

**PRINCIPIO AMBIENTAL DE PRECAUCIÓN
Y CONTRATACIÓN MERCANTIL
EN DERECHO COLOMBIANO.
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA***

**PRECAUTIONARY PRINCIPLE AND
COMMERCIAL CONTRACTS IN COLOMBIAN
LAW. OUTLINING THE PROBLEM**

*Rafael E. Wilches-Durán***

*Fecha de recepción: 11 de septiembre de 2011
Fecha de aceptación: 6 de octubre de 2011*

* El presente artículo es producto del trabajo doctoral del autor y se adscribe al Grupo de investigación en Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

** El autor es abogado y magíster en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Actualmente se desempeña como profesor del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, donde cursa el Doctorado en Ciencias Jurídicas.
Contacto: rwilches@javeriana.edu.co

RESUMEN

El presente artículo es el primer resultado de los estudios doctorales que adelanta el autor y se constituye en el planteamiento inicial de su problema de investigación, con la presentación de una primera hipótesis de trabajo al respecto, no desarrollada en el presente escrito. El autor desea abordar las dificultades de compaginación que existen entre el derecho ambiental y el derecho comercial, para lo cual propone considerar la relación del principio ambiental de precaución y la contratación mercantil como ejemplo del conflicto entre esas dos ramas del derecho, reflexión realizada a la luz de lo que actualmente consagra el derecho colombiano, para concluir que el concepto de daño y, en concreto, de daño colectivo, se convierte en el elemento clave para la mencionada labor de compaginación.

Palabras clave autor: Derecho ambiental, derecho comercial, contratación sostenible, principio de precaución, autonomía privada, postulado de relatividad de los contratos, postulado de seguridad de los contratos, daño ambiental, daño ecológico, daño colectivo.

ABSTRACT

This article is the first result of doctorate studies made by the author and it consists in the outlining of the research problem, with a first hypothesis that is still not developed in this paper.

The author studies the difficulties of reconciling environmental and commercial law. To do so, he has chosen precautionary principle and commercial contracts, both in Colombian law, to demonstrate that the concept of collective damages is the key element to achieve that goal of harmonization.

Keywords author: environmental law, commercial law, sustainable contracts, precautionary principle, principle of private autonomy, principle of relativity of contracts, principle of security of contracts, environmental damage, ecological damage, collective damage.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. CONCEPTOS PRELIMINARES.- *A. Contratación sostenible.*- *B. Principio ambiental de precaución.*- II. PLANTEAMIENTO CONCRETO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.- III. EL DAÑO COLECTIVO COMO BASE PARA INCORPORAR EL PRINCIPIO AMBIENTAL DE PRECAUCIÓN AL DERECHO PRIVADO.- IV. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Nuestro trabajo de investigación se concreta en realizar un estudio de cómo se enfrentan la lógica o discurso del derecho ambiental con la que maneja el derecho comercial o mercantil, de manera que sea posible encontrar y proponer criterios jurídicos de armonización entre estas dos ramas del derecho.

En efecto, por derecho al ambiente sano entendemos el derecho humano reconocido por nuestra Constitución Política encaminado a proteger al hombre y a la naturaleza que lo rodea, en la medida en que estos forman un todo ecológicamente equilibrado o apropiado al derecho de la vida, que cuenta con plena autonomía frente a todos los demás derechos humanos constitucionalmente reconocidos¹. En consecuencia, la rama del derecho conocida como derecho ambiental tiene un cariz y discurso claramente encaminado a la defensa de un derecho colectivo y, por consiguiente, a la primacía del interés general sobre intereses particulares²; 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 claramente con intereses de lucro³.

En el presente artículo se plantea una primera aproximación a tal objeto de estudio, limitado en concreto al principio ambiental de precaución y la contratación mercantil en Colombia, bajo el esquema que explicamos a continuación. En primera medida, abordamos unos conceptos preliminares, como son los de contratación sostenible y principio ambiental de precaución, para sentar las bases de presentación del texto. En un segundo acápite se realiza la presentación en concreto del problema de investigación, partiendo de los elementos clave a tener en cuenta en materia de derecho privado, para luego contraponer los principales elementos con relevancia para el tema desde la perspectiva del derecho ambiental. Un tercer acápite presenta una primera hipótesis de trabajo, la cual gira en

1 Cfr. Julio Enrique González Villa, *Derecho ambiental colombiano*, Parte general, Tomo I, 30 (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006).

2 *Ib.*, 29-33.

3 AAVV, *La invención del derecho privado* (1ª ed., Siglo del Hombre Editores–Instituto de Estudios Sociales y Culturales Pensar de la Pontificia Universidad Javeriana–Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, 2006).

torno al concepto de daño colectivo, como eje para justificar la necesidad de incorporar la noción de derechos e intereses colectivos dentro del ámbito de protección del derecho privado; sin embargo, tal hipótesis no es desarrollada en el presente texto. Por último, se presentan las conclusiones del tema, con un matiz claramente propositivo y que deben ser leídas tan solo como una hoja de ruta de la investigación a desarrollar, pues precisamente su demostración será objeto del trabajo doctoral que inicia.

