

Impacto del derecho ambiental en el desarrollo del derecho comercial contemporáneo o vigente¹

MARÍA ELENA GRUESO RODRÍGUEZ
FERNANDO MOTTA CÁRDENAS

Introducción

El trabajo que se presenta a continuación busca analizar el impacto del derecho ambiental en la actividad empresarial desplegada en Colombia, cuyo fundamento se encuentra en el derecho comercial. Es decir, pretende determinar cuál es el tipo de protección jurídica del ambiente que se desarrolla en el marco de las prácticas comerciales, soportadas en el derecho comercial. Para cumplir con tal objetivo, se parte de la problemática presente en estas dos instituciones jurídicas. Se destaca que esta es una situación que sobrepasa las fronteras nacionales, pues tiene una fuerte dependencia de las dinámicas del modelo neoliberal imperante en el mundo.

1 El documento denominado *Impacto del derecho ambiental en el desarrollo del derecho comercial contemporáneo o vigente* es el resultado del proyecto de investigación *Impacto del derecho ambiental en el desarrollo del derecho comercial contemporáneo o vigente* del Grupo Derecho Económico de la Corporación Universitaria Republicana.

Una vez identificada la problemática, se procede con el análisis de los conceptos más relevantes del presente estudio, como son el derecho ambiental y el derecho comercial; para avanzar con la identificación de las tensiones entre estos dos institutos. Finalmente, se hace un análisis jurisprudencial que contempla la identificación de los soportes constitucionales y termina con el estudio de dos sentencias de gran relevancia emitidas por la Corte Constitucional. En ese sentido, las conclusiones reflejan que la colisión entre estos dos derechos sigue vigente, ya que no se ha logrado un proceso de armonización que unifique las coincidencias y revise a profundidad las diferencias encontradas.

Problemática en la que se inscriben las tensiones entre el derecho ambiental y el derecho comercial

Para Martínez (2015) es evidente que el modelo económico imperante en la actualidad está generando una profunda tensión entre la libertad de empresa y las exigencias de promoción, protección y garantías de los derechos sociales, que incluyen el derecho a un ambiente sano. La razón de esta situación se encuentra en los argumentos neoliberales² promovidos por las grandes multinacionales, las instituciones financieras del orden internacional —el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), entre otros— y los principales países que son potencias económicas (Estados Unidos, Reino Unido, Japón, Alemania, Canadá, Francia e Italia), pues representan el 64 % de la riqueza en el mundo (Navarrete, 2016).

Bajo este esquema ideológico y económico, se construye una normativa económica y social en los Estados que favorece la libre empresa, la apertura y la desregularización del mercado en su conjunto.

2 Es importante identificar la noción de neoliberalismo, que se considera como el poder político y económico que ejerce un bloque económico dominante en el mundo, generando con ello un “proceso de polarización mundial, desdemocratización, desnacionalización, desestatización de la regulación social, nuevo constitucionalismo corporativo mundial y nuevo imperialismo” (Seoane, 2017).

Esto conlleva a que el medio ambiente se vea seriamente afectado y se ponga en riesgo la supervivencia de miles de especies. De igual modo, ha supuesto una crisis del mismo modelo socioeconómico, pero también una crisis de los llamados *modelos democráticos*, dado su alto nivel de dependencia con los grandes poderes financieros y económicos. Martínez (2015) lo expresa de la siguiente manera:

Decimos que se encuentra en crisis, por la ausencia de intervención, que como hemos visto, lo ha convertido en un espacio que se autorregula por las leyes del mercado. La expansión de la crisis financiera, ha sido el resultado del enorme poder que el capital financiero (entendido como, la banca, las aseguradoras y otras instituciones e instrumentos financieros) tiene sobre los ordenamientos nacionales e internacionales. (p. 395)

Se entiende entonces que el modelo económico global que ha imperado en las últimas décadas descansa en la capacidad que tiene el capital financiero para sobrevivir con base en el poder e influencia que tiene sobre los Estados. Ahora, esta dinámica de la economía mundial es una de las mayores y más graves causas generadoras de la actual crisis ambiental global, caracterizada por dos elementos fundamentales: el deterioro ambiental y la escasez de recursos naturales (Seoane, 2017).

Un ejemplo claro de estas tensiones se observa en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), el cual antecedió a la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en el que no se hace ninguna referencia a la protección ambiental. Luego, con la conformación de la OMC, se creó en su interior un Comité sobre Comercio y Medio Ambiente para impulsar la solución de controversias en los acuerdos multilaterales. Pero el problema radica en que, al no existir una regulación que facilite dichos acuerdos, termina por ser la OMC la que tome dichas decisiones (Uribe y Cárdenas, 2010).

