

El derecho comercial como un fragmento constitucional para efectos de una adecuada protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil en Colombia*

Commercial Law as a Constitutional Fragment towards a Proper Juridical Protection of the Environment in Commercial Contracts in Colombia

Rafael E. Wilches Durán ^a

Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, Colombia

rwilches@javeriana.edu.co

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3435-5657>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj137.dcf>

Redalyc: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82556549012>

Fecha de recepción: 27 Junio 2017

Fecha de aprobación: 07 Marzo 2018

Fecha de publicación: 30 Noviembre 2018

Resumen:

Frente al fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado, el autor propone como solución entender el Derecho comercial como un fragmento constitucional, en los términos propuestos por GUNTHER TEUBNER. Tal propuesta surge como resultado de estudios sobre la protección jurídica del ambiente desde el Derecho comercial en Colombia.

La conclusión obtenida apunta a señalar que, debido a la dificultad de compaginar los diferentes discursos del Derecho comercial y el Derecho ambiental, es necesario repensar los contenidos del Derecho comercial desde su interior, para lograr realizar la idea de unitas multiplex o unidad dentro de la diversidad y diversidad dentro de la unidad en el discurso del Derecho.

Palabras clave: Derecho comercial, Derecho ambiental, fragmento constitucional, unitas multiplex.

Abstract:

As a solution to face the phenomenon of Constitutionalisation of Private Law, the author proposes to understand Commercial Law as a Constitutional Fragment, according to the concept used by GUNTHER TEUBNER. This proposal is the result of studies about the juridical protection of the environment in Colombian Commercial Law.

The conclusion of the article is that, due to the difficulties to combine the different discourses of Commercial Law and Environmental Law, it is necessary to rethink the contents of Commercial Law from inside, in order to realize the idea of unitas multiplex or unity in diversity and diversity in unity in the Law discourse.

Keywords: Commercial Law, Environmental Law, Constitutional Fragment, unitas multiplex.

Introducción

Este artículo tiene como antecedentes los trabajos realizados previamente por el autor ¹, encaminados a divulgar los avances de la investigación adelantada con el objetivo de indagar por la protección jurídica del ambiente desde el Derecho comercial en Colombia ². En estos trabajos ha sido planteado, en líneas generales, a partir del problema de investigación de si el ambiente es adecuadamente protegido desde una perspectiva jurídica en la contratación mercantil en Colombia, que: i) detrás del concepto de protección jurídica del ambiente hay fuertes tensiones, por lo cual se optó por entender al ambiente con una visión compleja, como lo plantea JULIO CARRIZOSA UMAÑA ³; ii) el modelo anticipatorio del Derecho ambiental es el más disímil frente a los elementos que caracterizan el discurso del Derecho comercial, los cuales son más cercanos a instituciones provenientes de los modelos curativo o preventivo del Derecho ambiental ⁴; iii) el concepto de contratación mercantil verde es distinto del de contratación sostenible ⁵, y es necesario hacer visible que, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano actual, no se consagran de manera expresa figuras legales

Notas de autor

^a Autor de correspondencia. Correo electrónico: rwilches@javeriana.edu.co

concretas en relación con la protección del ambiente bajo la institución de la contratación mercantil, de igual manera que ninguna de las teorías de contratos examinadas en el *common law* tiene como objeto central de estudio la protección del ambiente en la esfera contractual ⁶ ; y iv) si bien la teoría relacional de los contratos y la doctrina del solidarismo contractual francés se presentan, en un primer momento, como favorables para la inclusión de la preocupación por la protección del ambiente dentro del discurso del Derecho de contratos, fundamentalmente porque, a diferencia de las demás teorías de Derecho de contratos, propenden expresamente por la incorporación de elementos de la relación del hombre con su entorno dentro del Derecho de contratos, la conclusión al respecto es que dicha doctrina y teoría parten desde el discurso del Derecho de contratos, cuando para relacionar el Derecho comercial con el Derecho ambiental se necesita una teoría de segundo nivel como las que ofrecen la teoría de sistemas de NIKLAS LUHMANN y la teoría del Derecho reflexivo de GUNTHER TEUBNER, pues las mismas permiten entender al Derecho ambiental y al Derecho comercial como dos subsistemas dentro del discurso del Derecho, sin ninguna pretensión de prevalencia de uno sobre otro. El análisis desde esa perspectiva permitió concluir, con base en el estudio del caso práctico colombiano ⁷ , que, a la luz del principio de precaución ambiental, el ambiente no es adecuadamente ⁸ protegido desde el punto de vista jurídico en la contratación mercantil en Colombia, básicamente porque se trata de discursos diferentes, inspirados en racionalidades muy diversas.

Con base en lo anterior, este escrito plantea una solución al fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado, pues en ese escenario se dan las tensiones más fuertes que abogan por la protección del derecho al ambiente sano por encima del discurso y los valores del Derecho comercial, toda vez que la jerarquía normativa de la Constitución Política, que en el caso colombiano ha sido identificada claramente con una Constitución Ecológica ⁹ , llevaría a entender que el Derecho comercial siempre debería ceder ante eventuales conflictos con el derecho al ambiente sano.

La solución aquí planteada apunta a entender el Derecho comercial, a futuro, como un fragmento constitucional, utilizando para ello el concepto desarrollado en los trabajos de GUNTHER TEUBNER, con apoyo en la noción planteada en su momento por DAVID SCIULLI ¹⁰ . Entender el Derecho comercial como un fragmento constitucional implica, en últimas, que la protección de los valores que el Derecho constitucional defiende no se dé de fuera hacia adentro, como lo plantea el fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado, sino desde el interior mismo del Derecho comercial.

Para llegar al mencionado planteamiento, el esquema de exposición de este escrito se concentra, en un primer momento, en plantear cuál es la situación del asunto de protección jurídica del ambiente desde el Derecho de contratos en el Derecho francés, principal referente extranjero sobre el particular, para luego, en un segundo momento, exponer la situación del asunto en Derecho colombiano. Con base en ello, en un tercer apartado se expone el concepto de los fragmentos constitucionales para, en el apartado de Conclusiones, señalar por qué considero que a futuro el Derecho comercial debería concebirse como un fragmento constitucional, para dar solución a las tensiones originadas por el fenómeno de constitucionalización del Derecho privado. Todo lo anterior tiene como marco la comprensión del Derecho como una *unitas multiplex* ¹¹ .

EDGAR MORIN trabaja especialmente el concepto de *unitas multiplex* ¹² , como base para entender que hay que ser capaz de concebir la pluralidad en lo uno y, en consecuencia, captar lo uno y lo diverso como dos nociones no solamente antagonistas o concurrentes, sino también complementarias, pues cada parte tiene doble identidad, y el todo mismo tiene una doble identidad: no es todo y es todo, ya que lleva la unidad y también la escisión ¹³ . Ese concepto de *unitas multiplex* ¹⁴ , trabajado desde otras ciencias, en asuntos jurídicos implica poder entender que distintos discursos pueden coexistir dentro del discurso del Derecho, sin que este pierda su unidad como sistema ¹⁵ .

Esta concepción de órdenes parciales, de órdenes que hacen parte de una *unitas multiplex*, o unidad de discursos diversos que no pretenden ninguna primacía de uno sobre el otro, distingue la concepción del

problema que se tiene en este escrito de la que pueden tener otros autores, pues se entiende acá que ninguna rama ¹⁶ del Derecho puede reclamar primacía sobre otra. En efecto, retomando lo que expone RICARDO RABINOVICH BERKMAN, la metáfora de las ramas del Derecho es muy empleada pero pésima, pues mientras toda rama de un árbol participa de la sustancia del tronco del que ha surgido, las ramas del Derecho contienen elementos muy diferentes e incluso incompatibles entre sí ¹⁷ .

Así, si bien recientemente se escuchan voces que invitan a entender el Derecho ambiental como una rama del Derecho que en la actualidad primaría sobre otras, o voces que invitan a no dejar permear el Derecho privado por contenidos ajenos al mismo, esas son posiciones no compartidas acá, pues precisamente se entiende que ninguno de los discursos que han dado origen a la creación de ramas, disciplinas o áreas del Derecho puede sustentarse en pretensiones de dominio o jerarquía sobre otras ramas, disciplinas o áreas. El fundamento para ello no es otro que la idea de que dentro del Derecho han ido surgiendo con el paso del tiempo, y debido a razones de orden filosófico, histórico, científico, económico y político ¹⁸ , entre otras, nuevos y cada vez más sólidos órdenes legales parciales, cada vez más específicos y, sobre todo, complejos.

La protección jurídica del ambiente desde el Derecho de contratos en Derecho francés

Debido a que en Colombia no se cuenta con doctrina que haya abordado en extenso el asunto de la protección jurídica del ambiente en los contratos, es necesario acudir a doctrina extranjera, en la que se destacan los trabajos en Derecho francés ¹⁹ . Así, en Francia se destaca el trabajo de la profesora MATHILDE HAUTEREAU BOUTONNET ²⁰ , quien plantea, inicialmente, la aparente contradicción entre el contrato, acto voluntarista a través del cual se manifiesta la creación de efectos de Derecho entre particulares, y el Derecho ambiental, originalmente público, de policía administrativa, lo cual explica que el contrato como herramienta de protección del ambiente siempre se haya visto de manera marginal, ignorada, frente a las herramientas que ofrece el Derecho administrativo. En líneas generales, el estudio de la profesora HAUTEREAU BOUTONNET sobre el particular apunta a la idea de que están surgiendo reglas de Derecho objetivo que contemplan un nuevo orden público, complementando el orden moral y económico clásico con la idea de orden público ecológico, pero que no todo esto es completamente deseable sino que depende de la finalidad asignada al contrato a la luz del Derecho objetivo, para integrar su finalidad económica con una finalidad ambiental, todo lo cual cae en el ámbito de la política jurídica, de la cual depende en últimas que se pueda hablar de la eficacia ambiental del contrato.

El trabajo de la profesora HAUTEREAU BOUTONNET no es el único al respecto en Francia. Se destacan también, en materia de contratos, otros trabajos. Así, NATHALIE BLANC y AGATHE VAN LANG parten de la base de que el planteamiento de LÉON DUGUIT de que el contrato era una creación del Derecho romano, traspasada al Derecho civil moderno como base de un sistema jurídico subjetivista e individualista, ya no se ajusta a la visión actual del contrato, pues los principios fundamentales del contrato, como la libertad contractual, la autonomía de la voluntad y el efecto relativo, hoy son maltratados, lo que ha provocado una desnaturalización del contrato. En efecto, proponen que, en aras de buscar la protección del ambiente a través del contrato, si bien se han producido convergencias interesantes, como la utilización en Derecho público de la herramienta contractual, así como la utilización de la técnica contractual como herramienta para lograr la protección efectiva del ambiente, también ha habido turbulencias importantes, que han llevado a la desestabilización del Derecho de contratos, pues no siempre el contrato es el instrumento idóneo para proteger el interés general, por un lado, e, incluso, a la desestabilización del Derecho ambiental, por el otro, pues se ha empezado a concebir la naturaleza bajo el esquema económico capitalista de mercancía que reina en los contratos, con una consiguiente pérdida de responsabilidad de las empresas. Para estas

autoras, es claro que se deben buscar soluciones, pero precisamente critican lo propuesto por HAUTEREAU BOUTONNET en el sentido de hablar del contrato ambiental como una nueva categoría que, al reagrupar todos los contratos que tengan como finalidad aprehender el ambiente, regule las relaciones hombre-ambiente, pues esa categoría termina reagrupando bajo una misma bandera instrumentos jurídicos bastante diferentes y se convierte en una intención inútil, pues lo importante es adecuarse a los regímenes clásicos de los contratos de Derecho privado y Derecho público ²¹ .

