenamiento marco, que no es fundamento del ordenamiento jurídico en su conjunto, mientras que la segunda alternativa hace que la Constitución sea dirigente y obligue a la realización de los principios básicos que ella contiene, al tratarse los derechos fundamentales de normas objetivas de principio que actúan en todos los ámbitos del Derecho, correspondiendo a la dogmática de los derechos fundamentales la decisión al respecto⁹⁷².

Siendo evidente la complejidad del asunto, pues en la relación entre el discurso de los derechos fundamentales y el discurso del Derecho comercial están en juego varias tensiones, la teoría de los fragmentos constitucionales de Gunther Teubner se constituye en la apuesta hacia la cual creo que deberían enfocarse los esfuerzos en cada uno de dichos discursos, pues la misma permitiría profundizar en la diferenciación funcional necesaria para mantener la unidad del sistema del Derecho en un mundo complejo y, frente al tema de los derechos fundamentales, que los mismos no sean concebidos solamente como derechos subjetivos de libertad, sin exigibilidad judicial, pero que

Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007, p. 169.

⁹⁷¹ Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Baden-Baden: Nomos, 1993, pp. 44-71.

⁹⁷² Cfr. *Ibid.*, pp. 133-138.

tampoco se conciban como normas objetivas de principio impuestas por el Derecho constitucional, sino que la protección de los mismos provenga desde el interior mismo del Derecho comercial.

En efecto, soy de la convicción de que sólo entendiendo al Derecho como una *unitas multiplex*, como una unidad compuesta de muchos discursos diversos sin pretensiones de jerarquía o prelación del uno sobre el otro, es que podremos garantizar el funcionamiento del Derecho como sistema.

Sin embargo, es necesario reconocer que esa propuesta de los fragmentos constitucionales de Teubner todavía no sería realizable en el caso colombiano, por lo cual fue formulada y expuesta en el apartado previo una propuesta concreta, bajo el esquema actualmente vigente de prelación jerárquica de la Constitución Política, con dos frentes interdependientes: la concentración jurisdiccional en la Corte Suprema de Justicia de los casos concretos en que se presenten conflictos entre derechos fundamentales y el Derecho de los contratos; y la necesaria apertura del Derecho comercial de contratos a la inclusión de nuevos contenidos que apunten a la protección jurídica del ambiente.

Por lo tanto, en últimas, la apuesta ética de este trabajo se concreta jurídicamente en que se comprenda que el Derecho comercial colombiano debería ajustarse, tanto en contenidos como en una concentración jurisdiccional en la Corte Suprema de Justicia, para proteger el ambiente de manera adecuada y, de esta manera, poder pretender a futuro retomar la autonomía discursiva que ha venido perdiendo con ocasión del fenómeno de la constitucionalización del Derecho.

Ello permitiría, a mi juicio, que la protección al ambiente se incorpore al Derecho comercial, que el mismo se mantenga actualizado frente a las necesidades de la humanidad, y que el Derecho colombiano en general sirva como herramienta para profundizar la diferenciación funcional que le hace falta a la sociedad colombiana.

Esta propuesta, obviamente, no deja de tener inconvenientes de no poca monta, que pasan por la alteración que implicaría en las funciones que tradicionalmente ha venido ejerciendo la Corte Constitucional, por la resistencia que la tal propuesta puede generar en sectores tradicionalistas tanto del Derecho privado como del Derecho constitucional, y por el poco atractivo que puede tener la misma para los empresarios colombianos, que no verían con buenos ojos que se les impongan más cargas para efectos de protección del ambiente.

Sin embargo, tales inconvenientes pueden ser superados si se logra convencer a los opositores a la misma que los beneficios a mediano y largo plazo para el ambiente, la economía, el Derecho comercial, el Derecho ambiental y el Derecho constitucional, serían inmensos, pues permitirían profundizar en la diferenciación funcional que necesita la sociedad colombiana. Todo reside en un cambio de la mentalidad cortoplacista que suele caracterizarnos como colombianos.

Tal diferenciación funcional tiene como fundamento la idea de que el Derecho en general no sólo tiene estructura sino unas funciones, como expresamente lo estudió Bobbio en sus últimos trabajos, en los que su motivación principal fue la de dejar de preocuparse por la estructura formal del Derecho, para concentrarse en las funciones del mismo en la sociedad, sin llegar a producir escritos sólidos al respecto⁹⁷³.

Esa diferenciación funcional aplica claramente a todo el Derecho, empezando por las Constituciones, respecto de las cuales Bobbio y Peces-Barba han planteado la necesidad de un análisis funcional centrado en los fines o para qué sirven las Constituciones, identificándose claramente: a) una función de seguridad, que se refiere a los modos de identificación, producción, modificación y ejecución de las normas jurídicas, para que operadores jurídicos y ciudadanos sepan a qué atenerse; b) una función de justicia, que fija contenidos de moralidad del Derecho, del Derecho justo y del deber ser; y c) una función de legitimación, pues la Constitución expresa el consenso sobre los modos de acceso y ejercicio del poder, además del contenido de moralidad que debe realizar el Derecho⁹⁷⁴.

Tales funciones del Derecho, entonces, hay que extenderlas no sólo a la Constitución sino a todas las disciplinas jurídicas, pues el estudio del Derecho no se puede limitar a su estructura sino que debe ser complementado con las funciones que el mismo tiene, las cuales le dan esa conexión con la realidad, necesaria para que sea un discurso práctico, sin dejar de tener presentes las limitaciones de tal tipo de análisis⁹⁷⁵.

⁹⁷³ RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Estudio preliminar: Bobbio y el positivismo jurídico italiano*. En: BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Op. cit., pp. 13-55.

⁹⁷⁴ Cfr. VIGO, Rodolfo Luis. *Directivas de la interpretación constitucional*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Interpretación constitucional*, tomo II. México: Porrúa / UNAM, 2005, pp. 1353-1355.

⁹⁷⁵ Sobre el particular, Bobbio expresó que: “(...) He puesto de manifiesto algunas dificultades con las que se enfrenta el análisis funcional del Derecho, cuáles son las insidias en las que corre el riesgo de caer cualquiera que se aventure en este campo demasiado confiadamente y sin mirar a sus espaldas, para tratar de explicar el hecho de que, a pesar de la importancia adquirida por el análisis funcional como consecuencia y en proporción al aumento de las prestaciones de las distintas máquinas productoras de normas jurídicas, está todavía por llegar una teoría funcional del Derecho, y entiéndase por teoría funcional del Derecho una teoría general que busque el elemento caracterizador del Derecho no en la especificidad de la estructura, como había ocurrido hasta ahora por obra de los mayores juristas teóricos, sino en la especificidad de la función. Los intentos hechos hasta ahora en esta dirección parecen más bien decepcionantes: porque, o terminan por mostrar justamente lo contrario de lo que se proponían, es decir, que a través de la puesta en relieve de la función no se llega a tocar el carácter específico del Derecho (como me parece que les ha ocurrido a Parsons y a sus intérpretes), o cuando van a la búsqueda de una función específica distinta de aquella o aquellas generalmente reconocidas caen en una desorientadora simplificación, como me parece que le ha ocurrido al más refinado (y complicado) teórico de la función del Derecho, Niklas Luhmann, que atribuye al derecho la función de congruente Generalisierung de expectativas normativas. Como consecuencia de la complejidad del fenómeno jurídico les está ocurriendo a las teorías funcionales lo que les ocurrió a las teorías estructurales: que cuando eran demasiado específicas dejaban fuera de sus confines algún trozo del territorio (por ejemplo, el Derecho internacional), y cuando querían abrazar todos los

Por ello, a continuación se plantea la primera herramienta en concreto a utilizar para lograr la incorporación de la protección jurídica del ambiente al Derecho de contratos comerciales en Colombia, para conseguir la diferenciación funcional propuesta: regulaciones legales concretas y de cláusulas generales de Derecho privado.

3.7.2. Regulaciones legales concretas y de cláusulas generales de Derecho privado como primer mecanismo a utilizar en la solución del problema

Para introducir el tema se puede acudir a una afirmación del referente más importante en Derecho español en cuanto a estudios de la protección de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, quien afirma: “(...) La legislación no puede preverlo todo, de modo exhaustivo, no puede contemplar todas las situaciones ni todos los conflictos posibles. Surgen incesantemente nuevas amenazas y formas de agresión en escenarios insospechados. Y el juez, el último eslabón de la cadena de operadores del Derecho, tiene que resolver (non liquet), desde la perspectiva constitucional, una infinita variedad de conflictos, que el legislador ni siquiera pudo imaginar y que recalcan todos los días en nuestros tribunales. (...) Un derecho cuyo reconocimiento, cuya existencia, depende del legislador, no es un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal, simplemente. (...) Es verdad que algunos han concebido la Drittwirkung como un instrumento de transformación social, como una doctrina supuestamente progresista, que se traduce necesariamente en una mayor presencia o intervención del Estado. Y que a los defensores de la eficacia inmediata se les suele presentar a menudo como enemigos de la autonomía privada, de la libertad negocial, pero ese encasillamiento, como casi todos los estereotipos, es injusto. Por lo pronto, la defensa de los derechos constitucionales individuales frente al poder de las grandes asociaciones o los imperativos de la organización productiva es una propuesta genuinamente liberal. Al menos, si entendemos la libertad como no sumisión, como un espacio real (no virtual) de autodeterminación”⁹⁷⁶.

En efecto, es necesario partir de la base de que los legisladores no pueden prever todos los supuestos que ofrece la realidad y que, en consecuencia, es necesario dejar que los

campos tradicionalmente ocupados por el Derecho, o de los que se han ocupado históricamente los juristas, terminaban por ser demasiado genéricas.

“(...) Tras lo cual, si se quiere extraer una consideración final, esta es que el análisis estructural, atento a las modificaciones de la estructura, y el análisis funcional atento a las modificaciones de la función, deben ser continuamente alimentados y proceder paralelamente, sin que el primero, como ha ocurrido en el pasado, eclipse al segundo, ni el segundo, como podría ocurrir en una inversión total de las perspectivas a las que tan especialmente favorables son las bogas, las modas, el gusto de lo nuevo por lo nuevo... eclipse al primero”. (BOBBIO, Norberto. Contribución a la teoría del derecho. Op. cit., pp. 276-278).

⁹⁷⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*. Op. cit., pp. 188, 189 y 210.

jueces actúen en los casos concretos a través de la determinación de los contenidos que ofrece el Derecho.

Con base en lo anterior, se ha venido sosteniendo a lo largo de este trabajo que la herramienta que de manera más fácil permitiría la incorporación de los principios constitucionales al Derecho comercial es la de las cláusulas generales de Derecho Privado, que en últimas implican acoger la posición de la *Drittwirkung* mediata, al ser tales cláusulas puntos de irrupción o puntos de entrada de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado⁹⁷⁷. Ello, por cuanto el discurso del Derecho privado no deja de ser un discurso conservador, tradicionalista, resistente a los cambios, por lo cual los mismos deben introducirse gradualmente y ojalá con discusiones previas en el poder legislativo, recinto de debate de la principal fuente del Derecho privado en Colombia.

No obstante, también es necesario resaltar el rol que pueden desempeñar los principios como reductores de complejidad en el Derecho comercial colombiano, en un camino que implicaría retomar la senda que trazó la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás, por oposición a lo que ha hecho en ciertos eventos la Corte Constitucional, en el sentido de supeditar la observancia de los mismos a la aplicación normativa, despojándolos de su capacidad de articulación sistémica y abriendo la puerta para un número ilimitado de ellos, cuando precisamente lo que se necesita es reducir complejidad, no aumentarla⁹⁷⁸.

Ya quedó claro, tras el estudio realizado en el capítulo segundo, que el Derecho de contratos colombiano aún no se ha apropiado del concepto de contratación verde para incluirlo en su discurso, pues los esfuerzos sobre el tema han venido principalmente desde la administración de empresas o desde la responsabilidad social empresarial y, por otro lado, que la dogmática del Derecho comercial debería sufrir profundas modificaciones.

Con base en lo anterior, encuentro que la herramienta a utilizar para lograr incorporar la protección del ambiente al Derecho comercial en Colombia viene dada por el uso de los mecanismos que tradicionalmente han tenido acogida dentro del discurso del Derecho privado en general, esto es, las regulaciones legales concretas y las cláusulas generales de Derecho privado.

En efecto, como lo sostiene la teoría del Derecho reflexivo de Teubner, con apoyo en el concepto del Derecho como un sistema autopoietico de Luhmann, la forma de lograr cambios en un sistema es a través de los elementos internos del sistema, no a través de imposiciones externas. Por ello, porque hay que ser conscientes de las dinámicas propias del Derecho comercial, sostengo que si se persigue tener éxito en lograr la protección jurídica del ambiente desde el mismo, en Colombia, hay que acudir, en primera medida, a las herramientas tradicionales del Derecho privado.

⁹⁷⁷ Cfr. JULIO ESTRADA, Alexei. Op. cit. p. 111.

⁹⁷⁸ Cfr. SALAS SALAS, Nubia Cristina. Op. cit.

Así, regulaciones legales concretas, que establezcan reglas claras a ser seguidas por empresas pertenecientes a sectores puntuales de la economía, constituirían la vía más transparente, tradicional y, en consecuencia, adecuada, para ir avanzando poco a poco en la protección del ambiente desde el Derecho privado.

Pienso, por ejemplo, en la posibilidad de introducir lentamente regulaciones a los contratos celebrados por la industria automotriz, la industria aeronáutica, la industria manufacturera, la industria de alimentos, etc., para que en los contratos que celebren, tanto con sus proveedores como con sus compradores o consumidores, se obligue al respeto de ciertos estándares mínimos tanto en la adquisición de insumos como en la venta de los productos o la prestación de los servicios, que permitan que poco a poco se vayan modificando las prácticas de contratación, para incluir en ellas disposiciones que garanticen la protección del ambiente.

Obviamente, hay que hacer énfasis en que los deberes de protección del ambiente deben recaer, en un primer momento, en los grandes contaminadores. No parece adecuado que los destinatarios de las eventuales normas que surjan respecto de protección del ambiente sean los grandes comerciantes en general, pues tal calidad no tiene una relación directa con la calidad de gran contaminador. Por eso, eventuales regulaciones que surjan sobre el tema deberían basarse en la determinación previa de sectores económicos en los que claramente se haya establecido que se producen afectaciones considerables al ambiente.

Esas regulaciones legales garantizarían la discusión pública del tema y el seguimiento de los procedimientos tradicionalmente acogidos por el Derecho privado. No obstante, es evidente que ese no puede ser el único mecanismo utilizado, pues además de los factores políticos y económicos que incidirían para que ciertos sectores económicos quedaran excluidos de tales regulaciones, el Derecho contemporáneo claramente goza de muchas más herramientas para fundar, proclamar, proteger y, así, hacer efectivos los derechos, en un proceso que, en últimas, depende de un determinado desarrollo de la sociedad⁹⁷⁹.

⁹⁷⁹ BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Op. cit., pp. 63-83. Afirma Bobbio en tal escrito que: *“(...) He dicho al comienzo que lo que importa no es fundar los derechos del hombre, sino protegerlos. No tengo necesidad de añadir ahora que para protegerlos no basta con proclamarlos. (...) A través de la proclamación de los derechos del hombre hemos hecho emerger los valores fundamentales de la civilización humana hasta el momento presente. Ya, pero los valores últimos son antinómicos: éste es el problema. (...) Queda por aludir a una dificultad que se refiere a las condiciones de su ejercicio. No todo lo que es deseable y merecedor de ser perseguido es realizable. Para la realización de los derechos del hombre a menudo son precisas condiciones objetivas que no dependen de la buena voluntad de quienes los proclaman ni de la buena disposición de quienes presiden los medios para protegerlos. (...) No basta fundar ni proclamar tal derecho. Pero tampoco basta protegerlo. El problema de su ejercicio no es un problema filosófico ni moral. Pero tampoco es un problema jurídico. Es un problema cuya solución depende de un determinado desarrollo de la sociedad y, como tal, desafía incluso a la constitución más avanzada y pone en crisis incluso al más perfecto mecanismo de garantía jurídica”*.

Así, la posibilidad de incluir cláusulas generales de Derecho privado tales como las expuestas al inicio de este capítulo, como son el orden público ecológico, la función ambiental de los contratos y una obligación ambiental contractual general, también constituyen una herramienta de la que podría hacer uso el legislador colombiano para lograr la incorporación de la protección jurídica del ambiente al Derecho comercial en Colombia.

Inclusive, podría pensarse en que ese tipo de cláusulas no tuvieran un rango meramente legal sino de índole constitucional pero, por las razones ya expuestas, relacionadas con la reticencia del discurso del Derecho privado en general a aceptar imposiciones externas, lo ideal es que se siguiera el mecanismo de que esas cláusulas generales de Derecho privado fueran incluidas en el ordenamiento jurídico colombiano tras discusiones en el poder legislativo.

Igualmente, queda el mecanismo de acudir directamente a las normas constitucionales que protegen el derecho al ambiente sano en Colombia, para dar aplicación a las reglas y principios allí contenidos, en desarrollo del fenómeno de constitucionalización del Derecho privado, ya estudiado.

No obstante, enlazando los cinco elementos mencionados en la Introducción de este capítulo como eje de esta propuesta de solución al problema de investigación, es necesario hacer ver que esas cláusulas generales, para que realmente puedan ser acogidas e implementadas en el ordenamiento jurídico colombiano, requieren de una visión integral en la que se tenga en cuenta que el derecho al ambiente sano no tiene la categoría de derecho fundamental sino sólo cuando se encuentra en conexidad con derechos fundamentales como la vida o la salud, por lo que la aproximación de la *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia de los derechos fundamentales entre particulares verdaderamente sería viable si entendemos al Derecho comercial como un fragmento constitucional de los que propone Gunther Teubner, lo cual se podría lograr si se trabaja simultáneamente en la concentración jurisdiccional y apertura de contenidos del Derecho comercial.

Es decir, en últimas, lo que se quiere hacer aquí es que, independientemente de si el mecanismo adoptado para incorporar es el de regulaciones legales concretas, el de consagración de cláusulas generales de Derecho privado, o el de aplicación jerárquica de las reglas y principios constitucionales que protegen el derecho al ambiente sano, una adecuada integración con el discurso del Derecho comercial sólo será posible si se reconoce la autonomía del mismo como discurso, no para restarle importancia al Derecho constitucional y al Derecho ambiental en sentido estricto, sino para dotar nuevamente de autonomía al discurso del Derecho comercial, lo cual se constituye en la aspiración a futuro para el Derecho comercial en Colombia, como será expuesto en el último punto de este apartado, a continuación.

3.7.3. Aspiración de concepción del Derecho comercial como un fragmento constitucional

Con base en lo expuesto a lo largo de este trabajo, queda claro que la intención perseguida de incorporación de la protección jurídica del ambiente al Derecho comercial se concretaría, en últimas y a futuro, en el entendimiento del Derecho comercial como un fragmento constitucional de los planteados por Gunther Teubner en su obra, por implicar ello la diferenciación funcional necesaria, a mi juicio, en el Derecho y en la sociedad colombianos, para asegurar una convivencia pacífica, estable, duradera y enriquecedora. Pero, ¿en qué se traduce esa aspiración?