La relación entre medio ambiente y comercio internacional ha sido objeto de permanente discusión. De un lado, el derecho ambiental ha visto el comercio como una herramienta agotadora y destructora de los recursos de la naturaleza, con el fin exclusivo de proteger intereses económicos privados por encima de intereses generales

y del bienestar mismo de la humanidad; de otro lado, el derecho comercial ha considerado las disposiciones ambientales como una barrera al libre comercio, un obstáculo al desarrollo y una limitación a las relaciones económicas necesarias de los Estados y las corporaciones internacionales. (Uribe y Cárdenas, 2010, p. 309)

Es en este contexto global en el que descansa la relación entre el derecho comercial y el derecho ambiental, la cual ha generado múltiples tensiones sobre cuál podría ser la prevalencia o mayor interés de los Estados al momento de fijar los parámetros normativos en el tratamiento de las economías nacionales y los respectivos efectos sobre el medio ambiente (Uribe y Cárdenas, 2010; Rovalo, 2016; Yepes, 2016). Las tensiones globales quedan expresadas como se presenta a continuación.

En ese sentido, en España, por ejemplo, la libertad de empresa tiene límites que, si bien no se encuentran expresados, sí son un reflejo del Estado Social de Derecho, en la medida que sus límites se encuentran en la misma Constitución. Para Mesa (2013) los límites estarían en los derechos fundamentales, como la vida o la integridad física, pero también se encuentran dentro de la política social y económica, pues se incluyen los derechos de los consumidores. De esta manera se obliga a la administración a que garantice la eficacia de estos.

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 solo 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”. (Mesa, 2013, p. 105)

Entrando en el caso colombiano, se observa que las colisiones de derechos (económico y ambiental) están presentes y visiblen en la Constitución Política, particularmente, entre el derecho fundamental a un ambiente sano y la libertad económica. El primero tiene un sólido fundamento constitucional (artículos 8, 58, 63, 79, 80, 95 y 332 de la Carta Política), que se fortalece también con leyes significativamente

importantes (Ley 99 de 1993; artículo 10 de la Ley 388 de 1997; Decreto 2372 de 2010). De otro lado, el derecho a la libertad económica se encuentra establecido en el artículo 333 de la Constitución y tiene un sólido soporte normativo (Decreto 410, 1971).

Las tensiones entre estos derechos se encuentran establecidas en los diversos casos en los cuales median conflictos, principalmente entre las comunidades y la empresa privada. Esto se observa en los casos relevantes identificados por el Observatorio de Conflictos Ambientales (OCA) y que afectan a poblaciones específicas. Así, dentro de los más emblemáticos se encuentra el de Santurbán (departamento de Santander) con la empresa GreyStar (Saavedra, 2015); el Piedemonte llanero (departamento del Meta) con las empresas Ecopetrol, OXI y British Petroleum Corporation; Curvaradó y Jiguamiandó (departamento del Chocó) con las empresas de palma de aceite; Cauca con Smlulrfit Kappa Cartón de Colombia, entre otros (Observatorio de Conflictos Ambientales, 2019).

Concepciones más relevantes del derecho ambiental y el derecho comercial

Para abordar las diversas concepciones que guían el presente estudio, es menester entender la concepción del derecho sobre la cual se soporta. Así, en esta investigación se fundamenta en que es un constructo social y no tanto un elemento epistémico autónomo (Wilches, 2019). En efecto, se plantea que la comprensión del derecho comercial y el ambiental pasa por comprender que en su construcción subyacen decisiones políticas sustentadas en determinados poderes (económicos, sociales y políticos), luego obedece a unos determinados intereses que, en cierta medida, se requieren develar para percibirlo en un sentido más sistemático, y no meramente como elementos jurídicos pasivos.

Sobre esta base, se considera el derecho comercial como una institución jurídica que regula las relaciones jurídicas que determinan los actos de comercio, así como aquellas que emergen de la actividad de los comerciantes en su objeto de comercio: “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” (Wilches, 2019, p. 49).

Asimismo, Vitolo (2015) plantea que el derecho comercial se enmarca en los siguientes principios básicos: buena fe, publicidad, presunción de onerosidad, apariencia y confianza legítima. Así, el principio de la buena fe es entendido en sus dos dimensiones: como la convicción de legitimidad respecto a la situación jurídica; y como probidad de la conducta, es decir, como el obrar recto y leal, sin que implique hacer daños a terceros.

El proceder recto y leal, sin engañar a nadie y sin intentar perjudicar, descarta también hacer uso de los derechos o facultades con extremo o innecesario rigor, de modo tal que pueda surgir de este obrar un daño injusto respecto de la otra parte o de un tercero (Vitolo, 2015, p. 145). Este es un principio que guarda una relación íntima con el derecho ambiental, en la medida que conlleva a que los comerciantes —en el desarrollo de su objeto de negocio— no afecten el derecho de los terceros, sobre todo en el ambiental. De ahí que sea representativo aplicar este principio como uno de los más trascendentales para crear puentes que superen las tensiones con el derecho ambiental.

De igual manera, el principio de publicidad se orienta a que la labor comercial tenga su soporte en la transparencia y conocimiento de la actividad desarrollada, de cara a los terceros. Es decir, este principio propone que los comerciantes no utilicen estrategias de publicidad orientadas a engañar al público, como en efecto puede suceder con determinados productos que presentan una imagen *amigable*, cuando en realidad afectan sensiblemente el derecho a un ambiente sano. Desde esta perspectiva, este principio compagina con el derecho ambiental, en tanto fija unos parámetros y límites éticos a las empresas para que sus conductas sean más transparentes de cara a la ciudadanía.

