

Capítulo 10

El razonamiento para tratar cuestiones: la omisión de cuestión esencial formulada a través de contrafácticos

Mariana Cucatto

marianacucatto@yahoo.com.ar

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)

Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata

La Plata, Argentina

Edgardo Gustavo Rojas

egustavorojas@hotmail.com

Instituto de Investigaciones en Humanidad y Ciencias Sociales, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata

La Plata, República Argentina

Toribio Enrique Sosa

tesosa@live.com.ar

Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad Nacional de La Pampa

Cámara de Apelación Civil y Comercial, Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires

Trenque Lauquen, República Argentina

En: Roberto Bein y Elizabeth M. Rigatuso, eds. (2017)

Asuntos de sociolingüística y análisis del discurso

Bahía Blanca, Ediuns y SAEL, págs. 127 a 136.

ISBN 978-987-655-166-3

Disponible en: <http://repositoriodigital.uns.edu.ar/>

Resumen

Esta presentación propone un abordaje interdisciplinario del razonamiento contrafáctico que subyace a la elaboración y a la interpretación de sentencias judiciales, articulando aportes teóricos de la Lingüística y del Derecho Procesal. Al respecto, es sabido que el razonamiento contrafáctico, en su expresión más trivial y de modo general, consiste en imaginar hechos y circunstancias que difieren de la realidad empírica. Una manifestación más elaborada de este mecanismo cognitivo consiste en reflexionar sobre la incidencia que tales hechos y circunstancias pudieran ejercer sobre otros; la expresión más elemental de esta segunda alternativa viene dada por aquellos enunciados que la tradición lógica y gramatical denominan condicionales contrafácticos, irreales o cerrados (Kripke, 1973; Fauconnier, 1996; Montolio, 1999; RAE, 2010). Como tales, se diferencian de los condicionales reales y potenciales ya que las contingencias referidas por estos períodos presentan cierta probabilidad de ocurrencia, en tanto que esta se encuentra cancelada cuando se trata de los condicionales contrafácticos (Rojas, 2013). Arribando a nuestro objeto de interés, proponemos un estudio descriptivo y explicativo del proceso consistente en identificar, ordenar y tratar las cuestiones que deben ser consideradas en la redacción de sentencias (Cucatto y Sosa, 2014). Cabe acotar que las cuestiones son preguntas totales —solo admiten ser respondidas afirmativa o negativamente— acerca de los hechos, las pruebas y las normas jurídicas que resultan relevantes en la resolución de un caso judicial. Los objetivos de nuestro trabajo son: 1) describir el tratamiento de cuestiones en la redacción de

sentencias a partir de las estructuras condicionales que este proceso supone; 2) demostrar que la omisión de cuestiones esenciales, en particular, puede ser explicada en términos de condicionales contrafácticos. En cuanto al corpus, tendremos en cuenta una muestra de casos correspondientes a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Introducción

Este trabajo se enmarca institucionalmente en el Proyecto de Investigación «Lenguaje jurídico, cognición y comunicabilidad: la escritura de sentencias judiciales desde una perspectiva lingüístico-cognitiva», dirigido por la Dra. Mariana Cucatto (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata) y codirigido por el Dr. Ernesto Domenech (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata). Se trata de un proyecto que asume la necesidad de encarar el objeto de estudio consignado en el título desde una perspectiva interdisciplinaria e interinstitucional, por lo cual convoca la participación de investigadores formados en distintas áreas de los estudios lingüísticos, las ciencias sociales y jurídicas, quienes articulan la labor académica con la intervención profesional en distintas áreas, organismos y estamentos del sistema judicial.

Es oportuno señalar que el lenguaje jurídico en sus distintas subvariedades ha ocupado en las últimas décadas del siglo veinte las agendas de numerosos centros de estudio y agencias del conglomerado científico nacional, regional e internacional. De modo progresivo, los hallazgos obtenidos en las investigaciones encaradas por estos organismos han sido capitalizados por iniciativas gubernamentales orientadas a la intervención profesional en el campo de la comunicación jurídica. Esta interacción entre las instituciones académicas y judiciales ha propiciado el tratamiento interdisciplinario del lenguaje jurídico y la extensión de un movimiento internacional que entiende dicha tarea como una herramienta apropiada para orientar la planificación lingüística en el quehacer judicial (Mattila, 2006; Gutiérrez Álvarez, 2012).