En primer lugar, en que el Derecho comercial se ponga a tono con los avances del Derecho constitucional. En efecto, es necesario que la hermenéutica legal y la hermenéutica constitucional dialoguen. Es claro que el origen y motivaciones de la hermenéutica legal son muy distintos, por muchos factores, a los de la hermenéutica constitucional, como claramente lo expone López Medina para el caso colombiano⁹⁸⁰.

No obstante, también es claro que el Derecho comercial no puede mantenerse aislado del Derecho constitucional, pues como lo expuso Rubio Llorente, “(...) *en la medida en que el Estado contemporáneo es precisamente Estado constitucional, el problema de la interpretación es también el problema central de la teoría del Estado e incluso, me atrevería a decir, en alguna medida, de la teoría del derecho*”⁹⁸¹.

En segundo lugar, la aspiración mencionada se traduce en no caer en la “(...) *tentación de querer reconducir a derechos fundamentales todo el ordenamiento, [pues] (...) aunque resulte tentador reconducir todo el ordenamiento a derechos fundamentales, una visión de este tipo equivaldría a devaluar su propia eficacia. Es, pues, dentro de la delimitación de los derechos fundamentales, y una vez realizada ésta, donde deben desarrollar todas sus potencialidades*”⁹⁸².

En efecto, si bien es necesario que el Derecho comercial dialogue con el Derecho constitucional, no se puede caer en lo que algunos han visto como una pretensión del fenómeno de constitucionalización del Derecho privado de querer reducir todas las discusiones jurídicas al ámbito de los derechos fundamentales.

⁹⁸⁰ Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional. Antecedentes históricos y perspectivas contemporáneas*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). Interpretación constitucional, tomo II. México: Porrúa / UNAM, 2005, pp. 779-793.

⁹⁸¹ RUBIO LLORENTE, Francisco. *La interpretación de la Constitución*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). Interpretación constitucional, tomo II. México: Porrúa / UNAM, 2005, p. 1007.

⁹⁸² PÉREZ TREMPES, Pablo. Op. cit., pp. 908-909.

En tercer y último lugar, esa aspiración se concreta en que el Derecho comercial sea concebido como una estructura de funcionamiento similar a las Constituciones Políticas de los Estados-Nación. Los constitucionalistas en cierta forma reconocen el asunto, como cuando se plantea que “(...) El derecho civil y el derecho penal tienen estructuras y lineamientos propios. Si bien están sujetos a la Constitución, son, empero, autónomos dentro de los límites que les marca aquélla. Estas propias se han desarrollado en el derecho civil desde las grandes contribuciones de la cultura jurídica romana, y por ello, el derecho constitucional no debería pretender anularlas desde arriba o desde el lado. El oficio del jurista en el derecho privado es antiguo el derecho constitucional, en cambio relativamente nuevo y reciente. Las verdades y las máximas del derecho, tal como se manifiestan, por ejemplo, en la doctrina de la *condictio* y en la fórmula *in pari turpitudine melior causa est possidentis* (§817 BGB), se mantienen, no en el sentido de que el ‘derecho constitucional pasa, el derecho civil permanece’, para parafrasear una frase de O. Mayer relativa al derecho administrativo, sino en el de que el constitucionalista tiene todos los motivos para respetar el ‘tejido fino’ del oficio del civilista”⁹⁸³.

El objetivo es, pues, que el Derecho comercial en particular, y el Derecho privado en general, a futuro no se sigan concibiendo como un discurso inferior jerárquicamente al discurso del Derecho constitucional. Sin embargo, la clave para que ello ocurra así es que el Derecho privado en general asimile de una vez y por siempre que “(...) los sistemas jurídicos contemporáneos son ‘Estados constitucionales’, y no meramente ‘Estados de derecho’”⁹⁸⁴.

⁹⁸³ HÄBERLE, Peter. *Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Interpretación constitucional*, tomo I. México: Porrúa / UNAM, 2005, p. 698.

Häberle complementa esta afirmación cuando sostiene que “(...) Así como el civilista experimentado somete el resultado obtenido en la interpretación al control de la idea de justicia, así también el juez constitucional, al interpretar, trabaja, de manera expresa o en el fondo, haciendo presentes los principios de la justicia.

“(...) hay que recordar que el legislador ordinario contribuye bastante a la concretización de la Constitución ‘desde abajo’, sin que esta imagen jerárquica deba tomarse en sentido literal. Todos los órganos constitucionales y jurisdiccionales hacen contribuciones parciales a la concretización de la Constitución, sobre todo al desarrollo constitucional en el eje del tiempo. Así, por ejemplo, la evolución del derecho privado influye, a mediano plazo, en la imagen que la Constitución se hace del ‘derecho privado’, independientemente de su ‘supremacía’ “. (HÄBERLE, Peter. *Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas*. Op. cit., pp. 687 y 697.

⁹⁸⁴ CIANCIARDO, Juan. *Interpretación por analogía, derecho constitucional de emergencia y justicia (Consideraciones en torno al contenido esencial del derecho de propiedad)*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Interpretación constitucional*, tomo I. México: Porrúa / UNAM, 2005, p. 467.

Agrega el mencionado autor que “(...) el derecho de propiedad se ha ido asimilando progresivamente al derecho humano de propiedad, en consonancia con lo que ha ocurrido en el resto de los países occidentales a medida que se ha tomado conciencia de que se trata de un derecho que junto con una faz individual tiene otra, social, que mira no tanto a las dotes, méritos o capacidades personales de quien es titular del derecho, como a las necesidades concretas, suyas y ajenas. Una revolución paralela, en el mismo sentido, se ha operado en el ámbito del derecho civil. El derecho se abre por esta vía a la solidaridad, y no parece sensato retroceder lo andado en esa dirección”. (CIANCIARDO, Juan. Op. cit., pp. 467-468).

Una forma como esto se puede dar es a través de una idea anunciada previamente, en el sentido de que a futuro la herramienta del principio de proporcionalidad pudiera ser incorporada en el Derecho privado, a pesar de reconocerse que es una herramienta ajena a su hermenéutica tradicional, pero que los jueces ordinarios podrían incorporar dentro de sus esquemas de decisión.

Sobre el tema, es necesario precisar, en primera instancia, que “(...) Suele no distinguirse entre *balancing*, principio de proporcionalidad y el de concordancia práctica. Entre ellos, tal y como están formulados, existe una relación. El *balancing* es un elemento del principio de proporcionalidad. Entre tanto el principio de concordancia práctica comprende al principio de proporcionalidad”

“(...) El principio de proporcionalidad es una técnica cuyo ámbito de actuación está esencialmente delimitado a la intervención estatal en los derechos fundamentales. Es decir, sirve como criterio de evaluación cada vez que so pretexto de optimizar un bien colectivo, el legislador introduce una disminución sobre lo protegido por un derecho fundamental. No rige, como se verá, en un conflicto entre derechos fundamentales, en cuyo caso la técnica de solución es la ponderación o *balancing*”, reconociendo dicho autor la descomposición del principio de proporcionalidad en los tres subprincipios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ya explicados previamente en este capítulo, y planteando que “(...) además de requerirse una intervención estatal en la esfera de libertad personal para su aplicación, las exigencias de la proporcionalidad están presididas por la lógica de la relación de medio a fin. Es decir, se trata de analizar si determinado medio (la limitación del derecho) es proporcional para la consecución de cierto fin (bien colectivo)”⁹⁸⁵.

⁹⁸⁵ CARPIO MARCOS, Édgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Interpretación constitucional*, tomo I. México: Porrúa / UNAM, 2005, pp. 371-372.

Agrega dicho autor que “(...) El principio de concordancia práctica o, llamado también, de ‘armonización’, es un criterio específico de interpretación de las normas constitucionales. (...) Este principio presupone que en caso de colisión de bienes constitucionales, esos ‘conflictos... no se resolverán de ordinario con la afirmación de la prevalencia incondicionada o absoluta de alguno sobre los demás’ sino del modo que de mejor forma resulten ambos optimizados. ‘El juicio de concordancia práctica exige (imposición positiva) que el punto de equilibrio sea aquel en que los dos principios alcanzan su máximo grado de realización’.

“(...) En ese sentido, no debe confundirse a la ponderación con el principio de proporcionalidad. Cuando se trata de una intervención estatal en la esfera de un derecho constitucional, dado que el principio no se aplica en los conflictos entre derechos fundamentales de dos individuos, la ponderación se presenta como uno de los subcriterios que forman parte del principio de proporcionalidad. Éste constituye, en efecto, su ‘tercer escalón de un examen de cualquier medida limitativa de los derechos fundamentales desde el punto de vista de las exigencias del principio de proporcionalidad’.

“Sin embargo, lo anterior no debe llevar a considerar que no hay *balancing* o ponderación por fuera del principio de proporcionalidad o viceversa, que el *balancing* se confunda con el principio de proporcionalidad. La última afirmación es sencilla de explicar. El *balancing* es uno de los subcriterios del

Por su parte, en cuanto a los conflictos de derechos fundamentales, se afirma que "(...) Para decidir los problemas donde hay 'conflictos' entre derechos constitucionales (...) se suele recurrir básicamente a dos métodos: el primero consiste en establecer una jerarquía entre los derechos fundamentales – categorization of rights, en el léxico anglosajón- y el segundo en decidir mediante el test del balance o del 'balanceo' – balancing test-, también llamado ponderación o test ponderativo. A estos métodos están íntimamente ligadas las doctrinas referidas a las libertades preferidas y los límites externos a los derechos fundamentales"⁹⁸⁶. En cuanto a los tipos de balancing, también es necesario efectuar precisiones⁹⁸⁷.

principio de proporcionalidad para medir las intervenciones estatales en la esfera de los derechos fundamentales. Pero hay esferas o ámbitos en los que el conflicto debe solucionarse a través de la ponderación, sin que en dicho ámbito sea aplicable el principio de proporcionalidad. Ello sucede especialmente en los casos en los que el conflicto se produce entre 2 (sic) derechos fundamentales, en los que la evaluación de los criterios de 'utilidad', 'necesidad' y 'proporcionalidad en sentido estricto' no ingresan. 'Aquí hay sólo ponderación, que puede llevar a argumentaciones y a resultados, a veces, semejantes a los de la doctrina relativa al principio de proporcionalidad, pero que no se rige por ésta'.

"Finalmente, también cabe diferenciar a la ponderación del criterio de concordancia práctica. Como expresa José María Rodríguez, 'la concordancia práctica postula la óptima efectividad posible de los principios o bienes en conflicto. Mientras que el juicio de simple ponderación impide (límite negativo) que un principio, valor o bien sea perjudicado en una medida que no esté justificada por la importancia del cumplimiento del principio contrario'. De manera que 'un determinado punto de equilibrio puede ser ponderado, pero no el óptimo (como exigiría el principio de concordancia práctica)' ". (CARPIO MARCOS, Édgar. Op. cit., pp. 372 – 374).

⁹⁸⁶ TOLLER, Fernando M. *La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales: una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el balancing test*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Interpretación constitucional*, tomo II. México: Porrúa / UNAM, 2005, p. 1202.

⁹⁸⁷ "(...) En rigor existen tres tipos de balancing o ponderación. El primero de ellos, que es aquel al cual se suele referir cuando se habla sin más de balancing test, es el también denominado en el ámbito jurídico norteamericano como 'balancing estricto' o ad-hoc balancing. Es el balancing utilizado por la jurisprudencia de Estados Unidos, aunque a veces también es mezclado con el segundo tipo de balancing, por el Tribunal Constitucional de España. Este balancing implica el examen dentro del caso concreto del peso respectivo de los intereses en juego, y no tiene más objetivos que resolver el litigio puntual sub iudice.

"(...) En segundo lugar se encuentra lo que en Estados Unidos se denomina 'balancing amplio' –menos usado que el balancing test estricto, o sea, una ponderación en abstracto de los valores en pugna. Este tipo de balancing es, sin embargo, el más común dentro de los tribunales alemanes, que le llaman contrapeso o ponderación de bienes o valores –Güterabwägung o Wertabwägung, respectivamente, ambos sustancialmente sinónimos. En este caso la decisión funciona de modo muy similar, si no idéntico, a la de jerarquización o categorization of rights. La única diferencia, estrictamente hablando, es que mientras en la jerarquización la atribución de lugar dentro de la escala de derechos es en rigor realizada a priori de un caso concreto, en la Güterabwägung el juez va al caso sin una tabla pretasada, pero en el litigio realiza una ponderación abstracta, determinando cuál derecho es más importante, no por las circunstancias concretas del pleito – como ocurre con el ad-hoc balancing-, sino en general, por razones políticas, filosóficas, etc.

"(...) Por último, existe un tercer tipo de balancing que, propiamente hablando, no es una ponderación. Se llama definitional balancing, y alude al surgimiento de reglas jurisprudenciales desde las decisiones

Teniendo claras las anteriores precisiones terminológicas, hay que mencionar que ideas como la proporcionalidad, la ponderación, los principios, no son del todo ajenas al juez ordinario⁹⁸⁸, por lo que tal tipo de jueces podrían estar dispuestos a dar aplicación a una herramienta que precisamente ha sido construida por los jueces constitucionales para hacer mucho más fácil y precisa su labor⁹⁸⁹.

En particular, en lo que a derecho al ambiente sano se refiere, precisamente la Corte Constitucional de Colombia ha utilizado el principio de proporcionalidad como base para definir los conflictos entre la protección del ambiente y la libertad de empresa. La sentencia C-486/09, mediante la cual se revisó la constitucionalidad del artículo 8° de la Ley 1124 de 2007, que establecía que todas las empresas a nivel industrial debían tener un departamento de gestión ambiental dentro de su organización, para velar por el cumplimiento de la normatividad ambiental, es el referente jurisprudencial más claro sobre el tema.

En dicha sentencia se estableció una metodología precisa para evaluar los conflictos entre libertad económica, libertad de empresa y primacía del interés general, consistente en que la restricción a dichas libertades económicas es constitucional: i) si respeta el principio de reserva democrática; ii) si la medida no anula el derecho en sus contenidos esenciales; y iii) si responde a criterios de razonabilidad, en el sentido que obedece al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señaladas por la Constitución, y proporcionalidad en sentido lato.

La Corte estudió cada uno de los criterios frente a la norma demandada, encontrando que se respetaba la reserva democrática, el núcleo esencial de los derechos fundamentales, y la medida era razonable, pero encontró que en materia de proporcionalidad la norma imponía una carga excesiva para ciertas empresas, por lo que falló declarando inexecutable el término "todas" del artículo 8° de la Ley 1124 de 2007 y condicionando su aplicación para que no se predique respecto de las micro y pequeñas empresas del sector industrial.

Como lo expone Claudia Rojas Quiñónez para concluir el estudio de la mencionada providencia, "(...) *Del anterior análisis jurisprudencial se puede observar, por una parte, la*

prudenciales de diferentes controversias singulares, que van puliendo los contornos de un determinado derecho, estableciendo cómo interpretarlo en casos futuros donde se verifique tal o cual situación y dando así cierta previsibilidad sobre el derecho aplicable. Como puede verse, en realidad el definitional balancing es opuesto al balancing test. (...) El lector puede posiblemente preguntarse por qué denominar 'balance definitorio' a lo que no es un balancing. La respuesta quizás haya que buscarla en lo siguiente: para quienes toda interpretación constitucional es un balancear el peso de intereses, la determinación de reglas es también un balancing". (TOLLER, Fernando M. Op. cit., pp. 1219 – 1221).

⁹⁸⁸ Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos del Derecho y razonamiento judicial. Op. cit.

⁹⁸⁹ Cfr. MATTHEWS, Jud y SWEET, Alec Stone. Op. cit., pp. 11-54.

inexistencia de pronunciamientos referidos a limitaciones ambientales absolutas; es decir, la Corte no ha conocido hasta ahora casos en los que la demanda haya consistido en denunciar una norma ambiental por impedir absolutamente el ejercicio de la libertad de empresa, como sucedería con una ley que prohibiera por completo una determinada actividad empresarial –por ejemplo, la pesca en determinados ríos-. Por otra parte, este estudio ha demostrado una evolución positiva de la jurisprudencia constitucional principalmente desde el punto de vista metodológico en relación con la resolución de conflictos entre la libertad de empresa y la protección ambiental. En especial la última providencia estudiada constituye un verdadero aporte a la definición de dicha libertad, que en el ordenamiento colombiano tiene una posición y un significado particulares”⁹⁹⁰.

En efecto, como lo explica Bernal Pulido, la proporcionalidad es una noción general, utilizada desde épocas remotas en las matemáticas y otras áreas del conocimiento, como eje de la relación entre medio y fin, siendo demostrado por Franz Wieacker que el principio de proporcionalidad alcanzó una importancia capital en vastos ámbitos del Derecho Privado en la cultura jurídica romana, para pasar luego sí a tener el desarrollo que adquirió en el Derecho público europeo, en la época de la Ilustración, exigiendo que las intervenciones estatales en la libertad estatal fuesen proporcionadas. Después de consolidó en Prusia como principio de Derecho de policía, momento a partir del cual se dio una incesante expansión en el Derecho público europeo, convirtiéndose desde ahí en un criterio ineludible para controlar el respeto a los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos⁹⁹¹.

Con base en lo anterior, es posible encontrar que el principio o análisis de proporcionalidad no es algo totalmente ajeno al Derecho privado y, por el contrario, su incorporación al Derecho comercial colombiano permitiría que “(...) *En situaciones en las que los jueces no pueden evitar declarar un ganador, pueden al menos hacer una serie de cortesías rituales a la parte perdedora. De hecho, la corte que pasa a la ponderación en sentido estricto afirma, en efecto, que cada parte tiene un derecho constitucional significativo de su lado, pero que la corte debe, no obstante, tomar una decisión. La corte puede entonces afirmar creíblemente que comparte en algún grado la angustia del perdedor por el resultado*”⁹⁹².

Todo lo anterior es simplemente una propuesta, precisamente por lo cual invito a las críticas y comentarios en general. Los riesgos y errores en que se puede incurrir como consecuencia de la incorporación en el ordenamiento jurídico colombiano de elementos que alteren figuras que ya han venido funcionando hace muchos años, son muy grandes,

⁹⁹⁰ ROJAS QUIÑÓNEZ, Claudia. Op. cit., p. 183.

⁹⁹¹ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 43-57.

⁹⁹² MATTHEWS, Jud y SWEET, Alec Stone. Op. cit., p. 41.

pero pareciera que los beneficios a mediano y largo plazo para el sistema jurídico y para el país en general, podrían ser inmensos.

En efecto, los riesgos de que un trabajo como el que aquí termina se quede en mera retórica, o de que la aplicación práctica de lo aquí propuesto dé lugar a más confusiones de las que actualmente se quieren evitar, son claramente evidentes y probables.

Sin embargo, la discusión de estos temas debe darse, pues la realidad del Derecho y del planeta Tierra así lo exigen, y la mejor forma de darla es arriesgándose a proponer cosas que a primera vista pueden parecer insensatas o erróneas. Algunos preferimos que nos tilden de diversas maneras que callar convicciones íntimas que nos mueven profundamente.

Lo que falta por ver es si la voluntad política predominante en la sociedad colombiana permite que la protección al ambiente se incorpore como criterio de operación del Derecho comercial en Colombia. Termino con una cita de Bobbio:

*"(...) A cualquiera que se proponga hacer un examen libre de prejuicios del desarrollo de los derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial le aconsejaría este saludable ejercicio: leer la Declaración Universal y después mirar alrededor. Estará obligado a reconocer que, a pesar de las anticipaciones iluminadas de los filósofos, de las audaces formulaciones de los juristas, de los esfuerzos de los políticos de buena voluntad, el camino por recorrer es todavía largo. Y le parecerá que la historia humana, aun cuando vieja en milenios, comparada con las enormes tareas que nos esperan, quizá haya apenas comenzado"*⁹⁹³.