De otro lado, respecto al principio de onerosidad, se plantea que este corresponde al lucro que espera obtener el empresario de su actividad comercial. En este punto sí puede reñir este interés personal sobre el general.

El obrar de los comerciantes y empresarios no obedecen a una mera conducta desinteresada, sino que, en todo acto cumplido en el ámbito de una actividad comercial, es decir, en la producción, intercambio o tráfico de bienes y servicios en el mercado, se encuentra

ínsito el fin de lucro, el cual resultaba claro [...] los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos. (Vitolo, 2015, p. 156)

Finalmente, el principio de la confianza legítima propone que es el comportamiento de los comerciantes el que debe dar la certeza de que sus conductas y manifestaciones susciten una creencia razonable sobre ellas y que esta no va en detrimento de terceros; es decir, que mantienen una “conducta consistente con los criterios que el sujeto ha expresado con anterioridad frente a su contraparte y los terceros” (Vitolo, 2015, p. 164).

De otro lado, desde el derecho ambiental, es necesario destacar que se entiende como un sistema o institución jurídica que comprende no solo su aspecto jurídico como tal (normas, jurisprudencia, doctrina), sino también las instituciones que lo gobiernan y las diversas corrientes ideológicas sobre la cuales se soporta y justifica: “sistema de normas, principios, instituciones, prácticas operativas e ideologías jurídicas que regulan las relaciones entre los sistemas sociales y sus entornos naturales” (Wilches, 2019, p. 49).

Un aporte fundamental para comprender la profundidad del significado de ambiental es el de Carrizosa (2004), quien, desde el paradigma de la complejidad, subraya que no se debe reducir ni tampoco simplificar, como se suele hacer en el derecho, sino que se debe entender como una forma compleja de ver el problema ambiental desde la realidad; es decir, profunda y ampliamente, como un deber estético y ético, desde sus interrelaciones reales, en su dinamismo a mediano y largo plazo y, por último, con respeto.

En afrontar con la mayor valentía posible 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 siempre el efecto de algo más que a su vez está interrelacionado con otras variables. (Carrizosa, 2004, p. 26)

Asimismo, la concepción de ambiente en Colombia abarca más elementos que los establecidos en la Carta Política como elemento o derecho subjetivo de ambiente sano. Algunos autores lo exploran

como un derecho fundamental de alcance colectivo e individual, lo que debería generar efectos positivos para su protección, aunque se pueda encontrar en colisión con otros derechos, también de carácter constitucional.

Otro aspecto que se debe tener en cuenta en el derecho ambiental son los principios, particularmente los de precaución, prevención y responsabilidad común. Estos vienen a configurar el marco de reglas que se deben seguir para lograr la protección del medio ambiente. En ese sentido, el principio de precaución se consolida como el elemento estructural fundamental del derecho ambiental, pues está orientado a que las autoridades públicas tomen acciones afirmativas orientadas a evitar que se produzcan graves daños a los ecosistemas (Arcila, 2009; Bernal y Noriega, 2010; Wilches, 2018; Wilches, 2019). En esta medida, el principio de precaución es, *per se*, una actividad, un ejercicio, un imperativo de estricto cumplimiento que busca eliminar una amenaza con efectos nocivos hacia la especie humana o demás especies vivientes: “no es necesario que exista certeza científica del daño para implementar las medidas a que haya lugar, estas se justifican aun en aquellos eventos donde haya duda respecto a los perjuicios que puede causar determinada actuación” (Arcila, 2009, p. 288).

Valga señalar que la Corte Constitucional se ha referido de manera reiterada a este principio (Sentencias C-703/10; T-204/14; T-021/19). En estas sentencias se expresa la necesidad de “dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante la afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente, que lo comprometen gravemente, al igual que a los derechos con él relacionados” (Corte Constitucional, C-703 de 2010). La relevancia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional será tratada a profundidad en un apartado siguiente, pues requiere de una mayor comprensión y análisis.

Respecto al principio de prevención, Gorosito (2017) dice que se refiere a las políticas públicas de protección ambiental, y que, al igual que el principio anterior, busca generar un marco de prácticas que coadyuven a mejorar el sistema medioambiental, pero, a su vez, a tomar en cuenta el alto potencial de un daño ambiental, pues este puede ser irreparable o la naturaleza se puede demorar en recuperarlo. Estos, serían casos como la extinción de especies, radiación por efectos de

fusiones nucleares, destrucción de la flora, desertización en áreas productivas y pérdidas de ecosistemas marinos y terrestres, entre otros. Así, frente a estos riesgos es que se exige la aplicación del principio de prevención:

La acción preventiva puede llevarse a cabo de distintas formas, principalmente administrativas, tales como la evaluación de impacto ambiental, o la fijación de umbrales de contaminación, o a través de la obligación de adaptarse a las mejores tecnologías disponibles o mediante la internalización de los costes, fórmulas que han dado lugar, a su vez, a los denominados principios de “evaluación de impacto ambiental” y de “quien contamina, paga”. (Barrena, 2015, p. 98)

Esto implica la amplia participación de todas las disciplinas científicas, en donde el derecho aporta en proponer soluciones jurídicas (desde la doctrina, el fortalecimiento de los instrumentos-convenciones internacionales, el desarrollo jurisprudencial interno e internacional o la creación de normas de protección y garantías al medio ambiente) (Gorosito, 2017).

