

El eco abuso del Derecho 10 años después

Eco-abuse of rights ten years later

Gonzalo Sozzo

cosimogonzalosozzo@gmail.com

Universidad Nacional del Litoral, Argentina

Resumen: El artículo examina la evolución del *eco-abuso del derecho* en los diez años transcurridos desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial argentino (CCC), identificando su rol dentro del llamado *eco-código*. Sozzo sostiene que el CCC redimensionó la figura del abuso del derecho al proyectarla sobre los derechos de incidencia colectiva y los bienes ambientales, consolidando así una función ecológica de los derechos individuales. El trabajo analiza los fundamentos dogmáticos de esta figura, su expansión en el derecho comparado—especialmente en los códigos de China, Vietnam y Bolivia—, y su recepción jurisprudencial en Argentina. A partir de un balance crítico, el autor advierte un uso aún limitado de la figura en los tribunales, debido a la persistencia de una cultura jurídica centrada en las reglas más que en las cláusulas generales. Finalmente, propone estrategias para fortalecer la operatividad del eco-abuso del derecho, diferenciándolo de los conflictos entre derechos individuales y colectivos, y de la violación de los deberes de prevenir o reparar daños.

Palabras clave: Abuso del derecho, Derechos de incidencia colectiva, Derecho ambiental, Sustentabilidad, Cláusulas generales, Eco-código, Función ecológica de los derechos.

Summary: The article analyzes the evolution of *eco-abuse of rights* in the ten years since the enactment of Argentina's Civil and Commercial Code (CCC), highlighting its role within the so-called *eco-code*. Sozzo argues that the CCC redefined the concept of abuse of rights by extending it to collective environmental rights, thus incorporating an ecological function into individual rights. The paper explores the doctrinal foundations of this figure, its comparative development—particularly in the Civil Codes of China, Vietnam, and Bolivia—and its reception in Argentine case law. Through a critical assessment, the author concludes that the judicial use of *eco-abuse* remains limited, mainly due to the persistence of a legal culture dominated by rigid rules instead of open-ended clauses. Finally, the article offers methodological guidelines to enhance the application of *eco-abuse of rights* and to distinguish it from external conflicts between individual and collective rights, as well as from breaches of the duty to prevent or repair harm.

Keywords: Abuse of rights, Collective rights, Environmental law, Sustainability, General clauses Eco-code, Ecological function of rights.

1. Introducción

El Cómo se sabe, el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCC) fue el primero de una ola de códigos que introdujeron el principio de sustentabilidad de los ecosistemas.

Estos códigos implicaron un giro en la manera de concebir la relación de los actores del Derecho Privado con los sistemas naturales, pasando de un antropocentrismo fuerte a una mirada que oscila entre un antropocentrismo atenuado y un ecocentrismo.

El método utilizado por el CCC para generar este cambio de mirada fue introducir un eco-código dentro del Código; ese eco-código es un dispositivo integrado por un grupo de normas distribuidas en diferentes sectores e instituciones organizadas por el principio de sustentabilidad (artículo 240) que es la directriz que funciona como hilo conductor, cómo principio de organización que otorga sentido a ese dispositivo.



Sin dudas una pieza central de este dispositivo es la figura del abuso de derecho en relación a los derechos colectivos ambientales. Y lo es porque se trate de uno de los aspectos de una de las dos cláusulas generales que el CCC jerarquizó y a las que otorgó un rol clave en la arquitectura del Código: la cláusula de la buena fe y la del abuso del derecho.

Así las cosas, puede afirmarse que el CCC organizó el dispositivo del eco-código empleando un principio general (el de sustentabilidad de los ecosistemas, artículo 14); un principio especial (el del consumo sustentable, artículo 1094); una cláusula general (el eco-abuso del derecho, artículo 14); y reglas específicas expresas e implícitas (arts. 1, 2, 14, 1737, entre otras).¹

En los escritos anteriores sobre la figura del abuso de derecho en relación a los bienes colectivos ambientales y los derechos de incidencia colectiva intenté delimitar aspectos que hacen a su bien funcionamiento y particularmente en el trabajo del “Eco abuso del derecho cinco años después” que se publicó en esta revista procuré hacer un balance sobre la implementación de la figura en la jurisprudencia mostrando luces y sombras. En general en ese entonces el balance era, atento a los datos cuantitativos y cualitativos, razonablemente bueno.

En este artículo comienzo por explicar los rasgos centrales que definen la fisonomía general del abuso del derecho en el CCC, destacando su redimensionamiento en relación a los derechos y bienes colectivos; en segundo lugar contextualizo a través de un breve ejercicio de derecho comparado el eco abuso de derecho del CCC en el marco de la tendencia más general que se observa en la codificación ecológica a emplear la figura del abuso del derecho en relación a los bienes ambientales; finalmente pretendo reeditar ese balance atendiendo a lo ocurrido en los 5 últimos años, analizo el uso jurisprudencial, identifico las dificultades, obstáculos y problemas y, por último, ofrezco salidas para evitar las dificultades que aparecen en el horizonte de la implementación de la figura.

2. La nueva fisonomía del abuso de derecho

a) Los rasgos que marcan la nueva fisonomía del abuso del derecho

Desde mi perspectiva existen cuatro rasgos que marcan la nueva fisonomía del abuso del derecho en el CCC.

La jerarquización del abuso del derecho

El primero es que abuso del derecho fue jerarquizado por el CCC al trasladar su regulación al título preliminar como logró hacer el Código Civil de Perú de 1984 y tal como fue la ambición de Raymond Saleilles a comienzos de siglo XX.²

Como se sabe el Título Preliminar del CCC innova respecto de los temas que tradicionalmente son tratados en los Códigos decimonónicos pues no solo se refiere a los derechos, sino a cómo los derechos deben ser ejercidos (arts. 9 a 14).³

Para construir esa regulación el CCC trae una serie de normas que consagran cláusulas generales del Derecho Privado referidas al modo en que los derechos deben ser ejercidos (arts. 9 a 14), bajo el signo de “cláusulas de sociabilidad”, es decir que tienen la función de regular el comportamiento de las personas al momento de ejercer los derechos que consagra el CCC ajustado a un ideal social.

Para ello utiliza dos cláusulas generales bien conocidas en el Derecho Privado: la buena fe, el abuso del derecho y el principio del orden público de coordinación.

La otra razón por la cual el abuso de derecho es jerarquizado es que el CCC innovó respecto de los códigos civiles del s XIX y gran parte del s XX en lo que refiere a la forma de las normas. En efecto, receptando los avances de la teoría de las normas provenientes del campo de la teoría general del derecho, el CCC contiene numerosas normas que o bien son principios —no es el caso del abuso del derecho— o bien tienen una textura lingüística mas abierta que las reglas por que recurren a términos que requieren una actividad adicional para precisarlos en cada caso; así por ejemplo, son numerosas las referencias a la razonabilidad. En este contexto de una profunda transformación en la fisonomía de las normas que ya no se limita a las reglas, los principios,

¹ Amplio en SOZZO, Gonzalo, «Derecho Privado ambiental. El giro ecológico del Derecho Privado», Ed.: Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2019.

² CAMPION, L., “La théorie de L`abus des droits”, Bruylant, Bruselas, Bélgica, 1925, p. 273-274.

³ En la misma dirección que el Código Civil de Quebec de 1991 que en su título preliminar destina un grupo de normas a regular el ejercicio de los derechos (arts. 4 a 9 inclusives). La diferencia más relevante es que el Código de Quebec emplea instituciones como la buena fe y el orden público pero no refiere allí al abuso del derecho.

las cláusulas abiertas —como el abuso del derecho—, las normas con forma de test, los *topoi*, y los estándares cobran una enorme relevancia en la economía general del CCC.

El resultado final para el abuso del derecho es su jerarquización como una cláusula general del Derecho Privado como una de las cláusulas generales que desarrollan el principio de sociabilidad.

La expansión del abuso del derecho

El segundo es que al mismo tiempo se expandió su aplicación pues se reconocieron diversas instituciones que aunque poseen en muchos casos autonomía técnica, reconocen en el abuso del derecho su base fundacional —como el control de cláusulas abusivas tanto en los contratos paritarios (arts. 984 a 989); como de consumo (arts. 1117 a 1122) la regulación de la publicidad abusiva (art. 1101) en consonancia con el Código de defensa del consumidor de Brasil que regula la figura y la ley de defensa del consumidor de Paraguay; el apartamiento arbitrario de las tratativas precontractuales (art. 991), que como se sabe las partes son libres de negociar o no pero si lo hacen deben hacerlo de buena fe, como consecuencia de lo cual el apartamiento injustificado constituye un ejercicio abusivo de la libertad de contratar—.

