

## La limitación ambiental al derecho de la libertad de empresa

*The environmental limitation to the free enterprise right*

Carlos Alfonso Cárdenas Hernández \*

### Resumen

La limitación ambiental al derecho de la libertad de empresa se estructuró sobre la tesis individualista y egoísta del derecho subjetivo absoluto, para luego llegar a su compromiso con la función social, actualizada con la función ecológica -ante la preocupación por el porvenir de la especie humana-, y respaldada por el derecho al medio ambiente sano.

Sin embargo, a esta limitación legal y natural se suma un problema surgido de la esencia del derecho a la libertad de empresa, el cual se manifiesta en la ideología del liberalismo económico que se expresa en la actualidad en la globalización económica con las multinacionales y transnacionales. Esto hace que se adecúe la función social y ambiental de la empresa en el concepto eco-capitalista de la responsabilidad social empresarial, que pone en pugna la noción antropocéntrica y biocéntrica de la relación del hombre con el ambiente, quedando el Estado en una posición de

---

\* Abogado egresado de la UPTC, especializado en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional, candidato a Magister en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, Profesor de Derecho Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

entidad reguladora, la cual debe maniobrar entre la economía de mercado y la protección del medio ambiente, en donde la prioridad tanto en el uno como en el otro es conseguir el bienestar general de la población. De aquí surge el concepto de desarrollo sostenible, para armonizarlo y como una alternativa a la globalización económica que ha afectado a los países del Sur a causa del abuso de los países del Norte que buscan desregular las economías emergentes para su propio beneficio.

Queda, por lo tanto, el Estado comprometido a zanjar esta pugna, teniendo en cuenta que la forma de regular el derecho a la libertad de empresa en la legislación es la de no vulnerar la esencia de este derecho, pues deberá cumplir con los parámetros de finalidad, necesidad, proporcionalidad, adecuación y principio de igualdad, ya que el modelo económico imperante es la economía de mercado. No obstante, esta situación no es fácil de manejar, ya que el individualismo y la solidaridad son conceptos irreconciliables en el liberalismo económico actual, que basa sus relaciones en las inversiones tanto extranjeras como nacionales, las que siempre buscarán la seguridad jurídica y la existencia de menos imposiciones y restricciones, por ejemplo, las impuestas por la normatividad ambiental.

### **Palabras clave**

Libertad de empresa, función ecológica de la propiedad, responsabilidad social empresarial, desarrollo sostenible, externalidades negativas, fallas del mercado, liberalismo económico, antropocentrismo y biocentrismo.

### **Abstract**

The environmental limitation to the free enterprise right was structured on the individualistic and selfish point of view of absolute individual right, to get then it compromise with the social function, which is updated with the ecological function, in front of the concern for the future of the mankind, which is supported by the right to a healthy environment.

But, to this natural and legal limitation it is presented a problem which arises from the essence of the free enterprise right that is expressed in the ideology of economic liberalism, specifically in economic globalization and multinational corporations. It causes that the social and environmental functions fit to the company's eco-capitalist concept of corporate social responsibility, which

confronts the anthropocentric and biocentric notion of man's relationship with the environment, and puts the State in a regulator position in order to maneuver between the market economy and protection of the environment where the priority is to get the general welfare of the population. Hence raises the concept of sustainable development to harmonize and as an alternative to economic globalization that has affected the countries of the South because of the abuse of northern countries which are seeking to deregulate the emerging economies for their own benefit.

Therefore, the State is committed itself to settle this conflict, indicating that the way to regulate the free enterprise right in the legislation should not infringe the essence of its parameters. Nonetheless, this situation is not easy to handle, because individualism and solidarity are irreconcilable in the current economic liberalism which bases its relations on foreign and domestic investment, that always will look for their investments and legal security, for example, less taxation and restrictions imposed by environmental regulations.

### **Key words**

Free enterprise, ecological function of the property, corporate social responsibility, sustainable development, negative externalities, market failures, economic liberalism, anthropocentrism and biocentrism.

### 1. El derecho a la libertad de empresa

El derecho a la libertad de empresa tiene su origen en el afán de la clase burguesa de que el Estado garantizara la libre actividad económica, la cual se veía afectada por los controles excesivos del Estado Absolutista, que dominaba de manera concentrada toda la actividad política y económica para su propio beneficio. Por tal motivo, cuando se presentaron las revoluciones burguesas, una de las primeras reivindicaciones elevadas a cánones constitucionales fue la protección de la propiedad, la libertad y la igualdad, que se constituyeron en los ejes de la implementación de un nuevo régimen político basado en el concepto civilista del contrato, en donde la autonomía de la voluntad y la libre disposición forjaban la prosperidad de la clase burguesa y por ende de la nación.

De ahí que la propiedad privada fuera el eje económico para el desarrollo de esta nueva sociedad y que su protección fuera absoluta por parte del Estado, lo cual ocasionaba que su intervención fuera bastante limitada para controlarla. PAREJO ALFONSO<sup>1</sup> señala al respecto:

El Estado liberal burgués, (...) se construyó básicamente sobre el postulado fundamental de “libertad y propiedad”. El sistema emergido de la

Revolución Francesa descansa en una concepción radicalmente individualista del Derecho, que trae causa del pensamiento iluminista que sirve de soporte a aquella; los ciudadanos libres por naturaleza y portadores de una serie de derechos inherentes a su propia condición (naturales) sólo renuncian a favor de la sociedad en lo estrictamente indispensable, por lo que la restricción de los derechos individuales constituye así, un fenómeno, además de externo a tales derechos, rigurosamente excepcional. Sobre esta base, las piezas del edificio jurídico habían de ser forzosamente el derecho subjetivo, la autonomía de la voluntad, el contrato y la personalidad reconocida a cada individualidad; piezas complementadas, desde el punto de vista jurídico-público, por la separación del Estado y la sociedad y la preservación de la autonomía social mediante la reserva al parlamento, es decir, a la ley, de toda incidencia (externa) en dicha autonomía. De esta suerte, los fines legitimantes de la posesión, uso y disposición de los bienes no pueden ser y no son otros que los individuales o pertenecientes a la esfera de la vida social autónoma. Corre paralelo

<sup>1</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia constitucional. Citado por LÓPEZ GUERRA, L. et al. En : Estudios de derecho constitucional, homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo. Valencia : Tirant Lo Blanch, 2001. p. 76.

semejante el sistema jurídico a la teoría económica del mercado acuñada por A. Smith. La codificación acaba consagrando efectivamente el derecho de propiedad como un derecho subjetivo en el sentido de que la situación jurídica a que se refiere sólo es plausible en la medida en que aparezca construida desde una persona titular y absoluto en su contenido, tanto por la plenitud del señorío que concede sobre la cosa o el bien (libre disposición a conveniencia del titular sin más límites que los impuestos externamente por la ley), como por sus efectos sobre terceros (a los que alcanza un deber de respeto y no perturbación de aquel señorío) y su duración (que es indefinida y que no se extingue con la muerte del titular, de ahí la transmisibilidad por herencia o legado).

A lo esbozado respecto al derecho de propiedad, no se escapa la concepción de empresa, que según CANAL RAMÍREZ<sup>2</sup>, “pertenece más al dinamismo del derecho de propiedad que a su esencia, ya que la empresa misma es fuente de nueva propiedad, pero no una modalidad jurídicamente distinta del derecho de propiedad. La empresa es la materialización y

operatividad del derecho a la propiedad ya que la socializa al generar empleo, crecimiento y progreso en la sociedad. En primera medida estaba encargada del bienestar general sin perjuicio de la ganancia o utilidad del capitalista que era titular de esta nueva propiedad, teniendo el Estado un rol secundario, ya que su papel era la de garantizarle al empresario el orden público y un sistema de justicia eficiente para proteger sus derechos consagrados constitucionalmente de ataques estatales y particulares que impidieran su libre actividad económica. De este modo se creó un tríptico económico en el constitucionalismo moderno constituido por el derecho al trabajo, la propiedad privada y la libertad de empresa que en el Estado liberal estaban regulados por la autonomía de la voluntad, los cuales, según el tratadista ECHEVERRI URUBURU<sup>3</sup>:

Forjaron las funciones particulares del Estado capitalista el cual limita su libertad a su papel de árbitro de los distintos intereses de clases y grupos de la sociedad en las que se basa el poder económico de la clase capitalista, a cuyos intereses sirve fundamentalmente el Estado, el que avala su actuar por medio de la creación de las condiciones y prerequisites para el funcionamiento del modo de producción capitalista, entre los

<sup>2</sup> CANAL RAMÍREZ, Gonzalo. Función social de la propiedad. Bogotá : Antares, 1953. p. 210.