Tensiones presentes entre el derecho comercial y el derecho ambiental

Definidos los dos conceptos fundamentales, se destaca que la relación entre el derecho comercial y el derecho ambiental es, como lo señala Carrizosa (2004), compleja. Por ello, existen autores, como Sabogal (2005), Wilches (2011) y Santos (2012), quienes han precisado cómo el derecho comercial tiene una indudable relación condicionante, dependiente y directa con el derecho ambiental. Conforme a estos autores, el fundamento se encuentra en que en todo acto mercantil va inmerso el uso de recursos naturales, pues estos se encuentran sumidos en dichas relaciones comerciales.

Ahora, en las tensiones entre estos dos derechos están presentes, sin duda, las relativas entre el interés particular —expresado en la libertad económica— y el interés general —propio del derecho ambiental—. Esto conlleva a precisar que se está entre dos categorías constitucionales

relevantes: la ambiental, cuya naturaleza es de derecho público (Medina, Machado y Vivanco, 2016; Hernández, 2017); y el derecho comercial de naturaleza propia de la rama del derecho privado.

Llama la atención los dos enfoques que, desde el derecho ambiental, buscan tratar dicha relación: el biocéntrico y el antropocéntrico. Así, el medio ambiente es considerado un derecho fundamental ligado al ser humano; es decir, que tiene una perspectiva antropocéntrica. Esto se contrapone a la visión biocéntrica que se maneja en otros escenarios, en los que la actividad humana no es el centro, sino que está en función de la vida en su conjunto y complejidad (todos los seres vivos) (Mantilla, 2018; Bellomo, 2017).

En ese sentido, la concepción antropocéntrica, que prevalece en el mundo, plantea al hombre como eje central del universo. Esto conllevó a la consolidación de un modelo de desarrollo con un soporte filosófico, económico, político, social y cultural. Bellomo (2017) precisa que el fundamento de este paradigma se encuentra en señalar a la especie humana como una superior y no como una más entre las demás. Señala que en esa perspectiva se pueden encontrar las religiones occidentales, como el catolicismo, y el enfoque de superioridad de grado, en donde el hombre tiene una superioridad evolutiva basada en su inteligencia humana.

En contraste, está la concepción biocéntrica, en la que la especie humana adquiere un valor equitativo a las demás, es decir, dejando de lado su carácter de ser superior. Bellomo (2017) dice que bajo esta posición se plantean los derechos morales que tienen las cosas no humanas; únicamente en la postura biocéntrica se incluyen a todos los individuos vivientes. Ahora, a la par de esta postura se encuentra una similar, que plantea los derechos morales para las especies y los ecosistemas, de ahí que se llamen *ecocéntricas*. En este marco analítico, Mantilla (2018) precisa que la propuesta de desarrollo sostenible posibilita un fortalecimiento de las concepciones no antrópicas (biocentrismo, ecocentrismo), pues posibilita que la “sociedad asuma el compromiso, consciente y responsable de las acciones consigo y el entorno circundante, que no es otro que el mundo entero” (p. 25).

De otro lado, al profundizar en una concepción que maneja el derecho comercial, se puede decir que esta refleja un modelo económico

vigente que, dado su carácter global e interdependiente entre Estados e instituciones, incide notablemente en el derecho ambiental. Así, entonces, este último derecho también se debe comprender desde una perspectiva holística, en el entendido que se debe superar la concepción jurídica, para comprenderlo como el determinante de la calidad de vida de todo ser vivo —es decir, no solo de la supervivencia de la humanidad, sino del mismo planeta—, pero que se encuentra mediado por intereses particulares que imponen barreras jurídicas y prácticas para que las iniciativas ambientales no surtan el efecto y eficiencia necesarios para superar la actual crisis por la que atraviesa la Tierra.

De igual manera, se puede hablar también de tensiones en cada una de estas disciplinas del derecho. Esto, en virtud de las concepciones que existen, por ejemplo, sobre el tema ambiental, pues se puede llegar a un reduccionismo, limitándolo hacia un problema ecológico, cuando efectivamente están inmersos otros elementos o dimensiones como la social, cultural, política y económica, por mencionar algunas.

Desarrollo jurisprudencial de la relación entre el derecho comercial y el derecho ambiental

Previo al análisis jurisprudencial de las altas cortes, particularmente de la Corte Constitucional, en Colombia se plantea que el derecho comercial se encuentra delimitado por el principio-criterio de libertad de empresa (Const., 1991, art. 333), en tanto que la protección ambiental, establecida igualmente en la Carta Política, se encuentra básicamente en los artículos 79 y 80.