I. CONCEPTOS PRELIMINARES

A. Contratación sostenible

La contratación sostenible es caracterizada como “(...) *la contratación basada en criterios ambientales*”⁴ 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, 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*”⁵. También se la define bajo 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*”⁶.

El concepto encuentra apoyo en lo expuesto en diversos documentos proferidos en el ámbito internacional pero, en particular,

4 Héctor Andrés Moreno Vásquez, *Contratación sostenible*, en *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*, 390 (Beatriz Londoño Toro, Gloria Amparo Rodríguez & Giovanni Herrera Carrascal, eds. académicos, 1ª ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006).

5 *Ib.*, 391.

6 Jorge García Paz, *Las compras verdes, una práctica sustentable y ecológica: posibilidad de su aplicación en el Perú*, 4 *Revista Contabilidad y Negocios*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 7, 41 (2009).

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; (...).⁷

Como bien lo expresa la primera definición previamente citada, la contratación sostenible es predicable 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 a la fecha se encuentran en materia de contratación pública⁸. 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, frente a tendencias intervencionistas⁹, con lo cual surge la inquietud sobre

7 Organización de las Naciones Unidas, División para el Desarrollo Sostenible. Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Disponible en: http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/Spanish/POIspChapter3.htm (12 de octubre de 2010).

8 Cfr. Jorge García Paz, op. cit., 43-51.

9 Cfr. Sergio Muñoz Laverde, *El postulado de la autonomía privada y sus límites frente al constitucionalismo colombiano contemporáneo*, Ponencia en el Congreso Internacional “Neocons-

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 propiedad¹⁰, las relaciones de vecindad¹¹, la responsabilidad civil extracontractual¹² y el abuso del derecho¹³, entre otros institutos, pero la referencia a la contratación privada con criterios sostenibles ha sido casi inexistente¹⁴, 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 masas¹⁵, dentro de la cual se convierte en indispensable tratar el tema ambiental¹⁶. 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

titucionalismo y derecho privado. El debate”, realizado los días 13, 14 y 15 de septiembre de 2006 por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, 256 (1ª ed., Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2008).

- 10 Cfr. Jean-Marie Breton, *Droit de propriété et environnement dans le code et le droit civil français*, 58-93 – Luis Fernando Macías, *Áreas protegidas y propiedad*, 94-108 – María Cristina Puente Salinas, *La situación actual del derecho de la propiedad ¿garantiza el desarrollo del derecho ambiental? Un caso ecuatoriano*, 164-191 – Jorge Franza, *La dimensión ambiental del derecho de propiedad*, 192-235, todos en *Propiedad, conflicto y medio ambiente* (Beatriz Londoño Toro, ed. académica, 1ª ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004). También consultar Giovanni Herrera Carrascal, *La función ecológica de la propiedad y de la empresa. Análisis normativo y jurisprudencial*, en *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*, 96-131 (Beatriz Londoño Toro, Gloria Amparo Rodríguez & Giovanni Herrera Carrascal, eds. académicos, 1ª ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006).
- 11 Cfr. Raquel Luquín Bergareche, *Mecanismos jurídicos civiles de tutela ambiental*, 53-121 (1ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005).
- 12 Cfr. Jean-Marie Breton, op. cit., 58-93. También ver Raquel Luquín Bergareche, op. cit., 121-172 y José Vicente Zapata Lugo, *Industria y medio ambiente. Responsabilidad por pasivos ambientales: consideraciones respecto de la problemática de los residuos peligrosos*, en *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*, 545-564 (Beatriz Londoño Toro, Gloria Amparo Rodríguez & Giovanni Herrera Carrascal, eds. académicos, 1ª ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006).
- 13 Cfr. Raquel Luquín Bergareche, op. cit., 178-229.
- 14 Cfr. Francesca Llodrà Grimalt, *Lecciones de derecho ambiental civil*, 59-118 (1ª ed., Universitat de les Illes Balears, Palma, 2008).
- 15 Cfr. Juan M. Farina, *Contratos comerciales modernos*, Tomo I (3ª ed., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., Buenos Aires, 2005).
- 16 Cfr. Iván Rodrigo Artunduaga Salas, *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*, 23 (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009).

culturales, económicos y políticos que de regulaciones jurídicas, pues solo 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. No obstante, encontramos 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 vigencia¹⁷ y, en consecuencia, debemos encontrar la forma de compaginarlos con postulados como los de autonomía privada, relatividad y seguridad, que gobiernan a los contratos de derecho privado.

Todo lo anterior tiene como sustento la idea que el derecho contemporáneo tiene decantada en el sentido que el mismo no está integrado solo por reglas sino también por principios¹⁸ 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 incumplidas¹⁹. Lo anterior se enmarca dentro de un enfoque del concepto de derecho que pretende

17 Cfr. Giovanni Herrera Carrascal, op. cit., 96-131.

18 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*". Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, 123 (Gedisa S.A., Colección Estudios Alemanes, Barcelona, 1994).

