

Título: [El giro ecológico del abuso de derecho](#)

Autor: [Sozzo, Gonzalo](#)

Publicado en: [RD Amb 51, 15/09/2017, 1](#)

Cita Online: [AR/DOC/3884/2017](#)

Este artículo está destinado a reflexionar en torno a la regla del art. 14 del CCiv.yCom., que señala que constituye un ejercicio abusivo de derecho ejercer los derechos subjetivos individuales de los derechos de incidencia colectiva.

Como se sabe, el CCiv.yCom. revisó la teoría de los derechos y de su ejercicio; esto último centralmente a través de la jerarquización de las cláusulas generales de la buena fe y del abuso del derecho (arts. 9º, 10 y 14).

Así las cosas, el abuso del derecho ha sido, como dije, jerarquizado como categoría general del derecho privado y amplificadas sus hipótesis de base comprendiendo, entre otras, ahora el abuso del derecho al abuso de la posición dominante en el mercado y las situaciones abusivas.

Aquí me limito a explorar las posibilidades que brinda la regla de la última parte del art. 14.

I. Primera parte

1. Una genealogía de la norma

Como la enorme mayoría de las soluciones que trae el CCiv.yCom., esta —consistente en reversionar el abuso del derecho— no es una novedad absoluta.

Cuando leí el texto del Código en esta parte, inmediatamente vino a mi memoria la sentencia "Uriarte Piñeiro" de la sala II de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y comercial [\(1\)](#).

Aquel caso se trataba de una acción de revocación de la donación por incumplimiento de cargos impuestos al donatario, el Museo Nacional de Bellas Artes (MNBA) y allí la jueza preopinante finalizaba su voto diciendo, luego de citar a los donantes: "me pregunto, ¿dónde podrá ser mejor mantenida la indivisibilidad de la colección donada? ¿En el Museo cuyo patrimonio quisieron enriquecer los donatarios o dispersadas las obras que la integran entre los actuales diversos herederos colaterales que, transcurridos casi 50 años, pretenden recuperar los elementos integrantes de aquella? La respuesta a tal interrogante me parece obvia".

Antes había dicho, al considerar la existencia —o no— de incumplimiento del primer cargo de la donación que consistía en que los cuadros no salieran del museo: "Las consideraciones que hasta aquí he formulado, luego de realizar un detenido estudio de todas las constancias de la causa, me llevan a la conclusión de que en el ejercicio de su potestad revocatoria de la donación, los diversos colaterales intervinientes en autos incurrieron en abuso, frente a la ausencia de perjuicios derivados del incumplimiento y, por consiguiente, no es posible acogerlo (en lo que respecta al primer cargo de la donación)".

"Pues aun cuando, por cierto, el art. 1197 del Cód. Civil (en sentido análogo, primera parte de su art. 1850) establece que las convenciones hechas en los contratos constituyen ley para los contratantes, otras normas suyas de no mejor jerarquía condenan el ejercicio antifuncional de las prerrogativas jurídicas (así, arts. 1071, 1198, párr. 1º, 2513, 2514 y conec.), esto es, la ley sólo tolera el ejercicio regular de los derechos pero 'no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres' (art. 1071), permitiendo al juez la posibilidad de definir —como es su deber— lo justo concreto en las contiendas que le son sometidas".

La sentencia fue revocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación recordando la idea de que los contratos están para ser cumplidos. Los hechos posteriores a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta causa de que daban cuenta los periódicos de la época me convencieron de la corrección de la línea de respuesta de la Cámara al interrogante de la jueza preopinante antes transcripto. El diario La Nación en su edición del día 18/11/2001 contenía una pequeña columna en la que informaba que en Londres, en la casa de subastas Sotheby's se vendía por remate parte de la colección Uriarte Piñeiro.

Cuando comenté los fallos [\(2\)](#) señalé la ausencia e invisibilidad en los razonamientos del derecho colectivo al patrimonio cultural como contrapunto al derecho derivado de la libertad contractual de exigir el cumplimiento o, como en el caso, la revocación de la donación frente al incumplimiento. Me parecía que la sola figura del abuso del derecho, en tanto "límite interno" de la propiedad y la libertad no era suficientemente fuerte desde la perspectiva argumental para contra sostener un razonamiento alternativo al de la Corte y que la Constitución Nacional reformada en 1994 permitía sostener una nueva perspectiva de casos como este a través de la ponderación del derecho fundamental implícito a la libertad contractual y sus derivados y el nuevo derecho fundamental de acceso al patrimonio cultural y los museos.