En definitiva, hay una expansión del funcionamiento de la figura sea directamente o a través de figuras que aunque tienen su base fundacional en el abuso del derecho.

La continuidad la tradición cultural en relación al abuso de derechos individuales

En tercer lugar existe una ratificación y continuidad de la línea de pensamiento en relación al abuso de derechos individuales que ya existía en el Código Civil derogado luego de la reforma en 1968 por la ley 17711 (art. 1071).

En efecto el CCC ratifica que ésta la línea de pensamiento que es importante continuar. Lo hace reiterando la norma del artículo 1071 en la regla del artículo 10 segundo párrafo. En definitiva hay una continuidad y una ratificación respecto de que la figura del abuso del derecho en su dimensión individual debe seguirse y que debe de alguna manera aprovecharse la cultura, la experiencia acumulada, que ya los actos del Derecho Privado han forjado en torno al abuso del derecho.

El redimensionamiento de la figura: el abuso del derecho en su dimensión colectiva

Finalmente existe un cuarto rasgo que caracteriza al abuso de derecho en el CCC que es el fenómeno de redimensionamiento de la figura, al reconocerse diferentes hipótesis —las situaciones jurídicas abusivas, el abuso de la posición dominante y el eco abuso del derecho— que lo vinculan con los derechos de incidencia colectiva.

Quiero remarcar un punto que me parece central. Los tres primeros fenómenos se dan en la dimensión individual del abuso del derecho en cambio el cuarto fenómeno, el reconocimiento de una dimensión colectiva, implica una innovación destacable pues implica reconocer otra dimensión de funcionamiento del abuso del derecho: el abuso del derecho en su dimensión colectiva.

b. Un nuevo momento: el abuso de los derechos individuales en el CCC

El artículo 10 primer párrafo del CCC reitera la regla del artículo 1071 incorporado al CC derogado por la ley 17711 en 1968 señalando que “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”. Conforme esta regla el ejercicio de un derecho no puede ser en principio considerado abusivo.

Luego el párrafo 2º emplea la misma fórmula que la de la ley 17711 para definir el ejercicio abusivo del derecho: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Como anticipé el CCC refleja en este tópico una idea de continuidad respecto de la fórmula que empleara la ley 17711 de 1968 que introdujo la figura en el CC de 1869.

En efecto, se reproduce aquí también la fórmula doble con la cual la ley 17711 consagró en el derecho positivo argentino el abuso del derecho (art. 1071).

La primera cláusula de abuso de derecho que la norma del artículo 1071 del CC recogía como uno de sus dos criterios de calificación era la idea de los fines del derecho: es abusivo el ejercicio de un derecho cuando se lo hace contra sus fines. Se trata de uno de los criterios para calificar el abuso del derecho que existen en el derecho comparado y de los más difundidos y aceptados por la doctrina. La idea es que el derecho objetivo proporciona a los derechos un fin o « función social» —más allá de la función individualista—; los derechos subjetivos son «derechos-función»; por lo tanto existe abuso del derecho cuando el titular lo emplea contrariando esos fines o función, es decir, cuando los usa de manera « antifuncional». Este criterio de calificación del abuso del derecho permite introducir en su seno la idea de «funciones sociales» y, de este modo hacerle

cumplir al abuso del derecho la función de constituir una cláusula general que permite el aggiornamiento de los derechos objetivos a los cambios sociales⁴ a través de la jurisprudencia creativa de los jueces.⁵ Josserand al tratar este criterio de calificación efectúa una cita de la obra de Duguit para fundar la idea de que este criterio implica adoptar la idea de « derecho-función » de Duguit;⁶ sin embargo como se verá luego (vid capítulo...), el pensamiento de Duguit respecto del abuso del derecho es muy crítico y se ocupa de dejar claro que no permite desarrollar la idea de función social.

La segunda cláusula de calificación del abuso del derecho que consagra el CCC es la de ejercer el del derecho contra la buena fe, la moral y las buenas costumbres, por diferentes motivos la que variante de la buena fe es de las tres la que más y mejores resultados ha permitido a lo largo de los 50 años de su aplicación a la hora de calificar ejercicios de derechos como abusivos.

c. El resultado: el control de los derechos subjetivos por los jueces

El abuso del derecho es una intervención casuística en el derecho subjetivo, a diferencia de las limitaciones que, como señala Georges Ripert, constituyen un límite que “ es dibujado con un rasgo firme por el legislador”; mientras que el abuso del derecho, es un “ dibujo más débil y lo traza el juez”, es una figura destinada a que los jueces juzguen caso por caso si ha habido o no un ejercicio abusivo por parte de su titular.⁷

Dicho en otras palabras, es una figura que permite el control del modo en que son ejercidos los derechos por parte de los tribunales, como parte de un movimiento más basto que durante el s XX fue atribuyendo facultades a los jueces de intervenir en las relaciones privadas.

En un contexto de desconfianza en los jueces el abuso del derecho es una fuente de incertidumbre; en cambio, en un contexto de confianza en los jueces de Derecho Privado —y en el caso del eco abuso— con competencias en materia ambiental, como el que trasluce el CCC, el abuso del derecho encuentra un terreno fértil.

Tradicionalmente los tribunales declararon ineficaces los actos abusivos, al tiempo que condenaban apagar daños y perjuicios por ello, por ello como indique más arriba, uno de los focos de debate de la figura fue el del funcionamiento del abuso del derecho en el campo de la responsabilidad civil.

En esto también existe una continuidad y una profundización de la línea de pensamiento ya presente en el CC reformado en 1968 toda vez que el CCC además de permitir el control ha aumentado el rango de posibilidades en manos de los tribunales que también pueden disponer medidas de prevención (“ordenar todo lo necesario para evitar los efectos”) o de recomposición (“si correspondiere, procurar la reposición al estado anterior”) del bien (art. 10 tercer párrafo; ver también, art. 1102 CCC en relación al art. 1101 inc b).

3. La expansión del uso del abuso de derecho en relación a los bienes ambientales

El reconocimiento de la posibilidad del ejercicio abusivo del derecho en relación a los bienes ambientales no es privativo del CCC, sino que forma parte de un movimiento más general en el derecho Privado Comparado.

3.1. El abuso del derecho en relación a los bienes ambientales en la codificación ecológica (especial referencia al CC de China)

En el Código Civil de la República China la parte general en el Capítulo 1 destinado a las Normas generales (“*General provisions*”) el artículo 9, en la misma dirección del artículo 14 del CCC de Argentina, del artículo 172 del Código Civil de Vietnam y el artículo 13 del Código Civil de Ucrania (2003)⁸, regula el ejercicio de los derechos de las personas del derecho civil estableciendo un límite al poder individual en función del respeto del

⁴ ROVIRA VIÑAS, Antoni, «El abuso de los derechos fundamentales». Ed.: Península, 184, Barcelona, España, 1983, pág. 135.

⁵ Precisamente este “margen de maniobra” que el abuso del derecho permite a los jueces ha dado lugar a una crítica por parte de algunos autores. Vid un panorama de esta crítica en ROVIRA VIÑAS, Antoni, «El abuso de los derechos fundamentales». Ed.: Península, 184, Barcelona, España, 1983, págs. 137 a 145.

⁶ “...en realidad, y en una sociedad organizada, los pretendidos derechos subjetivos son derechos función; no deben salir del plan de la función a la que corresponden, pues de lo contrario su titular, los desvía de su destino, cometiendo un abuso del derecho; el acto abusivo es el acto contrario al fin de la institución, a su espíritu y finalidad”, ob. cit., pág. 312 y 313.

⁷ Ver, RIPERT, Georges, “ El régimen democrático y el derecho civil moderno”, Ed.: José Cajica, Puebla, México, 1951, p. 186.

⁸ « Artículo 13. Límites de aplicación de las leyes civiles : 1. La persona cumple las leyes civiles en los límites que le señale el convenio o actos de la legislación civil. 2. Al implementar los derechos, la persona se abstendrá de realizar acciones que puedan violar los derechos de otras personas, causar daños al medio ambiente o al patrimonio cultural. (...) ».

buen funcionamiento de los ecosistemas, diciendo que «Al realizar una actividad civil, una persona de derecho civil deberá actuar de manera que facilite la conservación de los recursos y la protección del ambiente ecológico».

Dos remarcas. La primera es que el capítulo fue originariamente previsto para alojar los principios generales de Derecho Civil y, por tanto, el entendimiento generalizado es que el artículo 9 recepta un nuevo principio del Derecho Civil que es llamado dogmáticamente el “principio verde”; pese a los cambios de fórmula —como se verá— este entendimiento ha permanecido. Los principios se ubican entre los artículos 3 a 9; salvo los principios de autonomía de la voluntad y de igualdad (arts. 3 y 4) todos comienzan con la misma fórmula “*When conducting a civil activity...*” es decir cuando se realiza una actividad civil, la persona debe o no debe, actuar de buena fe, ofender el orden público, etc.