19 Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*, 109-130 (Marina Gascón, trad., *Il Diritto mitte (Legge diritti giustizia)*, Giulio Einaudi editori, Torino, 1992; 6ª ed., Trotta, Madrid, 2005); Ricardo Luis Lorenzetti, *Teoría del derecho ambiental*, 58 (1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008); y Juan Carlos Rezzónico *Principios fundamentales de los contratos*, 101-106 (1ª ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999).

avanzar de una postura estrictamente positivista hacia posturas como las que conocemos en cabeza de Ronald Dworkin y Robert Alexy, 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 derecho²⁰.

B. Principio ambiental de precaución

Siendo nuestra principal motivación estudiar cómo influyen disposiciones como las consagradas en los artículos 2, 8, 49, 58, 67, 79, 80 y 95-8 de la Constitución Política en el derecho mercantil, es decir, cómo se articula la protección al ambiente sano y, en general, la “concepción ecologista” de nuestra Constitución, con la racionalidad del derecho mercantil, en especial con ocasión de la consagración en la Carta Política de 1991 de la función ecológica de la propiedad y de la empresa, en concreto bajo la perspectiva de la contratación mercantil, encontramos el principio de precaución como el elemento clave que permitirá abordar tal relación entre derecho ambiental y derecho mercantil, por los motivos que se exponen a continuación.

El principio de precaución goza de expresa consagración legal en nuestro ordenamiento jurídico colombiano en el numeral 6 del artículo 1 de la Ley 99 de 1993, el cual dispone:

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.

Tal principio ha sido expresamente reconocido y respaldado por la Corte Constitucional, en sentencias como la C-293 de 23 de abril de 2002 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), en la cual, después de hacer una exposición sobre el desarrollo histórico del mismo y exponer que nació “(...) en la década de los años 70, con el fin de precaver los

20 Cfr. Robert Alexy, op. cit.

efectos nocivos a la vida humana, de los productos químicos, cuyos daños sólo pueden ser visibles transcurridos 20 o 30 años”, para luego ser consagrado en documentos internacionales como la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 9 de mayo de 1992, se identifica como un principio plenamente vigente e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, respecto del cual se puede afirmar que:

(...) 4.2 En cuanto hace a la aplicación del principio de precaución para la preservación del medio ambiente por los particulares, ha de entenderse que el deber de protección a que se hace alusión no recae sólo en cabeza del Estado, dado que lo que está en juego es la protección ambiental de las generaciones presentes y la propia supervivencia de las futuras. Por ello, el compromiso de proteger el medio ambiente es responsabilidad de todas las personas y ciudadanos e involucra a los Estados, trasciende los intereses nacionales, y tiene importancia universal.

(...)4.3 En este punto, sólo resta mencionar que no se violan los artículos constitucionales mencionados por el actor (trabajo, propiedad, derechos adquiridos), si, como consecuencia de una decisión de una autoridad ambiental que, acudiendo al principio de precaución, con los límites que la propia norma legal consagra, procede a la suspensión de la obra o actividad que desarrolla el particular, mediante el acto administrativo motivado, si de tal actividad se deriva daño o peligro para los recursos naturales o la salud humana, así no exista la certeza científica absoluta. Una teórica discusión jurídica en materia ambiental, sobre cuáles derechos prevalecen, la resuelve la propia Constitución, al reconocer la primacía del interés general, bajo las condiciones del artículo 1º al señalar que la propiedad privada no es un derecho absoluto, sino que “es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica” (art. 58, inciso 2). Además, señala la Constitución, que el Estado debe ‘prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados’. (art. 80). Así mismo, establece dentro de los deberes de la persona y del ciudadano la obligación de ‘proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano’ (art. 95, ordinal 8)²¹.

21 Sentencia C-293 de 23 de abril de 2002 de la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, Expediente D-3748. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Actor: Ricardo Vanegas Sierra.

II. PLANTEAMIENTO CONCRETO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

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*”²², 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 venimos de describir y 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 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 condiciones²³, además de crearse categorías como las de grupo o conjunto contractual para tratar de concretar la extensión de responsabilidad a favor de terceros por parte de los contratantes, con

22 Ospina Fernández, Guillermo & Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, 362 (4ª ed., Temis, Bogotá, 1994).

23 Cfr. Pájaro Moreno, Marta Elena, *La relatividad de los contratos y los terceros*, 43-45 (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006).

no pocas dificultades²⁴. Ello ha llevado a que se concluya que el principio de relatividad tiene que ver solo 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, como lo expresaron Planiol, Ripert y Esmein al afirmar que los contratos valen frente a todo el mundo, en el sentido en 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 ley²⁵.

Por su parte, el 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, que se ha diferenciado del de la autonomía de la voluntad, 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*”²⁶. 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*”²⁷ y como uno de los ejes fundamentales del derecho contemporáneo y de las ciencias jurídicas, pues solo “*(...) una mentalidad primitiva e inculta, en trance de 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*

24 Cfr. Larroumet, Christian, *Teoría general del contrato*, vol. II, 207-212 (Jorge Guerrero, trad., de la obra *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, Tomo III, Economica, París, 1990. Reimpresión, Temis, Bogotá, 1999).

25 Cfr. Juan Carlos Rezzónico, op. cit., 244-246.

26 Ib., 199-200.

27 Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta, op. cit., 6.