La respuesta del CCiv.yCom. es otra manera de dar cuenta de la existencia de esta mayor complejidad en casos como este y consiste precisamente en "hacer girar" el abuso del derecho en la dirección de una mirada más pluralista de los derechos.

II. Segunda parte

1. El eco abuso del derecho en la agenda de ambientalización del derecho privado

Como parte de la agenda de ambientalización del derecho privado, que como expliqué es una de las grandes líneas arquitecturales del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el CCiv.yCom. eligió el campo de la teoría de los derechos como el espacio principal para introducir los derechos de incidencia colectiva (art. 14, primer párrafo).

Esta opción, por regular las cuestiones ambientales a partir de la teoría de los derechos, termina impactado en la teoría de los bienes, ya que significa un reconocimiento implícito de la existencia de bienes comunes o colectivos.

El razonamiento seguido ha sido visibilizar que existen conflictos ambientales que se traducen en el campo jurídico como conflictos entre derechos de incidencia colectiva y derechos individuales. Se trata de un "campo de colisión" (3).

A tales fines, uno de los caminos elegidos ha sido el rediseño del abuso de derecho "porque tiene una extensa tradición interpretativa en nuestro país y porque no se confunde con la idea intervencionista" (4).

¿Cuál es el sentido del giro del abuso del derecho? Desde mi perspectiva, consiste en incorporar una nueva dimensión al ejercicio de los derechos individuales: la dimensión ambiental o común —si se quiere incluir también la dimensión cultural—.

2. El eco abuso del derecho como un nuevo jalón en la historia del abuso del derecho

La historia del abuso del derecho es la historia por encontrar límites internos al ejercicio de los derechos subjetivos individuales sin perder la perspectiva individualista que predominó y sustentó el derecho privado del siglo XVIII y de los primeros dos tercios del XIX constituyendo solamente un intento de "rectificación" de esas ideas (5).

Como se sabe, el derecho privado concibió a los derechos subjetivos individuales (como la propiedad y los demás derechos reales, la libertad de contratar y contractual, los derechos del acreedor y deudor en materia de obligaciones) otorgándoles una función individualista que consistió en servir a la individualización del sujeto moderno. En otras palabras, la función de los derechos subjetivos privados siempre ha sido permitir el desarrollo individual de la persona mediante una sinergia entre libertades y propiedades.

Por todo ello, ser titular de un derecho subjetivo implica el poder de imponer el respeto de la voluntad a los demás sujetos (6).

Bajo este paradigma individualista, los derechos propios del derecho privado cumplen una sola función: servir al individuo y lo hacen de una manera "total" o absoluta, en el sentido que el titular puede hacer todo lo que quiera para satisfacer sus intereses individuales con esos bienes aunque ello no tenga ningún valor para otros.

La figura del abuso del derecho, surgida de la jurisprudencia francesa (7) a mediados del siglo XIX, formó parte de un movimiento que intentó explicitar la existencia de límites internos, de fronteras internas, de los derechos subjetivos, principalmente el derecho de dominio de las cosas. En otros términos, constituyó un esfuerzo por argumentar que los derechos subjetivos son relativos, no absolutos, que el poder propietario tiene vallas internas que nacen del mismo derecho y que limitan las posibilidades y márgenes de maniobra del propietario en el sentido de que no puede "utilizar" la libertad o la cosa en su interés individual si ese uso no se alinea también con las finalidades y usos que son considerados legítimos por el derecho objetivo.

En ese contexto, el abuso del derecho intentó "establecer la llamada policía jurídica de los derechos individuales" (8) con el objetivo de evitar que se los ejerza de modo antifuncional, es decir, contra los fines económicos sociales que el derecho subjetivo tiene (9). Se trata de límites internos que el propio derecho subjetivo tiene: a) actuar para dar a la cosa el destino, v.gr., productivo, que la cosa tiene conforme su naturaleza; b) abstenerse de realizar actos que no le reportan utilidad al titular y que solo perjudican a terceros; c) ejercer el derecho contra el principio de buena fe, v.gr., apartándose arbitraria e intempestivamente de una tratativa, negándose así injustificadamente a contratar; d) ejercer el derecho de manera "excesiva" (10).

En el siglo XX, el abuso del derecho no solo alcanzó a instalarse en la sede legal, siendo consagrado en diferentes Códigos Civiles, sino que además vivió un período de apogeo y expansión. Así por ejemplo, el abuso del derecho ha logrado, en el campo del derecho contractual y en especial del consumidor, una omnipresencia

fenomenal; así, son derivaciones de la figura: a) el régimen de control directo de cláusulas abusivas; b) el ejercicio abusivo de derechos que otorgan cláusulas contractuales —aunque en sí mismas no sean abusivas—; c) la publicidad abusiva, que implica ejercer el derecho a la libertad de expresión y de ejercicio de la industria y el comercio contra otros derechos fundamentales, v.gr., el derecho al ambiente sano.