Vinculado con el hecho de que los principios se formulan como mandatos dirigidos a las personas al momento de actuar en una relación civil, la segunda remarca es que la norma del artículo 9 se ubica en un contexto en el cual la codificación asume como una cuestión central precisamente el “ejercicio de los derechos” por los ciudadanos en las relaciones de derecho privado. No obstante esto, el capítulo 1 (“*General Provisions*”) del libro primero (“*General Part*”) no consagra el abuso del derecho como un principio general sino que lo hace en el artículo 132 ubicado en el capítulo dedicado a los “*Civil Law Rights*” y allí no hay una referencia explícita al principio verde⁹; sin embargo, la doctrina lo considera una norma fundamental junto con la buena fe (que sí se ubica en el capítulo 1).¹⁰

Recapitulando, esta norma del artículo 9 es vista por la doctrina como la consagración del “principio verde” (*green principle*) pero la fórmula final que fue consagrada la aproxima al ejercicio de los derechos y a la figura del abuso del derecho. La explicación de esto está en el proceso de elaboración. La fórmula fue cambiando de fisonomía a lo largo del proceso de codificación; en el primer borrador de las Normas generales decía “Las partes en las relaciones legales civiles, cuando desarrollan actividades civiles, deben proteger el ambiente y conservar los recursos naturales promoviendo el desarrollo armónico del hombre y la naturaleza”. Esta fórmula intentaba concebirlo como un principio general del derecho civil —que excede el ejercicio de un derecho— como el de buena fe por ejemplo. En el tercer borrador de las Normas Generales, el principio viró hacia una fórmula que lo aproximaba al instituto del ejercicio abusivo de los derechos y se lo sacaba de los principios generales colocándolo entre las normas que regulaban el modo de ejercicio de los derechos civiles; así, transformado en el artículo 133 del borrador, era formulado diciendo: “Las partes en las relaciones legales civiles, cuando ejercen sus derechos, deben conservar los recursos naturales, proteger el ambiente ecológico, promover la cultura china y realizar los valores socialistas”. La cuarta y última versión de las Normas Generales lo volvió a ubicar entre los principios¹¹ y la versión definitiva que fue aprobada lo aproximó al abuso del derecho al reemplazar la fórmula “*shall contribute to de conservation...*” por “*shall act in a manner thah facilitates de protection...*”; el último cambio es significativo desde la perspectiva del abuso del derecho pues refiere al momento de actuar en ejercicio de los derechos.

3.2. La circulación global Sur -Sur del eco abuso del derecho

Las reglas que en el CCC de Argentina regula el abuso del derecho en relación a los ecosistemas y el ejercicio de los derechos individuales de armonizada con los derechos de incidencia colectiva obedeció —como se explica más adelante— a traducir la norma de la ley N° 71 de Bolivia sobre los derechos de la naturaleza en un vehículo técnico conocido en la cultura jurídica local que es el abuso del derecho. Luego esta idea de ajustar el ejercicio de los derechos fue, como se vió, retomada por el Código Civil de China en su artículo 9 bajo la forma de un principio del derecho civil.

Asimismo, también puede considerarse parte de este fenómeno el caso de la circulación de una aplicación específica de la figura: la publicidad abusiva en relación a los ecosistemas.

⁹ Lo mismo ocurre en el resto de los Códigos de esta generación. Incluso en Bolivia, que es donde se originó la fórmula que luego tomaría el Código civil de Argentina en el artículo 14 in fine, en el artículo 6 de la ley N° 71 de 2010 del Estado Plurinacional de Bolivia. Paradojalmente el Código Civil mantiene una idea tradicional de abuso de derecho (artículo 107). Amplio en Sozzo, Gonzalo, « El eco-abuso de derecho cinco años después », en Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la UNL, Nueva Época, N° 11, 2020, Santa Fe Argentina, ps. 23-38

¹⁰ Porcelli, Stefano, La nuova “parte generale del diritto civile della repubblica popolare cinese”. Struttura e contenuti », en Rivista Di Diritto Civile, LXV, N° 3, 2019, p. 691.

¹¹ Para esta evolución de la fórmula del principio verde, ver, Tiantian Zhai- Yen-Chiang Chang, “The contribution of China`s Civil Law to sustainable development: progress and prospects”, en Sustainability 2019, 11, 294.

En efecto, en la primera etapa del derecho del Consumidor de la región, el Código de Defensa del consumidor de Brasil de 1990 fue el primer texto legal de la región que introdujo la figura de la publicidad abusiva (artículo 37, 2º párr.).

La expresión publicidad abusiva que comprende en general las que constituyen un ejercicio abusivo del derecho relativo a la libertad de publicitar, incluye el uso que se haga de esa libertad contrariando el mandato constitucional de proteger los ecosistemas.

En la versión original (artículo 37 parágrafo 2º del Código de defensa del Consumidor de Brasil), esta figura comprendía, las publicidades: (a) discriminatorias; (b) que se aprovechen de los niños; (c) que inciten a la violencia o exploten el miedo o superstición; (d) que pueda inducir al consumidor a comportarse de manera perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.¹²

Antonio H. Benjamin, analizando el hilo de unión de estos casos que enumera el artículo 37 parágrafo 2º señala que en definitiva, la publicidad abusiva es aquella que se dirige contra los derechos fundamentales.¹³

A esta primera idea central puede agregarse una segunda que deriva de visibilizar a la publicidad abusiva como un caso de aplicación e la figura del abuso del derecho que está ampliamente reconocida en la cultura jurídica del derecho privado latinoamericano —buena prueba de ello es que lo consagran con fuerza de cláusula general los dos últimos códigos civiles de la región (el Código Civil de Brasil, 2002; y el Código Civil y comercial de Argentina, de 2015)—.

En este orden, la publicidad abusiva es tal pues quien la genera se abusa de su derecho fundamental de publicitar, que deriva del derecho fundamental a la libertad de expresión y del derecho a la libertad de ejercicio de la industria y comercio.

El abuso consiste en utilizar el derecho fundamental con un fin diferente al cual le fue otorgado por el derecho; esta finalidad desviada en el ejercicio del derecho es lo que sanciona la publicidad abusiva.

Esta figura, permite no solo la aplicación de sanciones administrativas, sino acciones judiciales para que las publicidades sean calificadas como abusivas y puedan ser, preventivamente, sacadas de los medios de comunicación mediante una orden judicial e incluso den lugar al pago de daños y perjuicios.

A partir de allí, la figura de la publicidad abusiva se ha extendido y hoy adoptada en la mayoría de las leyes de defensa del consumidor de la región. Primero fue receptada en el artículo 37 de la Ley N° 1334 de defensa del consumidor y del usuario de Paraguay de 1998. Luego artículo 2 ley orgánica de defensa del Consumidor de Ecuador de 2000; en, artículos 1.VIII y 32 2º párr. de la ley de México de 2004; después los artículos 5.9 y 25 de la Ley General de los derechos de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y los consumidores de 2013 de Bolivia y, más recientemente en el artículo 1101 inc c; Código Civil y Comercial de Argentina 2015.

En algunos países la definición de publicidad abusiva no hace referencia expresa a la cuestión ambiental: Ecuador, Artículos 2 6-8, ley de 2000; México, artículos 1.VIII y 32 2º párr.).¹⁴

Las referencias expresas las encontramos en: (a) Brasil, cuyo artículo 37.2 considera abusiva la publicidad que “no respeta valores ambientales”; (b) Venezuela, que en el artículo 64 señala como abusiva la publicidad que “infrinja valores ambientales” (c) Paraguay, artículo 37 “infrinja valores ambientales”; (d) Bolivia, artículo 5.9. “infringiendo valores ambientales”.

El caso de Argentina requiere una explicación adicional que permitiría incluirla en el segundo grupo. El artículo 14 del Código Civil y Comercial de 2015 introdujo la figura del abuso del derecho en relación a los derechos constitucionales colectivos como son los derechos ambientales. Luego en el artículo 1094, en el campo de los contratos de consumo manda a interpretar las normas del Derecho del Consumidor —no solo las de la ley sino las que prevé el Código Civil y Comercial— en favor del “acceso al consumo sustentable”. Así las cosas, el artículo 1101 inc c del mismo Código que introduce la regulación de la publicidad abusiva pese a no hacer mención expresa a los “valores ambientales”, debería ser interpretado en el sentido de que incluye al cuestión.¹⁵

¹² Paraguay consagró estos mismos subtipos.