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”²⁸. De esta forma, 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 esta ciencia ha tenido a lo largo de su historia, reconociéndose inclusive, por algunos, como una institución de derecho natural, visión que puede compartirse o no, pero cuya influencia no puede negarse en el desarrollo del derecho privado, no solo en Colombia sino en todo el mundo²⁹.

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 1804, en el cual se dio origen a una concepción de tal principio como la regla general en materia de derecho, limitándose la voluntad privada solo por lo que expresamente estuviere prohibido por la ley. Sin embargo, debido a un mal entendimiento 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 al 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. Así, 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 otras, 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

28 Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta, op. cit., 7

29 Cfr. Sergio Muñoz Laverde, op. cit., 255.

principio rector del derecho³⁰. Uno de nuestros objetivos de investigación radica en traer tal principio a la actualidad, partiendo de esa visión de la autonomía privada que podríamos denominar, si se quiere, iusnaturalista, y definir criterios jurídicos claros que permitan identificar 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 social³¹.

Por último, 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”*³². Es nuestro objetivo demostrar, parafraseando a Rezzónico³³, 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 del objeto del contrato y no el de los principios contractuales, 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 Civil³⁴, a pesar que

30 Cfr. Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta, op. cit., 16

31 Cfr. Juan Carlos Rezzónico, op. cit. 159-182.

32 Ib., 461.

33 Ib., 411-467.

34 Cfr. Luis Daniel Mantilla Arango, *¿Cómo se están armonizando las instituciones del derecho*

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 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 medio ambiente. Reiterando lo previamente expuesto, todo indica que, a la luz de las disposiciones consagradas en los artículos 2, 8, 49, 58, 67, 79, 80 y 95-8 de la Constitución Política, que han propiciado 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.

En conclusión, pues, el problema de investigación propuesto se concreta en la pregunta: bajo un enfoque principalmente preservacionista de la perspectiva ambiental, ¿está legitimado en el ordenamiento jurídico colombiano, en virtud del principio ambiental de precaución, un tercero que ostente la calidad de particular para intervenir en la ejecución de un contrato celebrado entre comerciantes, en virtud del cual puedan producirse afectaciones al ambiente, y obligar a que en desarrollo de tal contrato se proteja el derecho al ambiente sano? No es del caso profundizar en nuestra discusión sobre el mencionado enfoque preservacionista, pero valga la pena mencionar que en cuanto a teorías del ambiente y, en consecuencia, en cuanto a teorías de los derechos ambientales se refiere, y siguiendo un esquema simple que identifica cuatro escuelas prominentes

comercial con las políticas ambientales en Colombia? El papel de la “contratación sostenible”. Escrito no publicado aún, elaborado bajo la tutoría de Rafael E. Wilches Durán, dentro del marco de la materia de Investigación Sociojurídica en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (2009).

de pensamiento y análisis ambiental, a saber, el preservacionismo, el conservacionismo, la economía medioambiental y la justicia medioambiental³⁵, en principio planteamos inscribir nuestro trabajo de investigación dentro de una perspectiva preservacionista, sin perder de vista los aportes de las demás teorías, con lo cual, sin acoger visiones radicales del antropocentrismo y del biocentrismo, hacemos una opción por no acoger una visión antropocéntrica fuerte del problema ambiental como la que siguen ciertos sectores del conservacionismo, que no conceden a las entidades no humanas más que un valor meramente instrumental, de manera que nos inclinamos por una visión primordialmente biocéntrica del ambiente, que entiende que no solo los humanos son sujetos de derechos en cuanto a materia ambiental se refiere³⁶ es decir, optamos por concebir a los seres humanos como una más de las especies que forman parte de una compleja red vital en la que todos los organismos, incluyendo a los seres inanimados, son interdependientes³⁷.

III. EL DAÑO COLECTIVO COMO BASE PARA INCORPORAR EL PRINCIPIO AMBIENTAL DE PRECAUCIÓN AL DERECHO PRIVADO

Para este momento en particular, posición que puede variar con el transcurso del tiempo, la respuesta que damos a la pregunta formulada como problema de investigación es afirmativa, pero tal afirmación debe ser matizada. En efecto, nuestra hipótesis de trabajo es que sí es posible que terceros logren intervenir en la ejecución de contratos comerciales que afectan su derecho al ambiente sano, si logramos incorporar el concepto de derechos colectivos dentro de los derechos objeto de protección por parte de las acciones actualmente existentes en derecho privado. De allí se deduce un necesario replanteamiento del paradigma de derechos que dice proteger el derecho privado, para no limitarlos a los derechos de los particu-

35 Cfr. Colin Crawford, *La promesa y el peligro del derecho medioambiental: los retos, los objetivos en conflicto y la búsqueda de soluciones*, en *Derecho ambiental y justicia social*, 23-98 (1ª ed., Siglo del Hombre Editores–Universidad de los Andes–Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009).

36 Cfr. Gregorio Mesa Cuadros, *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el "Estado ambiental de derecho"*, 242-244 (1ª ed., Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007).

37 Cfr. Colin Crawford, op. cit., 43.

lares aisladamente, sino que es necesario contemplar al derecho privado también como protector de derechos de la colectividad. Por la forma como nos ilustra sobre el tema, nos permitimos acudir a lo expuesto por una 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 civil clásico fue también informado con idénticos moldes. Tanto civilistas como procesalistas, encontraron las causas de la insuficiencia en esa adhesión ideológica.