En efecto, el artículo 333 de la Constitución es claro en señalar que la “actividad económica y la iniciativa privada son libres”. De este imperativo constitucional, Sabogal (2005) deduce que dicho artículo conlleva la noción de libertad de empresa, la cual puede ser llevada a cabo por una persona natural o una jurídica en el desarrollo de sus actividades propiamente económicas. De otro lado, al analizar el derecho ambiental desde la perspectiva constitucional, basta señalar que el artículo 79 de la Constitución establece, como parte de los derechos colectivos y del ambiente, dos elementos relevantes. El primero, el derecho que tiene toda persona a gozar de un ambiente sano;

en segundo lugar, que el Estado tiene el deber de garantizar la protección de la diversidad e integridad del medio ambiente. Así quedó expresado en esta normativa:

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 (Const., 1991, art. 79).

En concordancia, el artículo 80 de la Constitución dice que el Estado tiene la responsabilidad de hacer los planes correspondientes para el aprovechamiento de los recursos naturales, pero en el marco del desarrollo sostenible, así como en procura de lograr la conservación, restauración o sustitución de dichos recursos. Aunado, se plantea el principio de prevención, orientado a llevar a cabo un control frente al deterioro ambiental, para lo cual el Estado está capacitado para imponer las sanciones respectivas, y exigir reparación a quien o quienes ocasionen daños ambientales. Finalmente, el artículo en mención plantea una visión global del tema ambiental, al expresar que el Estado debe cooperar con las demás naciones en la protección de los ecosistemas, sobre todo de aquellos ubicados en las zonas fronterizas.

Al ser ambos derechos constitucionales, como se ha señalado, se estaría ante una colisión de derechos fundamentales, la cual ha sido debatida por la Corte Constitucional en diversas oportunidades. De acuerdo con lo anterior, es relevante la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional en relación con el derecho al medio ambiente y las limitaciones a la libertad económica.

En efecto, se precisa la relevancia de la Carta Política como una *Constitución viviente*, entendiendo con ello que la Constitución no es una simple norma de aplicación mecánica, sino que presenta o está inmersa en una dinámica marcada por los cambios culturales, sociales, económicos, políticos y, por supuesto, ambientales. De ahí, que la jurisprudencia ocupe un lugar especial al darle sentido práctico a los postulados constitucionales. Esto no solo en una interpretación de su artículo, sino en la posibilidad de reinterpretación de la jurisprudencia a la luz

de nuevos escenarios sociales que así lo exijan (Corte Constitucional, C-570 de 2012; C-298 de 2016; C-045 de 2019).

Con base en este criterio y respecto al derecho comercial, en particular a la libertad económica caracterizada como de interés particular privado, se precisa que este no es un derecho constitucional absoluto, pues se encuentra limitado por el interés general, bien sea este de tipo social, ambiental o cultural. Por estas razones es que la Corte Constitucional detalla que en Colombia existe una economía social de mercado:

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el modelo de Estado social de derecho adoptado por el Constituyente de 1991 fue la economía social de mercado, en la que si bien se garantiza la libertad económica, principalmente a través de la libertad de empresa y la libre competencia —con autorrestricciones—, también se establece la obligación del Estado de intervenirla a fin de corregir las fallas del mercado y lograr escenarios de equidad y justicia en los que sea realizable la efectividad de los derechos fundamentales de los asociados y demás fines sociales del Estado. (Corte Constitucional, C-284 de 2017).

Esto tiene también su soporte jurisprudencial en la Sentencia T-425 de 1992, cuando se precisó que la libertad económica, inmersa en el artículo 333 de la Constitución, corresponde a la “facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”.

La misma Corte aclara que mediante la libertad económica —caracterizada o definida como libertad de competencia y de empresa— se establecen garantías de participación a todas las personas en la vida económica de la nación, con lo cual se promueve el desarrollo socioeconómico. Esto conlleva una intervención activa del Estado en la economía, pues su deber es garantizar calidad de vida, equidad en oportunidades y, fundamentalmente, la generación de un ambiente sano: “la intervención del Estado en la economía tiene como propósito armonizar los intereses privados de los particulares con el interés general” (Corte Constitucional, C-284 de 2017).

Esto implica especificar que cuando se habla de un ambiente sano, se está hablando de un derecho fundamental que limita otros derechos, también consignados como de carácter constitucional. En esta perspectiva, la Corte Constitucional plantea que se está ante cuatro tipos de Constitución: la Constitución económica, fundamentada en los elementos de propiedad, trabajo y empresa; la Constitución cultural, que determina la nacionalidad; la Constitución social, que parte del reconocimiento de derechos fundamentales individuales como colectivos; y, por último, la Constitución ecológica, enfocada en la dignidad humana en cuanto derecho/deber, pero también en el bienestar animal, entendiendo este último como toda vida sobre el planeta (Corte Constitucional, C-284 de 2017; C-045 de 2019; C-032 de 2019).

Asimismo, el análisis de estas sentencias le permite identificar a la Corte Constitucional las múltiples relaciones que tiene el hombre con la naturaleza, consolidando así el medio ambiente como un principio rector que orienta el sistema jurídico cuando se encuentran en riesgo los ecosistemas. Aunado a ello, se encuentra dentro de su *ratio decidendi* un soporte jurídico valioso, que parte de los diversos instrumentos internacionales de protección ambiental (incluyendo los regionales) de los aportes de la doctrina y del desarrollo normativo, en lo que se incluye el constitucional.