Es importante retener que la idea medular del abuso del derecho no persiguió generar una transformación de los poderes propietarios ni de las libertades; de ahí que la idea central es que se ejerce un derecho de manera abusiva cuando se lo hace ilegítimamente, es decir sin atender al fin de desarrollar los intereses del individuo titular en su beneficio sino con el solo objetivo de perjudicar a un tercero.

Pese a ello, la fórmula doble con la cual la ley 17.711 consagró en el derecho positivo argentino el abuso del derecho (art. 1071), recoge como uno de sus dos criterios de calificación 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 existe en el derecho comparado y de los más difundidos 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 sociales (11) a través de la jurisprudencia creativa de los jueces (12). Josseland 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 (13); sin embargo como se verá luego, 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.

En fin, lo que separa el movimiento de la función social de la propiedad y los derechos subjetivos del proyecto político del abuso del derecho es que "la incidencia del abuso de derecho en el momento de ejercicio de aquel legitima la persistencia de una relativamente inalterada concepción del derecho, en cuya atribución el legislador no hace relevar intereses hetero-individuales, en ocasiones conflictivos con relación a los del respectivo titular; diversa es la consecuencia que emerge de la concepción de la función social de la propiedad" (14).

La innovación del nuevo Código Civil y Comercial, que aquí llamo "giro ambiental del abuso del derecho", es un nuevo jalón en esta historia del abuso del derecho que básicamente consiste en haber internalizado, en la propia estructura del derecho subjetivo lo que en principio constituye un límite externo al derecho subjetivo que proviene de los "derechos de incidencia colectiva" (DIC) (art. 41 Constitución argentina). En otras palabras, se asigna a los derechos subjetivos una doble función: a) satisfacer las necesidades individuales (función individualista); b) satisfacer las necesidades comunes o colectivas.

Tomemos por ejemplo el derecho de dominio. La "cosa" de la cual es dueño una persona humana o jurídica es un "bien" que integra el patrimonio de esa persona pero también puede ser —al mismo tiempo— un bien valioso desde la perspectiva ambiental o cultural, no solo para él sino para toda la sociedad; así la cosa será soporte material de dos derechos, uno individual —el dominio— y otro colectivo o común —el derecho de incidencia colectiva— del cual son titulares otros sujetos —la ciudadanía en general—, por ello el titular del derecho subjetivo sabe y es responsable por dar a la cosa un uso que signifique desarrollar ambos derechos al mismo tiempo.

La elección de la figura del abuso del derecho está plenamente justificada. No solo por su profundo arraigo en la tradición cultural del derecho privado argentino, sino por su plasticidad y su compatibilidad con el proyecto de un Código que confía en los jueces.

3. El paso previo: el reconocimiento del límite externo en los DIC

Ahora bien, como un primer paso previo para que ese límite interno de los derechos subjetivos privados exista, el derecho privado debe, antes que nada, visibilizar la existencia de los derechos de incidencia colectiva (DIC) como límite externo. Dicho de otra manera, el primer paso —desde la perspectiva intelectual— es visibilizar en el derecho privado que los derechos trans y supra individuales existen; por ello el art. 14 del CCiv.yCom. comienza diciendo que se "reconocen" en el Código los derechos de incidencia colectiva, lo cual implica que ya preexistían pero en el texto constitucional.

El paso posterior es reconocer que existen conflictos entre ambos órdenes de derechos —individuales y colectivos—: es decir, que el titular de un derecho individual sobre un bien no puede ejercer el derecho aniquilando otro derecho, esta vez colectivo, que otros titulares tienen sobre un segundo bien. En otras palabras: los DIC constituyen un límite externo a los derechos individuales.

Por ello, el tercer paso previo es indicar el método de resolución de estos conflictos "externos" entre dos derechos. El CCiv.yCom. cumple con esta tarea marcando que el método es "compatibilizar" los derechos individuales con los DIC (art. 240 CCiv.yCom.) [\(15\)](#).

En fin, solo luego de (a) visibilizar los DIC; (b) reconocer el carácter conflictivo entre estos ordenes de derechos y (c) que el método para resolver el conflicto es el "juicio de compatibilidad", puede (c) reconocerse que existe, proveniente de los DIC un límite interno en el propio derecho subjetivo.