En efecto, en otro escrito se señala que la ventaja del contrato como herramienta de protección del ambiente radica en que “(...) la aclimatación del contrato a las cuestiones ambientales es natural porque el contrato es una herramienta, una técnica jurídica flexible”, de manera que frente al contrato y su relación con la protección del ambiente se puede concluir que “(...) el contrato de Derecho privado no ha desaparecido pero sí se ha transformado ampliamente. Para retomar una fórmula célebre, ‘nada se pierde, nada se crea, todo se transforma#’” ²² .

Como lo plantea MUSTAPHA MEKKI ²³ , el contrato se ha convertido en uno de los principales vectores del pluralismo jurídico ambiental, pues permite interconectividad y superar las dicotomías paralizantes, reforzar la efectividad y la eficacia de la reglamentación ambiental y repensar la cuestión ambiental más allá de la dogmática jurídica clásica. Gracias al contrato, los actores públicos y privados participan conjuntamente de la promoción y protección del ambiente, pues el contrato permite crear un lazo entre las exigencias administrativas y las expectativas de los particulares. Incluso, el contrato permite sobrepasar no solo las fronteras del Derecho público y el Derecho privado sino entre el Derecho interno y el Derecho internacional, pues permite a las multinacionales comportarse como legisladores globales. En general, pues, el contrato ha permitido poner de presente que la norma jurídica, por lo menos en materia ambiental, no es un estado sino un proceso, una dinámica, que borra las fronteras entre *hard law* y *soft law* pues, por ejemplo, cuando gracias al contrato se logra que ciertas empresas incorporen en sus condiciones generales de contratación los principios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, OCDE, del Global Compact de Naciones Unidas y de la norma ISO 26000, el contrato se convierte en un medio para dar fuerza coercitiva a los principios de *soft law*, “juridificando” los principios.

GILLES J. MARTIN, uno de los profesores más destacados en Francia en el estudio de estos asuntos de relación entre protección al ambiente y Derecho privado, utiliza dos símiles, bastante ilustrativos de lo que está ocurriendo. En uno ²⁴ plantea que las cuestiones ambientales deberían percibirse como una placa tectónica en desplazamiento y a la deriva, que trata de arrastrarse debajo del continente del Derecho privado, al cual ingresó por el Derecho de la responsabilidad civil, siguió con el Derecho de contratos, el Derecho de la empresa, el Derecho de la competencia, el Derecho financiero, el Derecho de personas y ha tenido su prueba más dura en el Derecho de bienes. Así, el Derecho privado ha absorbido los choques provenientes de la placa tectónica, hasta un punto en que podría decirse que la mayoría de edificios del mismo son construcciones antisísmicas. Sin embargo, es necesario tener presente que esa capacidad de adaptación no es infinita y que los riesgos de rotura pueden aparecer e invitar a reflexionar sobre cómo reconstruir ciertos elementos del Derecho privado, pues esos conflictos y tensiones son la prueba de la vida, ante los cuales él propone acudir a la idea de “juridiversidad” como mecanismo de afrontarlos.

El otro símil que plantea GILLES J. MARTIN ²⁵ es el de la historia del Derecho ambiental como un barco a vela, que navega gracias a los principios, como referente para garantizar la seguridad de la navegación, y se utiliza un mecanismo que no es propiamente del Derecho ambiental, los derechos fundamentales, como herramienta de posicionamiento satelital y de equipaje de radio, todo con el ánimo de hacer ruta, tanto a través del Derecho de bienes como del Derecho de contratos. El equipaje a bordo viene conformado tanto por los gobiernos, como por las ONG, las empresas y los jueces. Todo este símil apunta a hacer entender que la unicidad y la exclusividad son peligrosas, pues sobre todo se debe preservar la diversidad de referencias y de medios, de manera que los iuspublicistas y los iusprivatistas puedan emprender aventuras en común.

Sin embargo, no debe perderse de vista que el Derecho privado tradicional, ese del capital y de la propiedad tiene muy poco en común con los imperativos ambientales actuales, de manera que hay que tener cuidado con mezclar productos inofensivos en sí mismos, pero que mezclados pueden producir una gran explosión, que haga daño tanto al Derecho como al ambiente ²⁶ . La clave para no producir tal explosión, a mi juicio, reside en entender que la autonomía de los órdenes jurídicos no significa su encerramiento, pues si bien hay “muchas casas en la mansión del Derecho, ello no significa que cada una sea un lugar cerrado” ²⁷ .

Así, con base en el concepto de los fragmentos constitucionales de GUNTHER TEUBNER, este escrito plantea que la solución más adecuada de protección jurídica del ambiente se encuentra, desde el Derecho comercial, en su apertura para conocer elementos del Derecho ambiental y en su posterior cierre para acomodarlos e incorporarlos internamente de acuerdo con su estructura interna, sin abandonar el discurso tradicional del Derecho comercial, y del Derecho privado en general, de protección de los intereses particulares ²⁸ .

La protección jurídica del ambiente desde el Derecho de contratos en Derecho colombiano

Este apartado inicia con una exposición sucinta de la situación del debate en Colombia sobre el solidarismo contractual y la constitucionalización del Derecho de contratos, frente a la dogmática tradicional en Derecho contractual, como principal tensión existente en esta área del Derecho en la actualidad en el país. Esa discusión es la base para abordar el fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado en Colombia.

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

Respecto del solidarismo contractual basta decir, por ahora, con base en la descripción hecha por MARIANA BERNAL FANDIÑO, que esta doctrina ha venido tomando fuerza en los últimos años, en especial en Francia, en un intento por armonizar la autonomía de la voluntad y los imperativos clásicos de la estabilidad y seguridad jurídicas con principios como la solidaridad, la colaboración, la lealtad y la coherencia, entre otros, para llegar a convertirse en un nuevo fundamento de la teoría general del contrato, un nuevo orden contractual ²⁹ .

FABRICIO MANTILLA ESPINOSA da cuenta de cómo esa forma de pensar del solidarismo contractual ha ido permeando también el Derecho de contratos en Colombia, gracias a una asociación que él establece entre el solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización del Derecho de contratos en Colombia, en un escrito crítico y bastante ilustrativo del panorama ³⁰ , que permite comprender la principal tensión existente en la actualidad en Derecho de contratos en Colombia. En efecto, en líneas generales, la tensión consiste en que el Derecho colombiano de contratos ha venido recibiendo una serie de elementos ajenos a su discurso tradicional, de manera no ordenada y principalmente con ocasión de decisiones jurisprudenciales de jueces constitucionales.

En la siguiente parte de este apartado será abordado el concepto de constitucionalización del Derecho privado, pero por ahora basta decir que comparto con FABRICIO MANTILLA la preocupación por la inseguridad y ansiedad jurídicas derivadas de los abusos de poder y la incompreensión del Derecho privado colombiano contemporáneo, especialmente en cabeza de los jueces, que se pueden cometer en uso de ciertas doctrinas o teorías, y que él muy bien ilustró en otro de sus escritos cuando recurrió a un fragmento de la obra *A través del espejo y lo que Alicia encontró allí*, de Lewis Carroll y al encuentro de Alicia con *Humpty Dumpty*,

para ejemplificar en lo que puede terminar, o ha terminado convertida, según él, la justicia colombiana, por cuenta del poder desmedido que han asumido los jueces constitucionales ³¹ .

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

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

Sin embargo, lo que sí queda en el aire en sus argumentos, y constituye aquello sobre lo cual vale la pena llamar la atención acá, es que él parece equiparar el rango del discurso del solidarismo contractual con el de la constitucionalización de los contratos, cuando parece claro que el solidarismo debe entenderse como una doctrina o, si se quiere, teoría ³² , enmarcada en la teoría general de contratos que suele manejar el Derecho francés, mientras que la constitucionalización del Derecho, si bien no tiene un concepto unívoco, se identifica con un fenómeno o proceso producto de la corriente del neoconstitucionalismo, que tampoco tiene una definición unívoca, pero con un marcado origen en la concepción de la Constitución Política como norma fundamental de los ordenamientos jurídicos después de la Segunda Guerra Mundial ³³ .

Es decir, si bien el solidarismo contractual y la constitucionalización de los contratos pueden tener los mismos efectos de inseguridad y ansiedad jurídicas, ni en su contenido ni en su rango se pueden equiparar tales discursos teóricos, pues los fundamentos y los postulados de cada uno de ellos son distintos, lo cual los hace diferenciarse en su contenido, y el solidarismo contractual no alcanza a irradiar todo el ordenamiento jurídico, sino que apenas se inscribe en la teoría general del contrato, mientras que la constitucionalización del Derecho es un proceso que permea todo el ordenamiento jurídico con base en el nuevo discurso que ha adoptado el Derecho en los países occidentales, siendo Colombia uno de los líderes en Latinoamérica al respecto ³⁴ .

El segundo punto de discrepancia con MANTILLA tiene qué ver con una afirmación, no explícita pero que sí se deduce de sus escritos, en el sentido de mantener el Derecho privado aislado del Derecho constitucional. En efecto, aunque tal argumento no se propone abiertamente sino que su trabajo se concentra en formular críticas muy acertadas a la constitucionalización del Derecho privado ³⁵ , sí queda en el aire la idea de que el Derecho privado tiene su propio discurso —o lógica— que vino a ser perturbado por el “discurso moral supuestamente objetivo y verdadero del Derecho constitucional”, por lo cual el Derecho privado, según él, debería reivindicar su discurso y hacerlo prevalecer, lo que en últimas parece traducirse en una posición de aislamiento del mismo.

Aunque pueda estarse de acuerdo parcialmente con ese planteamiento, fundamentalmente por la colisión de discursos que allí se refleja, no se puede aceptar una posición de aislamiento del Derecho privado, sobre todo en un país cuya Constitución Política claramente establece desde su artículo 1 que “Colombia es un Estado social de derecho, (...)” ³⁶ , con todas las implicaciones políticas, ideológicas y jurídicas que ello conlleva, pues Colombia no se define como un Estado liberal o de cualquier naturaleza similar. Es decir, hay que destacar que el Derecho privado solo podrá entrar en diálogo fructífero con el Derecho constitucional si reconoce que, se quiera o no, la irradiación de este último en el ordenamiento jurídico colombiano es un hecho innegable, todo ello sin perder de vista que es fundamental analizar el papel de los jueces en Derecho constitucional y Derecho privado, pues cada rama del Derecho tiene su propio discurso, que no puede estar sujeto a los dictados discrecionales del juez, bien sea constitucional o civil, pues la seguridad jurídica y la

protección de los intereses individuales son valores esenciales al Derecho privado que no se pueden ver completamente desplazados en aras de una mal entendida defensa de la justicia.

La constitucionalización del Derecho privado

La constitucionalización del Derecho privado es un fenómeno que puede ser entendido como “(...) la influencia creciente de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, derechos fundamentales que en su momento fueron desarrollados para regular las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos”³⁷. Hay que comprender que el fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado no se limita solo a los derechos fundamentales sino que implica una perspectiva más amplia de cómo los valores constitucionales (libertades y derechos fundamentales y principios constitucionales estructurales) influyen el Derecho privado³⁸. Ello se evidencia en cómo se ha dado la adaptación del Derecho privado a las disposiciones constitucionales, tanto en su formulación legislativa como en su aplicación judicial³⁹, así como en la decisión de asuntos de Derecho privado con normas que se consideran manifestaciones prototípicas del Derecho público y, en concreto, con enunciados abiertos e indeterminados en cuanto a su significado y alcance, consagrados en normas de orden constitucional de protección de derechos fundamentales⁴⁰.