Porque un sistema en que prevalecía la autonomía de la voluntad, ya que los hombres se consideraban libres e iguales para autodeterminarse en el contrato, era un sistema ajeno a la idea de prevención. Si eran iguales y libres, podían teóricamente elegir bien lo que quisieran y entonces no había nada que prevenir. A un sistema en el que todos los hombres eran libres e iguales, no le importaba la protección de las posiciones socialmente débiles.

(...) La tutela resarcitoria, de acuerdo a lo examinado, se desentendía de la protección de los débiles jurídicos (como el consumidor), así como de la de ciertos derechos o situaciones sustanciales dignas de una protección fuerte, porque la naturaleza de los derechos (extramatrimoniales), o de los bienes en juego (medio ambiente) no consentía que primero fueran lesionados y después fueran resarcidos. Se limitaba a expresar en términos económicos el valor de la lesión. Con ello, cumplía con un objetivo: garantizaba el normal funcionamiento de la economía de mercado, cuando devolvía al sistema el equivalente dinerario que el daño había sacado del mismo.

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 ambiente³⁸.

Sostenemos que nuestra hipótesis de trabajo consiste en que la respuesta a la pregunta formulada como problema de investigación es afirmativa, pero tal afirmación debe ser matizada pues, en la actualidad, la vía procesal expresamente reconocida en Colombia para que un tercero pueda intervenir en una relación contractual

38 Adela Seguí, *Prevención de los daños y su tutela inhibitoria en materia ambiental*, en *Derecho ambiental y daño*, 101-102 (Ricardo Luis Lorenzetti, dir., 1ª ed., Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009).

entre particulares que afecte el derecho al ambiente sano es la de las acciones populares³⁹, reguladas en la Ley 472 de 1998, cuando el juez condena a realizar una obligación de hacer o de no hacer, en los términos del artículo 34 de dicha ley, y tal intervención se restringe al evento de restar eficacia a ciertas cláusulas contractuales, pues aún no hay elementos suficientes para la obligatoriedad de inclusión de nuevas cláusulas de protección del ambiente si las partes del contrato no lo quieren. Sin embargo, nuestra hipótesis de trabajo también contempla que esa sanción de pérdida de eficacia podría extenderse a acciones de grupo, acciones de responsabilidad civil extracontractual y acciones de nulidad absoluta de tales contratos, todo bajo la idea ya mencionada de reconocer la noción de derechos colectivos como objeto de protección del derecho privado, para lo cual será fundamental acudir a la noción de constitucionalización de este⁴⁰.

En efecto, de acuerdo con lo hallado hasta el momento, el tema de la contratación sostenible entre particulares se ha abordado bajo una perspectiva de “buena voluntad” de los empresarios. Por la anterior expresión deseamos dar a entender que no se concibe la inclusión de cláusulas de protección al ambiente en derecho privado como un asunto al cual se encuentren obligados los particulares porque haya una norma jurídica que obligue a tal práctica, 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 claro matiz de benevolencia o altruismo por parte de los empresarios, y no de obligatoriedad en virtud de alguna norma jurídica al respecto. Por ello, como bien lo

39 Cfr. Sara Aydee Calixto López & Julieta Patricia Muñoz Pérez, *El principio de precaución: fundamento de las medidas cautelares en las acciones populares de carácter ambiental*. Tesis de grado de la Especialización en Derecho Procesal de la Facultad de jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá (2003).

40 Cfr. Jaime Arrubla Paucar, *La constitucionalización del derecho privado de los contratos*, 63-118. Ponencia en el Congreso Internacional “Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate”, realizado los días 13, 14 y 15 de septiembre de 2006 por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (1ª ed., Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2008). También José Ignacio Narváez García, *Incidencia de algunos postulados constitucionales en el derecho mercantil*, 339 *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* (2008); y Juan Jacobo Calderón Villegas, *La constitucionalización de las controversias contractuales*, en *Los contratos en el derecho privado*, 751-769 (1ª ed., Universidad del Rosario–Legis Editores, Bogotá, 2007).

explica Seguí, la búsqueda de nuevos caminos ha llevado a encontrar en la prevención, dentro de la cual se enmarcaría el principio de precaución, el eje sobre el cual ha empezado a girar el derecho privado para proteger a las personas⁴¹.

Debido a que el problema de investigación propuesto, en los términos expresa y concretamente formulados previamente, no ha sido objeto de mayor debate en nuestro país ni por el legislador, ni por autoridades administrativas, autoridades judiciales o doctrina, y al hecho de que nuestro derecho trata de manera muy tímida la precaución de los daños ambientales, a pesar de su expresa consagración legal en el citado numeral 6 del artículo 1 de la Ley 99 de 1993, encontramos que la forma de dar vida al principio de precaución implica necesariamente acudir al concepto de daño, como una forma de tratar de objetivizar la aplicación de tal principio. Así, si bien el principio de precaución 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 medio ambiente, surge la figura del daño como un elemento decisivo para que las autoridades puedan evaluar si dan aplicación o no a tal principio⁴², así como el hecho de que el derecho ambiental sea preventivo no quiere decir que ante el daño no sea indemnizatorio, pues “(...) *el daño es la premisa fundamental en el derecho. Busca el derecho al medio ambiente evitarlo, pero una vez ocasionado el daño tiene que repararlo y una forma de hacerlo, si es imposible o difícil la restitución, es indemnizando*”⁴³.