No obstante, existen voces contrarias que plantean cómo la Corte Constitucional ha emitido fallos basados en la retórica, sin lograr avanzar efectivamente en la protección ambiental.

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. (Wilches, 2019, p. 145)

Así, Wilches (2019) pone como ejemplo la Sentencia C-339 de 2002 y afirma que la Corte Constitucional igualó las normas ambientales con las mineras. Pero al hacer una lectura sistemática de la *ratio* de esta sentencia se observa que el máximo tribunal orienta su análisis es en la necesidad de *armonizar* la protección y conservación de la biodiversidad con el crecimiento económico y la propia actividad minera. En ese entendido, esta Corporación señala que el medio ambiente y la protección de la biodiversidad se deben tomar en cuenta como un principio que oriente la explotación minera, pero no igualarla.

Profundizando, la Corte Constitucional plantea en esta misma sentencia que el concepto que debe regir esta relación con la minería es el de *desarrollo sostenible*, pues es consciente que la minería genera un impacto ambiental muy grave en la biodiversidad.

Para poder hablar de un desarrollo sostenible de la explotación minera que respete la biodiversidad, es indispensable tener en cuenta como instrumento la evaluación de impacto ambiental, entendida como instrumento administrativo y como instrumento de gestión que permite articular los diversos aspectos ambientales de la actividad minera tales como la mitigación de la contaminación, la protección de especies y la recuperación post-clausura de las explotaciones y exploraciones minera. (Corte Constitucional, C-339 de 2002)

A ello se suma el hecho de que le impone límites a la actividad minera, en tanto que a la protección ambiental le plantea son criterios de protección integral de la biodiversidad. Sin embargo, esto no implica negar la actividad minera, que debe estar supeditada a los premisos de las autoridades ambientales, sin lo cual no puede operar:

Es por ello que el legislador admite la exploración y explotación de la minería en consonancia con la Constitución, pero con límites y bajo la condición de que medie una autorización previa de la autoridad competente en concordancia con la autoridad minera, con lo cual se refuerza el control y la protección del patrimonio cultural. (Corte Constitucional, C-339 de 2002)

De igual modo, Wilches (2019) hace una crítica a la Sentencia C-443 de 2009 y señala que la Corte Constitucional “obvió el ambiente como principio rector” (p. 146). Esta afirmación no se comparte. Si bien la Corte no menciona expresamente *principio rector*, sí subyace en su *ratio* una postura que deja entrever que no lo obvió, sino que lo garantizó: “se puede afirmar entonces que la Constitución traza lineamientos claros en relación con la protección al medio ambiente: el aprovechamiento de los recursos naturales no puede generar un daño o deterioro que atente contra su diversidad e integridad” (p. 143). En síntesis, no se comparte la interpretación dada por Wilches (2019) sobre la equivalencia del derecho minero con el derecho ambiental.

Ahora, resulta de suma importancia el análisis jurisprudencial de uno de los sectores económicos en el que los últimos gobiernos (Juan Manuel Santos) han venido impulsando el desarrollo nacional. Este corresponde al sector minero, el cual se encuentra ligado a profundos intereses ambientales localizados en los páramos del país; de ahí que sea relevante el estudio de las sentencias C-035 de 2016 y T-361 de 2017. La primera, se encuentra relacionada con los planes nacionales de desarrollo en el período 2010-2018, en los que se establecieron la creación y ampliación de las áreas de reservas estratégicas mineras, particularmente en zonas de páramos. La segunda atendió la protección específica del páramo de Santurbán en el departamento de Santander.

Respecto a la primera sentencia, la Corte Constitucional observó que la libertad económica es uno de los pilares sobre los cuales se asienta el modelo económico en Colombia, lo cual generó como efecto la libertad de la iniciativa privada, sin mayores requisitos que los establecidos en la ley. Pero, a renglón seguido, precisó que estos derechos no son absolutos, pues ellos deben enfocarse o cumplir la función social establecida en la Carta Política. A su vez, la Corte subraya que es el Estado el que debe dirigir la economía y regular el mercado.

Así, esta limitación a la libertad económica adquiere un profundo significado cuando la Corte va más allá de entender dicha libertad como la actividad de particulares y asumirla desde la perspectiva de un modelo económico. En ese entendido, precisa que el colombiano debe apartarse de modelos como el liberalismo económico clásico, el cual proscribió la intervención del Estado. Así, reitera que el modelo

que se adoptó en la Carta Política fue el de economía social de mercado, como ya se mencionó, en el que hay un reconocimiento de la empresa privada como el evidente motor de la economía “pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general” (Corte Constitucional, C-035 de 2016).

Sumado a esto, respecto a la explotación de recursos naturales no renovables, la Corte Constitucional ratifica que dicha actividad no es de la autonomía de la empresa privada, pues es tarea del Estado intervenir activamente en la estructuración de este tipo de actividades, sobre todo las de explotación minera. Profundizando, expresa que la actividad minera se encuentra sometida a decisiones políticas que se encuentran por fuera de la autonomía de la voluntad de los particulares. En virtud del legislador, la administración es la que debe fijar las condiciones, requisitos y demás elementos normativos que posibiliten la explotación de dichos recursos naturales no renovables, pues son de su propiedad.