⁹⁹³ BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Op. cit., p. 83.

3.8. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

A partir de la identificación de cinco elementos que podían brindar soluciones al problema de investigación propuesto, los cuales fueron estudiados de acuerdo con la teoría del Derecho reflexivo, se ha esbozado una propuesta concreta que se somete a discusión y escrutinio de la comunidad académica.

Esta labor ha permitido entender que el Derecho ambiental y el Derecho comercial son órdenes legales parciales que deben comunicarse. Ha sido posible encontrar cláusulas generales de Derecho privado como serían el orden público ecológico, la función ecológica de los contratos, y una obligación ambiental general, para incorporar adecuadamente la protección al ambiente en el Derecho comercial.

Sin embargo, debido a que este modelo de cláusulas generales de Derecho privado podría chocar con el discurso de derechos fundamentales del Derecho constitucional, en especial al identificar la Constitución Política colombiana como una Constitución ecológica, ha sido necesario recurrir a las teorías de los fragmentos constitucionales y del transconstitucionalismo como herramientas para entender la colisión de discursos que existe entre el Derecho constitucional y el Derecho comercial, en el fenómeno que se ha denominado constitucionalización del Derecho privado.

A esta aproximación se ha llegado después de entender que los modelos de aplicación jerárquica de las disposiciones constitucionales y de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares no reconocen al Derecho comercial como un orden legal autónomo frente al Derecho constitucional.

De acuerdo con lo anterior, ha sido planteado que la situación ideal sería entender al Derecho comercial como una Constitución, similar en efectos a las Constituciones políticas de los Estados-Nación, aunque también es necesario reconocer que el orden jurídico y la sociedad colombianos no gozan actualmente de la diferenciación funcional necesaria para ello, por lo cual se ha formulado una propuesta de solución al problema de investigación en dos frentes interdependientes.

Ambos frentes parten del reconocimiento de que la Constitución Política debe seguir entendiéndose como la norma jurídica fundamental y, en consecuencia, con una mayor jerarquía normativa. Sin embargo, en el primer frente de actividades se propone reasignar la competencia para conocer de casos en que se enfrenten el discurso de derechos fundamentales con el discurso de los contratos de Derecho comercial, para que tales casos no siguieran siendo decididos por jueces constitucionales distintos a jueces ordinarios, y para que el órgano de cierre no fuera la Corte Constitucional sino la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. El segundo frente está encaminado a la necesidad de una continua apertura del Derecho comercial a la incorporación en su discurso de nuevos elementos provenientes de la comunicación con otros discursos legales y con otros sistemas.

Esto se complementa con una propuesta más concreta de incorporación al ordenamiento jurídico colombiano de regulaciones legales específicas y de cláusulas generales de Derecho privado que obliguen a ciertos comerciantes a tener en cuenta los criterios de protección jurídica del ambiente en la celebración y ejecución de sus contratos tanto de adquisición de insumos como de enajenación de sus productos o prestación de sus servicios.

Todo lo anterior permitiría ir labrando el camino para incorporar la protección del ambiente al discurso del Derecho comercial colombiano, de manera que por esa vía el Derecho comercial sea cada vez más rico y autónomo al aliviar las tensiones entre Derecho comercial, Derecho ambiental en sentido estricto y Derecho constitucional, de manera que algún día se pueda llegar a entender al Derecho comercial como un fragmento constitucional, todo gracias a la comprensión del Derecho como un discurso en permanente construcción y con necesidad de diferenciarse funcionalmente.

CONCLUSIONES GENERALES

El objetivo de este apartado de conclusiones es el de presentar los resultados obtenidos tras el estudio realizado y plantear los retos que arroja la investigación adelantada.

Así, en la introducción general se planteó como problema de investigación, a partir de la evidencia de que en el mundo ha empezado a hablarse de la protección del ambiente en los contratos entre particulares, la pregunta sobre si, en atención a que no se evidencia en la teoría y regulación de la contratación mercantil en Colombia una adecuada protección jurídica del ambiente, ¿cuál podría ser una forma de relación a establecer entre el Derecho ambiental y el Derecho comercial en Colombia para lograr que tal protección pudiera darse de manera adecuada?

Igualmente, se hizo explícito allí que la agenda detrás de esta pregunta está marcada por la convicción de que los particulares también estamos obligados a velar por la protección del ambiente, pues es un asunto que no compete exclusivamente a los Estados y a organismos internacionales. En efecto, es claro que distintos mandatos constitucionales de la Constitución Política de Colombia han motivado que la misma haya sido catalogada por la misma Corte Constitucional como una Constitución con una concepción ecologista, mandatos que obligan no sólo al Estado sino también a los particulares. Sin embargo, no está claro hasta qué punto esa concepción ecologista de la Constitución Política colombiana afecta el discurso propio del Derecho privado y, en concreto, del Derecho mercantil.

Como trasfondo de todo lo anterior se encuentra la evidencia de las tensiones existentes entre teorías y discursos provenientes del Derecho ambiental en sentido estricto, del Derecho comercial y del Derecho constitucional. Así, el hilo conductor a lo largo de todo el trabajo fue la manifestación de tales tensiones, en relación con un marco teórico, un marco conceptual y una propuesta de solución al problema de investigación.

De esta manera, el primer capítulo del estudio se concentró en presentar una aproximación a cada uno de los elementos que hacen parte del marco teórico del tema objeto de estudio. En el segundo capítulo se abordaron los principales conceptos necesarios para poder exponer y comprender el problema de investigación, y en el tercer capítulo se expusieron los elementos de la propuesta de solución con la cual se pretende dar respuesta al problema de investigación.

Teniendo claro lo anterior y que el objetivo principal del primer capítulo fue exponer el marco teórico escogido como referencia para abordar el estudio de la protección jurídica del ambiente en el Derecho comercial en Colombia, ello motivó que en un primer momento fueran propuestas definiciones para los conceptos de Derecho ambiental, Derecho comercial y aproximación epistemológica (1.2). La conclusión obtenida al respecto es el conflicto al momento de pretender compaginar tales disciplinas, fundamentado en la diversidad de conceptos de cada una de las mismas.

Posteriormente fueron expuestas las principales tensiones internas tanto del Derecho comercial como del Derecho ambiental (1.3), al final de lo cual se obtuvo evidencia de cómo los distintos intereses y formas de abordar el estudio de las disciplinas jurídicas, no sólo se presentan entre una disciplina y otra, sino también dentro de los discursos y operadores jurídicos dedicados a una misma disciplina.

Ello derivó en un estudio de confrontación de las diversas aproximaciones epistemológicas que tienen el Derecho comercial y el Derecho ambiental (1.4), en especial a través del estudio de los fundamentos filosófico, histórico y científico de cada una, para concluir con la idea de complejidad de acercamiento en la relación entre tales disciplinas con el objetivo de protección jurídica del ambiente.

De esta manera, la comprobación de las tensiones internas del Derecho comercial y el Derecho ambiental, así como las tensas relaciones entre tales disciplinas del Derecho, sólo refuerzan la posición que aboga por la necesidad de superar tales dificultades, principalmente a través de la comprensión del Derecho como un discurso (1.5), un producto cultural y un proceso a la luz del conocimiento científico, en el que se deberían superar las tradicionales divisiones entre disciplinas del Derecho, para tratar a la naturaleza como un proyecto del Derecho en conjunto.

Lo anterior dio pie para presentar el concepto de colisión de discursos legales (1.6), y la teoría del Derecho reflexivo de Gunther Teubner (1.7), elaborada principalmente a la luz de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, como referente teórico adecuado para abordar el objeto de estudio.

Para llegar a ese planteamiento, se partió de la idea de que la incorporación de elementos ajenos al discurso tradicional del Derecho privado se constituye en la tensión más importante existente en la actualidad en Derecho de contratos en Colombia. Así, se identificó tal situación como una colisión de discursos, que llevó a plantear a la teoría del Derecho reflexivo como el marco para abordar su estudio.

La teoría del Derecho reflexivo de Gunther Teubner, que no es propiamente una teoría del Derecho de contratos, permite mantener la autonomía del discurso de la contratación mercantil frente al discurso del Derecho ambiental.

En efecto, una de las conclusiones más importantes del primer capítulo es la idea de que si se desea realizar un estudio de cómo puede ser adecuadamente protegido el ambiente en el Derecho comercial en Colombia, no se puede otorgar primacía ni al discurso del Derecho ambiental ni al del Derecho comercial, pues precisamente lo que se necesita es respetar la autonomía de cada uno de dichos discursos, así como su interrelación.

La adopción de la teoría del Derecho reflexivo de Gunther Teubner y del concepto de Derecho como un sistema autopoiético de Luhmann debe ir unida a la idea de que en este trabajo no se concibe al Derecho como un sujeto epistémico autónomo, ni se

pretende plantear que los individuos no son los que producen el Derecho como artefacto cultural, como podría desprenderse de los trabajos de Teubner y Luhmann pues, como se expuso desde la introducción general, la utilización de los mismos tiene una aproximación meramente instrumental para efectos de lograr entender la relación entre discursos disímiles como lo son el Derecho comercial y el Derecho ambiental. Con base en ello, en este trabajo el Derecho no se concibe como un sujeto epistémico autónomo sino como un constructo social que termina reflejándose en un discurso en el que, en últimas, las decisiones políticas, las decisiones de poder, terminan teniendo un rol esencial. La referencia a los planteamientos de Luhmann y Teubner sólo apunta a que se entienda que el Derecho comercial en Colombia debería adoptar los mecanismos de reflexión, autorregulación y autolimitación que trae la teoría del Derecho reflexivo y la concepción del Derecho como un sistema autopoietico, para que, por esa vía, otros discursos, como son los del Derecho ambiental en sentido estricto y el Derecho constitucional, también reflexionen y se autorregulen y autolimiten. Igualmente, en este trabajo se entiende al Derecho como un constructo que tiene claros referentes éticos, elemento que no es tan claro en los trabajos de Luhmann, aunque no está descartado del todo.

Con ese primer capítulo superado, el segundo capítulo se encaminó a la estructuración del marco conceptual necesario para estudiar el problema de investigación. Para ello, los conceptos eje escogidos para desarrollar el estudio fueron los de contratación mercantil, principio de precaución ambiental y constitucionalización del Derecho privado. La principal conclusión obtenida al final de dicho capítulo es la de que hay ausencia de una visión de sistema del problema, reflejada en que la teoría y regulación de la contratación mercantil en Colombia no han establecido una relación adecuada con la idea de protección jurídica del ambiente.

Para llegar a tal afirmación, el primer concepto estudiado fue el de protección jurídica del ambiente en Colombia (2.2), lo que implicó abordar previamente el estudio de qué se ha entendido y qué se entiende hoy en día por ambiente, lo que a su vez se traduce en determinar si ese concepto coincide o no con otros, como los de naturaleza, biosfera, ecosistema, la Tierra, o la ecosfera. Un elemento relevante a tener en cuenta es el de entender que la idea de crisis ecológica está basada en la existencia de unas perspectivas económicas, ante la escasez de recursos, y otras perspectivas no económicas, que apuntan a una aproximación primordialmente ética, con argumentos científicos y políticos. En últimas, lo que importa resaltar es que el concepto de ambiente no es pacífico, pues alrededor del mismo están presentes las tensiones de la vida del hombre en sociedad.

Precisamente esas tensiones se reflejan entre los extremos antropocéntrico y biocéntrico desde los cuales se suelen abordar las discusiones sobre el ambiente, de manera que en este estudio se adopta la visión de entender al ambiente no como sujeto ni como objeto sino como un proyecto, siguiendo para esto la propuesta de François Ost, así como la idea de que el tema ambiental debe ser entendido como un asunto complejo, como lo hace en Colombia Julio Carrizosa Umaña.

Con lo anterior como base, el siguiente paso fue estudiar el principio de precaución ambiental (2.3), acudiendo a las diferentes definiciones que existen del mismo y su origen histórico, para dar cuenta de cómo el principio de precaución en concreto surge dentro del contexto de un concepto como el de la sociedad de riesgo de Ulrich Beck, lo que explicaría la ausencia de unanimidad en cuanto a la definición del mismo y por qué tal principio es un escenario donde se aprecian de manera clara las tensiones entre ciencia, tecnología, economía, Derecho y política, ya que a través del mismo se pueden defender o proteger los más variados intereses.

En efecto, teniendo claro que el principio de precaución corresponde al modelo anticipatorio, paradigma del Derecho ambiental a futuro, no puede ignorarse que el Derecho ambiental también está integrado por principios y reglas inspirados en los paradigmas o modelos curativo y preventivo. Además, se hizo énfasis en los trabajos de Cass Sunstein que plantean que figuras como el principio de precaución lo que terminan haciendo es dar cabida irracional a los miedos sociales, pues dicho autor parte de la base de que actualmente las sociedades son vulnerables ante riesgos y peligros, llevando a que muchas veces se tomen decisiones con base en el miedo, que terminan siendo peores que el problema real.

Con base en lo anterior, se obtuvo como conclusión que el escenario de la colisión de discursos se presenta como el adecuado para estudiar la contratación mercantil frente a la protección jurídica ambiental, fundamentalmente porque ese escenario permite evaluar la existencia de tensiones entre discursos provenientes de diferentes sistemas.

El siguiente concepto estudiado fue el de contratación mercantil verde (2.4), respecto del cual fue necesario definir y explicar previamente el de contratación mercantil, para luego diferenciar la idea de contratación verde de la de contratación sostenible, haciendo especial énfasis en que el concepto de contratación verde ha tenido amplia recepción en contratación pública pero no en contratación entre comerciantes. La principal conclusión obtenida en este apartado es que las aproximaciones hechas al tema desde los ámbitos del gobierno corporativo y de la responsabilidad social empresarial, si bien son muy valiosas, no parecen ajustadas al discurso del Derecho para garantizar una adecuada protección del ambiente, por depender primordialmente de la buena voluntad de los empresarios.

Teniendo como base la anterior conclusión, el siguiente paso dado consistió en estudiar si, desde el punto de vista teórico, existía algún referente en Derecho de contratos, no sólo en doctrina del *civil law* sino también del *common law*, que hubiera abordado el tema de la protección jurídica del ambiente en teoría del Derecho de contratos (2.5). Las conclusiones obtenidas al respecto pasan por la dificultad que arroja la noción de contrato, lo cual implica que en *civil law* se hable una única teoría general del contrato, por oposición al *common law*, en el que se habla de pluralidad de teorías de contratos.

En efecto, debido a que en la teoría general del contrato que se maneja en Derecho colombiano no se encuentra un referente claro a la protección del ambiente desde la

contratación mercantil, se propuso superar esta dificultad con el estudio de las teorías en Derecho de contratos que se han esbozado en Derecho anglosajón, encontrando que los principales intentos por tratar de clasificar u organizar de manera sistemática las teorías existentes, agrupándolas bajo ciertos criterios diferenciadores, no siguen un criterio uniforme, por lo cual fue necesario acudir a estudiar los aportes que las diferentes escuelas de teoría jurídica han realizado al Derecho de contratos en el mundo anglosajón.

Ello permitió sostener que, en un primer momento, las teorías que más parecieran servir como referente teórico para el objeto de estudio propuesto son la teoría relacional de los contratos y la doctrina del solidarismo contractual francés, fundamentalmente porque, a diferencia de las demás teorías examinadas, propenden expresamente por la incorporación de elementos de la relación del hombre con su entorno dentro del Derecho de contratos y, en consecuencia, se presentan, en un primer momento, como favorables para la inclusión de la preocupación por la protección del ambiente dentro de tal discurso.

Sin embargo, como fue expuesto, dicha doctrina y teoría parten desde el discurso del Derecho de contratos, cuando lo que se necesita es una teoría de segundo nivel como la que ofrece la teoría del Derecho reflexivo de Teubner, al estar fundamentada en la teoría de sistemas y el concepto de Derecho como sistema autopoietico de Luhmann, pues permite entender al Derecho ambiental y al Derecho comercial como dos discursos diferentes dentro del sistema del Derecho, sin ninguna pretensión de prevalencia de uno sobre otro.

Los elementos expuestos permitieron exponer que existe una inadecuada y hasta inexistente protección jurídica del ambiente en la teoría de la contratación mercantil en Colombia a la luz del principio de precaución ambiental (2.6), pues la situación actual de la contratación verde entre comerciantes en Colombia es precaria, fundamentalmente porque los esfuerzos que ha habido al respecto son aislados y porque todavía falta mucha profundización de la figura en la contratación mercantil.

El asunto no pasa solamente por la idea de una supuesta falta de coherencia o congruencia en las instituciones a comparar, es decir, entre la contratación mercantil y el principio de precaución ambiental, pues claramente los contratos mercantiles no tienen directamente una finalidad ambiental, ya que lo que persiguen primordialmente es satisfacer los intereses económicos de los comerciantes, sino que precisamente la situación encontrada es un reflejo de que el Derecho comercial colombiano, encabezado por la jurisdicción ordinaria colombiana pero con falta de colaboración también por parte del Legislativo y el Ejecutivo, no ha otorgado suficiente importancia a las obligaciones ambientales, pues el orden público contractual es insuficientemente ecológico, ante lo cual se propone que el Derecho repense el contrato bajo criterios ambientales.

Obviamente, hay que delimitar el ámbito de sujetos a quienes estarían destinadas en un primer momento las disposiciones que se introduzcan al ordenamiento jurídico colombiano respecto de contratación verde entre comerciantes. En efecto, es necesario reiterar que no parece sano realizar una propuesta que abarque por igual a todos los comerciantes ni a todos los sujetos a los cuales se les apliquen normas de Derecho comercial, pues un criterio clave para que la incorporación de reglas de contratación verde sean de buen recibo es que no se impongan deberes a los consumidores sino sólo a los productores o comercializadores y, dentro de estos últimos, que tales deberes sean predicables inicialmente sólo respecto de grandes contaminadores, para lo cual es necesario contar con estudios técnicos que permitan determinar cuáles sectores económicos son los que más contaminación producen.

Para cerrar este punto, se evidenció cómo el Derecho colombiano de contratos aún no se ha apropiado del concepto de contratación verde para incluirlo en su discurso, pues los esfuerzos sobre el tema han venido principalmente desde otros discursos, por lo cual se planteó la necesidad de que el Derecho comercial incorpore la protección del ambiente dentro de sus elementos. Lo que es más preocupante es que a pesar de la existencia de unos deberes constitucionales de protección del ambiente, predicables tanto del Estado como de los particulares, no hay precisión sobre sus alcances en cuanto a contratación mercantil se refiere, pues el legislador colombiano no se ha pronunciado al respecto y en el ordenamiento jurídico colombiano no han sido expresamente consagradas figuras como el orden público ecológico en materia de Derecho privado ni la función ecológica de los contratos, por ejemplo.

El cierre del capítulo segundo viene dado por lo que acá se ha denominado el desafío constitucional (2.7), dentro del cual se hizo especial énfasis en el fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado, al plantear cómo y por qué la concepción ecologista acogida en la Constitución Política de 1991 tiene particular incidencia para llegar a una propuesta de solución en el caso colombiano, pues determina en gran parte las acciones a seguir si se quiere lograr la protección jurídica del ambiente desde el Derecho comercial, sin poner en riesgo los valores más importantes de su discurso. En efecto, las particularidades del caso colombiano permiten plantear la insuficiencia del modelo de órdenes legales parciales, propuesto para estudiar la relación entre Derecho comercial y Derecho ambiental en sentido estricto, para explicar las relaciones entre Derecho comercial y Derecho constitucional.