<sup>3</sup> ECHEVERRY URUBURU, Álvaro. Teoría constitucional y ciencia política. Bogotá : Librería del Profesional, 2002. p. 115-116.

cuales podemos enunciar los siguientes: a) creación de las condiciones materiales generales de la producción; b) determinación y salvaguardia del sistema legal que gobierna las relaciones entre sujetos (legales) en la sociedad capitalista; c) regulación de los conflictos entre los trabajadores y los capitalistas y, d) garantía a la expansión del capital nacional en el mercado capitalista mundial.

Frente a estas nuevas funciones particulares del Estado capitalista en su relación con la sociedad se erigieron como baluartes para la concreción del derecho a la libertad de empresa, la consolidación de los derechos complementarios a la libertad de elección de profesión u oficio, de asociación, de libertad de circulación de mercancías, de libertad de expresión por medio de la prensa, de autonomía de creación, organización y dirección de la empresa, y a la libertad de competencia, los cuales siguiendo la línea del derecho de propiedad se ejercieron sin ninguna clase de intervención estatal para su control ya que estaban bajo un modelo de economía de mercado estructurado bajo el liberalismo económico, que según lo explicado por GARCÍA NOSSA<sup>4</sup>:

Es por antonomasia, la ideología en que amparan su poder tanto

los “conglomerados” y estructuras monopólicas de la nación metropolitana, como las formaciones corporativas a través de las cuales funcionan las oligarquías burguesas y latifundistas de los países atrasados y dependientes: unas y otras se identifican en la defensa irrestricta de la “soberanía de la empresa privada” y en el desmantelamiento de las estructuras defensivas del Estado, orientados hacia la redistribución, la regulación, la gestión económica o la conducción del desarrollo.

Con todo, este modelo entró en crisis y se afectaron los cimientos forjados por los derechos a la propiedad y a la libertad de empresa o económica. Esta crisis se debió en parte al cambio de concepción del derecho al trabajo, que ya no tenía la misma naturaleza que caracterizaba el mercado que se basaba en la ley de la oferta y la demanda de las mercancías, sino que hacía parte de la dignificación del ser humano. Por lo tanto, se reconoció la existencia de una posición dominante del empresario sobre el trabajador quien debía ser protegido por el Estado. De ahí que aflorara el concepto del Estado social de derecho, entendido como:

Una valoración ética de la sociedad en virtud de la cual la creación de condiciones materiales que permitan la

<sup>4</sup> GARCÍA NOSSA, Antonio. Estructura del atraso en América Latina. Bogotá : Convenio Andrés Bello, 2006. p. 12.

liberalización de los individuos de situaciones de penurias presentes y de incertidumbres futuras (enfermedad, vejez, desempleo) se asienta en valores como la justicia y la solidaridad promovidas activamente por el Estado<sup>5</sup>.

De esta forma se materializa el derecho a la igualdad de acceso de los más débiles (trabajadores urbanos y rurales) a las mismas oportunidades que poseían los potentados o capitalistas en la sociedad (propiedad, educación, recreación, seguridad social, vivienda, cultura entre otros), que posteriormente constituyó el fundamento de los derechos sociales que edificaron el constitucionalismo social.

Al mismo tiempo, la crisis financiera de la economía capitalista de la década del treinta del siglo XX hace que el derecho a la propiedad y la libertad de empresa o económica cambien de concepción pasando de una noción del derecho subjetivo individualista y liberal a una instrumental y funcional en beneficio de lo social, tal como lo explica PAREJO ALFONSO<sup>6</sup>:

La descomposición progresiva de la propiedad-derecho justamente por la insuficiencia de su construcción como derecho subjetivo y por tanto, la institución se agota en la pura utilidad individual o egoísta del

titular cuando va adquiriendo consistencia la conciencia de interdependencia social y, por tanto, la posición del individuo que es básicamente de deber de ejercicio y desarrollo de sus potencialidades en beneficio de la sociedad. Se abre paso, así, el convencimiento de que la situación de posesión y disposición sobre cosas y bienes de valor patrimonial se legitima fundamentalmente por su utilidad social y, consecuentemente, se va instalando la concepción de la propiedad-función. En cualquier caso, no pone en cuestión en modo alguno la propiedad privada como institución clave para el sistema económico, sino que se limita a destacar la modificación de la noción jurídica sobre la que se articula su reconocimiento y protección social.

Entonces, a raíz de esta nueva noción, el Estado se legitimó para intervenir en lo que antes era sagrado, la propiedad y la empresa, para redistribuir de este modo el ingreso en la sociedad mediante políticas económicas que reivindicaran la justicia social. Por esta razón, a partir de este momento se estructuró el Estado de bienestar como una manera de conjurar las crisis con estrategias de intervención económica por medio de políticas crediticias, monetarias y fiscales, y la asunción de sectores

<sup>5</sup> ECHEVERRY URUBURU, Op cit., p. 320.

<sup>6</sup> PAREJO ALFONSO, Op. cit., p. 77.

económicos estratégicos mediante las nacionalizaciones producidas por las expropiaciones. SANTAELLA QUINTERO<sup>7</sup> y SAGÜÉS<sup>8</sup> explican este fenómeno de la siguiente manera:

1. A causa de los desequilibrios sociales y económicos que se presentaron a principios del siglo pasado como consecuencia de las políticas económicas de signo liberal aplicadas a lo largo del siglo XIX, el Estado se vio en la obligación de cambiar su posición frente a las relaciones económicas, abandonando la doctrina liberal para asumir un rol más activo, que en plano normativo se tradujo en la adopción constitucional de un modelo de intervencionismo de

Estado en el que se le erige como dominador y regulador del proceso de producción y distribución de bienes y servicios, convirtiéndose así en el gran protagonista del sistema económico.

2. En otras palabras, el Estado debe asumir un rol protagónico en la vida económica y social y por eso debe legislar más, regular más e intervenir como empresario, por tal motivo el proteccionismo, el intervencionismo, la economía dirigida y la planificación son consecuencias de tal actitud.

Al intervenir el Estado en la economía como empresario, se generó una falla en el mercado<sup>9</sup> al promulgar para sí las

<sup>7</sup> SANTAELLA QUINTERO, H. El modelo económico en la Constitución de 1991. En : Universidad Externado de Colombia. II Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 559.