Las experiencias sistematizadas en el contexto de dichas iniciativas y por nuestro equipo de investigación indican que la mirada de los usuarios expertos del lenguaje jurídico —es decir, los agentes del sistema judicial— resulta indispensable para abordar con pertinencia y en profundidad los fenómenos implicados en el uso de esta lengua profesional. Consideramos que este trabajo representa un ejemplo ilustrativo de ello dado que nos abocamos a explicar estrategias particulares que despliegan los jueces en la redacción de sentencias y que, si bien pueden describirse a partir de nociones y conceptos lingüísticos, presentan dimensiones que exceden los alcances de tales herramientas teóricas.

En concreto, y en cuanto a los objetivos de este trabajo, proponemos describir y explicar las operaciones pragmático-cognitivas que sustentan la identificación, la ponderación, la organización y el tratamiento de las cuestiones consideradas en la redacción de sentencias. Las cuestiones son interrogantes cuyo tratamiento guía la elaboración de sentencias, son preguntas totales o cerradas, es decir que únicamente habilitan la posibilidad de ser resueltas de modo afirmativo o negativo (Real Academia Española, 2010: 804). Los jueces argumentan para dilucidar las cuestiones y dilucidando las cuestiones al momento de sentenciar llegan finalmente a la solución del caso sometido a juzgamiento (Cucatto y Sosa, 2014).

Asimismo, buscamos demostrar que, cuando se trata específicamente de «cuestiones esenciales», dichas operaciones sugieren una modalidad de razonamiento contrafáctico, de modo que resultan susceptibles de ser explicitadas a partir de determinados enunciados condicionales también contrafácticos. Entre las proyecciones que alcanzamos a vislumbrar a partir del estudio, entendemos que esta propuesta no solo permite visibilizar aspectos implícitos y relevantes de la redacción jurídica, sino también aportar nociones metodológicas que favorezcan la elaboración eficaz y la interpretación apropiada de sentencias.

Dadas las características de nuestro objeto de estudio y los objetivos del trabajo, como así también la perspectiva de índole transdisciplinaria que antes destacamos, articulamos en nuestro marco teórico de referencia conceptos aportados por los estudios del lenguaje y las ciencias jurídicas. En particular, nos concentraremos en nociones teóricas que brinda el estudio

de las lenguas con fines específicos, con énfasis en el caso especial del lenguaje jurídico y el género discursivo de las sentencias. En la presentación y conceptualización de aspectos técnicos propios de la práctica judicial y, más específicamente, las prácticas de la escritura judicial, nos valdremos de insumos aportados por las teorías del proceso. En el abordaje de los condicionales contrafácticos implicados en el estudio, desarrollaremos la exposición con base en la teoría gramatical desde el enfoque cognitivista.

En la medida que emprendemos aquí la exploración de aspectos prácticos y, al mismo tiempo, tan relevantes como determinantes del proceso judicial, consideramos que la estrategia metodológica más apropiada es el estudio de casos. Conforme a tal consideración, la muestra de ejemplares textuales analizados estará conformada por sentencias rubricadas por los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, atendiendo a la relevancia de sus pronunciamientos en el marco de esta jurisdicción¹. En cuanto a esta decisión metodológica, es de hacer notar que, más allá de la fuente o el origen de los textos, los mecanismos que proponemos describir y explicar seguidamente son comunes a todos los organismos jurisdiccionales que también deben resolver cuestiones planteadas en los mismos términos en el momento de fallar sobre los casos de su competencia.

Noción de cuestión

Estamos en presencia de una cuestión cuando sobre algo existe la opción de que sea o no sea.