4. Los niveles de conflictividad, sinergia

En definitiva, existen en el CCiv.yCom. dos niveles de conflictividad entre los derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva: (a) en el primer nivel (art. 14) el titular del derecho subjetivo no "atiende" debidamente a la finalidad colectiva que el bien tiene; (b) en el segundo nivel, el titular de un derecho subjetivo al ejercerlo entra en colisión con el derecho colectivo que detentan otros titulares sobre otro bien diferente del que recae el derecho subjetivo (art. 240).

Existe entre estos dos niveles una indudable conexión, pues en ambas hipótesis la colisión de órdenes de derechos —el orden de los derechos individuales y el orden de los colectivos— es la misma.

Por tanto, existen reglas comunes para resolver esa colisión que son proporcionadas por el art. 240 del CCiv.yCom.

Se trata de tres subdirectivas para resolver estos conflictos: (a) por incompatibilidad con los DIC; (B) por disconformidad con las leyes ambientales; (c) por afectar la sostenibilidad del ecosistema y sus componentes. La segunda subdirectiva remite a una hipótesis de ilegalidad o antijuridicidad formal, por lo cual es ajena al abuso del derecho.

En lo que aquí interesa —a los fines del eco-abuso de derecho— establecer directivas claras para delimitar cuándo existe y cuándo no existe abuso de derecho por desconocer las finalidades comunes o colectivas de los derechos subjetivos es sumamente relevante desde la perspectiva de la seguridad jurídica.

El art. 240 actúa así como una regla legal especial respecto de la cláusula general del eco abuso del derecho [\(16\)](#).

De las tres subdirectrices que establece el art. 240, son sin dudas la primera y la tercera las que actúan como reglas para dirimir la existencia del abuso del derecho: (a) el titular de un derecho subjetivo abusa de su derecho si ejerce su poder afectando "la sustentabilidad del ecosistema y sus componentes" [\(17\)](#). Desde siempre se ha considerado abusivo actuar para dañar a terceros a través del ejercicio de un derecho individual, lo que cambia es que el daño es al ecosistema, su equilibrio o a alguno de los microbienes que lo componen; (b) además de ello, la primera regla es también una subdirectriz de abuso del derecho: ir en contra de los fines colectivos que tienen los derechos individuales.

En fin, existe un feedback entre ambas normas —los arts. 14 y 240—, una sinergia posible que debe ser explorada.

5. ¿Cuáles son los límites en los que declina el abuso del derecho en relación a los DIC?

Del eco-abuso del derecho o, más ampliamente, el abuso de derecho en función de los bienes comunes, pueden extraerse declinaciones varias:

a) El titular dominial tiene el derecho a solicitar que se talen los árboles del vecino que se encuentren a una distancia de menos de tres metros de la pared medianera o cerco perimetral (art. 1982 CCiv.yCom.) [\(18\)](#); pero si esos árboles no lo perjudican en el ejercicio de su derecho, ejerce abusivamente su derecho si solicita que los talen por no cumplir el límite formal [\(19\)](#). Incluso la jurisprudencia había señalado, reconociendo la existencia de valores ambientales que, aunque cause perjuicios, debía optarse por una medida que compatibilizara mejor ambos derechos, v.gr., cortar las ramas que exceden el límite de la heredad [\(20\)](#). Ahora el CCiv.yCom. establece en el art. 1982 que nadie puede tener arboles o arbustos "que exceden de la normal tolerancia. En tal caso, el dueño afectado puede exigir que sean retirados, a menos que el corte de ramas sea suficiente para evitar las molestias".

b) El titular dominial de un bien tiene el derecho de no mantener el inmueble, y nadie puede "exigirle que lo repare" (art. 1132 Código Civil derogado); sin embargo si se transforma en un inmueble que "amenace ruina" pueden solicitarse medidas cautelares para evitar el daño (art. 2499 Código Civil derogado). Ahora bien, si el bien ha sido calificado como un bien cultural bajo las leyes que protegen el patrimonio cultural, el titular dominial tiene una obligación positiva de hacer consistente en invertir lo necesario —en el límite de sus posibilidades económicas— o solicitar la contribución del Estado —mediante acuerdos de conservación, art. 3°, ley 12.665 conforme ley 27.103— [\(21\)](#) para mantener en buen estado el bien de modo que no pierda su valor

como bien cultural. Esos deberes solo se explican por la internalización de las funciones ambientales y culturales en la estructura del poder propietario.

c) Si el inmueble es un bien cultural o ambiental el titular no puede destruirlo; es un deber legal que deriva del mandato constitucional de protegerlo (arts. 41 y 75, inc. 19, CN) (22).