<sup>8</sup> SAGÜÉS, Néstor. Elementos de derecho constitucional. Buenos Aires : Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993. p. 15

<sup>9</sup> Las fallas del mercado que estropean el cuadro idílico de la competencia son la competencia imperfecta, las externalidades y la información imperfecta. **La competencia imperfecta**, cuando una empresa tiene poder de mercado en un determinado mercado (p. ej., tiene un monopolio a causa de un medicamento patentado o de una licencia para el suministro local de electricidad) puede cobrar por su producto un precio superior a su costo marginal. Los consumidores compran una cantidad menor de estos bienes, por lo que disminuye su satisfacción. Este tipo de reducción de la satisfacción de los consumidores es característico de la ineficiencia causada por la competencia imperfecta. **Las externalidades** son otra importante falla del mercado. Recuérdese que existen externalidades cuando no se incluyen en los precios de mercado algunos efectos secundarios de la producción o del consumo. Por ejemplo, una empresa puede arrojar humos sulfurosos al aire, dañar las viviendas vecinas y la salud de la población. Si no paga estos efectos nocivos, el nivel de contaminación será alto y el bienestar de los consumidores disminuirá. No todas las externalidades son perjudiciales, algunas son beneficiosas, como las que producen las actividades que generan conocimientos. Por ejemplo, cuando Chester Carlson inventó la reprografía, se hizo millonario, pero aun así sólo recibió una diminuta parte de los beneficios que supuso para las secretarías y los estudiantes de todo el mundo la posibilidad de ahorrar millones de horas de fatigoso trabajo. Otra externalidad positiva es la que se deriva de los programas de salud pública, como la vacuna contra la viruela, el cólera o las fiebres tifoideas; las vacunas protegen no sólo a los vacunados, sino también a otras personas a las que éstos podrían contagiar. **La información imperfecta**. La tercera falla importante del mercado es la información imperfecta. La teoría de la mano invisible supone que los compradores y los vendedores tienen total información sobre los bienes y los servicios que compran y venden. Se supone que las empresas conocen todas las funciones de producción para producir en su industria.

normatividades que regulaban el sector económico estratégico nacionalizado en detrimento de la empresa privada competidora. Se produjo de este modo un abuso de posición dominante al gravar con más impuestos al sector productivo adversario, o, peor aún, monopolizando el mercado<sup>10</sup>. Esta situación atentó de manera indudable contra la libertad de empresa que está erigida sobre la libertad de competencia, todo a nombre del interés general y el bien común. Estos supuestos, que se convirtieron en los límites básicos de la propiedad y la libertad de empresa, que nacían a raíz de una decisión parlamentaria mediante una ley que debía garantizar el contenido esencial de

estos derechos, que nunca dejaron de ser derechos subjetivos constitucionales. Con todo, estos derechos podían convertirse en fundamentales si se conectaban con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de escoger profesión u oficio, a la asociación, a la libertad de expresión, a la autonomía para la creación, organización y dirección de la empresa y a la libertad de competencia, tal como lo manifiesta RODOLFO ARANGO<sup>11</sup>:

Que el derecho subjetivo, en su sentido más estricto, “entiende generalmente el poder reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la

---

Se supone que los consumidores conocen la calidad y los precios de los bienes, por ejemplo, saben las imperfecciones de los automóviles o cuál es la seguridad por la eficacia de los fármacos y de la angioplastia. Es evidente que la realidad está muy alejada de este mundo idealizado. Lo fundamental es saber en qué medida son perjudiciales las desviaciones con respecto a la información perfecta. En algunos casos, la pérdida de eficiencia es escasa. Apenas resultaremos perjudicados si compramos un helado de chocolate algo más dulce o si no conocemos la temperatura exacta de la cerveza de barril. En otros casos, la pérdida es grave. Pensemos en el caso del magnate del acero Ehen Bverg, que hace cien años tomó para aliviar sus males un producto llamado Radithor, que se vendía como afrodisíaco. Un análisis posterior demostró que el Radithor era, en realidad, agua destilada con radio. Ryers tuvo una muerte espantosa cuando se le desintegró la mandíbula y otros huesos. Dentro de las importantes tareas del Estado está identificar las áreas en las que la falta de información es significativa desde el punto de vista económico —como los medicamentos— y encontrar las soluciones adecuadas. VERGARA, K. Tu economía. [En línea]. 18 de junio de 2010. [Consultado el 6 de julio de 2010]. Disponible en <<http://www.tueconomia.net/mercados-perfectamente-competitivos/matizaciones-y-fallas-del-mercado.php>>

<sup>10</sup> En ciertos casos, los Estados, por diferentes razones, garantizan a unas pocas personas el derecho exclusivo a una actividad, por ejemplo, a usar una patente o a fabricar licores, en tales eventos, el monopolio surge de decisiones del legislador, o, en general, de las autoridades. El otorgamiento de monopolios legales, en el caso de patentes, se justifica como forma de remunerar al inversionista por los riesgos que toma al hacer gastos de investigación, muchas veces condenados al fracaso, para crear determinados bienes o servicios. Estas patentes, por lo general, son temporales. Sin protección legal, cualquiera podría aprovecharse de los gastos en los que incurrió el inventor, una vez que la investigación hubiera sido exitosa. De esta manera, los inventos se convertirían en bienes públicos, con lo cual no habría incentivos para que los particulares financiaran las investigaciones. El monopolio legal, dentro de estas circunstancias, se convierte en una forma de remediar una falla del mercado. Otros monopolios legales, por ejemplo los que existen en materia de licores o loterías, son formas burdas de obtener ingresos para el Estado, y alteran la eficiencia global de la economía. PALACIOS MEJÍA, H. La economía en el derecho constitucional colombiano. Bogotá : Biblioteca Vigente, 1999.

<sup>11</sup> ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá : Temis, 2005. p. 7-36.

persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”. Según esta definición, es posible distinguir tres características del derecho subjetivo: (i) una norma jurídica, (ii) una obligación jurídica en otro derivada de esta norma, y (iii) un poder jurídico para la consecución de intereses propios reconocidos al sujeto al decir, una posición jurídica);(...). Los derechos fundamentales son derechos subjetivos con un alto grado de importancia.

El concepto de derecho fundamental se compone entonces de las características del derecho subjetivo y de su importancia. Así, se puede decir que un derecho fundamental es aquel que cumple con las características del concepto de derecho subjetivo y con la característica de alto grado de importancia. El grado de importancia del derecho encierra un juicio de valor que está ligado a una proposición normativa. Entre los juicios de valor (plano axiológico) y las proposiciones normativas (plano deontológico) existe una relación fundamental. Los juicios de valor que expresan el grado de importancia de un derecho funcionan como razones para proposiciones normativas, en este caso como razones para disposiciones de derechos fundamentales. Por

lo general, los derechos humanos tienen que ser positivizados en una Constitución para tener validez jurídica como derechos fundamentales en el orden interno. En resumen, deben conceptualizarse como derechos fundamentales. Pero la relación necesaria entre derecho fundamental y norma jurídica fundamental no lleva a la conclusión de que únicamente los derechos explícitamente establecidos cuentan como derechos fundamentales. También los derechos ganados interpretativamente entran en consideración. La importancia del derecho se estima de manera negativa al excluir las consecuencias inaceptables que para el individuo tiene el no reconocimiento de su posición jurídica iusfundamental.

Aun así, el modelo económico liberal que se reestructuró con el ingrediente social entró en trance, debido a que en la sociedad se exigían mayores prestaciones al Estado-empresario, -por el fortalecimiento de la clase obrera-. El Estado se vio imposibilitado para satisfacer tales demandas a pesar de contar con una maquinaria burocrática y con los recursos fiscales y financieros creados por las políticas sociales y económicas del gobierno para cumplir tal propósito. Frente a este fenómeno social y político, ECHEVERRI URUBURU<sup>12</sup> considera lo siguiente:

<sup>12</sup> ECHEVERRY URUBURU, Op cit., p. 321-322.

El modelo del Estado social de derecho ha sido sometido a intensas críticas provenientes sobre todo de sectores económicos y políticos vinculados en una u otra forma, a los intereses empresariales capitalistas. Ha sido acusado de estimular el crecimiento desmedido del aparato estatal como consecuencia de las múltiples funciones de regulación, vigilancia y asignación de recursos que comporta dicho tipo de Estado; de ineficiencia y corrupción, (empresas estatales obsoletas e improductivas, pagos indebidos de funcionarios públicos para la obtención de permisos, licencias, agilización de trámites, etc.); el desbordamiento del gasto público para atender a los deberes y obligaciones prestacionales que se le imponen al Estado social, y que termina por incidir en una situación de déficit presupuestal permanente que no puede ser enjugado más que con el recurso al aumento continuo en las tasas de tributación, lo cual, a su vez, se convierte en desestímulo a la inversión productiva.