Así, en el discurso jurisdiccional, se suele distinguir entre cuestiones:

- a- de hecho, cuando se trata de determinar si un hecho con sus particulares circunstancias de personas, tiempo, lugar, modo, etc., ha existido o no ha existido;
- b- de prueba, cuando se considera si tal o cual medio de prueba es admisible o no lo es, si es pertinente o no lo es, o si es atendible o no lo es;
- c- de derecho, cuando se discurre si una norma jurídica es aplicable o no es aplicable, si es constitucional o no es constitucional, etc.

En síntesis, cuando ante un tópico fáctico, probatorio o jurídico existe una encrucijada del tipo «ser o no ser», allí hay una cuestión (Cucatto y Sosa, 2014).

Todas las cuestiones relevantes deben ser detectadas, planteadas ordenadamente y respondidas por los jueces para sostener la decisión sobre las pretensiones y defensas sometidas a su conocimiento (Cucatto y Sosa, 2016 a). Así entendidas, las cuestiones son preguntas totales, ya que solo admiten ser respondidas afirmativa o negativamente.

Y, para tomar partido por uno de los términos de cada cuestión (ej.: el recurso, ¿es admisible o es inadmisibile?), los jueces deben argumentar, tarea en la que no puede faltar la mención de los principios o de las normas jurídicas aplicadas, es decir, principios o normas jurídicas «que hablan» a través de la palabra de los jueces (Cucatto y Sosa, 2014).

Supongamos, a modo de ejemplo ilustrativo, que alguien inicia un juicio afirmando ser acreedor de otra persona y pidiendo que los jueces condenen al deudor a pagarle una suma de dinero; supongamos también que, quien se dice a sí mismo acreedor, para justificar su derecho invoca un contrato de compraventa, en el que él habría actuado como vendedor: él entregó la cosa vendida, pero el comprador no le pagó el precio; precisamente, lo que reclama el pretendiente/vendedor es que el comprador sea condenado a pagarle el precio de la compraventa.

Una vez notificado del reclamo, el demandado también se presenta y se defiende, planteando que el contrato no ha existido, que en todo caso ha pasado el tiempo (5 años) para reclamar el pago del precio (prescripción), que el demandante es una persona incapaz o con capacidad

¹ El repositorio de fallos en materia civil y comercial de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires a partir de 1986 (en otras temáticas y fueros, desde 1996) se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://juba.scba.gov.ar/Busquedas.aspx>.

restringida (falta de personería) y que, además, el juzgado interviniente es incompetente (es decir, no es el que debería conocer del caso, sino otro).

Llegado el momento de resolver es evidente que debe enfrentarse una primera encrucijada, ¿qué cuestiones deben ser decididas por el órgano jurisdiccional para poder llegar a la solución final del caso? Y una vez determinadas las cuestiones, se hace necesaria una segunda encrucijada no tan evidente, ¿en qué orden deben ser abordadas? Lo que debe quedar en claro es que, para resolver sobre la pretensión del sedicente vendedor cuyo objeto es que se condene al argüido comprador a entregarle una suma de dinero, el órgano jurisdiccional:

- a- debe responder a las cuestiones emergentes de las postulaciones de las partes, que debe primero detectar/deslindar y luego abordar en orden;
- b- como principio, no debe ir más allá ni más acá de las cuestiones planteadas por las partes, pues ellas marcan los confines de su competencia (principio procesal de congruencia).

Siempre siguiendo con nuestro ejemplo ilustrativo —y por razones jurídico-procesales que no viene al caso aquí profundizar— el orden adecuado para resolver las cuestiones sería:

- a- el juzgado ante el cual ha sido planteada la pretensión, ¿es o no es el órgano jurisdiccional que, según la ley, debe conocer del caso?
- b- el pretendiente, ¿es o no es una persona capaz para reclamar el cumplimiento por sí, sin la intervención de un representante o apoyo legal?
- c- ¿pasó o no pasó el tiempo para reclamar el cumplimiento? (prescribió o no prescribió la acción)
- d- el contrato, ¿existió o no existió?;
- e- si el contrato existió, ¿el comprador pagó o no pagó el precio?