d) El titular de un inmueble tiene el derecho de edificar en el inmueble dentro de los límites de la ley y los reglamentos municipales. Sin embargo no puede edificar privando del paisaje a otros (23) o con el solo fin de limitar el acceso a la luz solar que le permitiría al vecino instalar un dispositivo para energía solar. Es decir, en general es abusivo el ejercicio de un derecho individual aquel que limita el acceso a los bienes comunes ambientales o culturales.

e) El acreedor tiene el derecho de revocar los actos y contratos que lo permiten, v.gr., las donaciones. Sin embargo, si el bien donado es un bien cultural que fue donado al Estado, implica ejercer abusivamente el derecho de revocar la donación por incumplimiento si con ello priva a la ciudadanía del acceso al patrimonio cultural (art. 75, inc. 19, CN).

f) El titular dominial de un bien inmueble puede hacer obras en el mismo, v.gr., si una cañada pasa por su predio puede hacer obras para mejorar la relación con la porción productiva del inmueble (art. 1975). Sin embargo, no puede efectuar obras que signifiquen alterar el curso del agua: "Los particulares no deben alterar esos cursos de agua" (art. 239, 3º párr.) o "modificar su dirección o velocidad" salvo con finalidad defensiva (art. 1975).

g) El titular dominial tiene el derecho de detentar la cosa que le pertenece en propiedad, lo que incluye el derecho a no prestarla a terceros o a impedir el acceso de terceros al bien. Sin embargo, si se trata de un bien patrimonial o ambiental debe permitir el acceso inocuo al bien a la comunidad, y si es un bien mueble el titular está obligado a prestarlo para su exposición o investigación (derecho de uso inocuo) (24). En Argentina el derecho de acceso inocuo y de uso inocuo no se encuentra positivizado —excepto en el acampo del patrimonio arqueológico o paleontológico— deriva directamente de la existencia de un bien cultural y de derechos de incidencia colectiva sobre ese bien. El titular dominial de un inmueble tiene el derecho de utilizar "libremente" las fuentes de agua que surgen en el inmueble (art. 239, CCiv.yCom.). Pero ese derecho de uso es en los límites de la necesidad de su heredad (25), no pudiendo impedir que el agua corra para que otros la usen aguas abajo (26). Así el CCiv.yCom. luego de afirmar que el titular dominial puede usar estas aguas libremente, afirma que "Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho" (art. 239 2º párr.). Si bien se trata de un uso excesivo y en ese sentido podría debatirse si es o no un caso de abuso de derecho, es claro que consumir demás aunque no se lo requiera o impedir que corra aguas abajo para que lo disfrute un tercero es también un ejercicio del poder propietario en perjuicio del acceso a bienes ambientales.

h) El empresario que tiene el derecho a ejercer el comercio y la industria lícita y a expresarse a través de la publicidad comercial; sin embargo, este aspecto del derecho a la libertad no puede justificar la realización publicidades que sean contrarias a los valores culturales o ambientales, pues se tratará de publicidades abusivas (art. 1101, inc. b, CCiv.yCom.).

i) Los contratantes tienen libertad contractual para establecer el contenido de las cláusulas pero no puede utilizar ese derecho para fijar cláusulas que perjudiquen el ambiente o la cultura, v.gr., una cláusula por la cual se cede la obligación de descontaminar un inmueble al comprador; ¿Y los casos de sobreexplotación de quien tiene el dominio o concesión de uso de bienes ambientales? Por ejemplo, si una empresa tiene derecho para tomar agua de un río con el fin de fabricar cerveza, y toma mayor cantidad perjudicando el equilibrio del ecosistema, ¿ejerce abusivamente su derecho? No si se entiende que es un "acto excesivo" y que estos actos son límites al derecho y no un subtipo de ejercicio abusivo, pero si en cambio esa misma empresa toma agua para fabricar otros productos o con otros fines lesionando el bien colectivo, sí, sin dudas se estará frente a un ejercicio abusivo del derecho pues se está alterando el fin del uso del bien.

III. Tercera parte

1. Las trampas del paisaje

Una lectura rápida puede llevar a la conclusión —apresurada— que el CCiv.yCom. no recepta la idea de función ambiental de la propiedad o del contrato —o mejor, de las libertades contractuales—.

Como adelanté en la historia de la evolución de las ideas acerca de la propiedad privada, el intento por dotarla de una "función social" constituyó un capítulo diferente del anterior, preocupado por descubrir la existencia de límites internos al ejercicio del poder propietario mediante (a) el recurso al abuso del derecho y (b) el establecimiento de límites al dominio.

Ambos "movimientos" en la evolución del pensamiento acerca de la propiedad se diferencian claramente.