¹³ BENJAMIN, Antonio H., en PELLEGRINI GRINOVER, Ada et al., Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto, 9na Edición, Río de Janeiro, Brasil: Forense Universitaria, 2007, p. 351.

¹⁴ No obstante que no se hace una referencia expresa a la cuestión ambiental, algunas de las reglas específicas que regulan el problema de la publicidad engañosa y abusiva (están reguladas conjuntamente), pueden permitir trabajar el problema del lavado verde. En efecto, el artículo 7 hace referencia a las tecnologías empleadas en el producto o servicio, la durabilidad la existencia de certificaciones o premios, etc, como aspectos que pueden dar lugar a publicidades engañosas o abusivas. La regla es muy similar a la del artículo 62 de la ley de Venezuela

¹⁵ Bianchi, Lorena, El impacto del principio del acceso a un consumo sustentable en el funcionamiento de la regulación de la publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación Revista Jurisprudencia Argentina, 2017-11, p. 5

Las leyes que contemplan expresamente la referencia a valores ambientales al definir la figura facilitan la aplicación por parte de funcionarios y jueces, e impulsan a las asociaciones de defensa del consumidor y otros legitimados activos a incluir en sus agendas la posibilidad de accionar judicialmente en relación a este tema.

Sin embargo, también en el caso de las leyes que cuentan con una fórmula de publicidad abusiva sin hacer una referencia expresa la cuestión ambiental, pueden llegar a la idea de que están incluidas las publicidades anti ambientales por cuatro vías: (a) por la vía de aplicación del principio de interpretación “pro natura” (Sozzo, G., 2019:31-32), reconocido por diversos tribunales de la región; (b) por la vía del principio de interpretación pro acceso al consumo sustentable” (Código Civil y Comercial de Argentina, artículo 1094); (c) por vía de una interpretación extensiva de la idea de salud humana —a la que sí refieren todas las fórmulas de publicidad abusiva— que lleve a considerar que en muchos casos cuando se daña el ambiente, indirectamente se genera un daño en la salud. (d) por vía de la idea de que la publicidad abusiva es aquella que va contra otros derechos y valores fundamentales lo que es señalado por la doctrina a partir de la búsqueda del hilo de unión que vincula a los diferentes hipótesis que se suelen incluir en la formulación normativa de la idea de publicidad abusiva.

En fin, este instrumento permite anular aquellas publicidades que haciendo un ejercicio abusivo de la libertad de publicitar, fundada en la libertad de expresión y de ejercicio del comercio y la industria lícita, persuadan a los consumidores para adoptar comportamientos contrarios a la sustentabilidad de los ecosistemas.

Sin dudas constituye una aplicación de la idea de abuso de derecho en relación a los derechos de incidencia colectiva (art. 14 CCC).

3.3. El eco abuso del derecho en el CCC de Argentina

Como señalé, como parte de este fenómeno de expansión del uso del abuso de derecho en relación a los bienes ambientales, el CCC incorporó la figura del abuso de derecho en relación a los derechos de incidencia colectiva (artículo 14 segundo párrafo).

Este cambio, que se inscribe en una revalorización general que se hace de la cuestión del ejercicio de los derechos —a diferencia de lo que ocurría en los Códigos decimonónicos que se detenían en reglar la Ley como fuente de derechos en los títulos preliminares—, este grupo de códigos —no solo el argentino, ver el Código vietnamita en relación a los derechos del propietario o el código chino, art. 9— pone el acento en el ejercicio de los derechos (CCC, arts. 9-14).

En este terreno —el del ejercicio de los derechos— el Código argentino realizó una de sus innovaciones más importantes en relación a la protección de los ecosistemas: establecer que quien ejerce sus derechos individuales afectando los derechos de incidencia colectiva sobre ecosistemas o sus componentes, incurre en abuso de derecho (artículo 14). La regla significa ni más ni menos que reformular la idea de derecho subjetivo introduciendo en la estructura de los derechos individuales una segunda función que es la función ecológica que se acopla y debe coordinarse en el ejercicio cotidiano del derecho, con la función individualista —servir al desarrollo del individuo—. ¹⁶

4. Un balance sobre el funcionamiento del eco abuso de derecho a 10 años del CCC

4.1. Los casos jurisprudenciales a cinco años vista

En un caso el tribunal hizo lugar a un planteo de un grupo de vecinos que cautelarmente —no innovar— solicitaron se prohíba a una empresa la instalación de una planta de tratamiento de residuos domiciliarios sin antes efectuar el respectivo estudio y evaluación de impacto ambiental. Para hacer lugar a la medida el tribunal argumentó —entre otras muchas normas— las reglas del artículo 14 y 240 del CCC.

En otro caso, se discutía si una empresa cerealera debería responder por las enfermedades respiratorias causadas a una vecina por el polvillo generado por la actividad que desarrollaba. La Corte anuló el fallo de segunda instancia que rechazaba la demanda y en particular en el voto del Dr. Falistocco se sostuvo como argumento las reglas de los artículos 14 y 240 del CCC. ¹⁷ El pasaje del voto es el siguiente: “Coronando todo este

¹⁶ Amplio en Sozzo, Gonzalo, « El eco-abuso de derecho cinco años después », en Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la UNL, Nueva Época, N° 11, 2020, Santa fe Argentina, ps. 23-38. Disponible en: https://www.academia.edu/44559214/El_eco_abuso_de_derecho_cinco_a%C3%B1os_despu%C3%A9s_Eco_abuse_of_rights_five_years_later

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, 13/06/2017, “Matassa, Nélica D. c. Municipalidad de Puerto General San Martín s/ recurso de inconstitucionalidad”, LLLitoral 2018 (febrero), 20/02/2018, 6, Cita Online: AR/JUR/50212/2017.

desarrollo jurisprudencial y doctrinario, se destaca su reciente regulación en el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación (arts. 1, 2, 3, 14, 204 Cód. Civ. y Com. de la Nación y cc.) que establece límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes, exhibiendo una vez más su marcado apego a lo colectivo, y manda a que el ejercicio de los derechos individuales sea compatible con los derechos de incidencia colectiva, que no se afecte la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje; y asimismo regula el deber preventivo a cumplir por aquellas personas que desarrollen una actividad que sea previsible de producir un daño. Del mismo modo debe destacarse que el nuevo digesto otorga facultades al magistrado para que, a petición de parte, aplique una sanción pecuniaria a quien actúe con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva.

Luego de esta profunda reestructuración del sistema que modifica la lectura del ordenamiento, y que enseña que debemos partir de un análisis del caso que tenga en miras la protección general del ambiente, cabe concluir que los argumentos expuestos al respecto por el Tribunal a quo no lucen suficientes ni resultan acordes a dicha protección».

En otra sentencia,¹⁸ que alcanzó gran repercusión por otros motivos —la discusión en curso sobre los derechos de los animales— se debatió cuáles son los límites del derecho del propietario de un zoológico, respecto del trato y condiciones de vida de sus animales. Allí la magistrada hizo una de las aplicaciones del artículo 14 del CCC hasta el momento más significativa en la jurisprudencia argentina. La sentencia hizo lugar al planteo con los siguientes argumentos que son de gran relevancia porque además de reconocer que “Sandra es un sujeto no humano; empleando para ello la idea de que el derecho debe interpretarse de manera dinámica y no estática (art. 2 CCC). (...) es indudable que la vida y la dignidad de ser viviente si bien completamente desagregada en el ordenamiento jurídico con relación a las “personas humanas” no impide que analógicamente sea extendida a Sandra cuando ella inviste la condición de “ser sintiente”, una categoría que se compadece con el Código Civil argentino que a igual que en el caso francés que solo tiene dos categorías, personas y bienes”, sostiene que existe un abuso de derecho (artículo 10 CCC) por parte del propietario del zoológico que no brinda a Sandra condiciones de alojamiento adecuadas. El abuso de derechos se funda según la sentencia en que se contrarían “los fines tenidos en cuenta en la ley 14346, de no infligir sufrimiento a un ser viviente, proveniente en este caso tanto del concesionario como del Gobierno de la Ciudad de Bs. As.”

En un proceso concursal uno de los bienes de la empresa fallida era un buque con un avanzado estado de deterioro que estaba amarrado en la zona cercana a la cuenca Matanza Riachuelo; el síndico del concurso inició una medida cautelar de prevención del daño ambiental a la que el juez hizo lugar ordenando la remoción del buque del lugar por el riesgo de su hundimiento, para lo cual valoró a la luz de los artículos 14 y 240 del CCC los derechos de incidencia colectiva que se verían afectados en relación con los derechos de los acreedores de la concursada¹⁹ a cobrarse de la realización de este activo.