Desplazamiento y omisión de cuestiones

Supongamos que el juez se considera competente (primera cuestión) y que a renglón seguido decide que el pretendiente es una persona capaz para reclamar el cumplimiento del contrato (segunda cuestión), la pregunta es: ¿cómo es que podría llegar al punto de tener que analizar la cuestión ¿existió o no existió el contrato? Podría llegar a tener que abordar esta cuestión solo si tratara la cuestión de si pasó o no pasó el tiempo para reclamar el cumplimiento y si resolviera esta cuestión considerando que no pasó ese tiempo, es decir, considerando que el demandante presentó su demanda tempestivamente.

Ahora bien, ¿qué sucedería si el juez tratase la cuestión de si pasó o no pasó el tiempo para reclamar y la decidiera sosteniendo que sí pasó ese tiempo, es decir, si decidiese que la demanda es extemporánea. En tal supuesto, debería hacer lugar al planteo de prescripción opuesto por el demandado y, así, quedaría sellada la suerte adversa de la demanda. Eso quiere decir que quedarían desplazadas todas las demás cuestiones detectadas y en orden colocadas luego, a saber, quedarían desplazadas las cuestiones consistentes en que si el contrato existió o no existió, y si, en tanto existente el contrato, el comprador pagó o no pagó el precio. Cuestiones *desplazadas*, entonces, son aquellas que el juez no debe llegar a tratar porque la solución del caso queda definida con el tratamiento de una cuestión anterior.

Pero, ¿qué sucedería si el juez no tratara la cuestión de si pasó o no pasó el tiempo para reclamar, y derechamente acometiera el análisis de la cuestión ¿existió o no existió el contrato? En tal supuesto, el juez omitiría tratar la cuestión de si pasó o no pasó el tiempo para reclamar. Cuestiones *omitidas*, por consiguiente, son las que el juez debe tratar pero que indebidamente no trata (Cucatto y Sosa, 2016 a). En suma, la cuestión no desplazada, que se debió tratar y no se trató, es una cuestión omitida.

No está de más acotar que la omisión de cuestión puede ser consecuencia de una tarea mal hecha en la detección, en el ordenamiento o en el tratamiento de las cuestiones: aunque lo

corriente es que se omita tratar lo que no se detecta, del análisis de la sentencia podría extraerse que la cuestión fue detectada e incluso bien ordenada, pero más tarde simplemente no fue tratada (Cucatto y Sosa, 2016 b).

Omisión de cuestión como decisión negativa e inválida sobre la cuestión

No tratar expresamente una cuestión es una situación que puede ser interpretada como rechazo tácito e infundado del planteo que da origen a esa cuestión.

No tratar expresamente cuando se debe decidir equivale a decidir tácita e infundadamente que no. Una «no decisión» cuando en vez se debe decidir por no o por sí, equivale a una tácita «decisión por no»: por ejemplo, si el demandante pide «X» y el juzgado, debiendo tratar y decidir sobre «X», no trata ni decide ni que sí ni que no sobre «X», lo cierto y concreto es que, por vía de no decidir nada, no le da «X», lo que equivale a decidir que no «X».

En consecuencia, por ejemplo, soslayar el tratamiento de una aducida prescripción y sin más pasar al tratamiento del mérito de la pretensión (en nuestro ejemplo de más arriba, tratar si existió o no existió el contrato, y si pagó o no pagó el comprador), equivale a desestimar —tácita e infundadamente, pero desestimar— la prescripción; tratar directamente el mérito de la pretensión sin tratar antes la planteada prescripción significa no hacer lugar —tácita e infundadamente, pero al fin no hacer lugar— a la prescripción. Esa interpretación permite entender el itinerario del decisorio: el juzgado solo pudo llegar a colocarse en situación de resolver sobre una cuestión posterior como la de mérito, habiendo rechazado —expresa o tácitamente, aunque inválidamente en este último supuesto—² una cuestión anterior como la de prescripción.

Así vistas las cosas, omitir el tratamiento expreso de una cuestión es decidirla «por no» de modo tácito e infundado y por ende de modo inválido (Cucatto y Sosa, 2016 a y b).