Para Leon Duguit, quizás uno de los más caracterizados militantes de la teoría de la función social de la propiedad, la teoría del abuso del derecho es "inexplicable y contradictoria" (27) y "no es nada nuevo" (28), por el contrario "ha sido un procedimiento inventado por los juristas para salvar las consecuencias que proceden lógicamente del carácter absoluto del derecho de propiedad y mantener al mismo tiempo ese carácter" (29).

Intentando ir más allá del abuso del derecho, autores como León Duguit propusieron una reforma más profunda del instituto de la propiedad privada y el derecho subjetivo en general: reconocer la existencia de la función social que —en esta lógica— constituye un límite externo al poder individualista.

La función social de la propiedad consiste en que el titular del dominio tiene "la obligación de orden objetivo, de emplear la riqueza que posee en mantener y aumentar la interdependencia social" (30), o dicho en términos de otro de sus contemporáneos, Emile Durkheim, en densificar el lazo social a través del "contrato justo" en la dirección de una mayor comunidad (31).

De esta manera, la función social de la propiedad se declina en la existencia de obligaciones positivas para el propietario —no solo negativas, como no dañar a terceros— tales como, v.gr., honrar el carácter productivo de la tierra agrícola, cultivándola y haciéndola producir (tal como se establece en el art. 28 de la Constitución Provincia de Santa Fe, Argentina, 1962) (32) o la obligación de "emplear la cosa en la satisfacción de necesidades comunes" (33), "en la persecución de un fin de interés colectivo" (34).

El ejemplo que emplea Duguit es el de la propiedad de los bienes de la iglesia que la Revolución Francesa otorgó a los municipios pero que al mismo tiempo otra norma —la Ley Briand de 1807— permitía a los fieles hacerles cumplir los fines de servir para el culto (35). Aquí existe un propietario pero al cual se le impone una función que el bien debe cumplir y que lo trasciende: la "función social" —o "propiedad función"— de servir al desarrollo del culto, que se traduce en un derecho de sujetos no titulares del dominio de hacerle observar al titular esta función y la correlativa obligación del titular de darle ese destino.

Como se sabe el CCiv.yCom. no consagró de manera expresa la función social ni del contrato ni de la propiedad (36) como sí lo hace el Código Civil de Brasil. Pero sin embargo estableció las reglas de juego de los órdenes de los derechos —individuales y colectivos— que permiten por vía del conflicto de derechos introducir al CCiv.yCom. la función socio ambiental que establece la Constitución Nacional (37).

Exactamente de la misma manera que lo hacía Duguit puede sostenerse hoy en Argentina la existencia de una función socio-ambiental en el campo del derecho privado que se traduce en un derecho de los ciudadanos para que los bienes del dominio público y privado cumplan una función de servir al mantenimiento del equilibrio y dinámicas ecosistémicas o para que cumplan con su función cultural, generando la consecuente obligación del titular dominial de observar esta función de su bien, pero el camino elegido ha sido hacer evolucionar la institución del abuso del derecho, darle un nuevo giro, internalizando esa función. Algo que para los solidaristas de fines del siglo XIX hubiera parecido imposible.

2. ¿Un derecho privado reflexivo?

Cuando se analizan las razones por las cuales no se consagró directamente la función ambiental de los derechos individuales, la respuesta se asemeja a las razones que llevan a sostener la existencia de un derecho reflexivo en el campo de la teoría del derecho. Es que el apogeo y expansión del abuso del derecho se ha dado conjuntamente con la expansión y desarrollo del estado social y puede considerarse como un subproducto del mismo que intenta modalizar en un sentido más solidarista las antiguas instituciones del derecho privado individualista.

Hoy las ciencias sociales reflexionan arduamente acerca de las razones del fracaso del Estado de bienestar y cómo reconstruirlo y lo mismo ocurre en el campo del derecho.

La idea de un derecho reflexivo es una propuesta doble: (a) recoger la experiencia del fracaso y (b) retener un "zócalo" social.

En este contexto, tal vez no sea para nada descabellado pensar en re-visitarse el abuso del derecho que ha sido uno de los vehículos del programa solidarista en el derecho privado (38) que puede contribuir al desarrollo de la función socio-ambiental.

Es que herramientas como el abuso del derecho tienen una reconocida plasticidad; la falta de plasticidad no proviene del instrumento en sí, sino de los programas políticos y de las categorías que estructuran el conocimiento jurídico que derivan de esos programas.

El eco-abuso del derecho, parte de la idea de que micro decisiones personales pueden poner en riesgo un bien ambiental como por ejemplo el paisaje. No es otra cosa que el deber del individuo de contribuir al equilibrio y dinámica transgeneracional de los ecosistemas que subyace en la norma fundamental del art. 41 de

la CN y que el nuevo CCiv.yCom. internaliza en la estructura de los derechos individuales.