De otra parte, el crecimiento de las expectativas en torno al cumplimiento y eficacia de los derechos de naturaleza socio-económica y la imposibilidad práctica de garantizarlos en todos los casos y de manera general, genera inconformidad y malestar en amplios sectores de la

sociedad, lo cual contribuye a profundizar la crisis de legitimidad a las cuales se ve enfrentado el sistema político.

A lo anterior se une el mayor poder social alcanzado por el movimiento obrero y que se expresa en frecuentes huelgas y paros generales que afectan la tranquilidad ciudadana y que incluso pueden menoscabar valores esenciales de la convivencia (suspensión de actividades en hospitales, servicios públicos de aseo, energía, acueducto y transporte, etc.), lo cual conduce a los críticos del modelo a hablar de la ingobernabilidad como característica de este tipo de Estado. Igualmente el Estado social en su momento de mayor desarrollo caracterizado por la propiedad y control de un gran número de empresas públicas, comportó una contradicción fundamental con el funcionamiento característico del sistema capitalista, en la medida en que el sector público de la economía pretendía escapar a las reglas del mercado (precios políticos de los servicios, cobertura social, etc.), en oposición al resto del aparato productivo que continuaba funcionando con los criterios de rentabilidad impuestos por aquel.

Como consecuencia de esta reformulación, surge con nuevos bríos el ideario liberal económico por medio

de la ideología neo-liberal, la cual, según ECHEVERRY URUBURU<sup>13</sup>:

Retoma no solo temáticas del liberalismo económico del siglo XIX (libertades económicas plenas, abstencionismo del Estado en la vida económica, capacidad autorreguladora del mercado, libre competencia, libre comercio, ventajas comparativas, etc.), sino que reedita la concepción antiestatal de esa misma corriente, desde posiciones moderadas que abogan por el achicamiento del tamaño del Estado, hasta los más radicales que plantean su supresión mediante la privatización de todas las funciones públicas.

Esta ideología es retomada por la clase capitalista, la cual, para conquistar el protagonismo en el fomento del desarrollo, el bienestar y el crecimiento económico de la sociedad, implantó la idea en la comunidad mundial, según la cual con las reglas del mercado, oferta y demanda, se llegaría a la prosperidad y a la justicia social, y para conseguirlo, el Estado debería garantizar seguridad jurídica al empresario o inversionista para fomentar el desarrollo e intervenir en la economía cuando se presentaran fallas en el mercado o asimetrías; quedando de este modo reducida la actuación del Estado a una entidad reguladora.

Haciendo un balance sobre lo expuesto, diremos que el derecho a la libertad de empresa en un comienzo fue el bastión de los intereses burgueses en la construcción de una nueva sociedad en donde las libertades fueran garantizadas por el Estado de cualquier intervención, que luego de presentarse la crisis de los años treinta del siglo XX se afecta esta libertad en beneficio de la colectividad y que luego de desregularse para darle de nuevo cabida a la iniciativa privada en los asuntos públicos, se transformó el Estado para hacerla efectiva por medio de regulaciones que afectarían de manera muy limitada este derecho determinado por la función social pero fortalecido con el triunfo en el mundo de la economía de mercado.

## **2. La limitación ambiental del derecho a la libertad de empresa**

Los derechos de libertad de empresa y de propiedad se liberan de las ataduras estatales con el neoliberalismo, flexibilizándose las regulaciones, empezando por la legislación laboral, factor determinante para el surgimiento del Estado social. Sin embargo, la función social de la propiedad no desaparece sino que se actualiza con la función ecológica, como producto de la desregulación de la explotación de los recursos naturales por la empresa privada. Se crea para tal evento el concepto de los bienes con externalidades negativas para justificar

<sup>13</sup> Ibid. p. 322.

las restricciones ambientales como una forma de intervención del Estado. PALACIOS MEJÍA<sup>14</sup> lo conceptúa y ejemplifica así:

Un análisis similar al que acabo de hacer, relacionado con los bienes meritorios que producen externalidades positivas puede hacerse respecto de otros bienes que las producen negativas, y respecto de los cuales también falla el mercado, por lo que el Estado está llamado a intervenir. En efecto, hay ciertos bienes, por ejemplo, los cueros curtidos, gracias a los cuales ciertas personas pueden beneficiarse, en forma exclusiva, de otros bienes, tales como zapatos, carteras, asientos. Sin embargo, los productores de cueros curtidos pueden arrojar a las aguas de los ríos los desechos de los procesos industriales, con lo que afectan la posibilidad del uso económico de tales aguas y, quizás, lesionan la salud de muchas otras personas, esto es, obligan a estas últimas, contra su voluntad, y hasta quizás sin que se den cuenta, a asumir los costos de la curtiembre. A este tipo de costos se les denomina externalidades negativas.

Pero el curtidor no tiene que pagar un precio por arrojar al río sus desechos; y por lo tanto, no transfiere ese precio a los

compradores de zapatos, carteras o asientos. Estos bienes, entonces, resultan más baratos de lo que ocurriría si el curtidor tuviera que cobrar los costos de la polución que causa. Por lo tanto, la demanda por esos bienes, y la cantidad que se produce, son más altas de los que serían si sus precios reflejaran todos los costos, esto es, inclusive las externalidades negativas, que se ocasionan por su producción.

El mercado falla cuando hay externalidades negativas, porque permite que se produzcan bienes cuyos precios no reflejan todos los costos que han ocasionado. Para corregir esa falla se requiere la acción del Estado, que por la vía de restricciones ambientales (obligado, por ejemplo, a desplazar los establecimientos industriales, o a usar filtros y sistemas de purificación), o de tributos, debe obligar a los productores de curtiembres a reconocer y a cobrar todos los costos que sus procesos ocasionan a la sociedad.

En resumidas cuentas, ya no es la limitación social la única que restringe los derechos de la propiedad y la empresa sino también la ecológica, que comparten en común el principio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular. Por lo tanto, para

<sup>14</sup> PALACIOS MEJÍA, Op cit., p. 18.

que se concreten tanto la una como la otra es necesario, como se dijo anteriormente, del pronunciamiento legal, principio de reserva legal, para su exigibilidad, que con el objetivo de proteger las esencias de estos derechos del abuso del Estado no pueden descartar en su intervención el cumplimiento de los parámetros de la proporcionalidad, finalidad, necesidad, adecuación y el respeto al principio de igualdad cuando se estipulan estas limitaciones. No obstante lo anterior, la ley le puede dejar un margen de discrecionalidad o facultades a la

administración cuando planifica la economía en el aspecto medioambiental y ejerce la función preventiva de policía ambiental por medio del derecho administrativo sancionatorio<sup>15</sup>.

De ahí que CORREA HENAO<sup>16</sup> diga con acierto:

Las exigencias medioambientales configuradas como límites de la libertad de empresa deben en principio hallarse plasmadas en normas jurídicas y estar concebidas o autorizadas por la ley.

<sup>15</sup> Ley 1333 de 2009. Procedimiento sancionatorio ambiental colombiano, **Artículo 2. Facultad a prevención.** El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales; las corporaciones autónomas regionales y las de desarrollo sostenible; las unidades ambientales urbanas de los grandes centros urbanos a que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993; los establecimientos públicos a los que hace alusión el artículo 13 de la Ley 768 de 2002; la Armada Nacional; así como los departamentos, municipios y distritos, quedan investidos a prevención de la respectiva autoridad en materia sancionatoria ambiental. En consecuencia, estas autoridades están habilitadas para imponer y ejecutar las medidas preventivas y sancionatorias consagradas en esta ley y que sean aplicables según el caso, sin perjuicio de las competencias legales de otras autoridades.