Finalmente hay que mencionar que en el caso en que se debatió la constitucionalidad de la ley de glaciares²⁰ y frente al argumento de la empresa acerca de que se limitaba su derecho de ejercicio de la industria, la Corte recordó que es necesario ponderar y armonizar estos derechos colectivos ambientales con los derechos individuales como la propiedad privada o la libertad de ejercicio de la industria y comercio: “Es por ello que frente a las previsiones de la Ley de Glaciares que apuntan a proteger derechos de incidencia colectiva —y de un carácter especialmente novedoso—, los jueces deben ponderar que las personas físicas y jurídicas pueden ciertamente ser titulares de derechos subjetivos que integran el concepto constitucional de propiedad, amparados en los términos y con la extensión que les reconoce el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de este Tribunal. Mas también deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (artículos 14 y 240 del Código Civil y Comercial de la Nación) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (artículos 1º, 2º y 4º de la Ley General del Ambiente 25.675). Todo ello en consideración de los objetivos generales de bien común, como aquel que la comunidad internacional ha trazado para garantizar “modalidades de consumo y producción sostenibles” en la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible aprobado por la Organización de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015 (A/RES/70/1 de la

¹⁸ “Asociación de Funcionarios y Abogados por los derechos de los animales y otros contra GCBA sobre amparo” EXPTE. A2174, 2015/0

¹⁹ «Ello, por cuanto es evidente que cualquier medida que se adopte, si tuviese repercusión económica, devendrá en —al menos— nuevos créditos que pretenderán recuperarse de aquel activo. Es decir, aumentará el pasivo de la fallida.» Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 12, 15/03/2017, «Q., J. H.», LA LEY 27/12/2017, 5, con nota de Gastón de Mario y Guillermo Leguiza Casqueiro; LA LEY 2018-A, 49, con nota de Gastón de Mario y Guillermo Leguiza Casqueiro; Cita Online: AR/JUR/85948/2017.

²⁰ CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de Inconstitucionalidad”, 04 de junio de 2019.

Asamblea General de las Naciones Unidas, objetivo 12). En suma, el juicio de constitucionalidad de un posible acto lesivo derivado de la ley 26.639 —acreditada que fuera la existencia de una causa judicial— debe ser analizado en el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados.”

En la provincia de Jujuy el adquirente de un lote de terreno construyó un muro privativo privando del paisaje a otros vecinos. A raíz de lo cual se inició una acción judicial y la Cámara de Apelaciones decidió prohibir la construcción y demoler lo ya construido. La sentencia fue apelada y el Tribunal Superior de justicia de la provincia, ante el argumento del recurrente basado en el ejercicio del poder propietario y la inaplicabilidad de las ordenanzas municipales que regulaban ellos “muros medianeros” procurando conservar los valores paisajísticos, resolvió confirmarla, apoyándose en la idea de aplicabilidad de las ordenanzas ese tipo de muros y en la figura del ejercicio abusivo del derecho en estos términos que por su contundencia transcribo: “Sin lugar a dudas, el muro agrede el paisaje del lugar y resulta impropio e inadecuado a la armonía natural que compone el marco de vida de los residentes de la zona.

Por otro lado, no puede pasar inadvertido que los derechos subjetivos —en el caso, el derecho de propiedad de la accionada— deben ejercerse de manera razonable y en función de su finalidad, sin que pueda hacérselos prevalecer frente al interés que subyace a la preservación del medio ambiente, cuando no se advierten razones de seguridad, ni un interés público superior que lo justifique.

Así, tampoco resultan atendibles las razones invocadas por la recurrente para justificar la construcción del muro (cercanía de la vivienda del casero y su corral para animales, lo que perturbaría la tranquilidad y privacidad, a más de generar olores nauseabundos).

Es que, a más de compartir lo expresado al respecto por el a-quo (referente a que la molestia visual se solucionaría con la colocación del “cerco vivo” establecido en la ordenanza y, en cuanto a los olores, difícilmente serían erradicados con el muro) estimo que el derecho es una magnífica herramienta de construcción y de organización de la sociedad; no obstante lo cual, el sentido de justicia que lo legitima impone límites para el ejercicio de los derechos individuales, pues está vedado tanto el aprovechamiento de unos a costa de otros, como la satisfacción de los propios intereses en desmedro del ambiente.

El abuso del derecho es un ejercicio anti funcional de un determinado derecho propio, que contraría lo razonable y lo justo. Para que se configure se requiere que un derecho sea ejercido de un modo injusto, inequitativo o irrazonable, con afectación de los derechos de otros.

Y en el caso concreto, sin duda que la construcción de semejante muro es irrazonable, a la vez que el derecho invocado para ello (ser propietaria del fundo donde se asienta y tratarse de uno ‘privativo’) implica un ejercicio abusivo desde que contraría los fines del ordenamiento jurídico (protección del paisaje-ambiente) tal como lo establece el Art. 10 del C.C.C.N.

Ello así, conforme a una interpretación evolutiva, y no cristalizada respecto del tiempo de la generación del enunciado normativo contrariado; es decir, comprensivo también de los fines sociales del ordenamiento y de la función ambiental de los derechos subjetivos, lo que guarda coherencia con los criterios de interpretación establecidos en el Art. 2 del *ibidem*. »²¹

También el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Río Negro el²² resolvió un caso en el cual los adquirentes de unos lotes en un loteo edificaron sus casas a pesar de la cercanía con lagunas de tratamiento de líquidos cloacales. Ante la acción judicial de amparo iniciada por el Municipio de Viedma contra los propietarios solicitando que se les prohíba construir en sus lotes de manera contraria a las ordenanzas municipales (menos de 1000 metros de las lagunas), el tribunal abordó la cuestión del cumplimiento de las normas urbanísticas establecidas que, atendiendo al hecho de que en vez de doce lotes el terreno había sido subdividido de manera muy diferentes —con más de 80 lotes—, empleando la figura del abuso de derecho en relación a los bienes colectivos ambientales diciendo que: “... es incontrovertible que las personas que han construido viviendas en el Lote 18-1-C-002-01A si bien tienen derecho a poseer una casa en la cual habitar junto a sus eventuales familias han ejercido abusivamente el mismo, pues no han cumplido con todas las normas legales y reglamentarias que ha impuesto el Estado de Derecho para su ejercicio, en uso de potestades y competencias legítimas. Por el contrario, mediante la fuerza de los hechos han logrado —total o parcialmente— su cometido, actuando al margen de la Ley y, además, creando un riesgo de contaminación ambiental en la ciudad, especialmente respecto del río.

²¹ Q. de J. E. c/Q. de R. M. T. s/ ordinario por abuso de derecho e incumplimiento de la ley Tribunal: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, Sala I, 29-may-2017, MJ-JU-M-104894-AR | MJJ104894 | MJJ104894Sumario.

²² Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, Municipalidad de Viedma s. Amparo colectivo; 31/01/2019; Rubinzal Online; RCJ 3909/20

Negro, tal como se indicase antes en esta misma sentencia”. Luego, al abocarse al tratamiento de la “imposibilidad reglamentaria de construir en cercanías de la Planta de Tratamiento de Líquidos Cloacales”, señaló que “todo lo construido en el Lote 18-1-C-002-01A lo ha sido en incumplimiento de la restricción precedentemente referida” —no construir en un radio de 1000 metros de las lagunas de tratamiento de líquidos cloacales—.

4.2. ¿Qué muestra la jurisprudencia?

La revisión de la jurisprudencia de los 10 años de implementación del CCC permite arribar a una primera conclusión en el plano cuantitativo: el empleo del abuso de derecho en relación a los derechos de incidencia colectiva es relativamente escaso y aún no se ha consolidado en una doctrina judicial marcada.

¿Cuáles son las razones que explican este escaso uso? Como sostuve al comentar los avances a 5 años, una primera explicación para esto podría ser que hay pocos casos que exijan el uso de esta respuesta normativa del abuso de derecho en relación a los derechos de incidencia colectiva, pero esto queda descartado por la enorme cantidad de conflictos ambientales rurales y urbanos que existen y que no tienen respuesta en una regla concreta y, por tanto podría requerir el análisis desde la perspectiva del abuso del derecho individual (libertad de publicitar, libertad de contratar, libertad de ejercicio del comercio e industria, facultades derivadas del poder propietario, entre otras).

Creo que el problema tiene una doble raíz.

Por un lado, un proceso a veces lento de formación de la nueva cultura del código,²³ en particular en cuanto al manejo de las normas que encierran cláusulas generales como el abuso del derecho y la perdurabilidad de la cultura de las reglas. Abordo esta cuestión más abajo.