En derecho privado, 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

41 Cfr. Adela Seguí, op. cit., 103-112.

42 Cfr. Julio Enrique González Villa, op. cit., 198-205.

43 Ib., 199.

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 abusivo⁴⁴. 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*”⁴⁵. 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 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*”⁴⁶. 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, si bien se ha buscado integrar de manera armónica los dos conceptos⁴⁷.

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 colectivos⁴⁸. 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*”⁴⁹. En consecuencia,

44 Cfr. Jorge Santos Ballesteros, *La responsabilidad civil por daño ambiental*, en *Instituciones de responsabilidad civil*, Tomo III, 312-336 (1ª reimpresión, Javegraf, Bogotá, 2008).

45 María del Carmen Sánchez-Friera González, *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, 34 (J.M. Bosch editor S.A., Barcelona, 1994). Citado por Jorge Santos Ballesteros, op. cit., 337.

46 Jorge Santos Ballesteros, op. cit., 338.

47 Cfr. Andrés Mauricio Briceño Chaves, *Aproximación a los conceptos de daño ecológico y de daño ambiental. Dos daños en un mismo esquema de responsabilidad*, 15-73, en *Daño ambiental*, Tomo II (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009).

48 Cfr. Lidia María Garrido Cordobera, *La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad*, 118 *Vniversitas*, 61-80 (2009).

49 Lidia María Garrido Cordobera, *Los daños colectivos*, 227 (1ª ed., Javegraf, Bogotá, 2009).

(...) 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. Hoy, la vida moderna enfrenta al derecho con estos grandes temas, y, por consiguiente, la necesidad de resolverlos de algún modo; pero lograr la reparación de este tipo de daño no es la panacea, ya que es más prioritario lograr una adecuada prevención y también cabe aplicar la precaución. Señalamos que el Derecho de Daños, con el énfasis puesto en prevención, la existencia de daños colectivos, los intereses 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 ambiental⁵⁰.

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 en el artículo 88 de nuestra Constitución Política y en 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*

50 Lidia María Garrido Cordobera, op. cit., 238-239.

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 particular, 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, solo 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, en conjunción con el principio de precaución. Sin embargo, nuestra hipótesis de trabajo es que tal aproximación solo se ha realizado hasta la fecha, en nuestro ordenamiento, 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. Nuestra hipótesis afirma que la respuesta a tal interrogante solo se puede lograr modificando el esquema de comprensión del derecho privado como protector de intereses particulares, para reconocerlo como protector, también, de intereses o derechos colectivos, lo cual se logra, en nuestro ordenamiento, bajo la figura de la constitucionalización del derecho privado, destacándose nuestro país por tener desarrollos constitucionales en la materia que otros países, inclusive del denominado "primer mundo", no han tenido⁵¹.

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

51 Cfr. Colin Crawford, *Derechos culturales y justicia ambiental. Lecciones del modelo colombiano*, en *Justicia colectiva, medio ambiente y democracia participativa*, 25-68 (Daniel Bonilla Maldonado, coord., 1ª ed., Universidad de los Andes, Bogotá, 2009).

(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)⁵², 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?*”⁵³.

52 Cfr. Ricardo Luis Lorenzetti, *Teoría del derecho ambiental*, 95-96 (1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008).

53 *Ib.*, 67.

CONCLUSIONES

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, debemos 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 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 a las relaciones entre comerciantes, de manera que los negocios pudieran ser desarrollados de una manera más sencilla pero también segura. Por su parte, el derecho ambiental no es solo 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 siempre 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 el derecho comercial parecieran antagónicos en un primer momento, debemos encontrar la forma de armonizar sus discursos, lo cual creemos que se puede dar, en el caso concreto que nos hemos propuesto como problema de investigación, a través de la figura del principio de precaución.

Como lo hemos demostrado, en materia de derecho privado es necesario que rompamos el esquema o paradigma que nos enseña que esa área del derecho protege intereses privados, por oposición al derecho público, que protege intereses comunes o públicos, pues hace mucho tiempo atrás se viene hablando de la publicación del derecho privado y la privatización del derecho público. Está claro que el derecho privado debe tender, cada vez más, a reconocer que los intereses particulares se ven difusos y subsumidos por intereses colectivos, que terminan dictaminando las actitudes que deben

seguir los particulares en su accionar. Así, 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 tiene, siendo el ambiente sano y la protección al mismo un derecho con un matiz claramente colectivo.