En efecto, la relación del Derecho comercial con el Derecho constitucional no es fácil, pues está marcada por esa situación de subordinación en que se encontraría el primero frente al segundo y, sobre todo, por ser el Derecho constitucional contemporáneo un discurso basado en valores, a los cuales Teubner no les reconocería un rol preponderante en su teoría del Derecho reflexivo.

Ese desafío constitucional implica a futuro profundizar en la hipótesis de si el Derecho comercial, para entrar en diálogo fructífero con el Derecho ambiental, debería abrir el esquema de Derecho legislado que tradicionalmente lo ha caracterizado, para permitir su

integración con el esquema de Derecho por principios y con la protección de derechos colectivos que maneja el Derecho constitucional.

El tercer capítulo tuvo como objetivo presentar la propuesta de solución al problema de investigación, con base en el marco teórico expuesto en el primer capítulo y el marco conceptual desarrollado en el segundo capítulo.

Para ello, se estudiaron cinco elementos que constituyen la base de la propuesta en concreto que se formula, la cual tiene como eje el reconocimiento de la autonomía de discursos en el mundo del Derecho y la necesidad de efectuar una apertura cognitiva dentro del Derecho comercial. En efecto, la propuesta final que se formula está encaminada a sugerir regulaciones legales concretas y de cláusulas generales de Derecho privado como primer mecanismo a utilizar en Derecho de contratos comerciales en Colombia, para luego plantear la aspiración de poder llegar a una concepción del Derecho comercial como un fragmento constitucional.

Tales cinco elementos son: i) el planteamiento de cláusulas generales de Derecho privado como son el orden público ecológico, la función ambiental de los contratos y una obligación ambiental contractual general; ii) la discusión acerca del derecho al ambiente como un derecho fundamental; iii) la aproximación a la *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia de los derechos fundamentales entre particulares; iv) las propuestas de los fragmentos constitucionales de Gunther Teubner y del transconstitucionalismo de Marcelo Neves; y v) una propuesta de concentración jurisdiccional y apertura de contenidos del Derecho comercial.

Todos estos elementos tienen en común el haber sido estudiados desde el marco teórico escogido, es decir, la teoría del Derecho reflexivo y el presupuesto de que el Derecho ambiental y el Derecho comercial son órdenes legales parciales que deben comunicarse.

Con base en lo anterior, en el apartado referente al orden público ecológico, la función ambiental de los contratos y una obligación ambiental contractual general (3.2), se encontró que hay cláusulas generales de Derecho privado que permitirían incorporar adecuadamente la protección al ambiente al Derecho comercial en Colombia.

Sin embargo, debido a que este modelo de cláusulas generales de Derecho privado podría chocar con el discurso de derechos fundamentales del Derecho constitucional, en especial al identificar la Constitución Política colombiana como una Constitución ecológica, se hizo necesario estudiar el derecho al ambiente como un derecho fundamental (3.3.), concluyéndose al respecto que, si bien la Corte Constitucional de Colombia en sus inicios planteó al derecho al ambiente como un derecho fundamental, esa posición fue variando hasta concebir al mismo como un derecho colectivo que sólo puede protegerse como derecho fundamental si se encuentra en conexión con otros derechos fundamentales como la vida o la salud.

No obstante lo anterior, la relación entre derechos colectivos y derechos fundamentales y la conciencia de que el concepto de derechos fundamentales es un producto eminentemente histórico, hicieron pensar en la necesidad de encontrar algún vínculo entre el discurso de los derechos fundamentales, los más importantes desde el punto de vista constitucional, y el discurso del Derecho del Derecho comercial.

La necesidad de encontrar tal herramienta llevó en el siguiente apartado a estudiar el modelo de la *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales (3.4), respecto del cual se concluyó que el mismo, a pesar de sus esfuerzos de compaginación, en últimas sigue haciendo prevalecer el discurso constitucional sobre el discurso del Derecho comercial.

Igualmente, se identificó allí que la Corte Constitucional colombiana no reconoce expresamente la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, como sí se hace en otros ordenamientos jurídicos, sino que ha recurrido a la criticada figura del estado de cosas inconstitucional. No obstante lo anterior, se planteó allí la posibilidad de que, a futuro, se pueda pensar en la profundización de ese concepto de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y, sobre todo, que ese mismo esquema de pensamiento se reproduzca no solo desde el Derecho constitucional sino desde el interior del Derecho comercial.

Por último, se concluyó dicho apartado con una exposición sobre la dificultad de incorporación del principio de proporcionalidad y de la ponderación en el discurso del Derecho de contratos, básicamente explicada con fundamento en las diferencias de la hermenéutica constitucionalista y la hermenéutica privatista.

Por ello, se hizo necesario recurrir a las teorías de los fragmentos constitucionales y del transconstitucionalismo (3.5) como herramientas para entender la colisión de discursos que existe entre el Derecho constitucional y el Derecho comercial. Con base en tales aproximaciones fue posible llegar a la idea de concebir al Derecho comercial como una Constitución, similar en efectos a las constituciones políticas de los Estados-Nación, aunque sin dejar de reconocer que el orden jurídico y la sociedad colombianos no gozan actualmente de la diferenciación funcional necesaria para ello, por lo cual se formuló una propuesta de solución al problema de investigación en dos frentes interdependientes.

Tales frentes son la concentración jurisdiccional y la necesidad de apertura de contenidos del Derecho comercial (3.6), entendiendo que, en la actualidad colombiana, ambos frentes parten del reconocimiento de que la Constitución Política debe seguir entendiéndose como la norma jurídica fundamental y, en consecuencia, con una mayor jerarquía normativa. Sin embargo, en el primer frente de actividades se propone reasignar la competencia para conocer de casos en que se enfrenten el discurso de derechos fundamentales con el discurso de los contratos de Derecho comercial, para que tales casos no sean decididos por jueces constitucionales distintos a jueces ordinarios, y para que el órgano de cierre no sea la Corte Constitucional sino la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. El segundo frente está encaminado a la necesidad de una continua

apertura del Derecho comercial a la incorporación en su discurso de nuevos elementos provenientes de la comunicación con otros discursos legales y con otros sistemas.

Esto se complementa con una propuesta más concreta de diferenciación funcional en el ordenamiento jurídico colombiano, que permita buscar la incorporación de la protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil en Colombia (3.7). Para ello, se parte de la idea de regulaciones legales concretas y de cláusulas generales de Derecho privado como primer mecanismo a utilizar en la solución del problema, para luego proponer la aspiración a futuro de la concepción del Derecho comercial en Colombia como un fragmento constitucional.

Así, lo que se plantea es que a través de la incorporación al ordenamiento jurídico colombiano de regulaciones legales específicas y de cláusulas generales de Derecho privado que obliguen a ciertos comerciantes a tener en cuenta los criterios de protección jurídica del ambiente en la celebración y ejecución de sus contratos, tanto de adquisición de insumos como de enajenación de sus productos o prestación de sus servicios, se podría ir labrando el camino para incorporar la protección del ambiente al discurso del Derecho comercial colombiano, de manera que por esa vía el Derecho comercial sea cada vez más rico y autónomo al aliviar las tensiones entre Derecho comercial, Derecho ambiental en sentido estricto y Derecho constitucional, de manera que algún día se pueda llegar a entender al Derecho comercial como un fragmento constitucional, todo gracias a la comprensión del Derecho en general como un discurso en permanente construcción y con necesidad de diferenciarse funcionalmente.

En efecto, si bien la propuesta más concreta de este estudio apunta a que sea concebida de una manera distinta la figura de la contratación mercantil, para que dentro de la misma se incorporen criterios de protección jurídica al ambiente, la propuesta de fondo apunta a que el Derecho comercial pueda recuperar autonomía frente a asuntos que pueden ser vistos como intromisiones del Derecho ambiental en sentido estricto y, sobre todo, del Derecho Constitucional.

Para que esto se dé, es clave el rol que deben desempeñar otros discursos como la economía y la política pero, en últimas, que el discurso del Derecho se renueve depende, principalmente, de un cambio de mentalidad de los juristas.

Así, es indispensable que en la economía y la política haya argumentos y voluntades que respalden propuestas que surjan desde el Derecho comercial, pero precisamente el cambio debe surgir desde dentro del Derecho comercial. Se reitera así la conclusión de Hautereau-Boutonnet, ya mencionada en la Introducción general, en el sentido de que están surgiendo reglas de Derecho objetivo que contemplan un nuevo orden público ecológico, pero todo esto depende de la finalidad asignada al contrato a la luz del Derecho objetivo, para complementar su finalidad económica con una finalidad ambiental, todo lo cual cae en el ámbito de la política jurídica, de la cual depende que se pueda hablar de la eficacia ambiental del contrato.

Teniendo clara esa propuesta concreta y de corto plazo, la propuesta de fondo está encaminada a que a mediano y largo plazo el Derecho comercial pueda hacer frente a lo que algunos ven como pretensiones hegemónicas del Derecho constitucional y del Derecho ambiental en sentido estricto, para lo cual es indispensable que el Derecho comercial colombiano modifique sus contenidos para ajustarlos a las nuevas realidades y exigencias éticas del mundo contemporáneo, de manera que no sea necesario acudir a fenómenos como la constitucionalización del Derecho privado para conseguir la transformación de este último.

En últimas, lo que busca plantearse al finalizar este trabajo es que la protección jurídica del ambiente es un asunto que ya hace parte del Derecho comercial colombiano, fundamentalmente porque las disposiciones de la Constitución Política de Colombia llevan a ello, de manera que el tema objeto de esta investigación no corresponde a un estudio de *lege ferenda* sino de *lege lata*, de manera que, si se desea mantener la autonomía discursiva del Derecho comercial, es necesario que el mismo tome acciones en su interior.

Una base fundamental para este objetivo es la comprensión de que las Constituciones Políticas tienen, en su interior, diversos discursos del mismo nivel jerárquico, que colisionan, pues las Constituciones Políticas están conformadas por diversas dinámicas normativas en tensión, que generalmente son el reflejo de normas de inferior valor jerárquico. La Corte Constitucional trata de solucionar esas controversias internas que posee la misma Constitución Política, pero su ámbito de competencias no le permite inmiscuirse en ciertos asuntos de las relaciones entre particulares, que competen a instituciones como la Corte Suprema de Justicia, el Legislativo y el Ejecutivo, y a discursos como el del Derecho comercial.

En efecto, el Derecho constitucional se ve claramente limitado, con ocasión de las funciones de defensa de la Constitución Política asignadas a la jurisdicción constitucional, para irrumpir en el discurso del Derecho comercial, por lo que si la Corte Suprema de Justicia, el Legislativo y el Ejecutivo no realizan los ajustes del caso bajo el marco de las funciones que constitucionalmente les competen, la posibilidad de protección jurídica del ambiente desde el Derecho comercial, o bien puede verse truncada, o bien se desarrollará de manera desordenada y en contra de la seguridad jurídica, si lo que ocurre tal cambio se da finalmente por parte de los jueces constitucionales y las autoridades ambientales. Es necesario aceptar que el discurso del Derecho constitucional es insuficiente para resolver los asuntos que precisamente le compete resolver directa e internamente al Derecho comercial.

La esperanza que aquí surge es que la propuesta académica formulada en este estudio sea acogida e implementada en la práctica, aunque soy consciente de que ello no es fácil. No obstante, si lo aquí planteado sirve para abrir la mente, tanto de iusprivatistas como de ambientalistas y constitucionalistas, con base en un punto de vista muy particular sobre el papel del Derecho comercial colombiano en cuanto a protección del ambiente se refiere, me encontraría satisfecho y parecería que un gran objetivo estaría

cumplido, pues lo que está de fondo en la propuesta formulada en este estudio es una apuesta por la diferenciación y por el entendimiento de la unidad y coherencia del Derecho a partir del reconocimiento de las diferencias y la apertura a integrar nuevos contenidos y herramientas en cada una de las disciplinas jurídicas, como base para que el Derecho colombiano funcione mejor y, en consecuencia, la sociedad colombiana se beneficie de ello.

BIBLIOGRAFÍA

A

ACOSTA GÓMEZ, Francisco Javier. Filosofía del derecho privado. Medellín: Señal Editora/Fundación Universitaria Luis Amigó, 2004.

AGUDELO SÁNCHEZ, Luz Elena. El principio de precaución ambiental en la sentencia C-595 de 2010 de la Corte Constitucional. *Revista Verba Iuris*. 2011, nro. 26, pp. 123-132.

AGUDELO SÁNCHEZ, Luz Elena y HUERTA GUTIÉRREZ, Fausto Enrique. El principio de precaución medioambiental en el Estado colombiano. Pereira: Universidad Libre de Colombia, 2012.

ALCALDÍA DE BOGOTÁ. SECRETARÍA DISTRITAL DE AMBIENTE. Guía para la implementación de un modelo de gestión de compras verdes Bogotá: SDA, s.f. Consultado el 18 de junio de 2017 y disponible en <http://www.ambientebogota.gov.co/documents/24732/3987253/Gu%C3%ADa+para+la+implementaci%C3%B3n+de+un+modelo+de+gesti%C3%B3n+de+compras+verdes.pdf>

ALCALDÍA DE BOGOTÁ. SECRETARÍA DISTRITAL DE AMBIENTE. Programa de Gestión Ambiental Empresarial. Información del portal en internet, 2017. Consultado el 18 de junio de 2017 y disponible en http://ambientebogota.gov.co/es/web/gae/biblioteca/-/document_library_display/13Ty/view/3987253

ALCALDÍA DE BOGOTÁ. SECRETARÍA DISTRITAL DE AMBIENTE. Programa Distrital de Compras Verdes: lineamientos para la gestión de las compras sostenibles (implementación del Acuerdo 540 de 2013). Bogotá: SDA, s.f. Consultado el 18 de junio de 2017 y disponible en <http://www.ambientebogota.gov.co/web/publicaciones-sda/guia-de-compras-verdes>

ALCES, Peter A. *A Theory of Contract Law: Empirical Insights and Moral Psychology*. Nueva York: Oxford University Press, 2011.

ALDANA GANTIVA, Carlos Andrés. La evolución del derecho comercial ante la unificación del derecho privado: reflexiones desde una Colombia globalizada. *Revista de Derecho Privado*. 2007, nro. 38, pp. 3-20.

ALEMÁN ALONSO, Jesús Javier. De la sociedad del riesgo al desmantelamiento del estado de bienestar. *Dilemata*. 2013, año 5, nro. 11, pp. 139-147.

ALEXY, Robert. *Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Interpretación constitucional*, tomo I. México: Porrúa / UNAM, 2005.

- ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa, 1994.
- ALTERINI, Atilio Aníbal. Treinta estudios de derecho privado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Temis, 2011.
- ALTERINI, Atilio; DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO COAGUILA, Carlos (Dir.) Contratación contemporánea. Lima/Bogotá: Palestra/Temis, 2000.
- ALVARADO MOSQUERA, Julio. El principio de precaución y la protección de la naturaleza: análisis comparativo de derecho constitucional ambiental en el Estado colombiano y francés. Bogotá: Ibáñez, Universidad del Sinú, 2015.
- AMAYA NAVAS, Óscar Darío. La Constitución ecológica de Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- AMSTUTZ, Marc. Contract Collisions: An Evolutionary Perspective On Contractual Networks. *Law and Contemporary Problems*. 2013, vol. 76, nro. 2.
- AMSTUTZ, Marc, ABEGG, Andreas y KARAVAS, Vaios. Civil Society Constitutionalism: The Power of Contract Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, vol. 14, nro. 2, pp. 235-258.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Introducción. Reflexiones preliminares sobre un problema moral y jurídico: los derechos colectivos*. En: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (Ed.). Una discusión sobre derechos colectivos. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, 2001.
- ARCAGNI, José Carlos. *El contrato en el common law*. En: STIGLIZ, Rubén (Dir.) Contratos, Teoría general, Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- ARCILA SALAZAR, Beatriz. Las medidas cautelares en el proceso ambiental. *Revista Opinión Jurídica*. 2013, vol. 12, nro. 23, pp. 31-48.
- ARCILA SALAZAR, Beatriz. El principio de precaución y su aplicación judicial. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. 2009, vol. 39, nro. 111.
- ARENAS F., Javier Francisco. Falacias constitucionales: un análisis ambiental de las decisiones de la Corte Constitucional respecto a las fumigaciones de cultivos de uso ilícito. Tesis para optar al título de Magíster en Medio Ambiente y Desarrollo. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- ARENAS FERRO, Javier Francisco. *Aproximación a las definiciones simbólicas ambientales de la Corte Constitucional colombiana*. En: MESA CUADROS, Gregorio (Ed.) Elementos para una teoría de la justicia ambiental y el estado ambiental de derecho. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – UNIJUS, 2011.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Tomo IV: Contratos contemporáneos. Medellín: Diké, 2009.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. 3 tomos. Medellín: Diké, 2008.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Evolución, presente y futuro de la contratación mercantil. Conferencia pronunciada en el Coloquio de Derecho Mercantil celebrado en la Pontificia Universidad Javeriana en noviembre de 2008 en homenaje a José Ignacio Narváez García. Bogotá: sin publicar, 2008.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime. *La constitucionalización del derecho privado de los contratos*. En: ESPINOSA PÉREZ, Beatriz y ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela (Eds.) *Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate*. Bogotá: Diké, 2008.

ARTHURS, H. W. The Future of Law School: Three Visions and a Prediction. *Alberta Law Review*. 2014, vol. 51, nro. 705, pp. 705-716.

ARTUNDUAGA SALAS, Iván Rodrigo. Medio ambiente y evolución: algunas interpretaciones, desde la perspectiva ambiental, de la evolución humana, desde sus cimientos hasta la era del conocimiento en el siglo XXI. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

B

BARNETT, Randy E. Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract. *Virginia Law Review*. 1992, vol. 78, 1992, pp. 1175-1206.

BARRETT, Steven R. H. et al. Impact of the Volkswagen emissions control defeat device on US public health. *Environmental Research Letters*. 2015, vol., 10, nro. 15, pp. 1-10.

BARROSO, Lucas Abreu. Función ambiental de los contratos agrarios, (s.l., s.d.), disponible en http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacc050079-barroso-funcion_ambiental_contratos_agrarios.htm

BECK, Ulrich. *Ecological Politics in an Age of Risk*. Cambridge: Polity Press, 2002.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI, 2002.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

BELAÏDI, Nadia. *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement: vers un ordre public écologique?* Bruselas: Bruylant, 2008.

BELLEY, Jean-Guy. Max Weber et la théorie du droit des contrats. *Droit et Société*. 1988, vol. 9, pp. 301-324.

BELLEY, Jean-Guy. La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme. *Les Cahiers de Droit*. 1985, vol. 26, nro. 4, pp. 1045-1058.

BELLMONT, Yary Saily. El concepto de justicia ambiental: reflexiones en torno a la jurisprudencia constitucional colombiana del siglo XXI. Tesis para optar al título de Magíster en Medio Ambiente y Desarrollo. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2012.

BELLMONT, Yary Saily. *El concepto de justicia ambiental*. En MESA CUADROS, Gregorio (Ed.) Elementos para una teoría de la justicia ambiental y el Estado ambiental de derecho. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – UNIJUS, 2011.

BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge. Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina. *Ius Humani Revista de Derecho*. 2016, vol. 5, pp. 173-188.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. Apuntes de Derecho mercantil: Derecho mercantil, Derecho de la competencia y Propiedad industrial. Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi, 2015.

BERNAL FANDIÑO, Mariana. El solidarismo contractual: especial referencia al derecho francés. *Revista Vniversitas*. 2007, vol. 56, nro. 114, pp. 15-30.

BERNAL FANDIÑO, Mariana. La transformación de la causa en el derecho de contratos francés. *Revista Vniversitas*. 2006, vol. 55, nro. 111, pp. 227-243.

BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

BERNAL PULIDO, Carlos. *La democracia como principio constitucional en América Latina*. En: BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

BERNAL PULIDO, Carlos. *La posición de América latina en el contexto de la globalización*. En: BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos

fundamentales vinculante para el legislador. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BERNAL PULIDO, Carlos. *Presentación de la segunda edición en castellano de la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. En: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BERNAL SANINT, Paula y NORIEGA CÁRDENAS, Juan Sebastián. *Principio de precaución*. Trabajo de grado para optar al título de abogado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2010.

BERNETICH, John. *Sovereignty and Regulation of Environmental Risk Under the Precautionary Principle in WTO Law*. *Vermont Law Review*. 2011, vol. 35, book 3, pp. 717-739.

BESTANI, Adriana. *Principio de precaución*. Buenos Aires: Astrea, 2012.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*. En: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg y SARLET, Ingo (Organizadores). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

BIX, Brian H. *Contract Law: Rules, Theory, and Context*. Nueva York: Cambridge University Press, 2012.

BLANC, Nathalie. *Le contrat – Le contrat de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*. En: MEKKI, Mustapha (Dir.) *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*. Bruselas: Bruylant, 2016.

BLANC, Nathalie y VAN LANG, Agathe. *Les techniques : les contrats*. En: MEKKI, Mustapha y NAIM-GESBERT, Éric. (Dir.) *Droit public et droit privé de l'environnement : unité dans la diversité?* Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016.

BLANKENBURG, Erhard. *The Poverty of Evolutionism: A Critique of Teubner's Case for "Reflexive Law"*. *Law & Society Review*. 1984, vol. 18, nro. 2, pp. 273-289.

BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. México D.F.: Fontamara, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Droite et gauche*. París: Éditions du Seuil, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis S.A., 1994.

- BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Madrid: Sistema, 1991.
- BOBBIO, Norberto. Contribución a la teoría del derecho. Madrid: Debate, 1990.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- BODANSKY, Daniel. The Art and Craft of International Environmental Law. Cambridge, MA/Londres: Harvard University Press, 2010.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. 2 tomos. Bogotá: Ediciones del Profesional, 2008.
- BOURG, Dominique y SCHLEGEL, Jean-Louis. *Parer aux risques de demain: le principe de précaution*. París: Seuil, 2001.
- BOULETEL, Marguerite y FRITZ, Jean-Claude (Dir.) L'ordre public écologique: Towards an Ecological Public Order. Bruselas: Bruylant, 2005.
- BOUTONNET, Mathilde. La consécration du concept d'obligation environnementale. *Recueil Dalloz*. 2014, vol. 7604, nro. 23.
- BOUTONNET, Mathilde. Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats. *Recueil Dalloz*. 2012, vol. 7499, nro. 6, pp. 377-385.
- BOUTONNET, Mathilde. *L'efficacité environnementale du contrat*. En : BOSKOVIC, Olivera (Dir.) L'efficacité du droit de l'environnement : Mise en oeuvre et sanctions. París : Dalloz-Sirey, 2010.
- BOUTONNET, Mathilde. Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile. *Recueil Dalloz*. 2010, vol. 7445, nro. 40, pp. 2662-2670.
- BOUTONNET, Mathilde. Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile. París : LGDJ, 2005.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Libertad contractual y su funcionalización: orientación metodológica y lenguaje utilizados por la Comisión elaboradora del Código Civil brasileño. *Revista Universitas*. 2011, vol. 60, nro. 123, pp. 347-372.
- BRATTON, Susan Power. Luc Ferry's Critique of Deep Ecology, Nazi Nature Protection Laws, and Environmental Anti-Semitism. *Ethics and the Environment*. 1999, vol. 4, nro. 1, pp. 3-22.

BRETON, Jean Marie. *Droit de propriété et environnement dans le code et le droit civil français*. En: LONDOÑO TORO, Beatriz (Ed.). *Propiedad, conflicto y medio ambiente*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2004.

BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio. *Aproximación a los conceptos de daño ecológico y de daño ambiental. Dos daños en un mismo esquema de responsabilidad*. En: BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, et al. *Daño ambiental*, tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

BRONNER, Gérald y GÉHIN, Étienne. *L'inquiétant principe de précaution*. París: Presses Universitaires de France, 2010.

BUCKLEY, F.H. *Just exchange: a theory of contract*. Londres/Nueva York: Routledge, 2005.

BURDYSHAW, Cassandra. ¿Qué puede aprender Chile de la experiencia de otros tribunales ambientales en el mundo? *Justicia ambiental, Revista de Derecho Ambiental*. 2012, año IV, nro. 4.

BUSTOS GISBERT, Rafael. *La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 2005.

C

CAFFERATA, Néstor. *Régimen legal del daño ambiental*. En: BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, et al. *Daño ambiental*, Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

CAFFERATA, Néstor A. El principio precautorio. *Gaceta Ecológica*. 2004, nro. 73.

CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes/Universidad del Rosario/Temis, 2011.

CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. *Las cruzadas de la constitucionalización del derecho comercial: buscando a los infieles*. En: LARROUMET, Christian, et al. *Memorias del II Congreso Internacional de Derecho Comercial*. Bogotá: Universidad del Rosario/Legis/CAC/Universidad Sergio Arboleda/Universidad de la Sabana/CCB, 2010.

CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. *Constitucionalización del derecho comercial: algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia*. *Revista Vniversitas*. 2007, vol. 56, nro. 113, pp. 113-137.

CAMPBELL, David. *Ian Macneil and the Relational Theory of Contract*. En: CAMPBELL, David (Ed.). *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011.

CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*. En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. (Eds.) *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

CÁRDENAS CASTAÑEDA, Fabián Augusto. *Negociar es la salida efectiva en la CIJ*. En: *El Espectador*. 27, agosto, 2013. Disponible en <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/negociar-salida-efectiva-cij-articulo-442618>

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo (2010). *Contratos comerciales: presente y futuro*. En: LARROUMET, Christian, *et al.* *Memorias del II Congreso Internacional de Derecho Comercial*. Bogotá: Universidad del Rosario/Legis/CAC/Universidad Sergio Arboleda/Universidad de la Sabana/CCB, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*. Bogotá: Temis, 1.994.

CARPIO MARCOS, Édgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Interpretación constitucional, tomo I*. México: Porrúa / UNAM, 2005.

CARRIZOSA UMAÑA, Julio. *¿Qué es ambientalismo? La visión ambiental compleja*. Bogotá: IDEA/CEREC/PNUMA, 2000.

CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. *Derecho comercial. Actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*. Bogotá: Universidad de los Andes / Temis, 2016.

CECODES – CONSEJO EMPRESARIAL COLOMBIANO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE. *Sostenibilidad en Colombia: casos empresariales 2011*. Bogotá: CECODES, 2012.

CECODES – CONSEJO EMPRESARIAL COLOMBIANO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE. Información del portal en internet a febrero de 2014. Disponible en <http://www.cecodes.org.co/index.php/acerca-de-cecodes/quienes-somos.html> (enlace ya no existente).

CECODES – DESARROLLO SOSTENIBLE (CONSEJO EMPRESARIAL COLOMBIANO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE). Información del portal en internet a 18 de junio de 2017. Disponible en <http://www.cecodes.org.co/site/quienes-somos/>

CECODES – DESARROLLO SOSTENIBLE (CONSEJO EMPRESARIAL COLOMBIANO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE). Información del portal en internet a 18 de junio de 2017. Disponible en <http://www.cecodes.org.co/site/capitales-cecodes/>

CHEYNE, Ilona. *The Precautionary Principle in EC and WTO Law: Searching for a Common Understanding*. *Environmental Law Review*. 2006, vol. 8, pp. 257-277.

CHIEN, M.K. y SHIH, L.H. An empirical study of the implementation of green supply chain management practices in the electrical and electronic industry and their relation to organizational performances. *International Journal of Environmental Science and Technology*. 2007, vol. 4, nro. 3, pp. 383-394.

CHILE. CONGRESO NACIONAL. (28, junio, 2012). Crea los tribunales ambientales. Consultada el 20 de junio de 2017 y disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1041361>.

CHILE. TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO. Funciones y competencia. Página en internet, consultada el 20 de junio de 2017 y disponible en <http://www.tribunalambiental.cl/informacion-institucional/que-hace-el-tribunal/funciones-y-competencia/>

CHYNOWETH, Paul. *Legal research*. En: KNIGHT, Andrew y RUDDOCK, Les (Eds.) *Advanced Research Methods in the Built Environment*. Chichester: Blackwell – Wiley, 2008.

CIANCIARDO, Juan. *Interpretación por analogía, derecho constitucional de emergencia y justicia (Consideraciones en torno al contenido esencial del derecho de propiedad)*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Interpretación constitucional*, tomo I. México: Porrúa / UNAM, 2005.

CLAPHAM, Andrew. *Human rights obligations of non-state actors*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*. 1960, vol. 3, pp. 1-44.

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política. (20, julio, 1991). En: Gaceta Constitucional No. 116. Consultada el 20 de junio de 2017 y disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

COLOMBIA. AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES. Resolución 1214 (30, septiembre, 2015).

COLOMBIA. AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES. Resolución 0783 (8, agosto, 2013).

COLOMBIA. AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES. Resolución 0123 (6, febrero, 2013).

COLOMBIA. AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES. Resolución 0024 (17, enero, 2013).

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1523 (24, abril, 2012). Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones. En: Diario Oficial. 24, abril, 2012, No. 48.411. Consultado el 20 de junio de 2017 y disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2012/ley_1523_2012.html

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 99 (22, diciembre, 1993). Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones. En: Diario Oficial. 22, diciembre, 1993, No. 41.146. Consultado el 20 de junio de 2017 y disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0099_1993.html

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Civil. Ley 84. (26, mayo, 1873). Artículo 1495. Consultado el 20 de abril de 2017 y disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Página web del Consejo de Estado, Relatoría, Búsqueda avanzada. <http://www.consejodeestado.gov.co/consultaavanzada2.asp?muno=Descriptor&mdos=principio%20de%20precaucion> Consultado en enero de 2014 y en junio de 2017.

COLOMBIA. CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL ALTO MAGDALENA. Resolución 212 (3, febrero, 2016).

COLOMBIA. CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL ALTO MAGDALENA. Resolución 0368 (17, febrero, 2010).

COLOMBIA. CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL ATLÁNTICO. Resolución 000415 (15, junio, 2010).

COLOMBIA. CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL TOLIMA. Resolución No. 0433 (11, marzo, 2013).

COLOMBIA. CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL PARA LA DEFENSA DE LA MESETA DE BUCARAMANGA. Resolución 1138 de 2013.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Radicador de sentencias en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php> Consultado en enero de 2014 y en junio de 2017.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-345/17. (24, mayo, 2017). M.P. Alejandro LINARES CANTILLO. Consultada el 9 de abril de 2018 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-345-17.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-236/17. (21, abril, 2017). M.P.: Aquiles ARRIETA GÓMEZ. Consultada el 10 de junio de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-236-17.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-389/16. (27, julio, 2016). M.P. María Victoria CALLE CORREA. Consultada el 9 de abril de 2018 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-389-16.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-341/16. (29, junio, 2016). M.P. Gabriel Eduardo MENDOZA MARTELO. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-341-16.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-095/16. (25, febrero, 2016). M.P. Alejandro LINARES CANTILLO. Consultada el 20 de junio de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-095-16.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-154/13. (21, marzo, 2013). M.P. Nilson PINILLA PINILLA. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-154-13.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-104/2012. (20, febrero, 2012) M.P. Nilson PINILLA PINILLA. Consultada el 20 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-608/11. (12, agosto, 2011). M.P. Juan Carlos HENAO PÉREZ. Consultada el 5 de mayo de 2017, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-608-11.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-186/11. (16, marzo, 2011). M.P. Humberto Antonio SIERRA PORTO. Consultada el 9 de abril de 2018 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-186-11.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-595/10 (27, julio, 2010). M.P. Jorge Iván PALACIO PALACIO. Consultada el 20 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-360/10 (11, mayo, 2010). M.P. Nilson PINILLA PINILLA. Consultada el 20 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-299/08. (3, abril, 2008). M.P.: Jaime CÓRDOBA TRIVIÑO. Consultada el 10 de mayo de 2012 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-299-08.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-517/06. (7, julio, 2006). M.P. Marco Gerardo MONROY CABRA. Consultada el 9 de abril de 2018 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-517-06.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-222/04. (8, marzo, 2004). M.P. Eduardo MONTEALEGRE LYNETT. Consultada el 9 de abril de 2018 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-222-04.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-339/02. (7, mayo, 2002). M.P.: Jaime ARAÚJO RENTERÍA. Consultada el 10 de noviembre de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-339-02.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-771/01. (24, julio, 2001). M.P. Jaime CÓRDOBA TRIVIÑO. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-771-01.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-671/01. (28, junio, 2001). M.P. Jaime ARAÚJO RENTERÍA. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/C-671-01.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1451/00. (26, octubre, 2000). M.P. (E) Martha Victoria SÁCHICA MÉNDEZ. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1451-00.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-126/98. (1o., abril, 1998). M.P. Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO. Consultada el 20 de abril de 2017, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-126-98.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-067/93. (24, febrero, 1993). M.P. Fabio MORÓN DÍAZ y Ciro ANGARITA BARÓN. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/su067-93.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-092/93. (19, febrero, 1993). M.P. Simón RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-092-93.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-536/92. (23, septiembre, 1992). M.P. Simón RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-536-92.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-411/92. (17, junio, 1992). M.P. Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-411-92.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-415/92. (17, junio, 1992). M.P. Ciro ANGARITA BARÓN. Consultada el 20 de abril de 2017, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-415-92.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406/92. (5, junio, 1992). M.P. Ciro ANGARITA BARÓN. Consultada el 10 de abril de 2017 y disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Página web de la Corte Suprema de Justicia, Consulta jurisprudencial, Búsqueda providencias en <http://190.24.134.121/webcsj/Consulta/> Consultado en enero de 2014 y en junio de 2017, en <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE. Manual de Compras S.O.Sostenibles para entidades públicas y privadas. Bogotá: MADS / Cooperación Alemana al Desarrollo / GIZ GmbH / Alianza del Pacífico, 2016. Consultado el 18 de junio de 2017 y disponible en <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article?id=155:plantilla-asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-8#documentos-estrategicos>

COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE. Compras sostenibles. Información del portal en internet, en febrero de 2014 en <http://www.minambiente.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=348&conID=7469> (enlace ya no existente).

COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE. Resolución 1628 (13, julio, 2015).

COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE. Resolución 1518 (31, agosto, 2012).

COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE Y CENTRO NACIONAL DE PRODUCCIÓN MÁS LIMPIA Y TECNOLOGÍAS AMBIENTALES DE COLOMBIA. Guía conceptual y metodológica de compras públicas sostenibles. Bogotá: MADS, 2012. Disponible en febrero de 2014 en el enlace http://www.minambiente.gov.co/documentos/DocumentosBiodiversidad/des_sect_sost/compras_sostenibles/300513_guia_compras_publicas_sostenibles.pdf (enlace ya no existente).

COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL. Política Nacional de Producción y Consumo: hacia una cultura de consumo sostenible y transformación productiva. Bogotá: MAVDT, 2010. Consultado el 18 de junio de 2017 y disponible en <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article?id=155:plantilla-asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-8#documentos-estrategicos>

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Código de Comercio. Decreto 410 (27, marzo, 1971). Artículo 864. Consultado el 20 de abril de 2017 y disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html

COMANDUCCI, Paolo. *Constitucionalización y neoconstitucionalismo*. En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. (Eds.) *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. COM (2000)1. Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución. (2, febrero, 2000). Consultada el 8 de julio de 2017 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0001:FIN:es:PDF>

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. (3-14, junio, 1992). *Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, 1992*. Consultada el 20 de junio de 2017 y disponible en <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

CORCHETE MARTÍN, María José. Los nuevos derechos. *Teoría y realidad constitucional*. 2007, nro. 20, pp. 535-556.

COURDIER-CUISINIER, Anne-Sylvie. *Le solidarisme contractuel*. París: LexisNexis, 2006.

COURTIS, Christian. *La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares*. En: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg y SARLET, Ingo (Organizadores). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

COURTIS, Christian. *El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática*. En: COURTIS, Christian (Ed.). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006.

COURTIS, Christian (Ed.). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006.

COUTU, Michel. *Contrat et auto-référence en droit suivant Gunther Teubner: une "méprise constructive"?* *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*. 1998, vol. 40.

COYLE, Sean y MORROW, Karen. *The Philosophical Foundations of Environmental Law: Property, Rights and Nature*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2004.

CRAWFORD, Colin. *La promesa y el peligro del derecho medioambiental: los retos, los objetivos en conflicto y la búsqueda de soluciones*. En: HARDIN, Garrett, et al. *Derecho*

ambiental y justicia social. Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

CRAWFORD, Colin. *Derechos culturales y justicia ambiental. Lecciones del modelo colombiano*. En: BONILLA MALDONADO, Daniel (Coord.) *Justicia colectiva, medio ambiente y democracia participativa*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.

CUBIDES CAMACHO, Jorge. *Obligaciones*. Bogotá: Javegraf, 2007.

D

DA ROSA, Patrícia Silveira. *O Licenciamento Ambiental à Luz da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DANCY, Jonathan. *Introducción a la epistemología contemporánea*. Madrid: Tecnos, 1993.

DE AQUINO, Tomás. *Suma Teológica*. II, II, cuestión 57, artículo 1º. *Tratado de la Ley, Tratado de la Justicia y Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*. México D.F.: Porrúa, 1990.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *El principio de precaución y su función en la responsabilidad civil*. En: ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*. Bilbao/Granada: Comares/Fundación BBVA/Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, 2004.

DE SADELEER, Nicolas. *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*. Nueva York: Oxford University Press, 2008.

DE SADELEER, Nicolas. *Le statut juridique du principe de précaution*. En: EWALD, François; GOLLIER, Christian y DE SADELEER, Nicolas. *Le principe de précaution*. París: Presses Universitaires de France, 2008.

DE SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de lingüística general*. México: Fontamara, 1998.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual (Arts. 1969-1988)*, tomo II. Bogotá: Temis, 2000.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Postmodernidad y derecho*. Bogotá: Temis, 1993.

DE VEGA, Pedro. *Prólogo*. En: JULIO ESTRADA, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

DÍAZ BRAVO, Arturo. *La unificación del derecho privado*. En: PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge; NAVAS HERRERA, María Fernanda y ALARCÓN PALACIO, Yadira (Eds. Académicos).

Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI. Derecho privado, tomo IV, volumen 1. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Temis, 2010.

DÍAZ BRAVO, Arturo. Teoría general del contrato mercantil. México: IURE, 2005.