Por otro lado, la infravaloración de las enormes posibilidades que brinda el abuso del derecho para resolver cuestiones no previstas en la esfera de la antijuridicidad material y de la conexión de esta figura general con otras que son una aplicación específica no solo de la idea de abuso del derecho, sino del abuso en relación a los derechos colectivos ambientales, como la publicidad abusiva, las prácticas comerciales abusivas y las cláusulas abusivas.

Una segunda conclusión puede extraerse si se analiza el plano sustancial de esta problemática: en la mayoría los artículos 14 y 240 se emplean indiferenciadamente; como una especie de “tándem” que describe la posibilidad de un “campo de colisión” entre derechos individuales y colectivos sin reparar en el hecho de que en ese campo de colisión . varios de estos casos, aunque se cita el artículo 14 del CCC son o bien situaciones de conflictos derechos fundamentales (“conflictos externos” en nuestra tipología, vide mas abajo).

Por último, en el mismo plano sustancial una tercera conclusión a la que se puede llegar es que en realidad en varios de estos casos se está ante la violación del deber de no dañar o ante la trasgresión de la letra de una o más normas.

En lo que sigue profundizo caminos para mejorar estos dos últimos aspectos mencionados.

4.3. El manejo de las cláusulas generales

Cabe recordar aquí que las “cláusulas generales” son normas que tienen una forma “abierta” y que refieren a problemas que se encuentran en el entorno social²⁴ estableciendo patrones de conducta socialmente correctos. Por esta vía se permiten al operador del campo legal internalizar soluciones que otros subsistemas sociales están aportando. Este “trabajo” genera un fenómeno de resistemización permanente del sistema del Derecho Privado²⁵, un *aggiornamento*, y le confiere un alto nivel de plasticidad y posibilidades de adaptación al cambio.

El trabajo del operador legal aquí es “cerrar” las cláusulas generales en cada caso concreto, extrayendo reglas que le permitan solucionar el caso.

Si en la época de la codificación la alternativa casi privativa de expresión del deber ser legal estaba constituida por las reglas, es decir, por normas del tipo todo o nada, que identifican al momento de su aparición en el mundo jurídico la conducta prescripta en forma definitiva, y que en hipótesis de conflicto con otras normas

²³ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, La “cultura del Código” un debate virtual entre Segovia y Sáez”, *Revista de historia del derecho*, N° 26, 1998, págs. 539-566

²⁴ Judith Martins Costa las describe muy gráficamente como “ventanas abiertas a la movilidad de la vida, puentes que vinculan con otros cuerpos normativos—incluso extrajurídicos—y avenidas, bien demarcadas, que lo vinculan, dialécticamente, a los principios y reglas constitucionales [...] las cláusulas generales [...] constituyen las ventanas, puentes y avenidas de los modernos códigos civiles”, *O Direito Privado como un “Sistema en Construcción”* cit., p. 6.

²⁵ MARTINS-COSTA, ob. cit., p. 7.

se excluyen, pues, una de ambas es inválida; en la actualidad, el operador jurídico debe enfrentarse con otras configuraciones normativas, incluso dentro de los códigos, tales como las “cláusulas abiertas” y los estándares.

Para Unger, una de las circunstancias del Estado de bienestar que ha incidido en el orden jurídico posliberal ha sido la rápida expansión del uso de normas ilimitadas y de cláusulas generales en la legislación, administración y jurisdicción.²⁶ Las cláusulas abiertas son normas jurídicas que incluyen en su formulación lingüística un concepto jurídico indeterminado, es decir, un concepto que a diferencia de los de núcleo duro y periferia vaga o difusa,²⁷ son vagos per se, puesto que de la mera lectura del texto normativo no se desprende cuál es la conducta prescripta, es decir qué *factum* queda subsumido en el texto legal: no se trata del problema inherente al lenguaje natural en el que se expresan las normas identificado por Hart, sino de una cuestión de semántica jurídica, puesto que los conceptos que deliberadamente utiliza el legislador para individualizar lo debido, no tienen un significado único y definitivo que permita aprehender el *factum* del que se predica el deber ser, con la mera lectura de la norma tal como se la sancionó. Esta ausencia de carácter prescriptivo definitivo no es casual, sino que el legislador (u otros actores con representatividad en el mundo jurídico) lo utiliza deliberadamente a fin de dotar al sistema jurídico de funcionalidades que un modelo constituido sólo por reglas no activa: permiten la adaptación sincrónica y diacrónica del sistema a la realidad social, y la realización dentro del ámbito del Derecho Privado (ya que muchas de las cláusulas o leyes abiertas tienen presencia en los códigos y leyes privatísticas), de principios jurídicos diversos de aquellos que inspiraron las codificaciones (libertad e igualdad formal), tal como ha sucedido en materia de Derecho Privado patrimonial con la “buena fe” y el “abuso del derecho”, lo que en el caso de tratarse de principios que reconocen derechos subjetivos, trae aparejada la irrupción de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Al enfrentarnos con cláusulas abiertas, la determinación definitiva de la conducta prescripta se efectúa en el momento de la aplicación de la norma, frente a la cual el operador jurídico deberá desarrollar un específico procedimiento de concreción o cierre de la cláusula abierta, previo al quehacer de subsunción, consistente en la atribución de un concreto significado para el caso al concepto jurídico indeterminado que selecciona sólo genéricamente las conductas debidas.

Urge desarrollar una cultura de este procedimiento de concreción de las cláusulas abiertas, que implica para el juez un plus respecto de la tarea de subsunción a la que estaba acostumbrado en el “mundo de las reglas”: antes de subsumir deberá desentrañar para el caso el significado de la cláusula: ¿qué significa “ejercicio regular de un derecho”, “razonable precaución”, “buena fe”? con lo que concretará o cerrará la norma, es decir, terminará —en el momento de la aplicación— de individualizar la conducta prescripta, sólo genéricamente individualizada en abstracto, a fin de que el resultado del mismo sea justificable. Es necesario dotar a quienes desempeñan la magistratura, y a los operadores jurídicos en general, de técnicas diferenciales para desempeñarse con todas las normas del sistema, según la tipología de que se trate. Para las reglas, el juicio de subsunción alcanza; para las cláusulas abiertas —como ocurre con los principios— es preciso regular la etapa de concreción o cierre de los conceptos jurídicos indeterminados, con lo que se está exigiendo de la dogmática un esfuerzo de construcción de una trama de reglas, es decir de un método que indique al juez cómo operar con estas cláusulas.

La metodología para operar con cláusulas abiertas consiste en “cerrarlas” extrayendo de las mismas una regla para el caso. Para hacerlo existen dos órdenes de elementos a los que pueden recurrir los jueces: materiales del sistema legal, por ejemplo, los antecedentes jurisprudenciales y los principios generales del Derecho, descartando las hipótesis (como la del art. 2618, Cód. Civ. derogado, actual art. 1973, CCC) en las que la propia norma proporciona al operador los elementos normativos para la concreción de los conceptos vagos y materiales extrajurídicos²⁸ forjados en otros campos como la ciencia o el arte y la necesaria atención del juez a los datos fácticos del caso.

Los estándares coinciden con las cláusulas abiertas en la ausencia de individualización de la conducta prescripta en forma definitiva y concluyente, pero a diferencia de éstas, su peculiaridad es que no aprehenden el *factum* a través de conceptos jurídicos indeterminados, sino que son nociones que describen conductas medias en un determinado ámbito de la vida social: “debido cuidado”, “razonable”, “normal tolerancia”. En consecuencia, si un hecho cae o no dentro del ámbito de aplicación de la norma, dependerá de qué es lo que en el momento de aplicación de la misma se entienda por conducta media en un delimitado círculo de relaciones

²⁶ UNGER, Roberto Mangabeira, O direito na sociedade moderna, Civilização Brasileira, 1979, p. 204.

²⁷ Conf. HART, H. L. A., El concepto de Derecho, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

²⁸ En este sentido, MARTINS-COSTA, ob. cit., p. 9.

sociales (por ejemplo, las que se traban entre comerciantes, o entre automovilistas y peatones, etcétera). Al igual de lo que ocurre con las cláusulas abiertas, la tarea de subsunción es en sí insuficiente, previa a ésta se requerirá una instancia de definición o determinación del standard, lo que supone que el operador deberá, antes de proceder a la comparación de los hechos con el deber ser de la norma, seleccionar de entre todas las conductas genéricamente aprehendidas por el texto legal, aquella que constituya la media. Nuevamente, urge la elaboración dogmática de una metodología que habilite al juez a operar correctamente con estas tipologías normativas, que sean susceptibles de fundamentación y control. En una primera aproximación, considero principalísima la recurribilidad a antecedentes jurisprudenciales que recojan los usos sociales (lato sensu: pueden ser profesionales, científicos, pragmáticos) y las pautas de moral social identificatorias de las conductas medias.