En fin, los movimientos que opera el abuso del derecho en el nuevo Código Civil son dos —sin entrar en la cuestión de las situaciones jurídicas abusivas—: por un lado, deja el papel tradicional de ser un mecanismo de limitación del derecho propietario exclusivamente para pasar a ser con toda claridad una limitación socio-ambiental de ejercicio de todos los derechos privados y, en segundo lugar —e íntimamente vinculado con este primer cambio—, el abuso del derecho deja de ser sólo un límite interno de los derechos privados para transformarse en el canal que permite internalizar en la estructura de los derechos subjetivos la existencia de derechos de incidencia colectiva y darles así una nueva función: la función pro bienes comunes.

(1) CNFed. Civ. y Com., sala II, 18/11/1994, "Uriarte, Carmen R. y otros c. Estado nacional - Ministerio de Educación y Cultura". Publicado en: La Ley 1995, D-658, cita online: AR/JUR/2516/1994.

(2) SOZZO, Gonzalo, "El derecho fundamental al patrimonio cultural en estado gaseoso (la narrativa de los casos jurisprudenciales como solvente)", RDerechoAmb., nro. 10, LexisNexis, Buenos Aires, ps. 10 a 49.

(3) LORENZETTI, Ricardo L., Fundamentos de Derecho Privado, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 72.

(4) *Ibídem.*

(5) LEONFANTI, María Antonia, "Abuso del derecho (continuación)", Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, año IX, 1944, t. 42-43, ps. 9 y 10. Vid. también FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Abuso del Derecho, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 18 y 19.

(6) DUGUIT, León, Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón, Edeval, Valparaíso, 1987, ps. 25 a 27.

(7) ROVIRA VIÑAS, Antoni, El abuso de los derechos fundamentales, Península, Barcelona, 1983, ps. 101 y ss.

(8) SPOTA, Alberto, Tratado de derecho civil. Relatividad y abuso de derechos, t. I, vol. 2, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 334.

(9) *Ibídem.*, p. 288.

(10) Sobre esta variante no existe consenso. Para Jossierand, por ejemplo, no constituye un ejercicio abusivo del derecho sino un límite. JOSSERAND, Luis, El espíritu de los derechos y su relatividad, José M. Cajica, Puebla, 1946, ps. 22 y 34.

(11) ROVIRA VIÑAS, Antoni, *ob. cit.*, p. 135.

(12) 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, *ob. cit.*, ps. 137 a 145.

(13) "...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", DUGUIT, León, *ob. cit.*, ps. 312 y 313.

(14) PRATA, Ana, A tutela constitucional da autonomia privada, Livraria Almedina, Coimbra, 1982, p. 157.

(15) Lo que "consiste en una armonización" (LORENZETTI, Ricardo L., *ob. cit.*, p. 406) o balancing de ambos órdenes de derechos.

(16) LORENZETTI, Ricardo L., *ob. cit.*, p. 403.

(17) La segunda regla, "disconformidad con las leyes ambientales" es claramente un caso de ilegalidad; y la primera subdirectriz, "incompatibilidad con los derechos de incidencia colectiva" refiere al conflicto externo.

(18) La norma dice: "Árboles, arbustos u otras plantas. El dueño de un inmueble no puede tener árboles, arbustos u otras plantas que causen molestias que excedan la normal tolerancia. En tal caso, el dueño afectado puede exigir que sean retirados, a menos que el corte de ramas sea suficiente para evitar las molestias. Si las raíces penetran en su inmueble puede cortarlas por sí mismo".

(19) "El buen sentido inspira también al ejercicio regular, razonable o no abusivo del derecho; no se puede hacer valer el derecho subjetivo emergente de la situación jurídica diseñada por el dispositivo comentado, sin referencia a un interés (*rectius*, causa del derecho) merecedor de tutela jurídica". "Ello así, la demanda de retiro de árboles o arbustos por la mera violación de las distancias reglamentarias, sin invocación de algún daño cierto, riesgo o peligro de daño, molestia de cierta intensidad, inconveniente de envergadura, etc., etc., no merece ser

aceptada por ausencia de la causa originadora del derecho pretense" (TSJ Cba., sala Civil y Comercial, 30/05/1991, "Bisio de Gotusso, María T. c. Zurbriggen de Castañeda, Lidia". Publicado en: LLCba., 1991-772, cita online: AR/JUR/303/1991).