El razonamiento contrafáctico y los enunciados condicionales

Los condicionales son enunciados que expresan una relación de implicación y/o causa consecuencia entre, al menos, dos hechos o circunstancias, que la tradición lógica suele denominar antecedente y consecuente, mientras que la tradición gramatical prefiere designar, respectivamente, como prótasis y apódosis. El primero de estos componentes (antecedente o prótasis) típicamente está encabezado por la conjunción «si» o expresiones equivalentes, en tanto que el segundo (consecuente o apódosis) puede encabezarse por el adverbio «entonces», aunque, en comparación con el anterior, presenta menor restricción formal, al punto de no requerir formas específicas que lo presenten. Entre las numerosas clasificaciones que propone la teoría lingüística para estos enunciados, una de las más extendidas atañe a la plausibilidad, probabilidad o posibilidad de ocurrencia que puede atribuirse a los hechos y circunstancias referidos. Siguiendo este criterio, se diferencian los condicionales reales, por ejemplo «si A es igual a B y B es igual a C, entonces A es igual a C», de los condicionales potenciales, por ejemplo, «si lloviera por la tarde, podríamos ir al cine», y los condicionales contrafácticos, en cuyo análisis nos detendremos por un momento.

Los enunciados condicionales contrafácticos, también llamados irreales o cerrados (Kripke, 1973; Fauconnier, 1996; Montolio, 1999; RAE, 2010), comunican que el hablante da por cierta la situación contraria a la que expresan tanto el antecedente como el consecuente; por ejemplo, el contrafáctico «si hubiera tenido sed —antecedente—, me habría comprado una botella de agua mineral —consecuente—» da por cierto que no tuvo sed y que por eso no me compré una botella de agua mineral. Así, un enunciado contrafáctico es un tipo de emisión condicional cuyo carácter hipotético y probabilidad de ocurrencia se encuentran cancelados por el mismo discurso (Rojas,

² Inválidamente porque toda decisión judicial para ser válida debe ser expresa y razonablemente fundada (art. 3 del Código Civil y Comercial; arts. 34.4, 161 incs. 1 y 2, 163 incs. 5 y 6 y 169 párrafos 1° y 2° Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; idem Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires).

2013): en el ejemplo, el solo hecho de decir que me «habría comprado» una botella de agua mineral si «hubiera tenido» lleva directamente a interpretar que no me compré esa botella porque no tuve sed.

Cuando X e Y son tales que, «si X hubiera ocurrido, habría ocurrido Y», podemos afirmar que X e Y no han sucedido efectivamente y, al mismo tiempo, que la ocurrencia de X habría condicionado, implicado o provocado la ocurrencia de Y. Vale decir que los condicionales contrafácticos conforman la manifestación verbal de supuestos más o menos plausibles y aceptables, aun cuando estos refieran situaciones que contrarían la realidad, es decir, lo que efectivamente ha sido el caso (Segura Vera, 1999; Sartorio, 2014). Cabe acotar al respecto que si bien los modos verbales del ejemplo (antecedente en modo subjuntivo y consecuente en modo potencial) conforman la variante tratada con mayor habitualidad en las tradiciones lógica y gramatical, la lengua española admite diferentes configuraciones con igual interpretación contrafáctica, por ejemplo, «de haber ocurrido X, habría ocurrido Y» (antecedente en modo infinitivo), y mayor libertad aún en el caso de la lengua coloquial, por caso, «si ocurría X, ocurría Y» (antecedente y consecuente en modo indicativo).

Es de hacer notar que si bien para nuestros fines resulta especialmente de interés la variante más tratada en la bibliografía de referencia, es decir, el caso de los condicionales irreales que refieren situaciones (no acaecidas) del pasado, también pueden considerarse contrafácticos algunos enunciados contruidos en pretérito imperfecto del subjuntivo; por ejemplo, «si tuviese sed, me compraría una botella de agua mineral» o «si tuviese diez años menos, sería más feliz». Sin embargo, a diferencia de los primeros, que resultan ser inherentemente contrafácticos, la interpretación de estos últimos depende en gran medida del contexto textual y el conocimiento de mundo, entre otras variables, como demuestran ambos ejemplos, ya que a pesar de compartir los mismos modos y tiempos verbales, «si tuviera diez años menos...» será interpretado con seguridad de forma contrafáctica, en tanto que «si tuviera sed...» puede ser interpretado como un condicional potencial o hipotético, por ejemplo, si alguna pista del contexto indicara que se está refiriendo una eventual situación futura: «No sé qué haré cuando llegue al parque. Si tuviese sed, me compraría una botella de agua mineral» (Crisholm, 1946).