DÍAZ GÓMEZ, Álvaro; HENAO MONTOYA, Susana y ÁNGEL, Victoria Eugenia. Pensar la formación humanista. Un acercamiento epistémico-pedagógico desde las perspectivas de Luhmann y de Morin. *Revista Hallazgos*. 2005, vol. 2, nro. 4, pp. 85-95.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de derecho civil, Vol. II: El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual. Madrid: Tecnos, 2002.

DIJOUX, Ruth. La contractualisation des droits fondamentaux. París: L'Harmattan, 2012.

DIMATTEO, Larry A., et al. Visions of Contract Theory: Rationality, Bargaining, and Interpretation. Durham: Carolina Academic Press, 2007.

DOMINGO CURTO, Albert. *Presentación de las IV Jornadas del Grupo de Filosofía del Casal del Mestre de Santa Coloma de Gramenet*. En: LÓPEZ ARNAL, Salvador, et al. (Coords.). Popper/Kuhn: ecos de un debate. Barcelona: Montesinos, 2003.

DREIER, Ralf. Derecho y justicia. Bogotá: Temis, 1994.

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Dir.), et al. El principio de precaución ambiental. La práctica argentina. Córdoba: Lerner, 2008.

DUARTE, Francisco Carlos; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart y BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. *A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann com Vistas ao Fortalecimento do Direito do Meio Ambiente: uma Proposta ao Fechamento Operacional e à Abertura Cognitiva da Decisão Judicial*. En: ROCHA, Leonel Severo y DUARTE, Francisco Carlos (Coords.). *Direito Ambiental e Autopoiese*. Curitiba: Juruá, 2012.

DWORKIN, Ronald. El imperio de la justicia. Barcelona: Gedisa, 1992.

E

EISENBERG, Melvin. *The Theory of Contracts*. En: BENSON, Peter (Ed.) *The Theory of Contract Law: New Essays*. Nueva York: Cambridge University Press, 2001.

EPSTEIN, Marc J. El desempeño ambiental en la empresa. Bogotá: ECOE, 2000.

ESPAÑA. SSTC 129/1989.

ESPAÑA. SSTC 64/1988.

ESPAÑA. SSTC 53/1985.

ESPAÑA. SSTC 25/1981

ESPAÑA. SSTC 1/1981.

ESPINOSA PÉREZ, Beatriz y ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela. *Prólogo*. En: ESPINOSA PÉREZ, Beatriz y ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela (Eds.) *Neoconstitucionalismo y derecho privado*. El debate. Bogotá: Diké, 2008.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

ESTANY, Anna. *Kuhn y el estudio interdisciplinar de la ciencia*. En: LÓPEZ ARNAL, Salvador, *et al.* (Coords.). *Popper/Kuhn: ecos de un debate*. Barcelona: Montesinos, 2003.

ESTEVE PARDO, José. *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. *Derecho comercial y económico. Parte general*. Buenos Aires: Astrea, 2001.

EWALD, François. *Philosophie politique du principe de précaution*. En: EWALD, François; GOLLIER, Christian y DE SADELEER, Nicolas. *Le principe de précaution*. París: Presses Universitaires de France, 2008.

E

FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos. Tomo I*. Buenos Aires: Astrea, 2005.

FAURE, Michel. *L'analyse économique du droit de l'environnement*. Bruselas: Bruylant, 2007.

FAURE, Michael y VAN DEL WALT, André (Eds.). *Globalization and Private Law*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2010.

FEINMAN, Jay. *The Reception of Ian Macneil's Work on Contract in the USA*. En: CAMPBELL, David (Ed.). *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011.

FERRY, Luc. *El nuevo orden ecológico: el árbol, el animal y el hombre*. Barcelona: Tusquets, 1994.

FISCHER-LESCANO, Andreas y TEUBNER, Gunther. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*. 2004, vol. 25, pp. 999-1046.

FLORES, Luis Gustavo Gomes. *Decisão Jurídica e Sistema Econômico na Perspectiva de uma Reflexão Ecológica*. En: ROCHA, Leonel Severo y DUARTE, Francisco Carlos (Coords.). *Direito Ambiental e Autopoiese*. Curitiba: Juruá, 2012.

FRANCIA. CA Nancy, Com 2ème, 26 septembre 2007, SAS Novacarb c/ SNC Socoma.

FRANZA, Jorge. *La dimensión ambiental del derecho de propiedad*. En: LONDOÑO TORO, Beatriz (Ed.). *Propiedad, conflicto y medio ambiente*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2004.

G

GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del Derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

GALGANO, Francesco. *Derecho comercial. Volumen I: el empresario*. Bogotá: Temis, 1999.

GARAPON, Antoine y PAPADOPOULOS, Ioannis. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia: cultura jurídica francesa y common law*. Bogotá: Legis, 2010.

GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007.

GARCÍA, Rolando. *El conocimiento en construcción: de las formulaciones de Jean Piaget a la teoría de sistemas complejos*. Barcelona: Gedisa, 2000.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

GARCÍA DÍAZ, Paloma. *El principio de precaución como base de los foros híbridos*. En: FRANCÉS, Pedro, et al. (Eds.). *Ética en la práctica*. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2008.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Buenos tiempos para el neoconstitucionalismo (sobre la aparición de El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional)*. *Revista Universitas*. 2010, vol. 59, nro. 120, pp. 317-332.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *El neoconstitucionalismo en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?* En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO,

Leonardo. (Eds.) El canon neoconstitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. Medellín: Abogados Asociados Editores, 1990.

GARCÍA PAZ, Jorge. Las compras verdes, una práctica sustentable y ecológica: posibilidad de su aplicación en el Perú. *Revista Contabilidad y Negocios*. 2009, vol. 4, nro. 7, pp. 43-51.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (Ed.). Sociología jurídica: teoría y sociología del derecho en Estados Unidos. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. Derecho constitucional comparado. Madrid: Alianza, 1987.

GARGARELLA, Roberto y COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. Santiago de Chile: Naciones Unidas/CEPAL, 2009.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia María. La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad. *Revista Universitas*. 2009, vol. 58, nro. 118, pp. 61-80.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia María. Los daños colectivos. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

GARRIGUES, Joaquín. Curso de derecho mercantil. Volumen I. Madrid: Aguirre, 1976.

GARRIGUES, Joaquín. Hacia un nuevo derecho mercantil: escritos, lecciones y conferencias. Madrid: Tecnos, 1971.

GARRIGUES, Joaquín. Tratado de derecho mercantil, tomo III, vol. 1: Obligaciones y contratos mercantiles. Madrid: Revista de Derecho Mercantil, 1963.

GHERSI, Carlos. Contratos civiles y comerciales. Buenos Aires: Astrea, 1999.

GIL ANTÓN, Manuel. Conocimiento científico y acción social: crítica epistemológica a la concepción de ciencia en Max Weber. Barcelona: Gedisa, 1997.

GIRALDO ÁNGEL, Jaime; GIRALDO LÓPEZ, Mónica; GIRALDO LÓPEZ, Alejandro. Metodología y técnica de la investigación sociojurídica. Bogotá: Ediciones del Profesional, 2005.

GLOBAL REPORTING INITIATIVE. Página en internet. Consultada el 30 de junio de 2017 y disponible en <https://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx>

GOFFAUX CALLEBAUT, Géraldine. *Les clauses de garantie de passif environnemental*. En: HAUTEREAU-BOUTTONNET, Mathilde (Dir.) *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*. Aix en Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014.

GOLLIER, Christian. *Économie du principe de précaution*. En: EWALD, François; GOLLIER, Christian y DE SADELEER, Nicolas. *Le principe de précaution*. París: Presses Universitaires de France, 2008.

GÓMEZ ESTRADA, César. *De los principales contratos civiles*. Bogotá: Temis, 2008.

GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo. *El principio de precaución en la gestión internacional del riesgo medioambiental*. *Política y Sociedad*. 2003, vol. 40, nro. 3, pp. 113-130.

GONÇALVES, Guilherme Leite. *El postcolonialismo y la teoría de sistemas: apuntes para una agenda de investigación sobre el derecho en los países periféricos*. En: ESTRADA SAAVEDRA, Merco y MILLÁN, René. *La teoría de los sistemas de Niklas Luhmann a prueba: horizontes de aplicación en la investigación social en América Latina*. México: El Colegio de México/UNAM, 2012.

GONÇALVES, Guilherme Leite. *Las paradojas de la certeza del derecho*. En: FARÍAS, Ignacio y OSSANDÓN, José (Eds.) *Observando sistemas. Nuevas apropiaciones y usos de la teoría de Niklas Luhmann*. Santiago: Ril Editores/Fundación Soles, 2006.

GONZÁLEZ, Luis Armando. *Teoría crítica versus teoría de sistemas: la confrontación Habermas-Luhmann*. *Revista Realidad*. 1994, nro. 41, pp. 785-811.

GONZÁLEZ VILLA, Julio Enrique. *Derecho ambiental colombiano. Parte general, tomo I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

GOODE, Roy. *Commercial Law*. Londres: LexisNexis UK/Penguin Books, 2004.

GOODE, Roy. *Commercial Law in the Next Millenium*. Londres: Sweet & Maxwell, 1998.

GOODRICH, Peter. *Anti-Teubner: autopoiesis, paradox, and the theory of law*. *Social Epistemology*. 1999, vol. 13, nro. 2, pp. 197-214.

GORLA, Gino. *El contrato: problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. Tomo I: Exposición general*. Barcelona: Bosch, 1959.

GRINEVALD, Jacques. *Qu'est-ce que la Biosphère?* En PAPAUX, Alain (Ed.). *Biosphère et droits fondamentaux*. París/Ginebra-Zúrich-Basilea: LGDJ/Schultess, 2011.

GRISON, Denis. *Le principe de précaution: un principe d'action*. París : L'Harmattan, 2009, pp. 174-185.

GROSSI, Paolo. De la codificación a la globalización del derecho. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

GRUNDMAN, Stefan. *Constitutional Values and European Contract Law: An Overview*. En: GRUNDMAN, Stefan (Ed.) *Constitutional Values and European Contract Law*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2008.

GUYENOT, Jean-Pierre. Contribución al estudio del derecho comercial comparado: las nuevas tendencias del derecho comercial francés en el contexto de la economía europea en vías de unificación. Buenos Aires: EJEA, 1971.

GUZMÁN AGUILERA, Patricia. Introducción al análisis económico del derecho ambiental. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato, IV: los orígenes históricos de la noción general de acto o negocio jurídico. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. 2004, vol. XXVI, pp. 187-254.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato, III: los orígenes históricos de la teoría general del contrato. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. 2000, vol. XXII, pp. 47-60.

H

HÄBERLE, Peter. *Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Interpretación constitucional*, tomo I. México: Porrúa / UNAM, 2005.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 2000.

HACKER, P.M.S. *Wittgenstein: Connections and Controversies*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier. *What is Corporate Law?* En: KRAAKMAN, Reinier, *et al.* *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. *Science*. 1968, vol. 162, pp. 1243-1248.

HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde. *Avant-propos. Des relations contrat-environnement au contrat environnemental.* En: HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde (Dir.) *Le contrat et l'environnement : étude de droit comparé.* Bruselas : Bruylant, 2015, pp. LXVI – LXVII.

HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde. *Avant-propos.* En: HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde (Dir.) *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen.* Aix en Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014.

HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde. *Les obligations environnementales et le contrat de bail.* En: HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde (Dir.) *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen.* Aix en Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014.

HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde (Dir.) *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen.* Aix en Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014.

HEDLEY, Steve. *Looking Outward or Looking Inward? Obligations Scholarship in the Early 21st Century.* En: ROBERTSON, Andrew y TANG, Hang Wu. (Eds.). *The Goals of Private Law.* Oxford/Portland: Hart Publishing, 2009.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *El derecho a un ambiente sano desde la perspectiva constitucional colombiana.* *Anuario de derecho constitucional latinoamericano.* 2010, año XVI.

HERRERA CARRASCAL, Giovanni. *La función ecológica de la propiedad y de la empresa. Análisis normativo y jurisprudencial.* En: LONDOÑO TORO, Beatriz; RODRÍGUEZ, Gloria Amparo y HERRERA CARRASCAL, Giovanni (Eds.). *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia.* Bogotá: Universidad del Rosario, 2006.

HERRERA JARAMILLO, Francisco José. *Filosofía del derecho.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1994.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europea – Síntesis de un milenio.* Madrid: Tecnos, Madrid, 2002.

HESS, Gérald. *Le biocentrisme est-il applicable? Remarques philosophiques-juridiques sur l'article 120 alinéa 2 de la Constitution fédérale.* En: PAPAUX, Alain (Ed.) *Biosphère et droits fondamentaux.* París/Ginebra-Zúrich-Basilea : LGDJ/Schultess, 2011.

HINCAPIÉ JIMÉNEZ, Sandra y LÓPEZ PACHECO, Jairo Antonio. *Derechos humanos y bienes comunes. Conflictos socioambientales en Colombia.* *Desacatos, Revista de Antropología Social.* 2016, nro. 51, pp. 130-141.

HO, Linda; DICKINSON, Nicholas y CHAN, Gilbert. Green procurement in the Asian public sector and the Hong Kong private sector. *Natural Resources Forum*. 2010, vol. 34, nro. 1, pp. 24-38.

HOFSTETTER, Karl. *The Ecological Liability of Corporate Groups: Comparing US and European Trends*. En: TEUBNER, Gunther; FARMER, Lindsay y MURPHY, Declan (Eds.) *Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Ecological Self-Organization*. Chichester: Wiley, 1994.

HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo. Para una teoría discursiva del derecho. Lección inaugural del Doctorado en Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2011.

!

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). ISO 26000. Consultado el 30 de junio de 2017 y disponible en http://www.iso.org/iso/catalogue_detail?csnumber=60857

↓

JAUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *Derecho ambiental*. Madrid: Dykinson, 2004.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Derecho privado, tomo III: Derecho de contratos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Ibáñez, 2014.

JARIA I MANZANO, Jordi. *El principio de precaución como garantía de la justicia ambiental*. En: PÉREZ ALONSO, Esteban, et al. (Eds.). *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

JARIA I MANZANO, Jordi. *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

JÁUREGUI, Gurutz. *Derechos individuales versus derechos colectivos: una realidad inescindible*. En: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (Ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, 2001.

JÁUREGUI MEDINA, Julio. La construcción histórica del principio de precaución como respuesta al desarrollo científico y tecnológico. *Dilemata*. 2013, año 5, nro. 11, pp. 1-19.

JONAS, Hans. *El principio vida: hacia una biología filosófica*. Madrid: Trotta, 2000.

JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995.

JULIO ESTRADA, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

K

KAZHDAN, Daniel. *Precautionary Pulp: Pulp Mills and the Evolving Dispute between International Tribunals over the Reach of the Precautionary Principle*. *Ecology Law Quarterly*. 2011, vol. 38, pp. 527-552.

KELSEN, Hans. *¿Qué es justicia?* Barcelona: Ariel, 1992.

KING, Michael. *What's the Use of Luhmann's Theory?* En: KING, Michael y THORNHILL, Chris (Eds.) *Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications*. Oxford / Portland: Hart Publishing, 2006.

KINLEY, David. (Ed.) *Human rights and corporations*. Farnham / Burlington: Ashgate, 2009.

KJAER, Poul. *Systems in Context: On the Outcome of the Habermas/Luhmann-debate*. *Ancilla Iuris*. 2006, vol. 2006, pp. 66-77.

KOSKENNIEMI, Martti y LEINO, Päivi. *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*. *Leiden Journal of International Law*. 2002, vol. 15, nro. 3, pp. 553-579.

KRAUS, Jody S. y WALT, Steven D. *Introduction*. En: KRAUS, Jody S. y WALT, Steven D. (Eds.) *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

L

LAFONT PIANETTA, Pedro. *Manual de Contratos*. Tomo I. Bogotá: Ediciones del Profesional, 2001.

LAMOUREUX, Marie. *La vente immobilière*. En: HAUTEREAU-BOUONNET, Mathilde (Dir.) *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*. Aix en Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014.

LANDAU, David. *Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law*. *Harvard International Law Journal*. 2010, vol. 51, nro. 2, pp. 319-378.

LANDAU, David. *The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New Approach to Modeling Judicial Behavior in Latin America*. *George Washington Law Review*. 2005, vol. 37, nro. 3, pp. 687-744.

LAROUSSE. *Diccionario Concise Español – Inglés/English - Spanish*. México: Chambers Harrap/Larousse, 2001.

LARROUMET, Christian. *Constitucionalización del derecho mercantil*. En: LARROUMET, Christian, *et al.* Memorias del II Congreso Internacional de Derecho Comercial. Bogotá: Universidad del Rosario/Legis/CAC/Universidad Sergio Arboleda/Universidad de la Sabana/CCB, 2010.

LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*. Bogotá: Temis, 1999.

LAVALLÉE, Sophie. *Le terrain contaminé: une fatalité historique pour le contrat? Perspective québécoise*. En: HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde (Dir.) *Le contrat et l'environnement : étude de droit comparé*. Bruselas: Bruylant, 2015.

LAVOILLOTTE, Marie-Pierre. *La contribution de la technique contractuelle à l'émergence de l'ordre public écologique*. En: BOUTELET, Marguerite y FRITZ, Jean-Claude (Dir.) *L'ordre public écologique: Towards an Ecological Public Order*. Bruselas: Bruylant, 2005.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

LLEWELLYN, Karl. *What Price Contract? An Essay in Perspective*. *Yale Law Journal*. 1931, vol. 40, pp. 704-751.

LLODRÀ GRIMALT, Francesca. *Lecciones de derecho ambiental civil*. Palma: Universitat de les Illes Balears, 2008.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. *La aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las relaciones entre particulares*. En: ESPINOSA PÉREZ, Beatriz y ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela (Eds.) *Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate*. Bogotá: Diké, 2008.

LÓPEZ DE SANTA MARÍA DELGADO, Pilar. *Introducción a Wittgenstein: sujeto, mente y conducta*. Barcelona: Herder, 1986.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional. Antecedentes históricos y perspectivas contemporáneas*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Interpretación constitucional, tomo II*. México: Porrúa / UNAM, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos del derecho y razonamiento judicial*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Ibáñez, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría del derecho ambiental*. Buenos Aires: La Ley, 2008.

LOUGHLIN, Martin. *What is Constitutionalisation?* En: DOBNER, Petra y LOUGHLIN, Martin. (Eds.) *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010.

LUCY, William. *Philosophy of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del derecho*. Bogotá: Universidad Libre, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*. México: Universidad Iberoamericana, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona/México/Bogotá: Anthropos/Universidad Iberoamericana/Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Operational Closure and Structural Coupling: the Differentiation of the Legal System*. *Cardozo Law Review*. 1992, vol. 13, pp. 1419-1441.

LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Chicago/Cambridge: University of Chicago Press/Polity Press, 1989.

LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. *Northwestern University Law Review*. 1989, vol. 83, nros. 1 & 2, pp. 136-150.

LUHMANN, Niklas. *Closure and Openess: on Reality on the World of Law*. En: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Autopoietic Law: a New Approach to Law and Society*. Berlín/Nueva York: De Gruyter, 1988.

LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LUQUÍN BERGARECHE, Raquel. *Mecanismos jurídicos civiles de tutela ambiental*. Cizur Menor : Thomson Aranzadi, 2005.