No obstante, tal valor que paulatinamente se ha ido reconociendo a los derechos colectivos y al interés público en general no puede convertirse en un argumento para desconocer derechos que pertenecen a la mínima esencia de lo que implica vivir en libertad y reconociendo la individualidad de quienes conformamos la sociedad. Por eso, encontramos que el principio de precaución se constituye en un elemento de enlace entre el derecho mercantil y el derecho ambiental, pues en tal principio se parte de la idea de que el derecho al ambiente sano prima sobre la libertad de los individuos para actuar, pero también se reconoce que esa restricción a la libertad solo puede imponerse si no hay certeza concreta sobre los efectos de una acción sobre el ambiente, pues de lo contrario, es decir, de disponer de pruebas o estudios que demuestren que determinada acción no produce daños al ambiente, debe optarse por dar paso a la libertad de los individuos para actuar. Es decir, el principio de precaución tiene incorporados dentro de su enunciado los valores más caros al derecho: la libertad y las restricciones impuestas a esta en aras del bien común y del orden, con lo cual recoge dentro de sí mismo los elementos esenciales del conflicto que encontramos entre los discursos del derecho ambiental y el derecho comercial.

Con base en lo anterior, es claro que el fin que perseguimos en nuestra investigación se concretaría en identificar los criterios jurídicos que deben tener en cuenta un juez o una autoridad administrativa cuando aborden un caso relacionado con la aplicación del principio ambiental de precaución con ocasión de un contrato comercial en cuya ejecución puedan producirse afectaciones al ambiente. Por criterios jurídicos entendemos 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"⁵⁴. Así, la gran labor a desarrollar a futuro consistiría en identificar los criterios jurídicos a tener en cuenta por nuestras autoridades cuando en los casos prácticos se evidencie la confrontación entre el principio ambiental de precaución y los principios, postulados y reglas que tradicionalmente ha manejado el derecho privado.

En efecto, 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*"⁵⁵, por lo cual se ha llegado a afirmar que todo el peso de la formulación de un derecho por principios recae en los jueces, como lo reconoce el mismo Dworkin al hablar del juez Hércules⁵⁶, de manera que se constituye en labor de gran importancia determinar cuáles son los criterios que debe seguir un juez cuando se le formule un caso como el propuesto a manera de problema de investigación; encontrar tales criterios

54 Gustavo Zagrebelsky, op. cit., 110-111.

55 Ib., 153.

56 Cfr. Rodolfo Luis Vigo, *La interpretación jurídica en Ronald Dworkin*, en *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, 49-50 (Reimpresión de la 1ª ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006).

jurídicos para el caso en que se enfrentan el principio ambiental de precaución y los principios contractuales de autonomía privada, relatividad y seguridad es, precisamente, la tarea a realizar por quienes nos interesamos en este tema.

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, encontramos que 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 ciencias como la economía y el derecho. Una investigación sobre el tema debe 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, consideramos, se puede 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; solo buscando un cierto equilibrio entre tales intereses es posible traducir a la actual realidad colombiana intereses tan aparentemente contrapuestos como los del derecho ambiental y el derecho comercial, pues es necesario que demostremos, en derecho y con base en criterios económicos y políticos, que el ambiente merece la misma protección, o aun mayor, que la generación de utilidades y el ánimo de lucro, pues la riqueza de los seres humanos no puede medirse solo con base en bienes materiales poseídos individualmente, sino también con fundamento en bienes compartidos de manera colectiva con otros seres humanos, con lo cual se evidencia la necesidad de articular los discursos del derecho mercantil y del derecho ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- AAVV, *La invención del derecho privado* (1ª ed., Siglo del Hombre Editores–Instituto de Estudios Sociales y Culturales Pensar de la Pontificia Universidad Javeriana–Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, 2006).
- Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho* (Gedisa S.A., Colección Estudios Alemanes, Barcelona, 1994).
- Arrubla Paucar, Jaime, *La constitucionalización del derecho privado de los contratos. Ponencia en el Congreso Internacional “Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate”*, realizado los días 13, 14 y 15 de septiembre de 2006 por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (1ª ed., Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2008).
- 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*, 23 (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009).
- Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Tomo I (3ª ed., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., Buenos Aires, 2005).
- Garrido Cordobera, Lidia María, *Los daños colectivos* (1ª ed., Javegraf, Bogotá, 2009).
- González Villa, Julio Enrique, *Derecho ambiental colombiano*, Parte general, Tomo I (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006).
- , *Derecho ambiental colombiano. Parte especial*, Tomo II (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006).
- Larroumet, Christian, *Teoría general del contrato*, vol. II (Jorge Guerrero, trad. de la obra *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, Tomo III, Economica, París, 1990. Reimpresión, Temis, Bogotá, 1999).
- Llodrà Grimalt, Francesca, *Lecciones de derecho ambiental civil* (1ª ed., Universitat de les Illes Balears, Palma, 2008).
- Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría del derecho ambiental* (1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008).
- Luquín Bergareche, Raquel, *Mecanismos jurídicos civiles de tutela ambiental* (1ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005).
- Mesa Cuadros, Gregorio, *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el “Estado ambiental de derecho”* (1ª ed., Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007).
- Ospina Fernández, Guillermo & Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos* (4ª ed., Temis, Bogotá, 1994).
- Pájaro Moreno, Marta Elena, *La relatividad de los contratos y los terceros* (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006).
- Rezzónico, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos* (1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999).

