LA LEY

AÑO LXXX Nº 134 DIRECTOR: JORGE HORACIO ALTERINI TOMO LA LEY 2016-D

BUENOS AIRES, ARGENTINA - MARTES 19 DE JULIO DE 2016 ISSN 0024-1636

Omisión de cuestión esencial y contrafácticos

Mariana Cucatto y Enrique T. Sosa

SUMARIO: I. Noción de cuestión.— II. Detección y ordenamiento de cuestiones.— III. Desplazamiento de cuestiones.— IV. Desplazamiento y omisión de cuestiones.— V. Cuestión de tratamiento expreso omitido como cuestión decidida "por no".— VI. Breve caracterización de los contrafácticos.— VII. Omisión de cuestión esencial y contrafácticos.— VIII. Los contrafácticos en algunos precedentes.— IX. Síntesis final.

Una cuestión omitida es una cuestión no tratada expresamente pero que debió tratarse de ese modo; y 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—.

I. Noción de cuestión

En un artículo anterior, "Cuestiones y argumentos", (1) explicamos cuál es, a nuestro juicio, la noción de "cuestión".

Basándonos en la frase de Shakespeare "Ser o no ser, esa es la cuestión" (*Hamlet*), expusimos que estamos en presencia de una cuestión, cuando sobre algo existe la opción de que sea o no sea.

Así, distinguimos 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; es pertinente o no lo es; 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.*

Algunas de esas cuestiones deben surgir necesariamente de las postulaciones efectuadas por las partes (v.gr. las *de hecho*, en virtud del principio de congruencia), mientras que otras no (como v.gr. las *de derecho*, en función del axioma *iura novit curia)*; algunas cuestiones se refieren a los requisitos de admisibilidad de la pretensión y de la oposición a ella, y otras a los de fundabilidad de la pretensión y de la oposición a ella; algunas se manifiestan en primera instancia (v.gr. las cuestiones fácticas —hechos controvertidos y conducentes— que resultan del examen de la demanda y de la contestación de demanda) y otras no (v.gr. el memorial, ¿constituye o no constituye crítica concreta y razonada? (2)).

Pero más allá de dónde o cuándo, 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.

Recordemos al pasar que:

a) para tomar partido por uno de los términos de la cuestión (ej. el recurso, ¿es admisible o es inadmisible?), los jueces deben argumentar, tarea en la que no puede faltar la mención de los principios o las normas jurídicas aplicadas, es decir, principios o normas jurídicas "que hablan" a través de la palabra de los jueces;

b) una cuestión no es un argumento, pero la definición de una cuestión puede ser argumento para encarar la respuesta a una cuestión ulterior; v.gr. la cédula de notificación de la resolución recurrida, ¿fue bien o mal diligenciada en el lugar al que fue dirigida?; si a esa cuestión se respondiera que fue bien diligenciada en el lugar al que fue dirigida, ese puede ser argumento para resolver que el recurso es inadmisible por extemporáneo, si el plazo para recurrir, contado desde ese diligenciamiento, hubiera vencido al momento de ser planteado el recurso.

II. Detección y ordenamiento de cuestiones (3)

II.1. El caso tomado como ejemplo

Supongamos que alguien se presenta en 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 donde 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 restringida (falta de personería) y que, además, el juzgado interviniente es incompetente (es decir, no es el que debería conocer del caso, sino, en cambio, 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? (4)

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 (congruencia).

CONTINÚA EN PÁGINA 2

DOCTRINA. Omisión de cuestión esencial y contrafácticos
Mariana Cucatto y Enrique T. Sosa 1

BIBLIOGRAFÍA. Control de convencionalidad
Autor: Mario A. R. Midón. Comentario: María G. Ábalos 6

NOTA A FALLO. Aplicación retroactiva de la ley en la medicina prepaga
Adriana Senatore 6

JURISPRUDENCIA

MEDICINA PREPAGA. Empresa de medicina prepaga condenada a reintegrar cuotas escolares a favor de un menor con discapacidad. Alcance de la sentencia. Pago de cuotas con vencimiento futuro. Rechazo del daño moral. Inaplicabilidad del Código Civil y Comercial. Momento de ocurrencia del hecho antijurídico (CNCiv.) 6

INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES. Levantamiento de la medida. Embargo de inmueble. Crédito del ejecutante suficientemente resguardado. Inhibición como medida supletoria. Rechazo de la postura de tener por cancelada la deuda. Dación en pago incompleta. Pagos parciales y derechos del acreedor. Recepción en el Código Civil y Comercial (CNCom.) 8

TRABAJO DE MUJERES. Maternidad. Omisión de reintegrarse al empleo vencidos los plazos de licencia. Ausencia de voluntad de acogerse a la excedencia. Extinción del vínculo en los términos del art. 186 de la ley 20.744. Opción tácita. Interpretación restrictiva. Conducta contraria a la buena fe. Búsqueda de un nuevo trabajo. Rechazo de la demanda (CNTrab.) 9

AMPARO DE SALUD. Cuestión abstracta por fallecimiento de la amparista. Imposición de costas a la obra social (CNFed. Civ. y Com.) 9

ALIMENTOS. Ejercicio de la responsabilidad parental. Sentencia que implica una retrocesión en el acuerdo de alimentos. Homologación. Efectos. Vigencia del Código Civil y Comercial (SC Buenos Aires) 10

CORREO ARGENTINO
CENTRAL B
FRANQUEO A PAGAR
CUENTA Nº 10269/F1

Omisión de cuestión esencial y contrafácticos

VIENE DE TAPA

II.2. Las cuestiones del caso

Y bien, en nuestro ejemplo, tal y como quedó planteada la controversia, sería posible detectar/deslindar las siguientes cuestiones según el orden en que aparecen en el relato con el que iniciamos este apartado:

a) el contrato, ¿existió o no existió?

b) si existió, ¿el comprador pagó o no pagó?

c) en cualquier caso, ¿pasó o no pasó el tiempo para reclamar el cumplimiento?

d) el pretendiente, ¿es o no es una persona capaz para reclamar el cumplimiento por sí, sin la intervención de un representante o apoyo legal?

e) 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?