Como ya se mencionó, el fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado tiene sus cimientos en la corriente del neoconstitucionalismo⁴¹, la cual no se puede definir de manera unívoca, pues hay diversas versiones del concepto⁴², como cuando se habla de neoconstitucionalismo teórico, neoconstitucionalismo ideológico y neoconstitucionalismo metodológico⁴³, pero sí se puede decir que es una etiqueta que comenzó a usarse a finales de los años noventa del siglo pasado, “(...) como forma de clasificar, para criticarlas, algunas tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí”⁴⁴.

El abordaje a profundidad del concepto de neoconstitucionalismo no hace parte del objeto de este escrito pero, por ahora, vale la pena que “(...) Como sucede con otros conceptos de reciente cuño (multiculturalismo, democracia deliberativa, posmodernidad), el neoconstitucionalismo ha abrazado amplios rasgos que inevitablemente lo han conducido a una amplitud semántica que tenemos que reconocer como riesgosa. Algunas de las tendencias adeptas al modelo procuran enmarcar ideas diversas e incluso divergentes de autores provenientes de variadas tendencias surgidas en distintos países y durante muchos años”⁴⁵. De esta forma, debe quedar claro que el concepto de neoconstitucionalismo no tiene un significado unívoco, y que es muy distinta la situación que se vive respecto de tal corriente actualmente en Europa a la que se vive en Latinoamérica. En efecto, hay diferentes tipos o etapas o movimientos de neoconstitucionalismo que no tienen nada que ver unos con otros pues, por ejemplo, uno fue el neoconstitucionalismo que se dio en Europa tras la Segunda Guerra Mundial, que se reflejó en cierta forma en Latinoamérica en la década de los ochenta y noventa del siglo XX, y otro muy distinto es el de los movimientos actuales neoconstitucionalistas de Bolivia, Venezuela y Ecuador⁴⁶.

Igualmente, debe quedar totalmente clara la animadversión que ciertos postulados del neoconstitucionalismo han provocado en el discurso del Derecho privado, animadversión particularmente asociada a la falta de seguridad jurídica que se ha introducido a figuras clásicas del Derecho privado⁴⁷, en el fenómeno que se ha denominado la constitucionalización del Derecho privado, ya definido. Así, si bien no puede afirmarse que la constitucionalización del Derecho privado sea un fenómeno defendido por publicistas y no por privatistas, pues tal afirmación sería inexacta y obtusa, sí parece que el enfoque preferido por los privatistas a la hora de vincular el Derecho ambiental con el Derecho privado no es el de la constitucionalización de este último sino el de la responsabilidad civil por daños ambientales⁴⁸.

enfoque en el cual se da cuenta de la necesidad del Derecho privado por incorporar criterios no solo de justicia correctiva sino también de justicia distributiva, además de permitir el ejercicio de acciones y derechos, en el marco de la responsabilidad civil, por grupos de interés público, todo en aras de la protección del ambiente, con lo cual permite la incorporación de derechos ambientales en el Derecho privado y desplaza el ámbito de protección del Derecho de la responsabilidad civil de los intereses privados a los intereses públicos y los derechos colectivos ⁴⁹ .

De esta manera, la propuesta concreta de este escrito es plantear que la solución para lograr armonizar los discursos de Derecho comercial y Derecho ambiental no se da por la vía de la constitucionalización del Derecho privado desde fuera, es decir, por la imposición de los valores constitucionales de protección del ambiente de la Constitución ecológica al discurso del Derecho comercial, sino por una adecuación y redefinición interna del discurso del Derecho comercial a la luz de los valores que defiende el neoconstitucionalismo.

En efecto, intentar que el Derecho, en general, y el Derecho constitucional, en concreto, retornen al esquema de Derecho legislado, es ir en contravía de la evolución del Derecho después de la Segunda Guerra Mundial ⁵⁰ , de la situación que vive actualmente el Derecho privado en un mundo globalizado ⁵¹ , y de los cambios que el mismo Derecho privado ha venido reconociendo, en especial en cuanto a metodología se refiere, pues se reconoce que el positivismo ha sido superado por las corrientes metodológicas contemporáneas y que toda concepción metodológica acorde con los tiempos debe colocarse en la misma línea, pues en la etapa de aplicación del Derecho privado, por oposición a la de construcción del mismo a partir de la experiencia, la interpretación y la hermenéutica son primordiales ⁵² . Este acercamiento también implicará concesiones por parte del Derecho público y su esquema del Derecho por principios, pues tradicionalmente el impacto del Derecho privado en el Derecho público ha sido soslayado, al ser ramas del Derecho que son mejor comprendidas si se ven bajo el prisma de la complementariedad, su carácter suplementario y muchas veces correctivo de una a la otra, lo que permite hablar de ser “mutuamente constitutivas en un proceso claramente dinámico” ⁵³ .

De esta manera, en relación con una adecuada protección jurídica del ambiente desde el Derecho comercial, se propone que la armonización entre Derecho privado y Derecho constitucional no se debe realizar a través de la amalgama de instituciones de cada una de dichas disciplinas sino, precisamente, a través del reconocimiento de la diferencia en cuanto a los discursos de cada disciplina. Para cerrar este apartado, parece importante plantear que las Constituciones son entendidas, actualmente y desde un punto de vista sociológico, como vehículos de legitimidad política y organización de la política en la sociedad moderna ⁵⁴ , de manera que las Constituciones se entienden como envolventes de fenómenos sociales altamente variables, con diferentes grados, dependiendo de las diferentes sociedades, claramente determinadas por el hecho de que interna y externamente crean las condiciones para el uso del poder político, por lo que poseen cierta primacía sobre otros elementos del Derecho y del sistema político. Así, aunque las Constituciones actúan en primera medida para maximizar las reservas de poder a utilizar en la sociedad, tienen el beneficio de que, al multiplicar el poder, normalmente también producen y multiplican la libertad social, de manera que las sociedades que producen altos volúmenes de poder tienden a producir los más altos grados de libertad social ⁵⁵ .

Ello es relevante, pues también se plantea, con fundamento en las ideas de JEREMY BENTHAM, BRADLEY THAYER, NICOLAS DE CONDORCET y JEREMY WALDRON, por oposición al legalismo epistémico de Edmund Burke y Friedrich von Hayek, que las Constituciones deberían depender cada vez menos del criterio de los jueces y propenderse por que sea el poder legislativo, con composición no solo de abogados, el que dicte el contenido de las Constituciones y del Derecho constitucional, pues sus decisiones podrían ser más acertadas que las de los jueces, al ser más pluralistas y poder responder de manera más eficiente a los acelerados cambios que implica la vida actual ⁵⁶ .

Los fragmentos constitucionales

La teoría de los fragmentos constitucionales, expuesta por GUNTHER TEUBNER ⁵⁷, es un referente teórico fundamental, a mi juicio, para poder entender el papel de las Constituciones hoy, a la luz de la concepción del Derecho como un sistema autopoiético (así se plantee el concepto de alopoiesis como opuesto al de autopoiesis para el contexto concreto de ciertos ordenamientos, como los de los países latinoamericanos, caracterizados por profundas desigualdades sociales y altos niveles de corrupción y, en consecuencia, incapaces de lograr esquemas de diferenciación funcional) ⁵⁸.

La teoría de los fragmentos constitucionales consiste, en líneas generales, en entender que, en el mundo globalizado actual, hay multiplicidad de Constituciones, entre las cuales la Constitución Política de cada Estado es simplemente otra Constitución más, pues cada una regula asuntos distintos con métodos, perspectivas y valores diferentes. El asunto no es abordado expresamente por TEUBNER pero es posible entender que, desde la teoría de los fragmentos constitucionales, la Constitución Política de cada Estado estaría en el mismo nivel de jerarquía que las demás Constituciones. Para ser precisos, el asunto no tiene que ver con un problema de jerarquía sino con el reconocimiento de la diferenciación funcional como criterio para la identificación de discursos distintos dentro del mundo del Derecho ⁵⁹.

De hecho, en la teoría de los fragmentos constitucionales, el principal efecto que se obtendría es el de poder entender el discurso del Derecho constitucional como un discurso que coexiste con otros discursos en el mundo del Derecho, con lo cual se superarían las dificultades en relación con la sujeción jerárquica del Derecho comercial al Derecho constitucional y a los derechos fundamentales y valores por él defendidos, pues se concebirían como dos discursos distintos, en los cuales ninguno podría pretender superioridad jerárquica sobre el otro.

Si bien ese postulado puede ser el norte hacia el cual deberían enfocarse futuros trabajos, los cuales espero poder realizar, es necesario estar conscientes de que, en el caso concreto del Derecho colombiano actual, aún estamos distantes de poder llegar a plantear efectos inmediatos de esa postura. En efecto, aún hay muchas limitaciones en materia de diferenciación funcional para el contexto colombiano, sin que ello implique acoger irrestrictamente el concepto de alopoiesis formulado por MARCELO NEVES, ya mencionado.

El punto de partida del concepto de fragmentos constitucionales es una nueva pregunta constitucional, pues ante las afectaciones a derechos humanos y otro tipo de afectaciones, provenientes de actores distintos a los Estados, surge la inquietud por hacer ver esas nuevas energías sociales, particularmente visibles en la economía, la ciencia y la tecnología, y limitar sus efectos destructivos. Ejemplo de esto son las violaciones de derechos humanos por corporaciones multinacionales, las afectaciones al ambiente por parte de decisiones de la Organización Mundial del Comercio, OMC, el dopaje en el deporte y la corrupción en la medicina, las afectaciones a la libertad de conciencia en internet, las invasiones de la privacidad por parte de organizaciones privadas, y las crisis sufridas en los mercados de capital globales, entre otros. Se plantea, pues, que los problemas constitucionales ya desbordaron los límites de los Estados-Nación para convertirse en procesos políticos transnacionales y, a su vez, desbordaron el sector político institucionalizado para ubicarse en sectores privados de la sociedad global ⁶⁰.

TEUBNER acude así, en un primer momento, a la descripción de Constituciones sectoriales dentro del Estado-Nación, al planteamiento de sujetos constitucionales transnacionales, de normas constitucionales transnacionales, y de derechos fundamentales transnacionales, para señalar la existencia de colisiones entre Constituciones y, en consecuencia, a formular su concepto de fragmentos constitucionales.

En concreto, de todos estos elementos entrelazados en la teoría de TEUBNER, interesa destacar el abordaje que hace de los derechos fundamentales transnacionales, por ser el discurso que es necesario comprender frente al Derecho comercial. Al respecto, TEUBNER expone cómo actualmente los derechos fundamentales están detrás del concepto de Estado-Nación, para dejar de ser derechos estrictamente

vinculados a Constituciones nacionales y poder ser objeto de afectaciones y de regulaciones por parte de actores y normas transnacionales, respectivamente. En particular, vale la pena llamar la atención sobre su exposición de cómo los derechos fundamentales pueden terminar atando a actores privados transnacionales, gracias a que cada vez se supera más la doctrina de la acción estatal, según la cual los actores privados solo pueden violar derechos fundamentales si algún tipo de acción estatal puede ser identificada en sus actividades, para desplazarse hacia la doctrina de los efectos estructurales de los derechos humanos ⁶¹ , que generaliza los derechos fundamentales de reglas centradas en el Estado a valores que irradian áreas no estatales y, en concreto, adapta esos valores a las particularidades del Derecho privado ⁶² .