- Santos Ballesteros, Jorge, *La responsabilidad civil por daño ambiental*, en *Instituciones de responsabilidad civil*, Tomo III, 312-336 (1ª reimpresión, Javegraf, Bogotá, 2008).
- Vigo, Rodolfo Luis, *La interpretación jurídica en Ronald Dworkin*, en *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)* (Reimpresión de la 1ª ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006).
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)* (Marina Gascón, trad., *Il Diritto mitte (Legge diritti giustizia)*, Giulio Einaudi editori, Torino, 1992; 6ª ed., Trotta, Madrid, 2005).

Contribución en obras colectivas

- Breton, Jean-Marie, *Droit de propriété et environnement dans le code et le droit civil français*, en *Propiedad, conflicto y medio ambiente*, 58-93 (Beatriz Londoño Toro, ed. académica, 1ª ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 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 *Daño ambiental*, Tomo II (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009).
- Calderón Villegas, Juan Jacobo, *La constitucionalización de las controversias contractuales*, en *Los contratos en el derecho privado*, 751-769 (1ª ed., Universidad del Rosario–Legis, Bogotá, 2007).
- Crawford, Colin, *La promesa y el peligro del derecho medioambiental: los retos, los objetivos en conflicto y la búsqueda de soluciones*, en *Derecho ambiental y justicia social* (1ª ed., Siglo del Hombre Editores–Universidad de los Andes–Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009).
- _____, *Derechos culturales y justicia ambiental. Lecciones del modelo colombiano*, en *Justicia colectiva, medio ambiente y democracia participativa* (Daniel Bonilla Maldonado, coord., 1ª ed., Universidad de los Andes, Bogotá, 2009).
- Franza, Jorge, *La dimensión ambiental del derecho de propiedad*, en *Propiedad, conflicto y medio ambiente*, 192-235 (Beatriz Londoño Toro, ed. académica, 1ª ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004).
- Gómez, Domingo, *La responsabilidad por daño ambiental en la actividad petrolera de Colombia*, en *Responsabilidad por daños al medio ambiente* (1ª ed., Universidad Externado de Colombia–Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, 2000).
- Herrera Carrascal, Giovanni, *La función ecológica de la propiedad y de la empresa. Análisis normativo y jurisprudencial*, en *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*, 96-131 (Beatriz Londoño Toro, Gloria Amparo Rodríguez & Giovanni Herrera Carrascal, eds. académicos, 1ª ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006).
- Macías, Luis Fernando, *Áreas protegidas y propiedad*, en *Propiedad, conflicto y medio ambiente*, 94-108 (Beatriz Londoño Toro, ed. académica, 1ª ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004).
- Moreno Vásquez, Héctor Andrés, *Contratación sostenible*, en *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*, (Beatriz Londoño Toro, Gloria Amparo Rodríguez &

Giovanni Herrera Carrascal, eds. académicos, 1ª ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006).

Muñoz Laverde, Sergio, *El postulado de la autonomía privada y sus límites frente al constitucionalismo colombiano contemporáneo*. Ponencia en el Congreso Internacional “Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate”, realizado los días 13, 14 y 15 de septiembre de 2006 por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (1ª ed., Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2008).

Puente Salinas, María Cristina, *La situación actual del derecho de la propiedad ¿garantiza el desarrollo del derecho ambiental? Un caso ecuatoriano*, en *Propiedad, conflicto y medio ambiente*, 164-191 (Beatriz Londoño Toro, ed. académica, 1ª ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004).

Seguí, Adela, *Prevención de los daños y su tutela inhibitoria en materia ambiental*, en *Derecho ambiental y daño* (Ricardo Luis Lorenzetti, dir., 1ª ed., Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009).

Zapata Lugo, José Vicente, *Industria y medio ambiente. Responsabilidad por pasivos ambientales: consideraciones respecto de la problemática de los residuos peligrosos*, en *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*, 545-564 (Beatriz Londoño Toro, Gloria Amparo Rodríguez & Giovanni Herrera Carrascal, eds. académicos, 1ª ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006).

Jurisprudencia colombiana

Corte Constitucional de la República de Colombia, Sala Plena, Sentencia C-293 de 23 de abril de 2002, Expediente D-3748. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Actor: Ricardo Vanegas Sierra.

Revistas

García Paz, Jorge, *Las compras verdes, una práctica sustentable y ecológica: posibilidad de su aplicación en el Perú*, 4 *Revista Contabilidad y Negocios*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 7 (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*, 118 *Vniversitas*, 61-80, (2009).

Narváez García, José Ignacio, *Incidencia de algunos postulados constitucionales en el derecho mercantil*, 339 *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* (2008).

Tesis de grado

Calixto López, Sara Aydee & Muñoz Pérez, Julieta Patricia, *El principio de precaución: fundamento de las medidas cautelares en las acciones populares de carácter ambiental*. Tesis de grado de la Especialización en Derecho Procesal de la Facultad de jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, 2003).

Documentos en internet

Organización de las Naciones Unidas, División para el Desarrollo Sostenible. Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Disponible en: http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/Spanish/POIspChapter3.htm (12 de octubre de 2010).

Documentos sin publicar

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 Rafael E. Wilches Durán, dentro del marco de la materia de Investigación Sociojurídica en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (2009).