**Parágrafo.** En todo caso, las sanciones solamente podrán ser impuestas por la autoridad ambiental competente para otorgar la respectiva licencia ambiental, permiso, concesión y demás autorizaciones ambientales e instrumentos de manejo y control ambiental, previo agotamiento del procedimiento sancionatorio. Para el efecto anterior, la autoridad que haya impuesto la medida preventiva deberá dar traslado de las actuaciones a la autoridad ambiental competente, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la imposición de la misma

**Artículo 4. Funciones de la sanción y de las medidas preventivas en materia ambiental.** Las sanciones administrativas en materia ambiental tienen una función preventiva, correctiva y compensatoria, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, los tratados internacionales, la ley y el reglamento. Las medidas preventivas, por su parte, tienen como función prevenir, impedir o evitar la continuación de la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana.

**Artículo 5. Infracciones.** Se considera infracción en materia ambiental toda acción u omisión que constituya violación de las normas contenidas en el Código de Recursos Naturales, Renovables Decretoley 2811 de 1974, en la Ley 99 de 1993, en la Ley 165 de 1994, y en las demás disposiciones ambientales vigentes, en que las sustituyan o modifiquen **y en los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental competente.** (Negrilla fuera del texto).

Será también constitutivo de infracción ambiental la comisión de un daño al medio ambiente, con las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria; a saber: el daño, el hecho generador con culpa o dolo y el vínculo causal entre los dos. Cuando estos elementos se configuren darán lugar a una sanción administrativa ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad que para terceros pueda generar el hecho en materia civil.

<sup>16</sup> CORREA HENAO, Magdalena. Libertad de empresa en el estado social de derecho. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 789.

Ninguna conclusión distinta puede desprenderse de garantía de la legalidad de la limitación del derecho a la que tanto y por tantas vías se ha hecho referencia. Es esta, por lo demás, una característica del derecho ambiental que no obstante su especialidad, se concibe como un sistema normativo técnico pero al mismo tiempo reglado, en el que no se cierra -como quizás no ocurre en ningún ámbito de la intervención económica- algún resquicio de discrecionalidad por parte de la administración pública en la aplicación de las disposiciones, pero sí se sujetan a unas pautas y estándares y criterios que garantizan el adecuado ejercicio de sus competencias, a más de la posibilidad de hacer efectivos los derechos económicos en el marco de la libertad que resta después de la fijación de los condicionamientos normativos. Pero junto con esta característica, ocurre que para la realización de los objetivos del derecho ambiental, su acción preferentemente preventiva debe contar con las herramientas y atribuciones de poder que permitan la actuación eficaz de las autoridades, a efectos de evitar la ocurrencia de daños irreparables y de asegurar el cumplimiento de los pro-

pósitos específicos perseguidos por las normas.

En vista de lo anterior, se puede afirmar que la empresa tiene un nuevo papel en la economía actual consistente en generar empleo y desarrollo en su producción, respetando el medio ambiente, todo con el propósito de crear las condiciones adecuadas para concretar en la sociedad el derecho a la vida en condiciones dignas. El Estado tiene, además, la función de controlar el abuso de la posición dominante de los que poseen la riqueza mediante políticas redistributivas que se manifiestan en decisiones impositivas o tributarias y ambientales, sin que con esto se llegue a desestimular la inversión privada interna y externa de capitales.

Por tal motivo, en el capitalismo se estructuró un nuevo discurso para adaptarse a estas limitaciones, denominado responsabilidad social empresarial, basada en los conceptos de solidaridad y responsabilidad que fundamentan los derechos colectivos, entre ellos el medio ambiente sano y el desarrollo. Este discurso sirve como argumento para limitar social y ecológicamente la propiedad y la empresa. GUTIÉRREZ BEDOYA<sup>17</sup> y MESA CUADROS<sup>18</sup> dicen al respecto lo siguiente:

1. La solidaridad, como principio ético, aparece como

<sup>17</sup> GUTIÉRREZ BEDOYA, Claudia. Derecho al medio ambiente adecuado como derecho humano. Bogotá: Centro Editorial Rosarista, 2006.

<sup>18</sup> MESA CUADROS, Gregorio. Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Bogotá: Universidad Nacional, 2007.

reactualización de la fraternidad, y es entendida como conciencia conjunta de derechos y obligaciones, que surgirían de la existencia de necesidades comunes, de similitudes que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento, por lo que la solidaridad como principio debe arrancar de la heterogeneidad y del reconocimiento de la diferencia. Se trata también de una lógica de acción colectiva, esto es, asumir como propios los intereses del grupo, es decir, de lo público, lo que es de todos, y ello acarrea así mismo el deber de contribuir, de actuar positivamente para su eficaz garantía, en la medida que se trata de una responsabilidad de todos y cada uno.

El papel fundamental de la idea de solidaridad en la teoría de los derechos está en el ámbito de la justificación de las normas y de las acciones, porque en ocasiones se generan vínculos comunes y nuevas necesidades; hay que tener en cuenta que la solidaridad, como valor y fundamento de los nuevos derechos, ha de entenderse no sólo como solidaridad mecánica propia del Estado Social, cuyos referentes son la similitud y la identidad, sino la solidaridad orgánica, susceptible de obligar a todos y cada uno de los individuos, por cuanto se apoya

en la interdependencia, basada en la comunidad de necesidades y en la división de trabajo, la complejidad y la diferenciación. Esta segunda forma de solidaridad, que aparece junto a la solidaridad mecánica, es un ideal moral porque conjuga la máxima autonomía individual con el mayor grado de integración, es decir, la solidaridad orgánica conjuga los principios de autonomía e integración y radica en el reconocimiento y respeto de unión, como el tejido conectivo de cualquier tipo de sociedad.

A lo anterior se añade que la reflexión sobre la solidaridad en el ámbito de los derechos debe utilizar al menos un criterio guía, el de la dignidad humana, de donde se justifican la existencia de dos obligaciones morales: la obligación moral de ser solidarios con aquellos que se encuentran en una situación de insatisfacción de su integridad física y moral; y la obligación moral de ser solidarios con los sujetos morales que no participan en igualdad de condiciones en todos los ámbitos sociales y, principalmente, en los ámbitos políticos y culturales<sup>19</sup>.

3. Los aspectos de justificación y fundamentación de la responsabilidad están formulados desde la ética ambiental que

<sup>19</sup> GUTIÉRREZ BEDOYA, Op cit., p. 31-34.

inquiére a la política y al derecho por el papel de los seres humanos frente a sí mismos como generación actual y frente a las futuras generaciones, así como frente a los demás seres. Aquí precisaremos que el principio de responsabilidad surge con mayor vigor como respuesta ética, política y jurídica a las preocupaciones por las acciones humanas con repercusiones impredecibles sobre el futuro cercano y lejano, tanto con los seres humanos que existirán como con los que actualmente viven y sufren carencias impuestas por una sociedad ampliamente desigualitaria e injusta. Pese a que desde algunas posiciones se defiende a la naturaleza por su carácter intrínseco, consideramos que una solidaridad y una responsabilidad con los humanos necesariamente deberán implicar un cambio en la relación entre los seres humanos y el ambiente o la naturaleza que les sustenta, por lo que haría insuficiente en

estos tiempos de crisis ambiental y civilizatoria la extensión del ámbito de los derechos a los no humanos sin destacar lo de las generaciones actuales que no tienen y no pueden<sup>20</sup>.