TEUBNER plantea esa discusión como base para afirmar que lo realmente importante son las funciones de los derechos fundamentales y, en especial, su diferenciación funcional, teniendo en cuenta que cada sistema funcional incluye a la población entera de individuos, pero estrictamente limitados a su función, de manera que los derechos fundamentales actúan no solo como espacios de autonomía individual sino como garantes para incluir a las poblaciones enteras en los sistemas funcionales. De esta manera, el constitucionalismo societal ⁶³ que él adopta, rechaza el recurso a la política de los Estados-Nación para obtener legitimación democrática, pero tampoco apela a una Constitución global que prime sobre Constituciones parciales, sino que aboga por fortalecer el potencial democrático en la sociedad civil en sí misma considerada ⁶⁴ .

Ese constitucionalismo societal o de la sociedad civil en un contexto de globalización se concreta en entender que han surgido constituciones distintas a las de los Estados-Nación, con normas de organización y derechos fundamentales que difieren para cada sistema funcional; las colisiones entre tales Constituciones se presentan como un efecto innegable. Esos son los fragmentos constitucionales, que implican la sustitución del paradigma de Constituciones nacionales por regímenes de sistemas funcionales, con un cambio del paradigma jerárquico por uno heterárquico, donde los conflictos entre Constituciones se resuelven, tanto internalizando las disputas dentro de las decisiones de cada uno de los regímenes en conflicto, como externalizándolos a través de negociaciones entre los regímenes o Constituciones ⁶⁵ .

En últimas, para terminar resolviendo los conflictos entre Constituciones, TEUBNER apunta a aplicar un principio de justicia que él denomina de “sostenibilidad”, que implica que todos los regímenes funcionales tengan en cuenta no solo sus entornos naturales sino todos los entornos relevantes, entendiendo por tales los entornos natural, social y humano de los regímenes transnacionales, todo ello en una concreción de la doble reflexividad que producen las Constituciones, a saber, la reflexividad de la respectiva esfera social y la reflexividad del Derecho. Es labor de cada uno de los fragmentos constitucionales identificar los posibles peligros que crea para sus entornos natural, social y humano, así como sus contribuciones positivas a esos entornos ⁶⁶ .

A manera de conclusión – El Derecho comercial a futuro como un fragmento constitucional

Desde una perspectiva estricta de Derecho privado en Colombia, 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 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” ⁶⁷ — 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 hay tres principios contractuales respecto de 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 ⁶⁸ .

Así, un primer hallazgo apunta a entender que el Derecho de contratos colombiano aún no se ha apropiado del concepto de contratación verde para incluirlo en su discurso, pues los esfuerzos sobre el tema han venido principalmente desde la administración de empresas o desde la responsabilidad social empresarial, fenómeno que puede encontrarse como una de las posibles razones para que la contratación verde entre comerciantes en Colombia aún no haya tenido desarrollos importantes, por lo que se plantea la necesidad de que el Derecho comercial incorpore la protección del ambiente en su discurso, para complementar los esfuerzos realizados desde otros discursos.

Un segundo hallazgo apunta a que la herramienta más adecuada para lo anteriormente expuesto es la de desarrollo de una dogmática de nuevo estilo dentro del Derecho ⁶⁹ , siguiendo a JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA ⁷⁰ , teniendo presente siempre una visión sistémica de los principios, de manera que su aplicación no se vea supeditada a la aplicación normativa, pues con la apertura del Derecho a un número casi ilimitado de principios, como lo ha venido proponiendo el Derecho constitucional, se aumentaría la complejidad y se perdería su capacidad de articulación sistémica ⁷¹ .

Lo importante, pues, es resaltar que la dogmática jurídica se entiende como un elemento totalmente necesario para el funcionamiento del Derecho, pero siempre teniendo presente que el Derecho debe hacer cambios para acomodarse a las nuevas realidades de la sociedad. Este concepto y la idea de *unitas multiplex* son pilares para el entendimiento de la relación que, a mi juicio, debería haber entre Derecho comercial y Derecho ambiental en Colombia.

En efecto, ni el Derecho comercial ni el Derecho ambiental tienen ningún tipo de primacía sobre el otro, sino que deben buscar su acercamiento, bien sea a través de acoplamientos estructurales o de interferencias operativas ⁷² . Así, figuras como el orden público ecológico, la función ecológica de los contratos, o una obligación ambiental general, por ejemplo, permitirían el acercamiento que aquí se busca desde el discurso de los contratos comerciales a los valores, principios y reglas que inspiran el Derecho ambiental.

De otro lado, en atención a que la Constitución Política colombiana ha sido considerada como una Constitución Ecológica ⁷³ , fácilmente se podría colegir, con base en tales normas constitucionales, que ciertas reglas y principios de Derecho comercial deberían ceder ante figuras de índole constitucional como la función ecológica de la propiedad y otras normas constitucionales que darían prevalencia al derecho al ambiente sano sobre el principio de la autonomía privada y la libertad de empresa, por ejemplo. Esta, por supuesto, es una posible interpretación de las disposiciones constitucionales de índole ambientalista, pues otra interpretación claramente puede ser que derechos como la propiedad y la libertad de empresa o principios como la autonomía privada, no se ven afectados por tales disposiciones de protección del ambiente, pues los intereses involucrados son diversos.

Como se puede evidenciar, entonces, el asunto constitucional cobra relevancia al momento de estudiar la protección jurídica del ambiente en el Derecho comercial en Colombia ⁷⁴ . Así, una de las hipótesis más fuertes que se quiere plantear en este trabajo es la de la necesidad del Derecho comercial colombiano de adoptar el esquema del Derecho por principios y ceder espacio en su esquema de Derecho legislado, para poder entrar en un diálogo fructífero con el Derecho constitucional, a pesar de que cierta doctrina ⁷⁵ ya haya manifestado que ello iría en contra de la naturaleza del Derecho comercial, pues tal posibilidad ya habría sido explorada para el Derecho privado ⁷⁶ , sin necesidad de acudir a fundamentar tales principios en la idea de Derecho natural ⁷⁷ .

Por las razones anteriormente expuestas, los fragmentos constitucionales de TEUBNER son la base de mi propuesta para dar una adecuada protección al ambiente desde el Derecho comercial de contratos en Colombia. Los fragmentos constitucionales permiten superar la dificultad que se presentó con ocasión de la relación de jerarquía entre Derecho constitucional y Derecho comercial a través de la institución de los

derechos fundamentales, pues con ese concepto es posible entender que las Constituciones políticas son solo uno de los tipos de Constitución que hay, pues la complejidad del mundo y de las relaciones sociales en la actualidad llevan a entender la diferenciación funcional del discurso del Derecho comercial y del discurso de los derechos fundamentales como la base para una elaboración de propuesta encaminada a la adecuada protección del ambiente en Derecho de contratos en Colombia. No obstante, es necesario evidenciar la “hiperjuridificación” que la propuesta de fragmentos constitucionales de TEUBNER puede representar.

En efecto, por tal idea de “hiperjuridificación”, se hace referencia al riesgo que puede implicar en la teoría de TEUBNER denominar Derecho a asuntos que en estricto sentido podrían no serlo. Así, muchos de los asuntos que TEUBNER plantea como Constituciones, podrían ser catalogados por algunos como parte de la economía, la ciencia, la tecnología, etc. Tal sería el caso, por ejemplo, de los códigos de conducta empresarial, pues en estricto sentido no serían Derecho, ya que por naturaleza no hacen parte de normas coercibles por parte del Estado o de partes de un contrato, pues no tienen la categoría ni de ley ni de contrato ⁷⁸ .

De esta manera, TEUBNER, quien en sus escritos deposita gran parte de sus argumentos en relación con la protección del ambiente en esos códigos de conducta empresarial ⁷⁹ , podría estar denominando Derecho a algo que realmente no lo es. El asunto puede ser entendido como una aspiración de la teoría de fragmentos constitucionales, es decir, como la intención de que sean los forjadores de los discursos de cada una de tales Constituciones, los que a través de un ejercicio reflexivo lleven a que cada vez sean menos necesarias las normas coercitivas, y a que las relaciones de protección al ambiente, por ejemplo, se guíen por las buenas prácticas de los empresarios y las presiones de los consumidores, grupos de activistas y la sociedad civil en general.

En consecuencia, frente a la problemática de una adecuada protección jurídica del ambiente desde el Derecho comercial y, en concreto, desde los contratos mercantiles, es necesario tener presente que la concepción del contrato como un instrumento ético que permita la garantía de derechos fundamentales o derechos humanos en general ha llevado a que, cada vez, tengan mayor calado trabajos como los del Pacto Mundial de responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos, por ejemplo ⁸⁰ . Esto es la base del auge que han tenido normas de promoción de la responsabilidad social empresarial, como la ISO 26000 ⁸¹ , la ISO 14001 ⁸² , o lineamientos como los de la Global Reporting Initiative ⁸³ .

Si bien el esquema de responsabilidad social empresarial ofrece ventajas ⁸⁴ y lo ideal es que el Derecho comercial en Colombia se encamine a la promoción del respeto a los derechos constitucionales y, en concreto, de la protección del ambiente, por voluntad propia de los empresarios, no se puede dejar de lado que, en últimas, en ese esquema de responsabilidad social empresarial y códigos de conducta, el Derecho estaría dejando que el discurso económico primara como “regulador” de las conductas de los particulares.

Así, la solución no está, a mi juicio, en dar vía libre para que una visión que haga primar la protección del ambiente sobre cualquier otra consideración de índole jurídica o económica sea la que impere, por lo que es necesario defender la autonomía del Derecho privado y, en concreto del Derecho comercial, como discurso. En efecto, es claro que debe buscarse el equilibrio entre la protección del ambiente y la inversión privada, fuente de empleo y de la estabilidad económica de un país, y en atención a que parece que ello no es fácil de lograr por la vía de la constitucionalización del Derecho privado desde fuera, parece sensato estudiar el cambio interno del Derecho comercial desde la perspectiva de los fragmentos constitucionales.

Agradecimientos

Este artículo está adscrito al Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Pontificia Universidad Javeriana – Sede Bogotá, y es fruto de la investigación doctoral del autor.