(20) El caso es el resuelto por la CCiv.yCom. Mar del Plata, sala 2ª, 18/11/1997, "Quintán SA c. Mujica, José M.", JA 1999-I-320. La Cámara mandó además del corte de las ramas que excedían la medianera, a realizar un tratamiento fitosanitario a los árboles para evitar que las hojas cayeran fuera de época.

(21) "Art. 3º. — La Comisión Nacional podrá celebrar con los propietarios de los bienes declarados acuerdos a fin de determinar el modo cooperativo de asegurar el cumplimiento de los fines patrióticos de la ley. Si la conservación del lugar o monumento implicase una limitación al dominio, el Poder Ejecutivo indemnizará al propietario en su caso, y en la medida de dicha limitación".

(22) Por otro lado, y más allá de las responsabilidades civiles y penales que pudieran corresponder, la ley 27.103 de reforma de la ley 12.665 establece: "Art. 8º. — El que infringiera la presente ley mediante ocultamiento, omisión, destrucción, alteración, transferencia o gravamen, exportación o cualquier otro acto material o jurídico practicado sobre bienes protegidos será sancionado con multa, cuyo valor se establecerá entre un mínimo de diez por ciento (10%) hasta tres veces el valor del bien o los bienes que hayan motivado la conducta sancionada. Para la determinación de la multa se atenderá a la gravedad de la falta cometida y al carácter de reincidente del infractor. Los montos percibidos en concepto de multa serán destinados a las partidas presupuestarias asignadas a la Comisión Nacional".

(23) La existencia del paisaje como bien jurídico protegido en función del interés colectivo es reconocida ahora por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (art. 240). La Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego reconoce que los valores estéticos ambientales son objeto de tutela, art. 25. Por otro lado, algunas leyes nacionales relevantes ya reconocen este tipo de valores, como la ley 12.665 reformada por la ley 27.103, que en su artículo 4º reconoce que uno de los subtipos de bienes culturales es el del "paisaje cultural nacional", o la ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, que en su art. 5º enumera entre los servicios ambientales de los bosques nativos hacia la sociedad el de contribuir "a la diversificación y belleza del paisaje". En el plano internacional cabe recordar que existe la Convención Europea de Florencia sobre protección del paisaje de 2000 que actualmente se encuentra abierta a la suscripción de cualquier país (<http://www.coe.int/en/web/landscape/home>) y que la Convención de UNESCO de Patrimonio Cultural y Natural común de la humanidad de 1972 de la cual Argentina es parte, contempla la posibilidad de declarar como patrimonio común de la humanidad paisajes.

(24) OROZCO PARDO, Guillermo - PÉREZ ALONSO, Esteban, La tutela civil y penal del Patrimonio histórico, cultural o artístico, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, ps. 16-17 y 86-88.

(25) La regla originaria del art. 641 del Code era que "quien tiene una fuente en su fundo puede usar de ella a su voluntad", pero luego una ley de 1898, inspirada en la idea de abuso de derecho, estableció que cuando forman un curso de agua no puede servirse más que "en los límites y para las necesidades de su heredad", MORIN, Gastón, La loi et le contrat. Decadence de leur souveraineté, Librairie Felix Alcan, Paris, 1927, p. 127.

(26) JOSSERAND, Luis, ob. cit., p. 37. Para el autor estas normas del Code (arts. 642 y 643) establecen "un sistema netamente restrictivo; para nosotros, consagra una aplicación de la teoría del abuso del derecho de propiedad por el mismo hecho que realiza una adaptación de la noción de interés legítimo, adaptación especializada a las fuentes y que se justifica por las necesidades de la vida rural, por el carácter común y el destino colectivo de tales bienes", ps. 37 y 38.

(27) DUGUIT, León, ob. cit., p. 143.

(28) *Ibidem*, p. 172.

(29) *Ibidem*.

(30) *Ibidem*, p. 137.

(31) DURKHEIM, Emile, Lecciones de sociología, t. III, Miño y Dávila, 2003; DURKHEIM, Emile, La división del trabajo social, t. II, Planeta Agostini, España, 1994.

(32) "La Provincia promueve la racional explotación de la tierra por la colonización de las de su propiedad y de los predios no explotados o cuya explotación no se realice conforme a la función social de la propiedad y adquiera por compra o expropiación".

(33) DUGUIT, León, ob. cit., p. 142.

(34) *Ibidem*, p. 145.

(35) *Ibidem*, p. 146.

(36) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 72.

(37) *Ibíd.*, p. 85.

(38) Hay que ser cuidadosos en la afirmación: no es un instrumento originalmente solidarista, pero sí, luego, una parte de la doctrina se preocupó por darle —pese a la crítica— ese tinte solidarista.