M

MACAULAY, Stewart. *What Am I Here For?* En: MACAULAY, Stewart; KIDWELL, John y WHITFORD, William (Eds.) *Contracts: Law in Action. Volume I: The Introductory Course*. Newark/San Francisco/Charlottesville: LexisNexis, 2003.

MACAULAY, Stewart, *et al.* *What Contracts Study Should Be*. En: MACAULAY, Stewart; KIDWELL, John y WHITFORD, William (Eds.) *Contracts: Law in Action. Volume I: The Introductory Course*. Newark/San Francisco/Charlottesville: LexisNexis, 2003.

MACÍAS GÓMEZ, Luis Fernando. Los mecanismos alternativos de solución de conflictos y el medioambiente. En: *Ámbito Jurídico*. Bogotá. 28, septiembre, 2017. Consultado el 19 de octubre de 2017 y disponible en <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/ambiental-y-agropecuario/los-mecanismos-alternativos-de-solucion-de-conflictos-y-el-medioambiente>

MACÍAS GÓMEZ, Luis Fernando. Los riesgos jurídicos ambientales en transacciones privadas y contratación pública. En: *Ámbito Jurídico*. Bogotá. 23, marzo, 2017. Consultado el 15 de abril de 2017 y disponible en <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Ambiental-y-Agropecuario/los-riesgos-juridicos-ambientales-en-transacciones-privadas-y-contratacion-publica>.

MACÍAS GÓMEZ, Luis Fernando. *El daño ambiental. Hacia una reflexión conceptual desde la filosofía y el derecho ambiental*. En OSORIO SIERRA, Álvaro, et al. *Daño ambiental*, tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

MACÍAS, Luis Fernando. *Áreas protegidas y propiedad*. En: LONDOÑO TORO, Beatriz (Ed.). *Propiedad, conflicto y medio ambiente*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2.004.

MACNEIL, Ian. Relational Contract Theory: Challenges and Queries. *Northwestern University Law Review*. 2000, vol. 94, nro. 3, pp. 877-908.

MACNEIL, Ian. Relational Contract: What We Do and Do not Know. *Wisconsin Law Review*. 1985, vol. 1985.

MACNEIL, Ian. Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law. *Northwestern University Law Review*. 1978, vol. 72, nro. 6.

MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón Eduardo y PRADA MÁRQUEZ, Yolima. *Principios de Derecho comercial*. Bogotá: Temis, 2013.

MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón Eduardo. *Principios de derecho comercial*. Bogotá: Temis, 2000.

MANTILLA ARANGO, Luis Daniel. ¿Cómo se están armonizando las instituciones del derecho comercial con las políticas ambientales en Colombia? El papel de la "contratación sostenible". Escrito no publicado, elaborado bajo la tutoría de WILCHES DURÁN, Rafael E., dentro del marco de la asignatura Investigación Sociojurídica en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana en el año 2009.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia. *Revista Chilena de Derecho Privado*. 2011, nro. 16, pp. 187-241.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. *Constitución y controversia*. En: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coord.) *Controversias constitucionales*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. *Constitucionalización del derecho privado*. En: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coord.) *Controversias constitucionales*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

MARCHANT, Gary E. y MOSSMAN, Kenneth L. *Arbitrary and capricious: the precautionary principle in the European Union courts*. Washington DC: The AEI Press, 2004.

MARQUARDT, Bernd. La cuestión ecológica de la revolución industrial y la habilidad para el futuro de la civilización industrial. *Revista Pensamiento Jurídico*. 2009, nro. 25.

MÁRQUEZ, Carlos Pablo. *Anotaciones sobre análisis económico del derecho*. Volumen I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

MARTIN, Brenda. Los impactos del Derecho Ambiental en la gobernanza corporativa. En: *Ámbito Jurídico*. Bogotá. 23, marzo, 2018. Consultado el 11 de abril de 2018 y disponible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/ambiental-y-agropecuario/los-impactos-del-derecho-ambiental-en-la-gobernanza>

MARTIN, Gilles J. *Rapport de synthèse*. En: MEKKI, Mustapha (Dir.) *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*. Bruselas: Bruylant, 2016.

MARTIN, Gilles J. *Rapport de synthèse*. En: MEKKI, Mustapha y NAIM-GESBERT, Éric. (Dir.) *Droit public et droit privé de l'environnement : unité dans la diversité?* Issy-les-Molineaux: LGDJ, 2016.

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. *Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann*. En: PÉREZ ALONSO, Esteban, *et al.* (Eds.). *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

MARTÍNEZ OCHOA, Santiago. Teoría relacional de los contratos: una visión alternativa del derecho de contratos. *Revista de Derecho Privado*. 2005, nro. 35, pp. 203-229.

MÁS TORRES, Salvador. Teoría crítica y teoría de sistemas. Observaciones sobre la polémica Habermas-Luhmann. *Anales del Seminario de Metafísica*. 1996, nro. 30, pp. 107-118.

MATHEIS, Clemens. The System Theory of Niklas Luhmann and the Constitutionalization of the World Society. *Goettingen Journal of International Law*. 2012, vol. 4, nro. 2, pp. 625-647.

MATTHEWS, Jud y SWEET, Alec Stone. Proporcionalidad y constitucionalismo: un enfoque comparativo global. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

MATURANA ROMESÍN, Humberto y VARELA GARCÍA, Francisco Javier. De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo. Santiago/Buenos Aires: Universitaria/Lumen, 2004.

MAURIN, Lucien. Contrat et droits fondamentaux. París: LGDJ, 2013.

MCGINN, Marie. *Ludwig Wittgenstein*. En: BERNECKER, Sven y PRITCHARD, Duncan (Eds.). Epistemology (The Routledge Companion to). Nueva York: Routledge, 2011.

MCGUINNESS, Brian. Approaches to Wittgenstein: Collected papers. Londres: Routledge, 2002.

MEJÍA QUINTANA, Óscar. Teoría consensual del derecho: el derecho como deliberación pública. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2016.

MEJÍA QUINTANA, Óscar. Filosofía del derecho contemporánea. Una reconstrucción del estatuto epistemológico. Bogotá: Ibáñez, 2016.

MEKKI, Mustapha. *Pluralisme des sources et des droits – Entre ordre et désordre*. En: MEKKI, Mustapha (Dir.) Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales. Bruselas: Bruylant, 2016.

MEKKI, Mustapha. *Le contrat et l'environnement. Postface*. En: HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde (Dir.) Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen. Aix en Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014.

MEKKI, Mustapha. L'intérêt général et le contrat: contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé. París: LGDJ, 2004, pp. 655-657.

MÈLICH, Joan-Carles. Ética de la compasión. Barcelona: Herder, 2010.

MENDOZA ESCALANTE, Mijaíl. *La aplicación de los derechos fundamentales en el derecho privado*. En: ESPINOSA PÉREZ, Beatriz y ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela (Eds.) Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate. Bogotá: Diké, 2008.

MESA CUADROS, Gregorio. *Introducción*. En: MESA CUADROS, Gregorio, et al. Estado Ambiental de Derecho o 'Estado de cosas inconstitucional ambiental': derechos colectivos y ambientales bajo amenaza en la era de las locomotoras normativas. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – UNIJUS, 2013.

MESA CUADROS, Gregorio. *Elementos para una teoría de la justicia ambiental*. En MESA CUADROS, Gregorio (Ed.) *Elementos para una teoría de la justicia ambiental y el Estado ambiental de derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – UNIJUS, 2011.

MESA CUADROS, Gregorio. *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el "Estado ambiental de derecho"*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007.

MESA CUADROS, Gregorio. *Ambiente, privatización y derechos*. En: LONDOÑO TORO, Beatriz; RODRÍGUEZ, Gloria Amparo; HERRERA CARRASCAL, Giovanni (Eds.). *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2006.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2002.

MIROW, Matthew C. *Latin American Law: A History of Private Law and Institutions in Spanish America*. Austin: University of Texas Press, 2004.

MONATERI, Pier Giuseppe y SAMUEL, Geoffrey H. *La invención del derecho privado*. Bogotá: Siglo del Hombre/ Instituto de Estudios Sociales y Culturales Pensar/Universidad de los Andes, 2006.

MONATERI, Pier Giuseppe. *Gayo, el negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental*. En: MONATERI, Pier Giuseppe y SAMUEL, Geoffrey H. *La invención del derecho privado*. Bogotá: Siglo del Hombre/ Instituto de Estudios Sociales y Culturales Pensar/Universidad de los Andes, 2006.

MORALES DE SETIÉN RAVINA, Carlos. *La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bordieu y Gunther Teubner*. En: BORDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre/Instituto Pensar/Universidad de los Andes, 2000.

MORAN, Mayo. *The Mutually Constitutive Nature of Public and Private Law*. En: ROBERTSON, Andrew y TANG, Hang Wu. (Eds.). *The Goals of Private Law*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2009.

MORENO VÁSQUEZ, Héctor Andrés. *Contratación sostenible*. En: LONDOÑO TORO, Beatriz; RODRÍGUEZ, Gloria Amparo y HERRERA CARRASCAL, Giovanni (Eds.). *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2006.

MORIN, Édgar. *El método I: la naturaleza de la naturaleza*. Madrid: Cátedra, 2001.

MORIN, Édgar. *El método III: el conocimiento del conocimiento*. Madrid: Cátedra, 1999.

MORVAN, Patrick. *Les principes et les règles – Vers la naissance de "vrais" principes de droit privé en droit de l'environnement*. En: MEKKI, Mustapha (Dir.) *Les notions*

fundamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales. Bruselas: Bruylant, 2016.

MOSSA, Lorenzo. Historia del derecho mercantil en los siglos XIX y XX. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1948.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Derecho civil constitucional. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El daño ambiental en el derecho privado*. En: MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo Alberto. Daño ambiental, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995.

MOUFFE, Chantal. La paradoja democrática. Barcelona: Gedisa, 2003.

MOURE, Ana María. El principio de precaución en el derecho internacional. *Dilemata*. 2013, año 5, nro. 11, pp. 21-37.

MOYA, Eugenio. Conocimiento y verdad: la epistemología crítica de K.R. Popper. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001.

MUÑOZ, Jacobo y VELARDE, Julián (Eds.) Compendio de epistemología. Madrid: Trotta, 2000.

MUÑOZ LAVERDE, Sergio. *El postulado de la autonomía privada y sus límites frente al constitucionalismo colombiano contemporáneo*. En: ESPINOSA, Beatriz y ESCOBAR, Lina Marcela (Eds.). Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate. Bogotá: Diké, 2008.

MURRAY JR., John E. Contract Theories and the Rise of Neoformalism. *Fordham Law Review*. 2002, vol. 71, nro. 3, pp. 869-913.

N

NAESS, Arne. The shallow and the deep, long-range ecology movement. A summary. *Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy*. 1973, vol. 16, nro. 1, pp. 95-100.

NEVES, Marcelo. Transconstitutionalism. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2013.

NEVES, Marcelo. From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law. *Journal of Law & Society*. 2001, vol. 28, nro. 2, pp. 242-264.

NEYRET, Laurent. *L'influence du principe de précaution en droit privé*. En: MEKKI, Mustapha y NAIM-GESBERT, Éric. (Dir.) Droit public et droit privé de l'environnement : unité dans la diversité? Issy-les-Molineaux: LGDJ, 2016.

NOBLES, Richard y SCHIFF, David. *Observing Law Through Systems Theory*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2013.

O

OANTA, Gabriela Alexandra. El alcance del principio de precaución en el marco de la Organización Mundial del Comercio. *AFDUDC*. 2008, 2008, pp. 685-705.

OLDENKAMP, Rik; VAN ZELM, Rosalie y HUIJBREGTS, Mark. Valuing the Human Health Damage Caused by the Fraud of Volkswagen. *Environmental Pollution*. 2016, vol. 212, pp. 121-127.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel. *La autonomía del derecho mercantil. La Constitución y el derecho mercantil. Ensayo de un concepto del derecho mercantil*. En: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. (Coord.). *Derecho Mercantil I, Volumen 1º*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel. *El derecho mercantil. Origen y evolución histórica*. En: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. (Coord.). *Derecho Mercantil I, Volumen 1º*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, DIVISIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE. Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Consultado el 30 de junio de 2017 y disponible en http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/pdf/WSSD_PlanImpl.pdf

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". Nueva York/Ginebra: 2011. Consultado el 20 de noviembre de 2017 y disponible en <file:///C:/Users/Usuario/Documents/Tesis/Empresa%20y%20DDHH%20ONU%202011.pdf>

ORTEGA Y GASSET, José. *El tema de nuestro tiempo*. Madrid: Revista de Occidente/Alianza Editorial, 1981.

ORWELL, George. 1984. Barcelona: Destino, 2009.

OSIMANI, Barbara. An Epistemic Analysis of the Precautionary Principle. *Dilemata*. 2013, año 5, nro. 11, pp. 149-167.

OSPINA, William. *Colombia, donde el verde es de todos los colores*. Bogotá: Random House Mondadori, 2013.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. Bogotá: Temis, 1994.

OST, François. Naturaleza y derecho: para un debate ecológico en profundidad. Bilbao: Mensajero, 1996.

OST, François. Derecho, tecnología, medio ambiente: un desafío para las grandes dicotomías de la racionalidad occidental. *Revista de Derecho Público*. 1996, nro. 6, pp. 1-12.

OST, François. *A Game without Rules? The Ecological Self-Organization of Firms*. En: TEUBNER, Gunther; FARMER, Lindsay y MURPHY, Declan (Eds.). *Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Ecological-Self Organization*. Chichester: John Wiley & Sons, 1994.

OVEJERO LUCAS, Félix. *De Popper a Kuhn. Una mirada desde las ciencias sociales*. En: LÓPEZ ARNAL, Salvador, et al. (Coords.). *Popper/Kuhn: ecos de un debate*. Barcelona: Montesinos, 2003.

P

PÁJARO MORENO, Marta Elena. La relatividad de los contratos y los terceros. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

PALOMBELLA, Gianluigi. Filosofía del derecho: moderna y contemporánea. Madrid: Tecnos, 1999.

PAPAUX, Alain (éd.) *Biosphère et droits fondamentaux*. París/Ginebra-Zúrich-Basilea: LGDJ/Schultess, 2011.

PARELLADA, Ricardo. El principio de precaución y las oportunidades políticas perdidas. *Dilemata*. 2013, año 5, nro. 11, pp. 127-137.

PATERSON, John. *Reflecting on Reflexive Law*. En: KING, Michael y THORNHILL, Chris (Eds.) *Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications*. Oxford / Portland: Hart Publishing, 2006.

PAULUS, Nelson. Del concepto de riesgo: conceptualización del riesgo en Luhmann y Beck. *Revista Mad*. 2004, nro. 10, pp. 95-160.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe y CALGARO, Cleide. *A Teoria do Desenvolvimento Sustentável e a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos*. En: ROCHA, Leonel Severo y DUARTE, Francisco Carlos (Coords.). *Direito Ambiental e Autopoiése*. Curitiba: Juruá, 2012.

PERELMAN, Chaim. *De la justicia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1964.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Bogotá: Temis, 1999.

PÉREZ TREMPES, Pablo. *La interpretación de los derechos fundamentales*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Interpretación constitucional*, tomo II. México: Porrúa / UNAM, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *El derecho civil en la legalidad constitucional: según el sistema italo-comunitario de las fuentes*. Madrid: Dykinson, 2008.

PERRY, Stephen. *Duty of Care in a Rights-Based Theory of Negligence*. En: ROBERTSON, Andrew y TANG, Hang Wu. (Eds.). *The Goals of Private Law*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2009.

PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. *Towards a Critical Environmental Law*. En: PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas (Ed.). *Law and Ecology: New Environmental Foundations*. New York: Routledge, 2011.

PIAGET, Jean. *Los dos problemas principales de la epistemología de las ciencias del hombre*. En: PIAGET, Jean (Dir.). *Lógica y conocimiento científico*. Volumen No. 7: epistemología de las ciencias humanas. Buenos Aires: Proteo, 1972.

PINI, Joseph. *Exécution du contrat et droits fondamentaux. Regard comparatiste*. En: PÉLISSIER, Anne y COSTA, Delphine (Dir.) *Contrats et droits fondamentaux*. Aix en Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011.

PINZÓN, Gabino. *Introducción al derecho comercial*. Bogotá: Temis, 1985.

POLI, Luciana Costa y HAZAN, Bruno Ferraz. *A Função Social dos Contratos como Instrumento para A Sustentabilidade*. *Revista Direito e Liberdade*. 2013, vol. 15, nro. 1, pp. 171-193.

POZZOLO, Susanna. *Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución*. En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. (Eds.) *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

PRIBAN, Jiri. *Constitutionalism as Fear of the Political? A Comparative Analysis of Teubner's Constitutional Fragments and Thornhill's A Sociology of Constitutions*. *Journal of Law and Society*. 2012.

PRING, George (Rock); PRING, Catherine (Kitty), GLOBAL ENVIRONMENTAL OUTCOMES LLC (GEO) y UNIVERSITY OF DENVER ENVIRONMENTAL COURTS & TRIBUNALS STUDY.

Environmental Courts & Tribunals: A Guide for Policy Makers. Nairobi: United Nations Environment Programme (UNEP), 2016.

PROST, Mario. *Unitas multiplex. Unités et fragmentations en droit international*. Bruselas: Bruylant, 2013.

PUENTE SALINAS, María Cristina. *La situación actual del derecho de la propiedad ¿garantiza el desarrollo del derecho ambiental? Un caso ecuatoriano*. En: LONDOÑO TORO, Beatriz (Ed.). *Propiedad, conflicto y medio ambiente*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2004.

PUIG, Pascal. *QPC et droit privé de l'environnement*. En: MEKKI, Mustapha y NAIM-GESBERT, Éric. (Dir.) *Droit public et droit privé de l'environnement : unité dans la diversité?* Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016.

Q

QUEINNEC, Yann. *Le contrat durable: contours du concept et pistes d'exploration*. París: Association Sherpa, 2010.

R

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. *Principios generales del derecho latinoamericano*. Buenos Aires: Astrea, 2006.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. *Recorriendo la historia del derecho*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2006.

RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. *El derecho ecológico en Colombia*. Bogotá: Ibáñez, 1995.

RAMÍREZ-NÁRDIZ, Alfredo. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano y democracia participativa: ¿progreso o retroceso democrático?* *Revista Universitas*. 2016, nro. 132, pp. 349-388.

RAMOS ARENAS, Jaime. *Wittgenstein: la teoría de la representación en el Tractatus logico-philosophicus*. En: HOYOS, Luis Eduardo (Ed.). *Lecciones de filosofía*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Universidad Nacional de Colombia, 2003.

RAMOS ARENAS, Jaime. *La concepción del lenguaje del segundo Wittgenstein*. En: HOYOS, Luis Eduardo (Ed.). *Lecciones de filosofía*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Universidad Nacional de Colombia, 2003.

RAMOS TORRE, Ramón. *Al hilo de la precaución: Jonas y Luhmann sobre la crisis ecológica*. *Política y Sociedad*. 2003, vol. 40, nro. 3, pp. 23-52.

RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 23ª edición. Versión en línea, consultada el 20 de mayo de 2017 y disponible en <http://www.rae.es>).

REINHARD, Yves. *Droit commercial (actes de commerce, commerçants, fonds de commerce)*. París: Litec, 1987.

REVEDIN, Marino. *L'écologie entre idéologie et methodologie juridique*. En: BOUTELET, Marguerite y FRITZ, Jean-Claude (Dir.) *L'ordre public écologique: Towards an Ecological Public Order*. Bruselas: Bruylant, 2005.