Libros

- AMAYA NAVAS, ÓSCAR DARÍO, *La Constitución ecológica de Colombia* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010).
- BUSTOS GISBERT, RAFAEL, *La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución* (Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2005).
- CALDERÓN VILLEGAS, JUAN JACOBO, *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia* (Universidad de los Andes, Universidad del Rosario, Temis, Bogotá, 2011).
- CARRIZOSA UMAÑA, JULIO, *¿Qué es ambientalismo? La visión ambiental compleja* (Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Ambientales, IDEA, Centro de Estudios de la Realidad Colombiana, CEREC, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, PNUMA, Bogotá, 2000). Disponible en: <http://www.pnuma.org/educamb/documentos/PDF/PAL1.pdf>
- COURDIER CUISINIER, ANNE-SYLVIE, *Le solidarisme contractuel* (LexisNexis, Paris, 2006).
- ESSER, JOSEF, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (Bosch, Barcelona, 1961).
- FAURE, MICHAEL & WALT, ANDRÉ VAN DER, eds., *Globalization and Private Law* (Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2010).
- LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil* (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009).
- LUCY, WILLIAM, *Philosophy of Private Law* (Oxford University Press, Oxford, 2007).
- LUHMANN, NIKLAS, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 1983).
- LUHMANN, NIKLAS, *Sociología del derecho* (Universidad Libre, Bogotá, 2012).
- MADRIÑÁN DE LA TORRE, RAMÓN EDUARDO, *Principios de derecho comercial* (Temis, Bogotá, 2000).
- MAURIN, LUCIEN, *Contrat et droits fondamentaux* (Librairie générale de droit et de jurisprudence, LGDJ, Paris, 2013).
- MORIN, EDGAR, *El método I: la naturaleza de la naturaleza* (Cátedra, Madrid, 2001).
- MORIN, EDGAR, *El método III: el conocimiento del conocimiento* (Cátedra, Madrid, 1999).
- MOSSA, LORENZO, *Historia del derecho mercantil en los siglos XIX y XX* (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948).
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO & OSPINA ACOSTA, EDUARDO, *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos* (Temis, Bogotá, 1994).
- PROST, MARIO, *Unitas multiplex. Unités et fragmentations en droit international* (Bruylant, Bruxelles, 2013).
- RABINOVICH BERKMAN, RICARDO, *Principios generales del derecho latinoamericano* (Astrea, Buenos Aires, 2006).
- SADELEER, NICOLAS DE, *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules* (Oxford University Press, New York, 2008).
- SALAS, NUBIA C., *El rol sistémico de los principios generales del derecho en el ordenamiento civil. Estudio de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia* (Tesis para optar al título de Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2013). Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/9864/1/06700261.2013.pdf>
- SMITH, STEPHEN A., *Contract Theory* (Oxford University Press, Oxford, 2007).
- TEUBNER, GUNTHER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization* (Oxford University Press, Oxford, 2012).
- TEUBNER, GUNTHER, *Law as an Autopoietic System* (Blackwell, Oxford, Cambridge, Massachusetts, 1993).
- THORNHILL, CHRIS, *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective* (Cambridge University Press, Cambridge, 2011).

- TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO DE, *La responsabilidad extracontractual (Arts. 1969-1988)* (Temis, Bogotá, 2000).
- VERMEULE, ADRIAN, *Law and the Limits of Reason* (Oxford University Press, New York, 2009).
- WEINRIB, ERNEST, *The Idea of Private Law* (Harvard University Press, Cambridge, Londres, 1995).
- WILDE, MARK, *Civil Liability for Environmental Damage, Comparative Analysis of Law and Policy in Europe and US* (Kluwer Law International, The Hague, 2002).
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Trotta, Madrid, 2005).

Colaboración en obras colectivas

- ARRUBLA PAUCAR, JAIME, *La constitucionalización del derecho privado de los contratos, en Neoconstitucionalismo y derecho privado: el debate*, 61-118 (BEATRIZ ESPINOSA PÉREZ & LINA MARCELA ESCOBAR MARTÍNEZ, eds., Diké, Bogotá, 2008).
- BLANC, NATHALIE, *Le contrat – Le contrat de droit privé à l'épreuve des questions environnementales, en Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, 131-144 (MUSTAPHA MEKKI, dir., Bruylant, Bruxelles, 2016).
- BLANC, NATHALIE & LANG, AGATHE VAN, *Les techniques: les contrats, en Droit public et droit privé de l'environnement: unité dans la diversité?*, 205-223 (MUSTAPHA MEKKI & ERIC NAIM GESBERT, dirs., Librairie générale de droit et de jurisprudence, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016).
- CAFFERATA, NÉSTOR, *Régimen legal del daño ambiental, en Daño ambiental*, tomo II (ANDRÉS MAURICIO BRICEÑO CHAVES, JUAN CARLOS HENAO, PHILIPPE BRUN, CATALINA LÓPEZ JIMÉNEZ, FILIPO ERNESTO BURGOS, CARLOS EDUARDO NARANJO, NÉSTOR A. CAFERATTA & CAROLINA MONTES CORTÉS, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009).
- CARBONELL, MIGUEL, *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis, en El canon neoconstitucional* (MIGUEL CARBONELL & LEONARDO GARCÍA JARAMILLO, eds., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010).
- COMANDUCCI, PAOLO, *Constitucionalización y neoconstitucionalismo, en El canon neoconstitucional*, 173-190 (MIGUEL CARBONELL & LEONARDO GARCÍA JARAMILLO, eds., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010).
- ESPINOSA PÉREZ, BEATRIZ & ESCOBAR-MARTÍNEZ, LINA MARCELA, *Prólogo, en Neoconstitucionalismo y derecho privado: el debate*, 15-23 (BEATRIZ ESPINOSA PÉREZ & LINA MARCELA ESCOBAR MARTÍNEZ, eds., Diké, Bogotá, 2008).
- GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO, *El neoconstitucionalismo en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?*, en *El canon neoconstitucional* (MIGUEL CARBONELL & LEONARDO GARCÍA JARAMILLO, eds., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010).
- GRUNDMANN, STEFAN, *Constitutional Values and European Contract Law: An Overview, en Constitutional Values and European Contract Law*, 1-17 (STEFAN GRUNDMANN, ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008).
- HAUTEREAU BOUTONNET, MATHILDE, *Avant-propos, en Le contrat et l'environnement: étude de droit comparé*, IX-LXVII (MATHILDE HAUTEREAU BOUTONNET, dir., Bruylant, Bruxelles, 2015).
- HAUTEREAU BOUTONNET, MATHILDE, *L'efficacité environnementale du contrat, en L'efficacité du droit de l'environnement. Mise en oeuvre et sanctions*, 21-46 (OLIVERA BOSKOVIC, dir., Dalloz-Sirey, Paris, 2010).
- LOUGHLIN, MARTIN, *What is Constitutionalisation?, en The Twilight of Constitutionalism?* (PETRA DOBNER & MARTIN LOUGHLIN, eds., Oxford University Press, Oxford, 2010).
- MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO, *Constitución y controversia, en Controversias constitucionales*, 11-23 (FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, coord., Universidad del Rosario, Bogotá, 2009).

- MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO, *Constitucionalización del derecho privado*, en *Controversias constitucionales*, 343-386 (FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, coord., Universidad del Rosario, Bogotá, 2009).
- MARTIN, GILLES J., *Rapport de synthèse*, en *Droit public et droit privé de l'environnement: unité dans la diversité?*, 225-235 (MUSTAPHA MEKKI & ERIC NAIM GESBERT, dirs., Librairie générale de droit et de jurisprudence, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016).
- MARTÍNEZ GARCÍA, JESÚS IGNACIO, *Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann*, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, 323-354 (ESTEBAN PÉREZ ALONSO, ESTANISLAO ARANA GARCÍA, PEDRO MERCADO PACHECO & JOSÉ LUIS SERRANO MORENO, eds., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012).
- MEKKI, MUSTAPHA, *Pluralisme des sources et des droits – Entre ordre et désordre*, en *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, 31-63 (MUSTAPHA MEKKI, dir., Bruylant, Bruxelles, 2016).
- MORAN, MAYO, *The Mutually Constitutive Nature of Public and Private Law*, en *The Goals of Private Law*, 17-45 (ANDREW ROBERTSON & HANG WU TANG, eds., Hart Publishing, Oxford, Portland, 2009).
- MORVAN, PATRICK, *Les principes et les règles - Vers la naissance de "vrais" principes de droit privé en droit de l'environnement*, en *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, 64-93 (MUSTAPHA MEKKI, dir., Bruylant, Bruxelles, 2016).
- MOSSET-ITURRASPE, JORGE, *El daño ambiental en el derecho privado*, en *Daño ambiental*, tomo I (JORGE MOSSET-ITURRASPE, TOMÁS HUTCHINSON & EDGARDO ALBERTO DONNA, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999).
- PATERSON, JOHN, *Reflecting on Reflexive Law*, en *Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications*, 13-36 (MICHAEL KING & CHRIS THORNHILL, eds., Hart Publishing, Oxford, Portland, 2006).
- POZZOLO, SUSANNA, *Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución*, en *El canon neoconstitucional* (MIGUEL CARBONELL & LEONARDO GARCÍA JARAMILLO, eds., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010).
- PUIG, PASCAL, *QPC [Question prioritaire de constitutionnalité] et droit privé de l'environnement*, en *Droit public et droit privé de l'environnement: unité dans la diversité?*, 131-172 (MUSTAPHA MEKKI & ERIC NAIM GESBERT, dirs., Librairie générale de droit et de jurisprudence, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016).
- SMITS, JAN, *Private Law and Fundamental Rights. A Sceptical View*, en *Constitutionalisation of Private Law*, 9-22 (THOMAS BARKHUYSEN & SIEWERT LINDENBERGH, eds., Martinus Nijhoff, Leiden, 2006).
- TEUBNER, GUNTHER, *Societal Constitutionalism: Nine Variations on a Theme by David Sciulli*, en *Sociological Constitutionalism*, 313-340 (PAUL BLOKKER & CHRIS THORNHILL, eds., Cambridge University Press, Cambridge, 2017). <https://doi.org/10.1017/9781316403808.010>
- TEUBNER, GUNTHER, *The Invisible Cupola: from Causal to Collective Attribution in Ecological Liability*, en *Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Ecological-Self Organization*, 11-47 (GUNTHER TEUBNER, LINDSAY FARMER & DECLAN MURPHY, eds., John Wiley & Sons, Chichester, 1994). Disponible en: <https://www.jura.uni-frankfurt.de/57612713/CUPOLAeng.pdf>
- TEUBNER, GUNTHER, *Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises*, en *Regulating Corporate Groups in Europe*, 67-104 (DAVID SUGARMAN & GUNTHER TEUBNER, eds., Nomos, Baden-Baden, 1990). Disponible en: <http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/oai/container/index/docId/2755>
- WILCHES DURÁN, RAFAEL E., *Derecho comercial y derecho ambiental: diferentes aproximaciones epistemológicas*, en *Estudios de derecho privado: Liber Amicorum en homenaje a Hernando Tapias Rocha*, 405-457 (ANTONIO ALJURE SALAME, ÉDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO, YIRA LÓPEZ CASTRO & CARLOS ANDRÉS BOTERO PÉREZ, coords. académicos, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013).