Por último, creo que resulta fundamental aclarar que no se postula la sustitución de las reglas por un sistema de cláusulas generales, sino que estas últimas constituyen una técnica legislativa nueva que cumplirá un rol en el sistema junto con aquéllas,²⁹ y en este sentido es que se habla de un estilo de codificación “abierto” o “incompleto”.

4.4. Diferenciar el eco-abuso del conflicto entre derechos individuales y colectivos

Como señalé uno de los problemas centrales que los primeros cinco años de funcionamiento de la figura³⁰ muestran es que no existe aún un desarrollo técnico apropiado para diferenciar su esfera de funcionamiento respecto de los casos de conflictos externos entre derecho individuales y derechos de incidencia colectiva, en particular, los derechos ambientales.

Es necesario diferenciar el eco abuso de derecho, como conflicto interno de derechos individuales y colectivos respecto de dos hipótesis centrales de conflictos externos: las inmisiones inmateriales y las limitaciones al dominio y la libertad de ejercicio del comercio y la industria lícita.

Como se sabe el CCC incorporó además de la conocida esfera de los derechos individuales, la de los derechos colectivos (art. 14 primer párrafo). Esta coexistencia de ambas esferas de derechos hace indispensable el reconocimiento de la existencia de un “campo de colisión”,³¹ que es lo que se hace en el segundo párrafo del artículo 14 y en el artículo 240. La preocupación ha sido centralmente visibilizar la colisión existente entre derechos individuales (libertad de contratar y de ejercicio del poder propietario) y la protección de los ecosistemas, a lo que puede adicionarse la protección del patrimonio cultural.³²

Una vez establecida, por vía de la introducción de la esfera de los derechos colectivos en el CCC, la consecuente posibilidad potencial de conflictos entre ambas esferas, fue necesario atender a cómo solucionar esos conflictos.

A tales fines uno de los caminos elegidos ha sido como señalé el rediseño del abuso de derecho “porque tiene una extensa tradición interpretativa en nuestro país y porque no se confunde con la idea intervencionista” ¿Cuál es el sentido del giro del abuso del derecho? Desde mi perspectiva consiste como anticipé, en incorporar una nueva dimensión al ejercicio de los derechos individuales: la dimensión ambiental o común —si se quiere incluir también la dimensión cultural—.

El otro camino fue establecer una regla de ponderación entre ambas esferas de derechos, que fue lo que se hizo en el artículo 240.

En efecto, además del ejercicio abusivo de los derechos individuales por desatender las finalidades colectivas que tienen los bienes ambientales, el CCC establece una regla (el artículo 240) que intenta resolver el problema de los conflictos entre derechos individuales y derechos colectivos.

²⁹ Conf. con esto CANARIS, Wilhem, 1996:127 y ss

³⁰ Amplio en SOZZO, Gonzalo, « El eco-abuso de derecho cinco años después », en Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la UNL, Nueva Época, N° 11, 2020, Santa fe Argentina, ps. 23-38. Disponible en: https://www.academia.edu/44559214/El_eco_abuso_de_derecho_cinco_a%C3%B1os_despu%C3%A9s_Eco_abuse_of_rights_five_years_later

³¹ LORENZETTI, Ricardo, “Fundamentos del Derecho Privado”, Ed.: la ley 8s As., 2016, p. 72.

³² En esta dirección se señala en los fundamentos del Anteproyecto que “los conflictos ambientales, se refieren a bienes que son mencionados en el código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los considera colectivos, y no solamente de propiedad del Estado” y luego que es un “código de los derechos individuales y colectivos. En su mayoría, los códigos del Derecho Privado comparado regulan solo los derechos individuales. El anteproyecto que presentamos da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Argentina y de modo coordinado con la brasileña. Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales”.

Aquí el conflicto es externo al derecho individual, en el sentido de que el ejercicio que pretende el titular del mismo colisiona con otro derecho —colectivo— que se encuentra fuera de su estructura y del cual son titulares otros sujetos. Es una especie de lo que tradicionalmente se ha denominado conflictos de derechos, y en particular los conflictos de derechos fundamentales.

Para entender la diferencia entre el eco abuso de derecho y el conflicto externo de derechos individuales y colectivos hay que saber que el abuso de derecho dio lugar a un debate acerca de si se trataba de un conflicto de derechos o no; discusión que finalmente terminó prevaleciendo la idea de que fuera así, en razón de que el conflicto entre los fines individualistas y los fines sociales impuestos por el derecho objetivo como un límite a la libertad individual, se encontraban, desde que se aceptaba la figura del abuso de derechos, dentro de la misma estructura del derecho subjetivo. En este sentido se ha dicho que en el abuso de derecho no hay un conflicto de derechos pues no es que al derecho subjetivo se opone otro de otra persona que debería limitarlo; en el abuso de derecho hay un derecho que se ejerce sin considerar el “espíritu de la ley”, es decir, contrariando los fines por los cuales se otorgó; se ejerce sin derecho, por lo que no puede nunca haber un conflicto de derechos.³³

La situación del conflicto externo de derechos es bien diferente que en el caso del ejercicio abusivo del derecho a que refiere el artículo 14. Aquí hay un sujeto (a) que ejerce derechos individuales sobre un bien (a') que puede no tener un valor ambiental (vgr., digamos que (a) ejerce la industria lícita siderúrgica) y un sujeto (b) que está legitimado para defender derechos colectivos (el afectado, una ONG o el Defensor del pueblo) sobre bienes comunes ambientales (que digamos que piensa —y tiene pruebas— que el sujeto (a) está contaminando la fuente de agua de la cual se toma el agua potable en la ciudad vecina a la industria). Aquí claramente (a) no abusa de su derecho pues su propiedad y su libertad no recaen sobre el objeto “fuente de agua”; la fuente de agua potable es un bien de titularidad —normalmente— pública que resulta afectado.

Aquí no existe abuso de derecho, sino un conflicto de derechos que se resuelve (A) si hay reglas aplicables al caso, por ejemplo, en el campo del derecho administrativo o ambiental que establecen “mínimos de tolerancia”, para los estudios de impacto ambiental o métodos para volcar efluentes a los cursos de agua el conflicto se resuelve mediante esas reglas; si (B) no existen reglas o son contradictorias, el conflicto se resuelve mediante lo que en algunas geografías se denomina *balancing*, en otras “juicio de ponderación” o *jugement de compatibilité*. En una palabra, es una regla para los casos difíciles de conflicto de derechos fundamentales cuando existen diferentes bienes en juego que recaen sobre diferentes objetos.

Cualquiera sea el conflicto de derechos fundamentales y el juicio de ponderación que se efectúe, siempre se requiere de un principio que permita orientar la decisión; que incline el peso de la argumentación y que en definitiva ayude a determinar cuál derecho debe desarrollarse más que otro.³⁴ La literatura sobre los conflictos de derechos fundamentales se ocupa (siguiendo diferentes tradiciones todas del Hemisferio Norte) de los conflictos de derechos civiles, sociales o ambos. Rara vez se analizan conflictos de los que aquí hemos denominado derechos fundamentales sobre bienes colectivos o comunes.³⁵ Sin embargo algunos tribunales sudamericanos vienen desarrollando la idea de que los derechos sobre bienes colectivos o comunes son más fundantes que los derechos sociales y culturales y más aún que los derechos civiles y políticos; idea que adquiere la formulación de “principio de precedencia”.

El fundamento que se da para ello es que sin bienes comunes ambientales no es posible la vida humana en la Tierra; por tanto la existencia de los demás derechos tiene una condición de posibilidad de base que está dada por la existencia y el correcto desarrollo de los derechos ambientales de los cuales dependen.

Como señalé más arriba el análisis de los casos jurisprudenciales en los cuales se cita el artículo 14 del CCC muestra que en su mayoría son hipótesis —con excepción del caso de Sandra— de conflictos de derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva, no de abuso de derecho.

En definitiva, en el eco-abuso de derecho una persona (a) es titular de un derecho individual (a') sobre un bien sobre el cual recaen también derechos de incidencia colectiva. Son los casos de transpropiedad.³⁶ Aquí no

³³ LAQUIS, Manuel, “Abuso de derecho y conflicto de derechos”, en *Lecciones y Ensayos*, Facultad de derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, N° 7, año 1958, ps. 109 y sgtes.

³⁴ ALEXI, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, Ed: Centro de estudios políticos y constitucionales”, Madrid, España, 2012; MONTEALEGRE, Eduardo (Dir.), “La ponderación en el derecho”, Ed.: Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2008.

³⁵ ALEXI, Robert, “El concepto y la validez del derecho”, Ed.: Gedisa, Barcelona, España, 1997.