Ahora, si el Estado, en virtud de tales derechos, concede las respectivas licencias ambientales, esto no significa que tales sean consideradas como derechos absolutos para los particulares que las adquieren. Para la protección del medio ambiente, es dable que estas licencias no sean autorizadas cuando se pongan en riesgo derechos fundamentales:

Es necesario concluir que en virtud de lo dispuesto en los artículos 1º, 58, 80 y 95 de la Constitución Política, la protección del ambiente prevalece frente a los derechos económicos adquiridos por particulares mediante licencias ambientales y contratos de concesión en las circunstancias en que esté probado que la actividad produce un daño, o cuando exista mérito para aplicar el principio de precaución para evitar un daño a los recursos naturales no renovables y a la salud humana. (Corte Constitucional, C-035 de 2016)

La Corte Constitucional asumió una postura igual en la Sentencia T-361 de 2017, cuando estableció la protección de los límites del páramo de Santurbán, pero destacando el derecho a la participación de la sociedad en los proyectos o decisiones ambientales que tomen las

autoridades mediante las políticas públicas. En efecto, en dicha sentencia se expresa que todos los ciudadanos tienen la facultad de ser parte activa de las decisiones ambientales que se tomen. Esto hizo prevalecer a aquellas comunidades que podrían verse afectadas por decisiones, como las señaladas de explotación minera en este páramo.

A ello se sumó el análisis de la importancia de los ecosistemas paramunos de Colombia. La Corte Constitucional recalcó que son dos las razones básicas para dicha relevancia: “i) son un ecosistema que tiene una amplia diversidad que debe ser conservada; y ii) ofrecen servicios ambientales trascendentales para vida en sociedad, como son la regulación del ciclo hídrico y la captación de carbono de la atmósfera” (Corte Constitucional, T-361 de 2017). Estos elementos configuran las razones de protección, las cuales no se limitan únicamente al tema minero, sino que incluyen a otros sectores económicos como la ganadería y la agricultura; pero también, para tomar en cuenta el calentamiento global.

No obstante, el Alto Tribunal subraya que frente a este tratamiento transparente de protección de los ecosistemas paramunos existen problemas particulares que dificultan su aplicación. Uno de ellos tiene que ver con la delimitación de sus fronteras, así como la interacción con los entornos naturales. En consecuencia, la Corte Constitucional señala que la planificación reglamentaria en la delimitación de los páramos está en cabeza del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS). Conforme a ello, destaca que la resolución que delimite estos páramos debe contar con los criterios de participación e inclusión. Así, debido a que la resolución que delimitó el páramo de Santurbán no contó con dichas exigencias, fue declarada ilegal y, por lo tanto, protegió los intereses de la comunidad.

El MADS vulneró el derecho a la participación ambiental de los peticionarios y de toda la comunidad [...] porque desconoció facetas esenciales de ese principio, a saber: i) el acceso a la información [...]; ii) la participación pública y deliberativa de la población, en la medida en que la intervención ciudadana no incluyó a todos los afectados con la decisión de delimitación del Páramo de Santurbán. Es más, el MADS no efectuó una convocatoria pública

y abierta para entablar un diálogo con la comunidad; y iii) el procedimiento de expedición de la resolución en comentario careció de espacios de participación previos, deliberativos, eficaces y efectivos. (Corte Constitucional, T-361 de 2017)

Como se puede observar, la Corte puso en evidencia la vulneración de derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a un ambiente sano, además de los demás propios del derecho fundamental a la participación. De igual manera, en el páramo de Santurbán, la inversión extranjera y los intereses de la empresa privada transnacional fueron los generadores del choque, no solo desde el punto de vista jurídico, sino del enfrentamiento con las comunidades ubicadas en esta región.

Conclusiones

Si bien existe un interés por parte del Estado para armonizar los principios y criterios jurídicos que enmarcan la relación entre el derecho ambiental y el derecho comercial, es evidente que la diversidad y contraposición de intereses presentes en los proyectos de gran envergadura en Colombia impiden que en la práctica se pueda dar un acercamiento. Esto surge como consecuencia del interés general, que subyace en todo el cuerpo normativo ambiental, en tanto que, en el comercial, ocurre lo contrario, pues prima el interés particular.

En efecto, el modelo neoliberal que prevalece en el mundo tropical en Colombia con los principios y normas constitucionales, que señalan que la libertad económica —eje del derecho comercial— no tiene derechos absolutos, sino que estos dependen sustancialmente de otros derechos fundamentales, como el establecido en los artículos 79 y 80 de la Carta Política, que establecen las garantías de protección al medio ambiente. Con esto se estaría pasando de una visión antropocéntrica por otra más de carácter biocéntrico.

Esto trae implicaciones al modelo neoliberal, el cual no cuenta con el criterio de libertad de empresa para operar en cuanta región deseen hacerlo, pues se encuentran limitados por los principios normativos y constitucionales que rigen los derechos ambientales.