Artículos de revista

- BENAVIDES ORDÓÑEZ, JORGE, *Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina*, 5 *Ius Humani Revista de Derecho*, 173-188 (2016). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5771477.pdf>
- BERNAL FANDIÑO, MARIANA, *El solidarismo contractual: especial referencia al derecho francés*, 114 *Vniversitas*, 15-30 (2007). Disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14588/11769>
- HAUTEREAU BOUTONNET, MATHILDE, *Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats*, 7499 *Recueil Dalloz*, 6, 377-391 (2012). Disponible en: <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/des-obligations-environnementales-speciales-l-obligation-environnementale-generale-e#.WzZj6NJKiM8>
- LANDAU, DAVID, *Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law*, 51 *Harvard International Law Journal*, 2, 319-378 (2010). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1774915
- LANDAU, DAVID, *The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New Approach to Modeling Judicial Behavior in Latin America*, 37 *George Washington International Law Review*, 3, 687-744 (2005).
- MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO, *El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia*, 16 *Revista Chilena de Derecho Privado*, 187-241 (2011). Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n16/art06.pdf>
- NEVES, MARCELO, *From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law*, 28 *Journal of Law & Society*, 2, 242-264 (2001). <https://doi.org/10.1111/1467-6478.00188>
- PŘIBÁŇ, JIŘI, *Constitutionalism as Fear of the Political? A Comparative Analysis of Teubner's Constitutional Fragments and Thornhill's A Sociology of Constitutions*, 39 *Journal of Law and Society*, 3, 441-471 (2012). <https://doi.org/10.1111/j.1467-6478.2012.00592.x>
- RAMÍREZ NÁRDIZ, ALFREDO, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano y democracia participativa: ¿progreso o retroceso democrático?*, 132 *Vniversitas*, 349-388 (2016). Disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/16572>
- SALAZAR UGARTE, PEDRO, *El constitucionalismo latinoamericano ante el paradigma neoconstitucionalista: retos desde la realidad política a una teoría progresista*, 34 *Revista Internacional de Filosofía Política*, 181-191 (2009). Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2009-numero34-2080&dsID=Documento.pdf>
- SOLANA RUIZ, JOSÉ LUIS, *La unidad y diversidad del hombre en la antropología compleja de Edgar Morin*, 11 *Gazeta de Antropología*, 1-8 (1995). Disponible en: <http://www.gazeta-antropologia.es/?p=3581>
- TEUBNER, GUNTHER, *The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by "Private" Transnational Actors*, 69 *Modern Law Review*, 3, 327-346 (2006). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=893106
- WILCHES DURÁN, RAFAEL E., *La protección del ambiente en el contrato a la luz de las teorías del derecho de contratos. Estudio a partir del derecho comercial colombiano*, 13 *Revista Opinión Jurídica*, 25, 87-104 (2014). Disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/863/831>
- WILCHES DURÁN, RAFAEL E., *Principio ambiental de precaución y contratación mercantil en derecho colombiano. Planteamiento del problema*, 123 *Vniversitas*, 283-314 (2011). Disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/download/14318/11527>
- WILCHES DURÁN, RAFAEL E., *Protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil. Estudio práctico del caso colombiano*, 43 *Revista de Derecho*, 237-268 (2015). Disponible en: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/7478/6749>

Jurisprudencia

- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-126-98, 1 de abril de 1998, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-126-98.htm>

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-095-16, 25 de febrero de 2016, magistrado ponente Alejandro Linares Cantillo. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-095-16.htm>

Páginas en internet

Colombia, Constitución Política, 116 *Gaceta Constitucional*, 20 de julio de 1991. Disponible en <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>

Global Reporting Initiative. Disponible en: <https://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx>

International Organization for Standardization, ISO, *ISO 14001 - Environmental Management Systems - Requirements with Guidance for Use*. Disponible en: http://www.iso.org/iso/catalogue_detail?csnumber=60857

International Organization for Standardization, ISO, *ISO 26000 - Social responsibility*. Disponible en: <http://www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.htm>

Notas

* Artículo de investigación.

1 Se trata de los artículos de RAFAEL E. WILCHES DURÁN, *Principio ambiental de precaución y contratación mercantil en derecho colombiano. Planteamiento del problema*, 123 *Vniversitas*, 283-314 (2011). *La protección del ambiente en el contrato a la luz de las teorías del derecho de contratos. Estudio a partir del derecho comercial colombiano*, 13 *Opinión Jurídica*, 25, 87-104 (2014). Y *Protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil. Estudio práctico del caso colombiano*, 43 *Revista de Derecho*, 237-268 (2015). También del capítulo del libro *Derecho comercial y derecho ambiental: diferentes aproximaciones epistemológicas*, en *Estudios de derecho privado: Liber Amicorum en homenaje a Hernando Tapias Rocha*, 405-457 (ANTONIO ALJURE SALAME, ÉDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO, YIRA LÓPEZ CASTRO & CARLOS ANDRÉS BOTERO PÉREZ, coords. académicos, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013).

2 Uno de los principales resultados de los trabajos mencionados apuntó a señalar que: "(...) las tensiones internas del derecho comercial y el derecho ambiental, así como las tensas relaciones entre tales ramas del derecho, solo refuerzan la posición que aboga por la necesidad de superar tales dificultades, principalmente a través de la comprensión del derecho como un discurso, un producto cultural y un proceso a la luz del conocimiento científico, en el que se deberían superar las tradicionales divisiones entre ramas del derecho, para tratar a la naturaleza como un proyecto objeto del derecho en conjunto". RAFAEL E. WILCHES DURÁN, *Derecho comercial y derecho ambiental...*, 405-457, 447 (2013).

3 Cfr. RAFAEL E. WILCHES DURÁN, *La protección del ambiente en el contrato a la luz de las teorías del derecho de contratos. Estudio a partir del derecho comercial colombiano*, 13 *Opinión Jurídica*, 25, 87-104 (2014). JULIO CARRIZOSA-UMAÑA, *¿Qué es ambientalismo? La visión ambiental compleja* (Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Ambientales, IDEA, Centro de Estudios de la Realidad Colombiana, CEREC, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, PNUMA, Bogotá, 2000).

4 Plantea NICOLAS DE SADELEER que, en cuanto a protección al ambiente se refiere, hay tres paradigmas, que determinan igualmente tres modelos de protección: el modelo curativo, el modelo preventivo y el modelo anticipatorio. A grandes rasgos, el modelo curativo descansa en la responsabilidad civil y mecanismos compensatorios, ejemplo del cual es el principio contaminador-pagador. El modelo preventivo es aquel en el que se toma conciencia de que los daños ambientales no pueden ser reparados con indemnizaciones sino que debido a la naturaleza de los bienes afectados, la actitud a tomar debe consistir en prevenir la ocurrencia de tales daños, siendo ejemplo de tal modelo el principio de prevención. El modelo anticipatorio, que es aquel en el cual se enmarca el principio de precaución, surge cuando se entiende que muchas veces no hay certeza sobre la ocurrencia o no de los daños, eje del modelo preventivo, sino que en no pocas oportunidades nos encontramos ante la incertidumbre, primordialmente científica, para determinar la ocurrencia o no de daños al ambiente, por lo cual es necesario anticiparse a tomar medidas de protección, aunque no haya certeza de la ocurrencia de daños. Los tres principios y, en consecuencia, los tres modelos o paradigmas tienen un común denominador: la batalla contra los riesgos ambientales y, por esta razón, deben entenderse como complementarios y que no pueden funcionar por separado. Cfr. NICOLAS DE SADELEER, *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules* (Oxford University Press, New York, 2008).

5 Cfr. RAFAEL E. WILCHES DURÁN, *Protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil. Estudio práctico del caso colombiano*, 43 *Revista de Derecho*, 237-268, 241-242 (2015).

6 Cfr. RAFAEL E. WILCHES DURÁN, *La protección del ambiente...*, 87-104, (2014).

7 Cfr. RAFAEL E. WILCHES DURÁN, *Protección jurídica del ambiente...*, 237-268, 241-242 (2015).

8 El término “adecuadamente” tiene como referente lo expuesto por LUHMANN sobre el mismo. En efecto, plantea en su obra sobre la dogmática jurídica que “(...) según las concepciones actuales la totalidad del sistema no puede ser ni una regla de producción ni un criterio de selección, pero ha de ser representada ‘adecuadamente’ en forma de criterios. Lo que en este caso se define como ‘adecuadamente’ depende del nivel de desarrollo y de la complejidad y, por tanto, en definitiva del grado de diferenciación social del sistema” [NIKLAS LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, 39 (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 1983)], para luego concluir que “‘Adecuado a la sociedad’ no quiere significar que los conceptos jurídicos deban ser en definitiva conceptos sociológicos o deban reflejar de modo adecuado la sociedad. Esto estaría en contradicción con la diferencia de sistema y de función de sistema entre el sistema social y el sistema jurídico como sistema parcial del sistema social. Adecuación significa tan solo que se logre la transformación conceptual del problema al sistema jurídico. Como sistema funcionalmente inserto *a posteriori* y constreñido a tomar una decisión, el sistema jurídico no puede reflejar dentro de sí ni toda la complejidad ni las formas de abstracción fundamentales de la sociedad (...). Por ello el criterio de la adecuación solamente se puede referir a las reducciones con las que el sistema jurídico desarrolla su función específica en toda la sociedad, siempre que se le requiere”. NIKLAS LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, 97-98 (1983).

9 Cfr. ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS, *La Constitución ecológica de Colombia* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010).

10 Cfr. GUNTHER TEUBNER, *Societal Constitutionalism: Nine Variations on a Theme by David Sciulli*, en *Sociological Constitutionalism*, 313-340 (PAUL BLOKKER & CHRIS THORNHILL, eds., Cambridge University Press, Cambridge, 2017).

11 “(...) Ante la problemática de la unidad/diversidad humanas se han dado dos posturas enfrentadas —pero, como veremos a continuación, paradigmáticamente confluyentes— que no son válidas y que, por tanto, han de ser rechazadas y superadas (Morin 1973: 236; 1982: 191): - Por un lado, la posición que opone ‘un principio abstracto e inmóvil de unidad’ a las diversidades que se dan entre individuos y culturas y que considera tales diversidades como ‘simples epifenómenos’. Se trata, pues, de una unidad sin diversidad: de una concepción del hombre incapaz de concebir la diversidad y la diferencia y según la cual la unidad solo puede concebirse excluyendo u ocultando la diversidad. - Por el otro, la posición que rechaza el principio abstracto e inmóvil de unidad y que le opone ‘una heterogeneidad intrínsecamente ininteligible’. Se trata, pues, de una diversidad sin unidad: de una concepción del hombre incapaz de concebir la unidad y según la cual la diversidad solo puede concebirse excluyendo u ocultando la unidad. Estas posiciones perciben ‘no a la vez sino alternativamente, o la unidad o la diversidad humana’ (Morin 1993: 60), por lo que, según Morin, ambas concepciones comparten el mismo paradigma disyuntor, ‘propio del pensamiento occidental moderno y según el cual la unidad no puede concebirse más que excluyendo u ocultando la diversidad, y viceversa’ (Morin 1982: 191); ambas concepciones oponen de modo irreconciliable unidad y diversidad, y resultan por ello igualmente estériles. Lo que necesitamos para enfrentar y pensar adecuadamente la cuestión de la unidad/diversidad humanas es un paradigma epistemológico que, en lugar de separar y oponer las ideas de unidad y de diversidad, las una y las comprenda conjuntamente: ‘En el corazón de nuestra cultura y de nuestro sistema de pensamiento falta un paradigma que asociaría lo uno y lo diverso en una concepción fundamental de la *unitas multiplex*’ (Morin 1982: 191)”. JOSÉ LUIS SOLANA RUIZ, *La unidad y diversidad del hombre en la antropología compleja de Edgar Morin*, 11 *Gazeta de Antropología*, 1-8 (1995).

12 MORIN ha manifestado sobre el particular que “(...) La primera y fundamental complejidad del sistema es asociar en sí la idea de unidad, por una parte y la de diversidad o multiplicidad por la otra, que en principio se repelen y se excluyen. Y lo que hay que comprender son los caracteres de la unidad compleja: un sistema es una unidad global, no elemental, puesto que está constituida por partes diversas interrelacionadas. Es una unidad original, no originaria: dispone de cualidades propias e irreductibles, pero debe ser producido, construido, organizado. Es una unidad individual, no indivisible: se puede descomponer en elementos separados, pero entonces su existencia se descompone. Es una entidad hegemónica, no homogénea: está constituido por elementos diversos, dotados de caracteres propios que tiene en su poder. La idea de unidad compleja va a tomar densidad si presentimos que no podemos reducir ni el todo a las partes, ni las partes al todo, ni lo uno a lo múltiple, ni lo múltiple a lo uno, sino que es preciso que intentemos concebir juntas, de forma a la vez complementaria y antagonista, las nociones de todo y de partes, de uno y de diverso”. EDGAR MORIN, *El método I: la naturaleza de la naturaleza*, 128 (Cátedra, Madrid, 2001).