Este tipo de concepciones, sin duda, ha logrado contrarrestar la globalización económica<sup>21</sup> alimentada por el resurgimiento del liberalismo económico como una ideología que busca desregular cualquier limitación al capital, entre ellas la ambiental, donde la relación con la naturaleza se edifica sobre el antropocentrismo, que según RODAS MONSALVE<sup>22</sup>:

Parte de la visión liberal clásica, individual, dualista y mecanicista de las relaciones del hombre en sociedad y de este con la naturaleza, el cual viene considerado como un *prius* respecto a la naturaleza en cuanto ser superior, dotado de razón y llamado a dominar y apropiarse de la misma que debe servir de medio para la satisfacción de sus necesidades como recurso de

<sup>20</sup> MESA CUADROS, Op cit., p. 328-329,

<sup>21</sup> Se globaliza la razón instrumental y la racionalidad universal del mercado y del capital (privatización y libre mercado internacional sin fronteras y desregulación jurídica) así como las ideas de Estado mínimo y democracia formal, y procedimentalmente representativa neoliberal, promotora de la concentración del poder y de capital transnacional, la nueva división internacional del trabajo (basada en sistemas productivos flexibles y desregulados), vigencia de los derechos individuales, particularmente los de la propiedad privada, el control monopólico de las técnicas de comunicación e información y la imposición de un determinado modelo monocultural. De otra parte no se globaliza una clase de derechos, los ligados a la democracia social, económica, ni cultural, ni el universalismo o cosmopolitismo de la diferencia conocido como pluralismo. FARIÑAS DULCE, M. J. Globalización, ciudadanía y derechos humanos. Madrid : Dykinson, 2000.

<sup>22</sup> RODAS MONSALVE, Julio. Fundamentos constitucionales del derecho ambiental colombiano. Bogotá: Universidad de los Andes, 1995. p. 58.

producción, de consumo y de reproducción de la especie humana.

La misma relación entre hombre y naturaleza viene considerada por una relación entre sujeto y objeto, definida artificialmente por el hombre mismo, la ley, que regula y define esta relación, es la ley positiva, hecha por la voluntad del hombre al cual corresponde una ética de la libertad.

Pues, el antropocentrismo se evidencia con el actuar de las multinacionales o transnacionales<sup>23</sup>, que propugnan por la proliferación de los tratados de libre comercio o acuerdos comerciales internacionales que articulan el sistema de comercio mundial, y que de una manera u otra afectan las soberanías nacionales de los Estados en sus riquezas naturales al desregularse los

límites a la propiedad y empresa, en especial a la referida a la restricción ambiental y al generarse la doctrina eco-capitalista de que es a través de la privatización del medio ambiente como se solucionan los males ambientales, debido a que:

El mejor sistema para conservar el ambiente y los bienes naturales y ambientales es la propiedad privada, la cual contaría con una serie de ventajas, entre ellas, la eventual responsabilidad del propietario privado al que además de responder en caso de perjuicios que provoque; por tanto, lo que queda es privatizar todo cuanto antes y poner en el mercado el ambiente y los bienes naturales y ambientales que todavía no lo están (tierras incultas o lejanas, animales en peligro, especies raras, conoci-

<sup>23</sup> Los actores sociales que hoy en día poseen un mayor grado de incidencia en el ámbito internacional son, tal vez, las *empresas o corporaciones multinacionales y transnacionales*. Y aunque tampoco están orientadas a una finalidad directamente política, tienen una incidencia decisiva en la evolución del mundo contemporáneo. La necesidad de expansión de las multinacionales está a la raíz de la mentalidad neoliberal que impera hoy en el mundo. Ellas impulsan la reducción del Estado y la redefinición de sus funciones. Para captar la atención y las inversiones de las multinacionales, los Estados compiten hoy por reducir su injerencia en la economía, liberar el comercio, suprimir impuestos y aranceles, privatizar sectores estratégicos de la economía, contener los salarios, flexibilizar las condiciones laborales, etc. En mercados cada vez menos regulados, las multinacionales escapan a casi todo control político local o internacional. En este desfase entre el carácter transnacional de las grandes empresas y el carácter meramente nacional de las instituciones políticas, habría que buscar, tal vez, una de las razones de la creciente crisis de legitimidad de las democracias y de la indiferencia de los potenciales electores ante los partidos y la política. Cada vez más sometidos a los intereses del capital internacional, los Estados y partidos responden cada vez menos a las aspiraciones de los ciudadanos. Con frecuencia ligados al gran capital nacional o transnacional, los *medios de comunicación* juegan un papel de primer orden. Ellos son el escenario donde aparecen y desaparecen, se construyen y destruyen la mayor parte de los actores sociales y políticos de hoy. Los medios les dan a los actores sociales clara proyección política en las sociedades de masas. Y, en ocasiones, se erigen ellos mismos como verdaderos actores sociopolíticos nacionales e internacionales. RAMÍREZ VARGAS, S. Nuevos actores sociopolíticos en el escenario internacional. En : Documentos ocasionales. Universidad de los Andes. (44); 1997. p. 30-36.

miento tradicional, aire y agua<sup>24</sup>.

Esto se suma al hecho de que los promotores del comercio mundial (tanto la OMC como las transnacionales) consideran perjudicial para sus propósitos los límites y las restricciones ambientales, por lo cual el comercio internacional se viene oponiendo sistemáticamente a estas tareas, y sus normas en la OMC buscan liberar las actividades productivas de requerimientos ambientales y principios a los que consideran contrarios a las exigencias del mercado libre.

Sin embargo, las múltiples contradicciones entre las reglas del sistema de comercio mundial y las prácticas y principios ambientales ponen en entredicho la posibilidad de mejoras sustanciales en el ambiente global al agravarse las huellas y deudas ambientales de los países del norte, países industrializados, sobre los países del sur, países en vía de desarrollo, tal como lo expone MARTINEZ ALIER<sup>25</sup>:

Las mayores deudas ambientales convertidas en amenazas ambientales globales provienen de las economías industrializadas del norte, las cuales se han beneficiado de intercambios desiguales para lograr su extravagante e inimitable consumo exosomático (de energía y materiales por per-

sona), y son ellas y no los países del sur que deben ajustar sus economías financieras y productivas a sus propios ecosistemas y al ecosistema global, y que solo unas organizaciones financieras y de comercio internacional sometidas a unas Naciones Unidas democratizadas y más ecológicas podrían reclamar a favor de las poblaciones del sur la deuda ambiental que el norte ha adquirido con ella. Los habitantes del norte industrializados son deudores de una deuda ecológica considerable, por varias razones, entre ellas:

**1. Por el uso indebido de los sumideros de carbono:** los países ricos usan los sumideros de carbono (océanos, vegetación, suelos, atmósfera) como si fueran propios o los únicos dueños, cuando los sumideros son de todo el mundo, tanto de las actuales como de las generaciones futuras. Reducir emisiones costaría dinero a las economías ricas, estas economías se están ahorrando una gran cantidad de dinero a costa de otros.

**2. Por la biopiratería:** las transnacionales de los países del norte han sacado ilegalmente los recursos o han patentado sin permiso el conocimiento local sobre variedades agrícolas y plantas

<sup>24</sup> MESA CUADROS, Op cit. En estas líneas el autor explica la doctrina eco-capitalista de la privatización del medio ambiente como la mejor forma de preservarla, ya que se individualizaría la responsabilidad en caso de daño.

<sup>25</sup> MARTÍNEZ ALIER, J. La deuda ecológica. En : Ecología Política. 2000. p. 105-110.

medicinales, este delito ambiental debe ser reparado y sus costos compensados a las comunidades expropiadas.

**3. Por la contaminación:** que desarrollan los países del norte con sus empresas en el sur, dejan unos pasivos ambientales por la explotación y extracción de bienes y recursos naturales y ambientales, los cuales son exportados a precios bajos, sin compensar, indemnizar, reparar o reponer los daños locales causados.

**4. Por la exportación de residuos tóxicos:** al sur han sido enviadas miles de toneladas de productos y desechos tóxicos, nucleares, bacteriológicos o químicos, en América se reconoce especialmente a Haití -el país más pobre de la región- como el país con mayor importación de residuos y desechos.

**5. Por el inequitativo y desigual comercio internacional:** las exportaciones de los países pobres están mal pagadas ya que no incluyen los costos de reproducción, sustentación o manejo sostenible de los recursos exportados (como la reposición de los nutrientes incorporados en las exportaciones agrarias) ni los costos actualizados de la no disponibilidad futura de los recursos no renovables destruidos ni los costos de reparación -no pa-

gados- de los daños locales producidos por la exportaciones (contaminaciones ambientales de diverso tipo de extracción y sobreexplotación de bienes naturales y ambientales, y daños a la salud humana y al ambiente).