Referencias

- Arcila, B. (2009). El principio de precaución y su aplicación judicial. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 39(111), 283-304.
- Barrena, A. M. (2015). La génesis y principios del derecho ambiental. *Revista electrónica Direito e Política*, 5(2), 1-24.
- Bernal, P. y Noriega, J. S. (2010). *El principio de precaución*. Bogotá: Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis33.pdf>
- Carrizosa, J. (2004). *¿Qué es ambientalismo? La visión ambiental compleja*. <https://eaterciario.files.wordpress.com/2015/09/quc3a9-es-ambientalismo-la-vision-ambiental-compleja-umac3b1a.pdf>
- Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia). 2.a ed. Editorial Legis.
- Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón: 24 de junio de 1992).
- Corte Constitucional. Sentencia C-339 de 2002 (M. P. Jaime Araujo Rentería: 7 de mayo de 2002).
- Corte Constitucional. Sentencia C-443 de 2009 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: 8 de julio de 2009).
- Corte Constitucional. Sentencia C-703 de 2010 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: 6 de septiembre de 2010).
- Corte Constitucional. Sentencia C-570 de 2012 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 18 de julio de 2012).
- Corte Constitucional. Sentencia T-204 de 2014 (M. P. Alberto Rojas Ríos: 1 de abril de 2014).
- Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado: 8 de febrero de 2016).
- Corte Constitucional. Sentencia C-298 de 2016 (M. P. Alberto Rojas Ríos: 8 de junio de 2016).
- Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2017 (M. P. Iván Humberto Escruería Mayolo: 3 de mayo de 2017).
- Corte Constitucional. Sentencia T-361 de 2017 (M. P. Alberto Rojas Ríos: 30 de mayo de 2017).

- Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2019 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado: 30 de enero de 2019).
- Corte Constitucional. Sentencia C-045 de 2019 (M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo: 6 de febrero de 2019).
- Corte Constitucional. Sentencia T- 021 de 2019 (M. P. Alberto Rojas Ríos 28 de enero de 2019).
- Decreto 410 de 1971 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. DO: 33 339.
- Gorosito, R. (2017). Los principios en el Derecho Ambiental. *Revista de Derecho*, 13(16), 101-136.
- Hernández, J. A. (2017). *Derecho ambiental*. Fundación Universitaria del Área Andina. <http://digitk.areandina.edu.co/repositorio/bitstream/123456789/771/1/Derecho%20ambiental.pdf>
- Mantilla, E. E. (2018). Del antropocentrismo al biocentrismo: un recorrido hacia la educación para el desarrollo sostenible. *Revista Agrollanía*, 16(2), 20-25.
- Martínez, K. G. (2015). *Límites al ejercicio de la libertad de empresa*. Universidad de Alicante. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/54467/1/tesis_karla_georgia_martinez_herrera.pdf
- Medina, R., Machado, L. y Vivanco, G. (2016). Naturaleza, medio ambiente y los ecosistemas boscosos secos desde el derecho público. *Universidad y Sociedad*, 8(3), 108-115.
- Navarrete, J. E. (2016). *¿Desigualdad y crecimiento?* *Journal of Economic Literature*, 13(37), 45-73.
- Observatorio de Conflictos Ambientales (OCA). (2019). *Conflictos Ambientales en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia. <http://oca.unal.edu.co/>
- Mesa, G. (2013). *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el «Estado ambiental de derecho»*. Universidad Nacional de Colombia.
- Roval, M. (2016). La transversalidad del Derecho Ambiental: un paradigma necesario en el siglo XXI. *Revista Política y Gestión Ambiental*, 49-53.
- Saavedra, P. (2015). *El derecho a un ambiente sano y la libertad económica en Colombia: un estudio sobre los efectos por el conflicto en estos derechos*. Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2631/1/El%20derecho%20a%20un%20ambiente%20>

sano%20y%20la%20libertad%20econ%C3%B3mica%20en%20Colombia.pdf

- Sabogal, L. F. (2005). Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia. *Revista e-Mercatoria*, 4(1), 1-18.
- Santos, W. E. (2012). *El derecho ambiental: un estudio comparado*. Universidad Rafael Landívar. <http://biblio3.url.edu.gt/Tesis/2012/07/01/Santos-Wendy.pdf>
- Seoane, J. (2017). *Las [re] configuraciones de la cuestión ambiental*. Ediciones Luxemburg. http://www.opsur.org.ar/blog/wp-content/uploads/2017/09/Las_reconfiguraciones_neoliberales_Jose_Seoane-libro-final.pdf
- Servi, A. (s. f.). El derecho ambiental internacional. *Revista de Relaciones Internacionales*, (14).
- Vitolo, D. (2015). Los principios del derecho mercantil en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, (2). http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-II-2015.pdf
- Wilches, R. E. (2011). Principio ambiental de precaución y contratación mercantil en derecho colombiano. *Revista Vniversitas*, (123), 283-314.
- Wilches, R. E. (2018). El derecho comercial como un fragmento constitucional para efectos de una adecuada protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil en Colombia. *Revista Vniversitas*, (137), 1-23.
- Wilches, R. E. (2019). *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*. <http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/42461>
- Yepes, A. (2016). El impacto normativo en el ordenamiento jurídico colombiano de la “Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres”. *Revista EAFIT*, 7(1), 60-94.