13 Cfr. EDGAR MORIN, *El método I: la naturaleza de la naturaleza*, 171-174 (Cátedra, Madrid, 2001).

14 MORIN explica que el concepto de *unitas multiplex* tiene apoyo en los trabajos del psiquiatra ANDRAS ANGYAL, y en la idea de que el cerebro, que parece ser el gobernador autocrático del organismo, es un órgano democrático, pues es a la vez acéntrico y policéntrico, ya que en las diferentes regiones del cerebro hay a la vez anarquía, heterarquía y jerarquía. El cerebro es más que

un sistema complejo, es un complejo de sistemas complejos, de manera que la idea de *unitas multiplex* no solo designa la unidad del cerebro y una multiplicidad de niveles jerarquizados sino también la multiplicidad de los sistemas complejos que forman en adelante un sistema hipercomplejo. Cfr. EDGAR MORIN, *El método III: el conocimiento del conocimiento*, 97-111 (Cátedra, Madrid, 1999).

15 Cfr. GUNTHER TEUBNER, *Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises*, en *Regulating Corporate Groups in Europe*, 67-104, 87-92 (DAVID SUGARMAN & GUNTHER TEUBNER, eds., Nomos, Baden-Baden, 1990). También MARIO PROST, *Unitas multiplex. Unités et fragmentations en droit international* (Bruylant, Bruxelles, 2013).

16 Si bien en este escrito se utiliza ocasionalmente el término de *ramas del Derecho o disciplinas jurídicas*, lo importante es entender que, de fondo, hay un conjunto de instituciones que se guían por un discurso en común. De esta forma, afirmaciones como aquellas que sostienen que “(...) el Derecho ambiental no es propiamente hablando una ‘rama del Derecho’ en razón de su ausencia de autonomía” [traducción propia de MUSTAPHA MEKKI, *Pluralisme des sources et des droits – Entre ordre et désordre*, en *Les notions fondamentales de droit privé à l’épreuve des questions environnementales*, 31-63, 34 (MUSTAPHA MEKKI, dir., Bruylant, Bruxelles, 2016)] no son relevantes para este estudio, pues lo que importa acá no es la autonomía de fuentes del Derecho ambiental sino que el discurso que el Derecho ambiental maneja es muy distinto al que tiene el Derecho comercial, por ejemplo. Lo que aquí importa es el reconocimiento de discursos distintos, no la discusión sobre si el Derecho ambiental constituye o no una rama o disciplina jurídica autónoma.

17 Plantea ese autor que: “(...) nuestro supuesto ‘árbol’ es un verdadero monstruo, con ramas de pino, de eucalipto, de higuera y de sauce, y para peor con un tronco que cambia de sustancia con el correr del tiempo. Más que un vegetal terrícola, parece un delirio de la ciencia ficción. Pero es todavía peor. Porque estas ramas traen elementos que no vienen del tronco de este árbol, sino de otros árboles distintos”. RICARDO RABINOVICH BERKMAN, *Principios generales del derecho latinoamericano*, 40 (Astrea, Buenos Aires, 2006).

18 Cfr. RAFAEL E. WILCHES DURÁN, *Derecho comercial y derecho ambiental...*, 405-457 (2013).

19 Al respecto, se ha dicho que “(...) el estudio local y global de Derechos extranjeros invita al Derecho francés a ir más lejos en la instrumentalización ambiental del contrato y recuerda cuánto el Derecho ambiental tiene necesidad, según la expresión del profesor GILLES J. MARTIN, de ‘juridiversidad’. Eso sí, no se puede olvidar que el Derecho francés puede él mismo ser fuente de inspiración. En efecto, tras el estudio del contrato con finalidad ambiental, las diferentes contribuciones dejan en la sombra el fenómeno de las obligaciones ambientales presentes en los contratos clásicos de intercambio con vocación inicialmente no ambiental. Numerosas en Derecho francés, ellas oscilan entre las obligaciones subjetivas que reflejan los intereses de los contratantes y las obligaciones objetivas que reflejan el interés del ambiente. (...) Sin embargo, reina el sentimiento de que la expansión rápida y creciente de las obligaciones ambientales, bajo el impulso del legislador y de la práctica, podría ser una originalidad francesa. Los Derechos extranjeros podrían, por ejemplo, a futuro, ser sensibles a la importancia de las obligaciones de información ambiental (...) manifiestas en múltiples campos de la vida contractual en Francia”. Traducción propia de MATHILDE HAUTEREAU BOUTONNET, *Avant-propos*, en *Le contrat et l’environnement: étude de droit comparé*, IX-LXVII (MATHILDE HAUTEREAU BOUTONNET, dir., Bruylant, Bruxelles, 2015).

20 Cfr. MATHILDE HAUTEREAU BOUTONNET, *L’efficacité environnementale du contrat*, en *L’efficacité du droit de l’environnement. Mise en oeuvre et sanctions*, 21-46 (OLIVERA BOSKOVIC, dir., Dalloz-Sirey, Paris, 2010). También MATHILDE HAUTEREAU BOUTONNET, *Des obligations environnementales spéciales à l’obligation environnementale générale en droit des contrats*, 7499 *Recueil Dalloz*, 6, 377-391, 377-385 (2012).

21 Cfr. NATHALIE BLANC & AGATHE VAN LANG, *Les techniques: les contrats*, en *Droit public et droit privé de l’environnement: unité dans la diversité?*, 205-223 (MUSTAPHA MEKKI & ERIC NAIM GESBERT, dirs., Librairie générale de droit et de jurisprudence, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016).

22 NATHALIE BLANC, *Le contrat – Le contrat de droit privé à l’épreuve des questions environnementales*, en *Les notions fondamentales de droit privé à l’épreuve des questions environnementales*, 131-144, 134, 143-144 (MUSTAPHA MEKKI, dir., Bruylant, Bruxelles, 2016).

23 MUSTAPHA MEKKI, *Pluralisme des sources et des droits...*, 31-63, 58-63 (2016).

24 Cfr. GILLES J. MARTIN, *Rapport de synthèse*, en *Les notions fondamentales de droit privé à l’épreuve des questions environnementales*, 221-232 (MUSTAPHA MEKKI, dir., Bruylant, Bruxelles, 2016).

- 25 GILLES J. MARTIN, *Rapport de synthèse*, en *Droit public et droit privé de l'environnement: unité dans la diversité?*, 225-235 (MUSTAPHA MEKKI & ERIC NAIM GESBERT, dirs., Librairie générale de droit et de jurisprudence, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016).
- 26 Cfr. PASCAL PUIG, *QPC [Question prioritaire de constitutionnalité] et droit privé de l'environnement*, en *Droit public et droit privé de l'environnement: unité dans la diversité?*, 131-172, 131-146 (MUSTAPHA MEKKI & ERIC NAIM GESBERT, dirs., Librairie générale de droit et de jurisprudence, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016).
- 27 Cfr. PATRICK MORVAN, *Les principes et les règles - Vers la naissance de "vrais" principes de droit privé en droit de l'environnement*, en *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, 64-93, 75 (MUSTAPHA MEKKI, dir., Bruylant, Bruxelles, 2016).
- 28 Cfr. ERNEST WEINRIB, *The Idea of Private Law* (Harvard University Press, Cambridge, Londres, 1995). También WILLIAM LUCY, *Philosophy of Private Law* (Oxford University Press, Oxford, 2007).
- 29 Bajo el interés de que el contrato sea un elemento no solo de acumulación de riqueza de las personas más acaudaladas, se destaca la concepción solidarista de los contratos, encaminada a que las partes contractuales, en el mundo de los negocios, no sigan solamente su propio bienestar sino que consideren los intereses del otro y vean el contrato como una aventura común, a largo plazo, en la cual es necesario que ambas resulten favorecidas. Esta corriente no es algo nuevo sino que viene siendo propuesta desde el siglo XIX, con no pocas críticas por su supuesta mezcla de Derecho y moral y por su idealismo y romanticismo, pero aún sigue recogiendo adeptos. Cfr., para una introducción al tema, MARIANA BERNAL FANDIÑO, *El solidarismo contractual: especial referencia al derecho francés*, 114 *Vniversitas*, 15-30 (2007). Para profundizar, ANNE-SYLVIE COURDIER CUISINIER, *Le solidarisme contractuel* (LexisNexis, Paris, 2006).
- 30 Cfr. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, *El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia*, 16 *Revista Chilena de Derecho Privado*, 187-241 (2011).
- 31 Cfr. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, *Constitucionalización del derecho privado*, en *Controversias constitucionales*, 343-386, 380-381 (FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, coord., Universidad del Rosario, Bogotá, 2009). MANTILLA plantea allí cómo las decisiones del juez constitucional terminarían siendo guiadas, en último término, por la arbitrariedad de los jueces.
- 32 Cfr. STEPHEN A. SMITH, *Contract Theory*, 3-38 (Oxford University Press, Oxford, 2007). En ese capítulo, SMITH explica qué es una teoría en Derecho de contratos, para lo cual propone cuatro criterios de identificación: adecuación, coherencia, moralidad y transparencia.
- 33 Cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Trotta, Madrid, 2005).
- 34 Cfr. DAVID LANDAU, *Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law*, 51 *Harvard International Law Journal*, 2, 319-378 (2010). También DAVID LANDAU, *The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New Approach to Modeling Judicial Behavior in Latin America*, 37 *George Washington International Law Review*, 3, 687-744 (2005).
- 35 Cfr. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, *Constitución y controversia*, en *Controversias constitucionales*, 11-23 (FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, coord., Universidad del Rosario, Bogotá, 2009).
- 36 Colombia, Constitución Política, 116 *Gaceta Constitucional*, 20 de julio de 1991, artículo 1.
- 37 Traducción propia de JAN SMITS, *Private Law and Fundamental Rights. A Sceptical View*, en *Constitutionalisation of Private Law*, 9-22, 10 (THOMAS BARKHUYSEN & SIEWERT LINDENBERGH, eds., Martinus Nijhoff, Leiden, 2006).
- 38 Cfr. STEFAN GRUNDMANN, *Constitutional Values and European Contract Law: An Overview*, en *Constitutional Values and European Contract Law*, 1-17, 3-17 (STEFAN GRUNDMANN, ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008).
- 39 Cfr. JAIME ARRUBLA-PAUCAR, *La constitucionalización del derecho privado de los contratos*, en *Neoconstitucionalismo y derecho privado: el debate*, 61-118, 63-65 (BEATRIZ ESPINOSA PÉREZ & LINA MARCELA ESCOBAR MARTÍNEZ, eds., Diké, Bogotá, 2008).
- 40 Cfr. JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS, *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, XXI (Universidad de los Andes, Universidad del Rosario, Temis, Bogotá, 2011).