Omisión de cuestión esencial y contrafácticos

Para empezar, no es lo mismo una cuestión última que una cuestión inicial o intermedia.

Una cuestión inicial o intermedia es esencial cuando debe ser examinada y decidida expresa y fundadamente para recién luego poder acceder a otras cuestiones posteriores, de modo tal que la decisión expresa sobre ella podría truncar o condicionar el acceso al tratamiento de esas otras cuestiones posteriores.

Una cuestión última es esencial cuando su respuesta por sí o por no tiene entidad para torcer de alguna manera el resultado final del proceso judicial.

Hecha la distinción en abstracto entre cuestión inicial o intermedia y cuestión última (seguidamente veremos ejemplos), la pregunta es, ¿cuándo estamos en presencia de una omisión de cuestión esencial?³

Cuestión inicial o intermedia omitida

Para las cuestiones iniciales o intermedias, es posible construir la noción de omisión de cuestión esencial a partir de dos enunciados contrafácticos.

Para empezar, ¿cuáles serían los hechos?

El primero sería: el no tratamiento expreso de una cuestión significa decisión «por no»; y el segundo, al decidirse «por no» la cuestión, se pudo pasar al tratamiento de la cuestión posterior.

³ En rigor, como hemos dicho, no es omisión de cuestión esencial, sino omisión de tratamiento expreso de cuestión esencial.

Entonces los contrafácticos que permiten construir la noción de «omisión de cuestión esencial» serían:

- a- Si se hubiera tratado expresamente la cuestión, entonces podría haberse decidido por sí.
- b- Si se la hubiera decidido por sí, entonces no se habría podido pasar al análisis de la cuestión posterior.

El enunciado a- es contrafáctico tanto en el antecedente como en el consecuente, porque las realidades hipotéticas e imaginarias (si se hubiera tratado la cuestión, entonces se la habría podido decidir por sí) son contrarias a la realidad tal y como sucedió (no hubo tratamiento expreso de la cuestión, se la decidió tácita e infundadamente por no).

El enunciado b- también es contrafáctico tanto en el antecedente como en el consecuente, porque las realidades hipotéticas e imaginarias (si se hubiera decidido por sí la cuestión, entonces no se habría podido pasar al análisis de la cuestión posterior) son contrarias a la realidad tal y como aconteció (no se decidió por sí la cuestión, sí se pasó al análisis de la cuestión posterior).

Es esencial la diferencia entre el estado de cosas determinado por los hechos y el estado de cosas hipotético e imaginario construido por los contrafácticos: en los hechos se llegó al tratamiento de la cuestión posterior, mientras que según los contrafácticos no se habría podido llegar al tratamiento de la cuestión posterior con lo cual el resultado del proceso habría podido ser muy diferente.

Vayamos a un ejemplo ilustrativo; la sentencia no contiene tratamiento expreso de la excepción de prescripción e, ingresando derechamente en la cuestión de mérito, condena al demandado.

Los hechos serían: a- el no tratamiento expreso de la cuestión de la prescripción, significa decisión «por no»; y b- al decidirse «por no» la prescripción, el órgano judicial pasó al tratamiento de la cuestión posterior (la de mérito, condenando al demandado). Entonces los contrafácticos que permiten detectar la existencia de «omisión de cuestión esencial» serían:

- a- Si se hubiera expresamente tratado la cuestión de prescripción, entonces podría haberse decidido por sí.
- b- Si se hubiera decidido por sí con relación a la prescripción, entonces no se habría pasado al análisis de la cuestión de mérito posterior ni se habría podido condenar al demandado.