REVESZ, Richard L. *Foundations of environmental law and policy*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1997.

REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999.

RICO GUTIÉRREZ DE PIÑERES, Laura. *Ciudad informal*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.

RIECHMANN, Jorge. *Un mundo vulnerable: ensayos sobre ecología, ética y tecnociencia*. Madrid: La Catarata, 2005.

RIPERT, Georges. *Tratado elemental de derecho comercial*. Volumen I: comerciantes. París/Buenos Aires: LGDJ/Tipográfica Editora Argentina, 1954.

RISSO, Guido Idelmar. *El peligro autoritario del derecho ambiental*. Buenos Aires: La Ley, 2012.

ROBERTSON, Andrew. *Introduction: Goals, Rights and Obligations*. En: ROBERTSON, Andrew y TANG, Hang Wu. (Eds.). *The Goals of Private Law*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2009.

ROBERTSON, Andrew. *Constraints on Policy-Based Reasoning*. En: ROBERTSON, Andrew y TANG, Hang Wu. (Eds.). *The Goals of Private Law*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2009.

ROCCO, Alfredo. *Principios de derecho mercantil*. Parte general. México: Nacional, 1960.

ROCHA, Leonel Severo y DE CARVALHO, Delton Winter. *Policontextualidade Jurídica e Estado Ambiental*. En: ROCHA, Leonel Severo y DUARTE, Francisco Carlos (Coords.). *Direito Ambiental e Autopoiese*. Curitiba: Juruá, 2012.

ROCHA, Leonel Severo y SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Perícias Técnicas, Decisões Jurídicas e Gestão em Sistemas Setoriais no Contexto dos Novos Direitos*. En: ROCHA, Leonel Severo y DUARTE, Francisco Carlos (Coords.). *Direito Ambiental e Autopoiese*. Curitiba: Juruá, 2012.

ROCHFELD, Judith. *Propos introductifs*. En: MEKKI, Mustapha (Dir.) *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*. Bruselas: Bruylant, 2016.

RODAS MONSALVE, Julio César. *Fundamentos constitucionales del derecho ambiental colombiano*. Bogotá: Tercer Mundo / Uniandes, 1995.

RODILES, Alejandro. *La fragmentación del Derecho Internacional. ¿Riesgos u oportunidades para México?* *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 2009, nro. 9, pp. 373-413.

RODRÍGUEZ ROJAS, Sandra Lucía y ALONSO BEJARANO, Naryan Fernando. *Mecanismos jurídicos de la protección ambiental*. Bogotá: Ibáñez, 1997.

ROJAS, Milton Andrés. *Los principios bioéticos en los principios constitucionales*. *Revista Opinión Jurídica*. 2006, vol. 5, nro. 9, pp. 63-76.

ROJAS QUIÑÓNEZ, Claudia. *Limitaciones ambientales a la libertad de empresa en el derecho colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

ROSATTI, Horacio D. *Derecho ambiental constitucional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

ROSENFELD, Michel. *Autopoiesis and Justice*. *Cardozo Law Review*. 1992, vol. 13, pp. 1681-1712.

RUBIO LLORENTE, Francisco. *La interpretación de la Constitución*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Interpretación constitucional, tomo II*. México: Porrúa / UNAM, 2005.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Estudio preliminar: Bobbio y el positivismo jurídico italiano*. En: BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate, 1990.

S

SAAS, Liz Beatriz. *O (Des)Encontro entre o Homem e a Natureza no Discurso Jurídico Dogmático: a Necessidade de uma Ecocidadania para a Construção de uma Perspectiva Ecológica no Direito*. En: ROCHA, Leonel Severo y DUARTE, Francisco Carlos (Coords.). *Direito Ambiental e Autopoiese*. Curitiba: Juruá, 2012.

SAGOFF, Mark. *Economic Theory And Environmental Law*. *Michigan Law Review*. 1981, vol. 79, pp. 1393-1419.

SALAS SALAS, Nubia Cristina. El rol sistemático de los principios generales del derecho en el ordenamiento civil: estudio de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2013.

SALAZAR UGARTE, Pedro. El constitucionalismo latinoamericano ante el paradigma neoconstitucionalista: retos desde la realidad política a una teoría progresista. *Revista Internacional de Filosofía Política*. 2009, nro. 34, pp. 181-191.

SALTER, Michael y MASON, Julie. *Writing Law Dissertations. An Introduction and Guide to the Conduct of Legal Research*. Harlow: Pearson Education Ltd., 2007.

SAMUEL, Geoffrey. *Derecho romano y capitalismo moderno*. En: MONATERI, Pier Giuseppe y SAMUEL, Geoffrey H. *La invención del derecho privado*. Bogotá: Siglo del Hombre/ Instituto de Estudios Sociales y Culturales Pensar/Universidad de los Andes, 2006.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *Instituciones de derecho mercantil*, vol. II. Cizur Menor: Aranzadi, 2005.

SÁNCHEZ PASCUAL, Andrés. *Introducción*. En HANS, Jonas. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995.

SÁNCHEZ SUPELANO, Luis Fernando. *El derecho al ambiente sano: esquemas de reconocimiento constitucional y mecanismos judiciales de protección en el derecho comparado*. Tesis para optar al título de Magíster en Derecho. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2012.

SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, María del Carmen. *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 34. Citado por SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *La responsabilidad civil por daño ambiental*. En: SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*, tomo III. Bogotá: Javegraf, 2008.

SANÍN, Ricardo. *Por qué no Habermas: del engaño liberal a la democracia radical*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. 2012, vol. 12, nro. 12, pp. 264-284.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *La responsabilidad civil por daño ambiental*. En: SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*, tomo III. Bogotá: Javegraf, 2008.

SARTORI, Giovanni. *La política: lógica y método en las ciencias sociales*. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.

SASS, Liz Beatriz. *Direito e Natureza: (Re)Construindo Vínculos a partir de uma Ecocidadania*. Curitiba: Juruá, 2008.

SCHWARTZ, Alan. *Karl Llewellyn and the Origins of Contract Theory*. En: KRAUS, Jody S. y WALT, Steven D. (Eds.). *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*. Nueva York: Cambridge University Press, 2007.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1961.

SCOTT, Robert E. *The Uniformity Norm in Commercial Law: A Comparative Analysis of Common Law and Code Methodologies*. En: KRAUS, Jody S. y WALT, Steven D. (Eds.). *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*. Nueva York: Cambridge University Press, 2007.

SCOTT, Robert E. *The Case for Formalism in Relational Contract*. *Northwestern University Law Review*. 2000, vol. 94, nro. 3, pp. 847-876.

SEGUÍ, Adela. *Prevención de los daños y su tutela inhibitoria en materia ambiental*. En: LORENZETTI, Ricardo Luis (Dir.). *Derecho ambiental y daño*. Buenos Aires: La Ley, 2009.

SELZNICK, Philip. *Self-Regulation and the Theory of Institutions*. En: TEUBNER, Gunther; FARMER, Lindsay y MURPHY, Declan (Eds.) *Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Ecological Self-Organization*. Chichester: Wiley, 1994.

SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2009.

SÉROUSSI, Roland. *Introducción al derecho inglés y norteamericano*. Barcelona: Ariel, 1998.

SERRANO FERNÁNDEZ, María. *Estudio de derecho comparado sobre la interpretación de los contratos. ¿Hacia una unificación de la hermenéutica contractual?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

SERRANO MORENO, José Luis. *La sociedad del riesgo y el derecho de la sociedad*. En: PÉREZ ALONSO, Esteban, *et al.* (Eds.). *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

SERRANO, José Luis. *Principios de derecho ambiental y ecología jurídica*. Madrid: Trotta, 2007.

SIMÓN YARZA, Fernando. *Medio ambiente y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

SIMÓN YARZA, Fernando. El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2012, nro. 94, pp. 153-179.

SMITH, Stephen A. *The Rights of Private Law*. En: ROBERTSON, Andrew y TANG, Hang Wu. (Eds.). *The Goals of Private Law*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2009.

SMITH, Stephen A. *Contract Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

SMITH, Stephen A. *Contract Theory*. Nueva York: Oxford University Press, 2004.

SMITS, Jan. *Private Law and Fundamental Rights. A Sceptical View*. En: BARKHUYSEN, Tom y LINDENBERGH, Siewert. (Eds.) *Constitutionalisation of Private Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.

SOLANA RUIZ, José Luis. La unidad y diversidad del hombre en la antropología compleja de Edgar Morin. *Gazeta de Antropología*. 1995, nro. 11.

SOLARI, Gioele. *Filosofía del derecho privado. Tomo II: La idea social*. Buenos Aires: Depalma, 1950.

SOLARI, Gioele. *Filosofía del derecho privado. Tomo I: La idea individual*. Buenos Aires: Depalma, 1946.

SOTO COAGUILA, Carlos y MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El contrato en una economía de mercado*. Bogotá: Javegraf, 2009.

SPECTOR, Horacio. The Future of Legal Science in Civil Law Systems. *Louisiana Law Review*. 2004, vol. 65, pp. 255-269.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdad y consenso. Constitución, hermenéutica y teorías discursivas: de la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en derecho*. Lima: ARA, 2009.

STIGLITZ, Rubén. *El contrato en el mundo socialista – Sistema imperante en la URSS*. En: STIGLITZ, Rubén (Dir.) *Contratos, Teoría general, Tomo I*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

STIGLITZ, Rubén (Dir.). *Contratos: teoría general, tomos I y II*. Buenos Aires: Depalma, 1993-1994.

SUNSTEIN, Cass R. *Leyes de miedo: más allá del principio de precaución*. Buenos Aires / Madrid: Katz, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. *Riesgo y razón: seguridad, ley y medioambiente*. Buenos Aires: Katz, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. *Why societies need dissent*. Cambridge (MA) / Londres: Harvard University Press, 2005.

I

TARDÍO PATO, José Antonio. *Los principios generales del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2011.

TAYLOR, Paul. *La ética del respeto a la naturaleza*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

TERRICABRAS, Josep-María. *"El filósofo resuelve problemas filosóficos"*. *Popper contra Wittgenstein*. En: LÓPEZ ARNAL, Salvador, et al. (Coords.). *Popper/Kuhn: ecos de un debate*. Barcelona: Montesinos, 2003.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TEUBNER, Gunther. *In the Blind Spot: The Hybridization of Contracting*. *Theoretical Inquiries in Law*. 2007, vol. 8, pp. 51-71.

TEUBNER, Gunther. *The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by "Private" Transnational Actors*. *Modern Law Review*. 2006, vol. 69, nro. 3, pp. 327-346.

TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico*. En: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.) *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

TEUBNER, Gunther. *La constitucionalización de la sociedad global*. En: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.) *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

TEUBNER, Gunther. *Expertise as Social Institution: Internalising Third Parties into the Contract*. En: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh y WIGHTMAN, John (Eds.). *Implicit Dimensions of Contract*. Portland: Hart Publishing, 2003.

TEUBNER, Gunther. *Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno*. En: BORDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre/Instituto Pensar/Universidad de los Andes, 2000.

TEUBNER, Gunther. *Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law*. *Social and Legal Studies*. 2000, vol. 9, pp. 399-417.

TEUBNER, Gunther. *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*. *Modern Law Review*. 1998, vol. 61, nro. 1, pp. 11-32.

TEUBNER, Gunther. *Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses*. En: RAWLINGS, Richard (Ed.). *Law, Society, and Economy*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

TEUBNER, Gunther. *The Invisible Cupola: From Causal to Collective Attribution in Ecological Liability*. En: TEUBNER, Gunther; FARMER, Lindsay y MURPHY, Declan (Eds.) *Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Ecological-Self Organization*. Chichester: John Wiley & Sons, 1994.

TEUBNER, Gunther. *Law as an Autopoietic System*. Oxford/Cambridge (MA): Blackwell, 1993.

TEUBNER, Gunther. *Piercing the Contractual Veil? The Social Responsibility of Contractual Networks*. En: WILHELMSSON, Thomas (Ed.). *Perspectives of Critical Contract Law*. Farnham: Ashgate, 1993.

TEUBNER, Gunther. *Unitas multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises*. En: SUGARMAN, D.; Teubner, G. (Eds.). *Regulating Corporate Groups in Europe*. Baden-Baden: Nomos, 1990.

TEUBNER, Gunther. *How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law*. *Law & Society Review*. 1989, vol. 23, nro. 5, pp. 727-757.

TEUBNER, Gunther; NOBLES, Richard y SCHIFF, David. *The Autonomy of Law: An Introduction to Legal Autopoiesis*. En: PENNER, James; SCHIFF, David y NOBLES, Richard (Eds.) *Jurisprudence and Legal Theory: Commentary and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

THORNHILL, Chris. *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. *La función social del derecho contractual en el Código Civil brasileño: justicia distributiva VS. eficiencia económica*. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*. 2010, nro. 52, pp. 5-51.

TIMM, Luciano Benetti. *Los orígenes del contrato en el Nuevo Código Civil: una introducción a la función social, al welfarismo y a la solidaridad contractual*. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*. 2008, vol. 3, nro. 1.

TOLLER, Fernando M. *La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales: una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el balancing test*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Interpretación constitucional*, tomo II. México: Porrúa / UNAM, 2005.

TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. *Revista de Derecho Privado*. 2010, nro. 18, pp. 205-220.

U

UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. (26, julio, 2000). Los Diez Principios del Pacto Mundial de la ONU. Consultado el 13 de noviembre de 2017 y disponible en <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-7>

UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. (26, julio, 2000). The Ten Principles of the UN Global Compact. Consultado el 13 de noviembre de 2017 y disponible en <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-7>

URIBE VARGAS, Diego y CÁRDENAS CASTAÑEDA, Fabián Augusto. *Derecho Internacional Ambiental*. Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010.

V

VAN DE KERCHOVE, Michel y OST, François. *Legal System Between and Disorder*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

VAN DE KERCHOVE, Michel y OST, François. *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

VANDENBERGH, Michael P. *Private Environmental Governance*. *Cornell Law Review*. 2013, vol. 99, pp. 129-199.

VANNEUVILLE, Rachel y GANDREAU, Stéphane. *Le principe de précaution saisi par le droit: les enjeux sociopolitiques de la juridicisation du principe de précaution*. París: La Documentation française, 2006.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado "estado de cosas inconstitucional". *Estudios Constitucionales*. 2003, vol. 1, núm. 1, pp. 203-228.

VARGAS MORENO, Óscar. Gestión de compras eficientes y sostenibles: un modelo para la gestión de la cadena de suministro y para romper paradigmas. *Revista Punto de Vista*. 2014, vol. V, nro. 8, pp. 41 – 54.

VELÁSQUEZ RUIZ, Marco. *The Colliding Vernaculars of Foreign Investment Protection and Transitional Justice in Colombia: A Challenge for the Law in a Global Context*. Tesis para optar al título de Ph. D. Toronto: Universidad de York – Osgoode Hall Law School, 2016.

VERMEULE, Adrian. *Law and the Limits of Reason*. Nueva York: Oxford University Press, 2009.

VIGO, Rodolfo Luis. *Constitucionalización y judicialización del derecho*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Ibáñez, 2012.

VIGO, Rodolfo Luis. *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

VIGO, Rodolfo Luis. *Directivas de la interpretación constitucional*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Interpretación constitucional*, tomo II. México: Porrúa / UNAM, 2005.

VINCENT-JONES, Peter. *The Reception of Ian Macneil's Work on Contract in the U.K.* En: CAMPBELL, David (Ed.). *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011.

VINCENT-LEGOUX, Marie-Caroline. *L'ordre public écologique en droit interne*. En: BOUTELET, Marguerite y FRITZ, Jean-Claude (Dir.) *L'ordre public écologique: Towards an Ecological Public Order*. Bruselas: Bruylant, 2005.

VOLOSHINOV, Valentin Nikolaievich. *El marxismo y la filosofía del lenguaje: los principales problemas del método sociológico en la ciencia del lenguaje*. Madrid: Alianza, 1992.

VOLOSIN, Natalia. *Comparative Public Procurement in Latin America & the Caribbean*. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. 2012, vol. 3, pp. 148-161.

W

WEINRIB, Ernest. *The Idea of Private Law*. Cambridge/Londres: Harvard University Press, 1995.

WEISBERG, Richard. *Autopoiesis and Positivism*. *Cardozo Law Review*. , 1992, vol. 13, pp. 1721-1727.

WHITFORD, William C. *Relational Contracts and the New Formalism*. *Wisconsin Law Review*. 2004, vol. 2004, pp. 631-643.

WIEACKER, Franz. *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*. Madrid: Aguilar, 1957.

WIENER, Jonathan B. *The Real Pattern of Precaution*. En: WIENER, Jonathan B., *et al.* (Eds.). *The Reality of Precaution: Comparing Risk Regulation in the United States and Europe*. Washington DC/Londres: RFF Press, 2011.

WIENER, Jonathan B. *The Rethoric of Precaution*. En: WIENER, Jonathan B., et al. (Eds.). *The Reality of Precaution: Comparing Risk Regulation in the United States and Europe*. Washington DC/Londres: RFF Press, 2011.

WILCHES DURÁN, Rafael E. Protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil. Estudio práctico del caso colombiano. *Revista de Derecho*. 2015, nro. 43, pp. 237-268.

WILCHES DURÁN, Rafael E. La protección del ambiente en el contrato a la luz de las teorías del derecho de contratos. Estudio a partir del derecho comercial colombiano. *Revista Opinión Jurídica*. 2014, vol. 13, nro. 25, pp. 87-104.

WILCHES DURÁN, Rafael E. *Derecho comercial y derecho ambiental: diferentes aproximaciones epistemológicas*. En: ALJURE, Antonio, et al., (Coords. Académicos). *Estudios de derecho privado: Liber Amicorum en homenaje a Hernando Tapias Rocha*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2013.

WILCHES DURÁN, Rafael E. Principio ambiental de precaución y contratación mercantil en derecho colombiano. Planteamiento del problema. *Revista Vniversitas*. 2011, vol. 60, nro. 123, pp. 283-314.

WILDE, Mark. *Civil Liability for Environmental Damage, Comparative Analysis of Law and Policy in Europe and US*. La Haya/Nueva York: Kluwer Law International, 2002.

WILHELMSSON, Thomas. *Critical Studies in Private Law: A Treatise on Need-Rational Principles in Modern Law*. Dordrecht: Kluwer, 1992.

WILLKE, Helmut. Formas de autoorientación de la sociedad. *Revista MAD*. 2016, nro. 34.

WINGSPREAD CONFERENCE ON THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE. (23-25, enero, 1998). Wingspread Statement. Consultada el 20 de junio de 2017 y disponible en <http://www.sehn.org/wing.html>

WITKER, Jorge. *Cómo elaborar una tesis en derecho*. Madrid: Civitas, 1986.

Z

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*. Madrid: Trotta, 2005.

ZAPATA LUGO, José Vicente. *Industria y medio ambiente. Responsabilidad por pasivos ambientales: consideraciones respecto de la problemática de los residuos peligrosos*. En: LONDOÑO TORO, Beatriz; RODRÍGUEZ, Gloria Amparo y HERRERA CARRASCAL, Giovanni. (Eds.) *Perspectivas del Derecho ambiental en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2006.

ZUMBANSEN, Peer. Law After the Welfare State: Formalism, Functionalism, and the Ironic Turn of Reflexive Law. *American Journal of Comparative Law*. 2008, vol. 56, pp. 769-808.