Es por esta situación que surge una nueva concepción, que fortalece la responsabilidad social empresarial, denominada el biocentrismo. Se crea un nuevo imperativo ambiental basado en el principio de la responsabilidad, que se fundamenta y complementa a partir del primer imperativo categórico kantiano bajo la fórmula “obra de tal modo que puedas querer también que tu máxima se convierta en ley universal”, pero planteándolo ahora así: “obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de la vida humana auténtica en la Tierra”, o negativamente “obra de tal modo que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de vida”, o “no pongas en peligro las condiciones de la continuidad indefinida de la humanidad en la Tierra”, o “incluye en tu elección presente, como objeto también de tu querer, la futura integridad del hombre”. Por tal razón, RIECHMANN<sup>26</sup> afirma al referirse al biocentrismo que “una actividad humana no puede considerarse moralmente aceptable si su práctica generalizada es incompatible con la

<sup>26</sup> RIECHMANN, Jorge. Un mundo vulnerable. Madrid : Libros de la Catarata, 2000. p. 51.

preservación de la biosfera<sup>27</sup> habitable”; lo cual concreta en definitiva los límites ambientales a las acciones humanas de todos y cada uno de los seres humanos, ya sea que lo hagan en nombre propio o de las empresas, instituciones o Estados que dicen representar.

A pesar del esbozo de esta nueva doctrina, el sector capitalista es reacio a cumplir con estos parámetros que restringen la libertad de empresa para sobreponerla al interés colectivo<sup>28</sup> que se tiene sobre el medio ambiente. Se puede tener en cuenta la reciente versión ecológica del capitalismo que, en términos de ENZENSBERGER<sup>29</sup>, señala la obligación de:

Construir una especie de política

de alianza “desde arriba” en la cual las transnacionales de distinto tipo deben cubrir el velo ecológico vendiéndose a la publicidad y al mercado de los medios masivos de comunicación como entidades protectoras del medio ambiente, desarrollando para tal fin productos y aparatos purificadores, por ejemplo, con destino a medios polucionadores, todo con el propósito de intentar promover el nuevo gran negocio del medio ambiente.

Ha revivido así, la lógica del sistema capitalista que se edifica sobre la racionalidad económica, que se guía por la maximización de la ganancia y del excedente económico en el corto plazo, así como en el orden jurídico del

<sup>27</sup> Puede describirse a la biósfera como el conjunto total de todos los ecosistemas que tienen lugar en el planeta Tierra y que lo conforman. La biósfera incluye no sólo a la totalidad de los seres vivos, sino también al medio físico en el cual habitan y a los fenómenos que en él se dan. Definido por muchos especialistas como el espacio donde toma lugar la vida, la biósfera es lo que hace único al planeta Tierra en el sistema solar ya que es hasta el día de hoy el único lugar donde se conoce la existencia de vida. Además, la noción de biósfera también incluye todas las relaciones que pueden darse entre los diferentes seres vivos y entre ellos y el medio ambiente. Pudiéndose definir en otros términos a la biósfera como el ecosistema global o planetario, podemos señalar que la misma se distribuye porcentualmente entre los océanos y los continentes, espacios en los cuales diferentes tipos de ecosistemas y hábitats (con características muy particulares) toman lugar. Mientras que en los océanos, la mayor parte de la existencia sucede a nivel más o menos superficial, también se puede hablar de la biósfera profunda que es aquella en la cual se desarrollan ciertos tipos de vida a nivel del fondo oceánico. (Definición ABC, 2009).

<sup>28</sup> “Los intereses colectivos son complementarios de los individuales, son, así mismo, bienes autónomos respecto a los cuales sería necesario precisar un contenido material propio. Este contenido proviene de las funciones que el Estado Social debe cumplir, pues su intervención se dirige a unificar, equilibrar y hacer respetar algunas condiciones para que el sistema social funcione. Pues si bien el Estado social debe propiciar la acumulación capitalista, las exigencias de legitimación le obligan a atender nuevas necesidades y prestaciones que se convierten en complementarias, pero a la vez necesarias, para que los intereses individuales puedan tener vigencia real y efectiva. Estos son, precisamente, los intereses colectivos. Estos intereses colectivos buscan la defensa solidaria de la comunidad, y su lucha política para que las actividades productivas tengan que desarrollarse dentro de ciertos cauces, que minimicen los riesgos para bienes esenciales de la persona. Es decir, se trata de decisiones ponderantes [sic] para equilibrar intereses contrapuestos, de manera que puedan crearse unas condiciones mínimas para que el sistema social funcione”. RODAS MONSALVE, Op cit.

<sup>29</sup> ENZENSBERGER, Hans Magnus. Para una crítica de la ecología política. Barcelona : Anagrama, 1973. p. 34.

derecho de apropiación privada ilimitada<sup>30</sup>.

Debido a este nuevo suceso, renace la rivalidad entre el interés colectivo del medio ambiente sano y el derecho subjetivo de la libertad de empresa, y para poder arbitrar en este conflicto surge como solución el concepto de Desarrollo Sostenible, teoría que incorporó en la toma de decisiones estatales la dimensión ambiental fundada sobre los costos ambientales<sup>31</sup> para tratar de frenar en parte los efectos de la apertura al comercio y a la inversión extranjera que incrementan sustancialmente las actividades productivas depredadoras del ambiente. Como lo expresa el informe de la Relatoría Especial de la Organización de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Derechos Humanos<sup>32</sup>:

La conservación ecosistémica, la preservación de los bienes naturales y ambientales y, en definitiva, la permanencia del planeta Tierra, es imprescindible para la generación y preservación de la vida, y requiere acciones urgentes (aquí y ahora) pues es altamente grave el daño ambiental y su impacto en el ser

humano, en su bienestar, en su dignidad, y en el goce efectivo de sus derechos humanos y fundamentales, incluidos los derechos ambientales.

En últimas esto marcaría la ruta de la nueva regulación estatal en la intervención económica de la empresa y la propiedad que, en los modelos económicos constitucionales de Colombia y España, son objeto de intervención normativa por el Estado sin sobrepasar la esencia que los contiene, la economía de mercado, tal como lo expresan, respectivamente, el colombiano SANTAELLA QUINTERO y el español ARAGÓN REYES:

1. Acogen como legítima la búsqueda de la satisfacción de los intereses individuales mediante el reconocimiento de derechos como la propiedad privada, la libertad de empresa y la libre competencia económica, sólo que el ejercicio de estos derechos está condicionado a que se lleve a cabo con sujeción a los límites provenientes de la función social y ecológica que le es inherente a cada uno de ellos; por lo tanto, se rechaza la economía enteramente libre tanto como la eco-

<sup>30</sup> Proceso que ha tenido una serie de consecuencias en la degradación de los ecosistemas que son el soporte físico y vital de todo sistema productivo, el cual acentúa la transformación y destrucción de los valores humanos, culturales y sociales asociados a prácticas comunitarias y colectivas concretas de acceso, uso y conservación de los bienes naturales y ambientales.

<sup>31</sup> Define los daños ambientales como externalidades negativas, es decir, que están fuera de los que el sistema económico integra.

<sup>32</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe de la Relatoría Especial sobre el medio ambiente y derechos humanos. Párrafo 117. 1994.

nomía enteramente regulada. Se adopta por ende un esquema intermedio en que el Estado tiene la facultad de intervenir a fin de velar por la conservación y buen funcionamiento del mercado, así como de superar y corregir las desigualdades sociales existentes, siempre que con ello no se atente contra ese *mínimum* de libre mercado previsto, con el propósito de alcanzar cuatro objetivos fundamentales: ampliar el ámbito de la libertad económica, perfeccionar los elementos de la economía de mercado, precisar la responsabilidad del Estado en la conducción de la economía y del proceso de desarrollo, y dotar al Estado de instrumentos eficaces para el logro del bienestar general<sup>33</sup>.