El enunciado a- es contrafáctico tanto en el antecedente como en el consecuente, porque las realidades hipotéticas e imaginarias (si se hubiera tratado la prescripción, entonces se la habría podido decidir por sí) son contrarias a la realidad tal y como sucedió (no hubo tratamiento de la prescripción, se la decidió tácita e infundadamente por no).

El enunciado b- también es contrafáctico tanto en el antecedente como en el consecuente, porque las realidades hipotéticas e imaginarias (si se hubiera decidido por sí la prescripción, entonces no se habría pasado al análisis de la cuestión de mérito ni se habría podido condenar al demandado) son contrarias a la realidad tal y como aconteció (no se decidió por sí la prescripción, sí se pasó al análisis de la cuestión de mérito posterior e incluso se condenó al demandado).

Cuestión final omitida

Es aquella que no tiene una cuestión posterior que de ella dependa. Por ejemplo, ya se ha decidido todo lo concerniente a la admisibilidad y a la fundabilidad de la pretensión, condenándose al deudor a pagar una suma de dinero reclamada en la demanda, pero la sentencia no dice nada sobre la actualización por desvalorización monetaria también reclamada. Si la sentencia omite el tratamiento expreso de la cuestión de la actualización de la deuda, eso equivale a decisión tácita e infundada por no.

El hecho único sería: el no tratamiento expreso de la cuestión de la actualización por desvalorización monetaria significa decisión «por no». Entonces el único contrafáctico que permite detectar la existencia de «omisión de cuestión esencial» sería: si se hubiera tratado

expresamente la cuestión de la actualización por desvalorización monetaria, entonces podría haberse decidido por sí, adicionándose esa actualización al capital de condena. Es un contrafáctico tanto en el antecedente como en el consecuente, porque las realidades hipotéticas e imaginarias (si se hubiera tratado la cuestión de la actualización, entonces se la habría podido adicionar al capital de condena) son contrarias a la realidad tal y como sucedió (no hubo tratamiento expreso de la cuestión de la actualización, hubo una decisión tácita e infundada por no acerca de la actualización, la cual por eso no fue agregada al capital de condena).

Es esencial la diferencia entre el estado de cosas determinado por los hechos y el estado de cosas hipotético e imaginario construido por el contrafáctico: en los hechos no se hizo lugar a la actualización por desvalorización monetaria, mientras que según el contrafáctico habría podido hacerse lugar a esa actualización.

La omisión de cuestión esencial y los contrafácticos en algunos precedentes de la Suprema Corte de Buenos Aires

Entre tantos casos disponibles, vamos a seleccionar algunos para graficar los conceptos anteriormente desarrollados.

En «Torres, Mónica Paula c/Borda, Ricardo C. y otros s/Despido», sentencia del 16/2/2011, la Suprema Corte bonaerense concluyó que el fallo recurrido era nulo si se había planteado la inconstitucionalidad de una ley y el caso fue resuelto aplicándose esa ley pero sin tratar lo concerniente a su argüida inconstitucionalidad⁴. Aquí, los hechos eran: primero, no se trató expresamente la aducida inconstitucionalidad de una ley; segundo, esa ley fue aplicada para resolver el caso. Los contrafácticos subyacentes serían:

- a- si se hubiera tratado expresamente la aducida inconstitucionalidad de la ley, entonces podría haberse hecho lugar al planteo;
- b- si se hubiera hecho lugar a la inconstitucionalidad, entonces no se habría podido aplicar esa ley para resolver el caso.

En «Banco Provincia de Buenos Aires c/Ferraris, Raúl Roberto s/Ejecutivo-Preparación de la vía ejecutiva», sentencia del 2/9/2009, el Címero Tribunal bonaerense consideró que el fallo recurrido era parcialmente nulo por haberse omitido el tratamiento del planteo expresamente planteado en la demanda respecto de la aplicación de intereses al capital de condena⁵.

Aquí el hecho único sería: el no tratamiento expreso de la cuestión de los intereses significa decisión «por no». Y el contrafáctico único sería: si se hubiera tratado expresamente la cuestión de los intereses, entonces podría haberse decidido por sí, adicionándose intereses al capital de condena.