³⁶ Francois Ost define la transpropiedad como la “sobreposición, a propósito de un mismo recurso, de un mismo bien o de una misma porción de territorio, de varios regímenes jurídicos distintos”, agrego yo: de varios regímenes propietarios diferentes”, OST, Francois, “A natureza a margem da lei. A ecologia é prova do direito”, Lisboa: Instituto Piaget, Portugal, 2003, pág. 371.

hay otro sustrato material —un bien (b)— de los derechos de incidencia colectiva, sino un solo sustrato material que es objeto de ambos derechos. En otras palabras, a diferencia del abuso de derecho tradicional, no se perjudica a un sujeto (b) titular del otro derecho individual.

4.5. Diferenciar el eco abuso del derecho de la violación del deber de prevenir el daño, del deber de no dañar y de la transgresión formal a reglas

La consolidación dogmática de la teoría del abuso del derecho exigió una tarea indispensable: diferenciar el acto abusivo del acto ilícito. Como consecuencia de ello, la figura ha dado lugar a una tipología de actos abusivos que sirven, pese a los debates internos que encierra esta tipología, orientar en el uso.

En primer lugar son considerados abusivos los actos realizados con intención de dañar a otro a través del ejercicio de un derecho que se tiene; se trata de actos de los cuales el titular del derecho no extrae ningún beneficio, sino solo perjudicar a otro, por ejemplo quien construyendo en su terreno busca impedir que otros accedan al agua, a la luz solar o no puedan desarrollar su actividad habitual. El reconocimiento de este tipo de actos tiene una larga tradición en el derecho argentino pues fue consagrada por el Código de 1869 en el artículo 2514.

Un segundo subtipo son los ejercicios abusivos de las facultades derivadas de los derechos empleándolas contra la buena fe, por ejemplo, de revocar una donación por incumplimiento de los cargos, de rescindir un contrato, por ejemplo si se lo hace sin preaviso; de poner fin a una s tratativas, si se lo hace de manera intempestiva y sin motivo; de resolverlo por un incumplimiento cuando por ejemplo el incumplimiento es mínimo o meramente “formal”. Se trata de un ejercicio en el que el titular del derecho no presta atención a las consecuencias que tiene para el otro sujeto de la relación jurídica. El segundo subtipo de actos abusivos ha quedado comprendido en la segunda cláusula del abuso del derecho en Argentina —la que refiere a los actos contrarios a la buena fe— y tiene una gran importancia, aunque muchas de sus expresiones más notables, producto del fenómeno de diversificación del abuso de derecho, ya han adquirido un cierto nivel de “autonomía” técnica.³⁷ En definitiva, son actos en los cuales no se actúa correctamente desde el punto de vista social pues no se presta atención a las consecuencias que tiene para el otro sujeto de la relación jurídica.

Un tercer tipo de actos abusivos son los anti-funcionales o dis-funcionales, aquí le titular del derecho no perfora los límites expresos o implícitos que la regla legal fija, sino que hay una trasgresión de la “materialidad”, el sentido o “espíritu” del derecho como conjunto, “considerado en su generalidad y objetividad”.³⁸ En otras palabras, son decir los actos contrarios a las funciones o fines que el derecho objetivo les asigna. Es el caso de las cosas que tienen una función y cuyo destino debe ser respetado. Aquí, para saber si el acto es o no abusivo hay que preguntarse: ¿ejercicio el titular su derecho de conformidad con la finalidad para la cual el derecho objetivo se lo otorgó? invariablemente, la respuesta era con las libertades y propiedades que como las facultades derivadas del derecho eran proporcionadas para construir al individuo y desarrollarlo, son ejercicios abusivos los que son hechos empleando la facultad con otra finalidad. El titular del derecho en este caso no transgrede los límites objetivos de la regla jurídica que sienta su derecho; no viola “formalmente” la norma, sino que utiliza su derecho “olvidando” o negando los fines con que el derecho objetivo se lo otorgó. Este subtipo es muy importante pues implica superar la crítica clásica de Planiol que sostenía que no podía haber entre los actos lícitos e ilícitos un tercer género, pues o el acto se hacía bajo el amparo del derecho o se ejecutaba sin derecho. Esta categoría es la principal, y no por nada es la primera vertiente que ha tomado tradicionalmente al abuso de derecho en argentina.

Finalmente los “actos excesivos”, que consisten en los actos que traspasan el límite fijado por al regla para el derecho; mejor, el límite fijado para las consecuencias dañosas. Dicho en otras palabras, aquí no es excesivo el acto o el uso del derecho, sino que lo que es excesivo es el daño.³⁹ para algunas constituían un subtipo de actos abusivos y para otros autores no. Este debate es clave en relación al derecho de propiedad y, por tanto en relación al ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general. Desde mi perspectiva los actos excesivos

³⁷ Me refiero por ejemplo al apartamiento arbitrario de las tratativas (art. 991 CCC) o al caso en el que el pre-redactante emplea abusivamente su facultad de establecer el contenido del contrato — libertad contractual- (art. 1119).

³⁸ JOSSERAND, Louis, *El espíritu de los derechos y su relatividad*, Ed.: José M. Cajica, Puebla México, 1946, p. 265. Es la respuesta a la crítica de Planiol: el abuso del derecho es “contrario al derecho considerado en su conjunto y como juridicidad, es decir, como cuerpo de reglas sociales obligatorias”, p. 266.

³⁹ DABIN, Jean, “El derecho subjetivo”, Editorial Revisa de Derecho Privado, Madrid, España, 1955, ps. 350-251.

no constituyen un sub tipo de actos abusivos; son parte del problema de las inmisiones inmateriales y de los límites al dominio.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Ed: Centro de estudios políticos y constitucionales", Madrid, España, 2012; MONTEALEGRE, Eduardo (Dir.), "La ponderación en el derecho", Ed.: Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2008.
- ALEXY, Robert "El concepto y la validez del derecho", Ed.. Gedisa, Barcelona, España, 1997.
- BENJAMIN, Antonio H., en PELLEGRINI GRINOVER, Ada et al., Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto, 9na Edición, Río de Janeiro, Brasil: Forense Universitaria, 2007.
- BIANCHI, LORENA, El impacto del principio del acceso a un consumo sustentable en el funcionamiento de la regulación de la publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación Revista Jurisprudencia Argentina, 2017-11.
- CAMPION, L., "La théorie de L'abus des droits", Bruylant, Bruselas, Bélgica, 1925.
- DABIN, Jean, "El derecho subjetivo", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1955.
- JOSSERAND, Louis, El espíritu de los derechos y su relatividad", Ed.: José M. Cajica, Puebla México, 1946, p. 265.
- LAQUIS, Manuel, "Abuso de derecho y conflicto de derechos", en Lecciones y Ensayos, Facultad de derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, N° 7, año 1958, ps. 109 y sgtes.
- OST, François, "A natureza à margem da lei. "A ecologia é prova do direito", Lisboa: Instituto Piaget, Portugal, 2003, pág. 371.
- PORCELLI, STEFANO, La nuova "parte generale del diritto civile della repubblica popolare cinese". Struttura e contenuti », en Rivista Di Diritto Civile, LXV, N° 3, 2019, p. 691.
- RIPERT, Georges, "El régimen democrático y el derecho civil moderno", Ed.: José Cajica, Puebla, México, 1951, p. 186.
- ROVIRA VIÑAS, Antoni, «El abuso de los derechos fundamentales». Ed.: Península, 184, Barcelona, España, 1983, pág. 135.
- SOZZO, GONZALO, « El eco-abuso de derecho cinco años después », en Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la UNL, Nueva Época, N° 11, 2020, Santa Fe Argentina, ps. 23-38
- SOZZO, GONZALO, « Derecho Privado ambiental. El giro ecológico del Derecho Privado», Ed.: Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2019.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, La "cultura del Código" un debate virtual entre Segovia y Sáez", *Revista de historia del derecho*, N° 26, 1998, págs. 539-566
- TIANTIAN ZHAI- YEN-CHIANG CHANG, "The contribution of China`s Civil Law to sustainable development: progress and prospects", en Sustainability 2019, 11, 294.
- UNGER, Roberto Mangabeira, O direito na sociedade moderna, Civilização Brasileira, 1979, p. 204.

Sobre el autor

Gonzalo Sozzo. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Director científico del Instituto de Estudios Avanzados del Litoral de la Universidad Nacional del Litoral.

Profesor Titular por concurso de Contratos Civiles, Profesor Adjunto por concurso de Derecho de Obligaciones y Profesor titular de Derecho del Consumidor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL.

Investigador Categoría I del Sistema Científico Argentino y Former fellow del Institut de Etudes Avancées de Nantes, Francia (2012) y del Instituto de Estudios Avanzados de Madrid España (2019/2020).