2. No existe la absoluta neutralidad constitucional en materia económica, ya que sea cual sea la ideología que acceda al poder en cada momento determinado, hay libertades constitucionales que deben preservarse, pero también hay mandatos constitucionales que deben cumplirse (la función social y ecológica de los bienes delimitará el contenido esencial del derecho a la propiedad privada, por lo que los poderes públicos deberán atenerse a unos principios rectores de la política social y económica). Sin embargo, por motivo del impac-

to que el derecho comunitario (del mercado único y competitivo) le ha dado al ordenamiento nacional español, se ha admitido un sistema económico específico, el de la economía de mercado, eso sí, moldeado y ajustado a las exigencias impuestas por el Estado social de derecho<sup>34</sup>.

Debido a la ambigüedad del concepto de Estado social de derecho es muy difícil precisar los límites normativos de estos derechos. Por eso le corresponde a los tribunales constitucionales definir hasta qué punto puede llegar el Estado en su intervención o regulación en medio de un sistema que tiende a la desregulación. De ahí que con acierto GARCÍA HERRERA diga lo siguiente:

La modificación del contexto ideológico-político ocurrido durante los últimos decenios, que tiende a sustituir los principios de solidaridad social por las exigencias de un orden competitivo conservando un mínimo de prestaciones sociales para mantener la legitimidad del sistema, amenaza con transformar a la constitución en un islote socialdemócrata inmerso en un océano neoliberal y en transformar los mecanismos de intervención jurídica y de aplicación del derecho. Frente a esta situación, la acción de la judicatura no permite sino mantener los principios

<sup>33</sup> SANTAELLA QUINTERO, Op cit., p. 571-572.

<sup>34</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. Libertades económicas y Estado social. Madrid : McGraw-Hill, 1995. p. 11.

constitucionales por oposición a la inspiración neoliberal que promueve nuevos valores contrarios a ellos: “solidaridad frente al individualismo, programación frente a competitividad, igualdad sustancial frente a mercado”.

Lo que han dicho los tribunales constitucionales para zanjar este problema no será objeto de análisis del presente trabajo debido a que no está enfocado a señalar las líneas jurisprudenciales sobre el tema. No obstante, conviene señalar lo que la doctrina ha forjado con la ayuda de la interpretación judicial hecha en Colombia y España sobre el límite interno y externo en materia ambiental del derecho a la libertad de empresa:

En Colombia, la literalidad del artículo 333 in fine C.P. facilita el defender la idea de que el ambiente se concibe como una restricción “explícita” del derecho, cuya concepción es establecida *ex constitutione*, mientras su declaración le corresponde al legislador, sin embargo, también al señalarse que la habilitación en sede legislativa es de delimitación podría entonces agregarse que se

reconoce en él un límite interno del derecho, como ingrediente propio de la libertad empresarial o de parte de su contenido material, en tanto atributo de no-derecho cuya concreción jurídica se desplaza a la ley como acción del poder público que atribuye a la definición de los contornos generales y objetivos de un derecho fundamental.

Este criterio no puede ser empleado en la Constitución española, salvo que en este caso se aceptara, como se ha inferido desde un inicio, el entender que hagan parte de las exigencias de la economía general precisamente la conservación del ambiente adecuado y la utilización racional de los recursos naturales.

Y es mediante la sentencia 66 de 1991 del Tribunal Constitucional<sup>35</sup> que, empleando el test de proporcionalidad<sup>36</sup>, clasificó el tipo de limitación medioambiental como externo, al presuponer aquél la idea “restricciones”, o al excluir desde la perspectiva teórica la posibilidad de entender allí los límites como acotaciones inmanentes o internas del derecho. Señalando finalmente que la

<sup>35</sup> En esta sentencia se resolvía la demanda de inconstitucionalidad de una norma autonómica (de la junta de Castilla y León) por la cual se prohibía el comercio con cangrejos vivos de rico de cualquier especie, en el ámbito territorial de aquella comunidad. Determinado por el Tribunal que se trataba, como era alegado, de una limitación entre otras a la libertad de empresa, a más de verificar el cumplimiento de la reserva de ley y la competencia.

<sup>36</sup> Técnica empleada en la dogmática constitucional para resolver casos difíciles, con la cual se debe sobrepasar en el análisis racional la necesidad, finalidad, proporcionalidad y adecuación de la medida al limitarse un derecho fundamental.

libertad empresarial como derecho subjetivo sólo puede estimar en su significado constitucional concreto, en su relación con el entorno, con la protección de la biodiversidad que la medida legal provee, en tanto acotación “internaliza” de los alcances libertarios y de autonomía del derecho para tener, explotar, comerciar un bien en el mercado. Apunte que permite revertir la inferencia del límite externo por el límite interno, en tanto el desarrollo de la actividad económica propia y ajena (la de quienes comercian con la especie autóctona y en peligro) no se puede comprender sin la protección de los bienes ambientales, que se transforman en consecuencia en delimitación del derecho, como acotación que viene desde dentro del sistema económico y como garantía en su entero equilibrio. Pues en efecto, no se puede concebir en el Estado social de derecho y en la economía de mercado de la Constitución española, el ejercicio de una libertad o derecho económico sin el respeto de cualquiera de sus otros elementos, ni se puede dejar de reconocer en la estructura o contenido (negativo) de la libre iniciativa y actividad económica la condición de no-atributo, no-libertad, no-derecho

de causar un daño al medio ambiente que rompa con el objetivo del desarrollo sostenible que asegura estabilidad y perdurabilidad del sistema.

Sin embargo, con lo anterior se ha de estimar correcto el señalar que también desde la Constitución española, el medio ambiente es (o debe ser tenido como) un límite interno del derecho, proposición que resulta igualmente admisible desde la perspectiva inversa y que ha de excluir cualquier preferencia no justificada, no establecida como idónea o necesaria ni valorada en cuanto a sus costes y beneficios<sup>37</sup>.

### 3. Consideraciones finales

A manera de conclusión podemos decir que la limitación ambiental del derecho de libertad de empresa se basa en la idea de que el ambiente natural y cultural son el objeto material del interés colectivo del medio ambiente sano, que al ser un derecho humano, debe protegerse junto con los valores de la solidaridad y la responsabilidad que procuran la preservación indefinida de la especie humana en el planeta Tierra. Por tal motivo, la protección del medio ambiente es una prioridad de los Estados.

Pese a catalogarse constitucionalmente la función social de la propiedad, no puede obviarse el poderío de las

<sup>37</sup> CORREA HENAO, Op cit.

naciones del norte sobre las del sur, que se ven perjudicadas por el actuar de las primeras en sus relaciones económicas internacionales; puesto que las naciones del sur, en la búsqueda del crecimiento para sacar de la pobreza a sus pobladores, generan una mayor huella ambiental al degradar el medio ambiente para conseguir una mejor calidad de vida.

Por tal motivo, la regulación ambiental como límite externo del derecho a la libertad de empresa es flexible, ya que se adecúa a las necesidades de progreso que tiene cada nación, pero sin descuidar la armonización que debe existir entre el desarrollo -que es construido con la ayuda de las

empresas- y el medio ambiente, ya que comparten en común el interés general.

De manera que el Estado, ante este suceso, debe procurar armonizar este caos y para ello debe tener las herramientas necesarias a fin de hacer efectivo el objetivo de propender por el bienestar general, sin descuidar el hecho de estar inmerso en una economía de mercado, que lo convierte en un competidor frente a los demás Estados en la conquista de la inversión nacional y extranjera para generar empleo y crecimiento. De ahí que haya adquirido importancia el concepto de Desarrollo Sostenible, como una alternativa a la globalización económica sin destruir el medio ambiente.