Conclusión

Como síntesis final, podemos concluir que una cuestión omitida es aquella que debió tratarse expresamente pero no fue así tratada, y que, para corroborar si una cuestión omitida es esencial, debe detectarse al menos la existencia de un contrafáctico: si hipotética e imaginariamente se la hubiera tratado expresamente (que en la realidad no lo fue), entonces habría podido arribarse a un desenlace diferente (del que en la realidad fue).

Hemos querido realizar un aporte desde la teoría lingüística al derecho procesal, para contribuir a dilucidar un tema que genera recurrentes dudas a los tribunales (Giannini, 2007), cual es, en un caso concreto, deslindar si la omisión de una cuestión configura o no configura omisión de cuestión de esencial, aspecto este de singular relevancia en el marco del recurso extraordinario de nulidad que abre la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la

⁴ Ver fallo íntegro recuperado de <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=115795>

⁵ Ver fallo íntegro recuperado de JUBA online <http://juba.scba.gov.ar>, criterio de búsqueda voces: omisión intereses SCBA Ferraris

provincia de Buenos Aires (art. 296 del Código Procesal Civil y Comercial y art. 168 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires).

Ese aporte ha consistido en la explicación de cómo es que puede reconocerse la omisión de una cuestión esencial a partir del uso de contrafácticos.

Referencias bibliográficas

- Chisholm, R. (1946). «The Contrary-to-fact Conditional». *Mind*, 55, 289-307.
- Cucatto, M. y Sosa, T. E. (2014.) «Sobre cuestiones y argumentos». *La Ley*, AÑO LXXVIII N° 114, Tomo LA LEY 2014-C, 19/06/2014, 1-18.
- ____ (2016a). «Detección, ordenamiento, omisión y desplazamiento de cuestiones». *La Ley*, AÑO LXXX N° 4, Tomo LA LEY 2016-A, 07/01/2016, 1-4
- ____ (2016b). «Omisión de cuestión esencial y contrafácticos». *La Ley*, AÑO LXXX N° 134, Tomo LA LEY 2016-D, 19/07/2016, 1-5.
- Fauconnier, G. (1996) «Analogical Counterfactuals». En: Fauconnier, G. y Sweetser, E. (eds.) *Spaces, Worlds and Grammar* (57-90). Chicago University Press.
- Giannini, L. (2007) «El recurso extraordinario de nulidad en la provincia de Buenos Aires (algunos aspectos técnicos)». *Revista de Derecho Procesal*, V 2007-1 Nulidades, 291-345.
- Gutiérrez Álvarez, J. (2012) «El español jurídico: Discursos profesional y académico». En: Vam Hooft, A. (coord.) *El español de las profesiones: IV Congreso Internacional de Español para Fines Específicos* (150-166). Amsterdam: Labor Grafimedia.
- Kripke, S. (1973). *Reference and Existence: The John Locke Lectures*. Nueva York: Oxford University Press.
- Mattila, H. (2006) *Comparative Legal Linguistics*. Wiltshire: Ashgate.
- Montolio, E. (1999) «Las construcciones condicionales». En: Bosque, I. y Demonte, V. (eds.) *Gramática descriptiva de la lengua española. Tomo III* (3643-3739). Madrid: Espasa Calpe.
- Rojas E. G. (2013) «Enunciados contrafácticos y discursividad jurídica: su inscripción en las resoluciones judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina». En: Cohen de Chernovagura, E. y Padilla, C. (eds.) *Discurso argumentativo, jurídico e institucional* (91-102), Mendoza: Serie de Volúmenes Temáticos de la SAL.
- Sartorio, C. (2014). «Dependencia sin causación». En: Miguel, H. (ed.) *Causación, explicación y contrafácticos* (229-243). Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Segura Vera, S. (1999) *Razonamiento contrafáctico: la posición serial y el número de antecedentes en los pensamientos sobre lo que podría haber sido. Tesis doctoral*. Recuperado de <http://www.biblioteca.uma.es/bbldoc/tesisuma/16280155.pdf>.
- Real Academia Española (2010). *Nueva Gramática de la Lengua Española. Manual*. Madrid: Espasa Libros.