- 41 Cfr. BEATRIZ ESPINOSA PÉREZ & LINA MARCELA ESCOBAR MARTÍNEZ, *Prólogo*, en *Neoconstitucionalismo y derecho privado: el debate*, 15-23 (BEATRIZ ESPINOSA PÉREZ & LINA MARCELA ESCOBAR MARTÍNEZ, eds., Díké, Bogotá, 2008). También PAOLO COMANDUCCI, *Constitucionalización y neoconstitucionalismo*, en *El canon neoconstitucional*, 173-190 (MIGUEL CARBONELL & LEONARDO GARCÍA JARAMILLO, eds., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010). MARTIN LOUGHLIN, *What is Constitutionalisation?*, en *The Twilight of Constitutionalism?*, 47-69 (PETRA DOBNER & MARTIN LOUGHLIN, eds., Oxford University Press, Oxford, 2010).
- 42 Cfr. SUSANNA POZZOLO, *Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución*, en *El canon neoconstitucional*, 207-227 (MIGUEL CARBONELL & LEONARDO GARCÍA JARAMILLO, eds., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010).
- 43 Cfr. PAOLO COMANDUCCI, *Constitucionalización y neoconstitucionalismo*, 173-190 (2010).
- 44 Así, se menciona cómo “(...) el neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas ‘materiales’ o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos”. Cfr. MIGUEL CARBONELL, *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*, en *El canon neoconstitucional*, 161-162 (MIGUEL CARBONELL & LEONARDO GARCÍA JARAMILLO, eds., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010).
- 45 LEONARDO GARCÍA JARAMILLO, *El neoconstitucionalismo en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?*, en *El canon neoconstitucional*, 316 (MIGUEL CARBONELL & LEONARDO GARCÍA JARAMILLO, eds., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010).
- 46 Cfr. PEDRO SALAZAR UGARTE, *El constitucionalismo latinoamericano ante el paradigma neoconstitucionalista: retos desde la realidad política a una teoría progresista*, 34 *Revista Internacional de Filosofía Política*, 181-191 (2009). También JORGE BENAVIDES ORDÓÑEZ, *Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina*, 5 *Ius Humani Revista de Derecho*, 173-188 (2016). ALFREDO RAMÍREZ NÁRDIZ, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano y democracia participativa: ¿progreso o retroceso democrático?*, 132 *Vniversitas*, 349-388 (2016).
- 47 Cfr. JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS, *La constitucionalización del derecho privado...* (2011).
- 48 Cfr., entre otros, MARK WILDE, *Civil Liability for Environmental Damage, Comparative Analysis of Law and Policy in Europe and US* (Kluwer Law International, The Hague, 2002). JORGE MOSSET-ITURRASPE, *El daño ambiental en el derecho privado*, en *Daño ambiental*, tomo I (JORGE MOSSET-ITURRASPE, TOMÁS HUTCHINSON & EDGARDO ALBERTO DONNA, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999). NÉSTOR CAFFERATA, *Régimen legal del daño ambiental*, en *Daño ambiental*, tomo II (ANDRÉS MAURICIO BRICEÑO CHAVES, JUAN CARLOS HENAO, PHILIPPE BRUN, CATALINA LÓPEZ JIMÉNEZ, FILIPO ERNESTO BURGOS, CARLOS EDUARDO NARANJO, NÉSTOR A. CAFERATTA & CAROLINA MONTES CORTÉS, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009). FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual (Arts. 1969-1988)* (Temis, Bogotá, 2000).
- 49 Cfr. MARK WILDE, *Civil Liability for Environmental Damage...* (2002). También GUNTHER TEUBNER, *The Invisible Cupola: from Causal to Collective Attribution in Ecological Liability*, en *Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Ecological-Self Organization*, 11-47 (GUNTHER TEUBNER, LINDSAY FARMER & DECLAN MURPHY, eds., John Wiley & Sons, Chichester, 1994).
- 50 Cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil...* (2005).
- 51 Cfr. MICHAEL FAURE & ANDRÉ VAN DER WALT, eds., *Globalization and Private Law* (Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2010).
- 52 Cfr. EUGENIO LLAMAS POMBO, *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil*, 201-215 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009).
- 53 Cfr. MAYO MORAN, *The Mutually Constitutive Nature of Public and Private Law*, en *The Goals of Private Law*, 17-45 (ANDREW ROBERTSON & HANG WU TANG, eds., Hart Publishing, Oxford, Portland, 2009).

- 54 Cfr. JIŘI PŘIBÁŇ, *Constitutionalism as Fear of the Political? A Comparative Analysis of Teubner's Constitutional Fragments and Thornhill's A Sociology of Constitutions*, 39 *Journal of Law and Society*, 3, 441-471, 458 (2012).
- 55 Cfr., CHRIS THORNHILL, *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, 8-12, 372-376 (Cambridge University Press, Cambridge, 2011).
- 56 Cfr. ADRIAN VERMEULE, *Law and the Limits of Reason* (Oxford University Press, New York, 2009).
- 57 Cfr. GUNTHER TEUBNER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization* (Oxford University Press, Oxford, 2012).
- 58 Cfr. MARCELO NEVES, *From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law*, 28 *Journal of Law & Society*, 2, 242-264 (2001).
- 59 Cfr. RAFAEL BUSTOS GISBERT, *La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución* (Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2005). Aunque no se apoya en LUHMANN, TEUBNER o NEVES, la propuesta de BUSTOS GISBERT coincide en muchos aspectos con los efectos que ellos han propuesto respecto del Derecho como un sistema autopoiético. Sin embargo, el concepto de Constitución Red apunta más a las relaciones entre los distintos ordenamientos constitucionales, de índole estatal o comunitaria, presentes en el espacio de la Unión Europea, y no llega a plantear a la *lex mercatoria* o a la *lex digitalis*, por ejemplo, como Constituciones, como sí lo hace TEUBNER.
- 60 Cfr. GUNTHER TEUBNER, *Constitutional Fragments...*, 1-2 (Oxford University Press, Oxford, 2012).
- 61 Vale la pena precisar que ese es el término utilizado por TEUBNER, que a veces parece no distinguir claramente en ese texto el concepto de *derechos humanos* del concepto de *derechos fundamentales*, a pesar de que en otro escrito señaló que la cuestión de los derechos humanos en estricto sentido tiene qué ver hoy con los peligros para la integridad individual de cuerpo y mente por una multiplicidad de procesos comunicativos anónimos y actualmente globalizados, mientras que los derechos fundamentales, por el contrario, no están encaminados a la exclusión del individuo humano de la sociedad sino que están encaminados a la inclusión de las personas. Cfr. GUNTHER TEUBNER, *The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by "Private" Transnational Actors*, 69 *Modern Law Review*, 3, 327-346 (2006).
- 62 Cfr. GUNTHER TEUBNER, *Constitutional Fragments...*, 124-132 (2012).
- 63 Se habla acá de constitucionalismo societal y Constituciones societales, a pesar de que ese adjetivo no ha sido reconocido por la Real Academia Española de la Lengua, como traducción de los términos *Societal Constitutionalism* y *Societal Constitutions* que utiliza TEUBNER. En efecto, aunque podría utilizarse el adjetivo "social", que en su primera acepción de "perteneciente o relativo a la sociedad" coincide con el significado del adjetivo "societal" en inglés, encaminado a significar que algo es perteneciente o relativo a la sociedad o grandes grupos sociales, no es un secreto que en español el adjetivo "social" tiene una fuerte carga ideológica y valorativa detrás de sí, pues se asocia con todo lo relacionado con el socialismo. Así, debido a que ese no es el contenido de la expresión "societal" utilizada por TEUBNER, que apunta a hacer referencia a la sociedad civil en un contexto de globalización, se ha preferido en este texto acudir a ese anglicismo.
- 64 Cfr. GUNTHER TEUBNER, *Constitutional Fragments...*, 132-149 (2012).
- 65 Cfr. GUNTHER TEUBNER, *Constitutional Fragments...*, 150-173 (2012).
- 66 Cfr. GUNTHER TEUBNER, *Constitutional Fragments...*, 171-173 (2012).
- 67 GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ & EDUARDO OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, 362 (Temis, Bogotá, 1994).
- 68 Cfr. RAFAEL E. WILCHES DURÁN, *Principio ambiental de precaución...*, 283-314, 293-298 (2011).
- 69 Concepto expuesto por LUHMANN, al afirmar que, para la toma de decisiones, obligación del sistema jurídico, sería necesario combinar tres salidas: i) las decisiones programadas detalladamente, hasta el nivel de computadora, por vía legislativa (programación legislativa reforzada); ii) el orden transitivo de todos los valores relevantes (transitividad limitada); y iii) el proceder de manera oportunista, es decir, la toma de decisiones con base en los criterios indeterminados y mudables en cada caso y solo para cada caso (oportunismo limitado). NIKLAS LUHMANN, *Sistema jurídico...*, 67 (1983).
- 70 JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA, *Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann*, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, 323-354 (ESTEBAN PÉREZ ALONSO, ESTANISLAO ARANA GARCÍA, PEDRO MERCADO PACHECO & JOSÉ LUIS SERRANO MORENO, eds., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012).

71 Cfr. NUBIA C. SALAS, *El rol sistémico de los principios generales del derecho en el ordenamiento civil. Estudio de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia* (Tesis para optar al título de Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2013).

72 Cfr. GUNTHER TEUBNER, *Law as an Autopoietic System*, 89-90, 97-99 (Blackwell, Oxford, Cambridge, Massachusetts, 1993). También JOHN PATERSON, *Reflecting on Reflexive Law*, en *Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications*, 13-36, 26-28 (MICHAEL KING & CHRIS THORNHILL, eds., Hart Publishing, Oxford, Portland, 2006).

73 Cfr. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-095-16, 25 de febrero de 2016, magistrado ponente Alejandro Linares Cantillo.

74 De hecho, si bien a futuro sería interesante poder entender que la relación entre Derecho comercial y Derecho constitucional no puede seguir tratándose bajo parámetros de una relación jerárquica, sino que debería concebirse como una relación heterárquica, no se puede ignorar el paradigma actualmente vigente en Colombia en el sentido de que el Derecho constitucional irradia todo el ordenamiento jurídico.

75 Cfr. RAMÓN EDUARDO MADRIÑÁN DE LA TORRE, *Principios de derecho comercial*, 17-18 (Temis, Bogotá, 2000).

76 Cfr. JOSEF ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (Bosch, Barcelona, 1961).

77 Cfr. LORENZO MOSSA, *Historia del derecho mercantil en los siglos XIX y XX*, 115-132 (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948).

78 Ideas personales fruto de una conversación sostenida con el profesor GUILHERME LEITE GONÇALVES en 2015. Toda la responsabilidad al respecto es del suscrito, no del profesor GONÇALVES.

79 Por ejemplo, cfr. GUNTHER TEUBNER, *The Invisible Cupola...*, 11-47, 17-47 (1994).

80 Cfr. LUCIEN MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, 331-361 (Librairie générale de droit et de jurisprudence, LGDJ, Paris, 2013).

81 Cfr. International Organization for Standardization, ISO, *ISO 26000 - Social responsibility*.

82 Cfr. International Organization for Standardization, ISO, *ISO 14001 - Environmental Management Systems - Requirements with Guidance for Use*.

83 Cfr. Global Reporting Initiative.

84 Cfr. LUCIEN MAURIN, *Contrat et...*, 363-387 (2013).

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Para citar este artículo/To cite this article: Wilches Durán, Rafael Eduardo, *El derecho comercial como un fragmento constitucional para efectos de una adecuada protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil en Colombia*, 137 *Vniversitas*, xxx-xxx (2018). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj137.dcf>