II.3. El ordenamiento de las cuestiones del caso

La pregunta es, ¿deben abordarse las cuestiones en ese orden, o sea, en el orden de aparición en el relato del caso? O si no, ¿en qué orden?

Puede suceder que la ley indique el orden en que deben ser encaradas las cuestiones. Por ejemplo, según el Código Procesal Civil y Comercial, la primera cuestión de la que debe hacerse cargo el juez es la relativa a su competencia (art. 350, CPCC Bs. As.; art. 353 CPCC Nación). Es muy natural que así sea: es que si el juez determina que no es competente —es decir, que no es el juez designado por la ley para resolver sobre la controversia—, entonces, desde luego, debe abstenerse de decir más nada en el caso: que es incompetente será la respuesta a la primera y última cuestión que deberá abordar.

Pero, ¿y las demás cuestiones acerca de las cuales la ley nada dice sobre el orden para su tratamiento?

Para las demás, debe acudirse a la teoría del proceso, según la cual primero deben acometerse los requisitos de *admisibilidad* de la pretensión y sólo después, si cabe, los requisitos de *fundabilidad* de la pretensión. (5)

II.4. El adecuado ordenamiento de las cuestiones del caso

Siempre siguiendo con nuestro ejemplo —y por razones jurídicas que no viene al caso aquí explicar—, 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?

d) el contrato, ¿existió o no existió?;

e) si el contrato existió, ¿el comprador pagó o no pagó el precio?

III. Desplazamiento de cuestiones

Si el juez decide que no es competente, es lo único y último que debe decidir en el caso (art. 351 párrafo 1º CPCC Bs. As. y art. 353 párrafo 1º CPCC Nación). (6) *Todas las demás cuestiones quedan desplazadas.*

Si el juez decide que es competente (o sea, si rechaza la excepción (7) de incompetencia), entonces debe analizar si el pretendiente es persona capaz para actuar por sí misma o si necesita de un representante o apoyo legal: si decide que es incapaz o restringidamente capaz, no sigue abordando las restantes cuestiones —*las que así quedan desplazadas*— y debe otorgar un plazo para que intervenga un representante o apoyo legal de la persona incapaz o con capacidad restringida, bajo apercibimiento de declarar extinguido el proceso si esa intervención no se concreta (art. 352.4 CPCC Bs.As. y 354.4 CPCC Nación).

Si el juez decide que es competente y que el pretendiente es capaz (o sea, si rechaza también la *excepción de falta de personería*), entonces debe analizar si prescribió la acción (8) para reclamar el cumplimiento del contrato: si decide que la acción prescribió, no sigue abordando las restantes cuestiones —*las que así quedan desplazadas*— y desestima la pretensión.

Si el juez decide que es competente, que el pretendiente es capaz y que la acción no prescribió (esto es, rechaza además la *excepción de prescripción*), entonces a continuación debe destramar si el contrato existió: si decide que no existió, entonces desde luego no tendrá que analizar si fue cumplido —*cuestión que queda por eso desplazada*— y sin más ha de desestimar la pretensión.

Por fin, si el juez decide que es competente, que el pretendiente es capaz, que la acción no prescribió y que el contrato existió (vale decir, repele además la *excepción de inexistencia del contrato*), sólo entonces se abocará a dilucidar si el comprador pagó el precio; y si no lo pagó, pues lo ha de condenar a pagarlo.

Las cuestiones que no llegan a ser tratadas por el juez, porque su análisis se detiene en una cuestión anterior, *no son cuestiones omitidas sino desplazadas.*

IV. Desplazamiento y omisión de cuestiones

La cuestión no desplazada, que se debió tratar y no se trató, es una cuestión omitida.

La omisión de cuestión puede ser consecuencia de una tarea mal hecha en la detección de las cuestiones, en el ordenamiento de las cuestiones 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.

Veámoslo retomando nuestro ejemplo de la compraventa:

(i) Omisión por defectuosa detección

Supongamos que el juez detectara las siguientes cuestiones:

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) el contrato, ¿existió o no existió?;

d) si el contrato existió, ¿el comprador pagó o no pagó el precio?

Como podemos ver, si el juzgado tratara y rechazara los planteos de incompetencia y falta de personería, y desde allí "saltara" a la cuestión relativa a la existencia del contrato "salteándose" la cuestión relativa al tiempo para reclamar el cumplimiento, pecaría por omisión por no haber detectado esta última cuestión (lo que de alguna manera equivaldría a desplazarla indebidamente).

(ii) Omisión por defectuoso ordenamiento

Supongamos que el juez detectara las siguientes cinco cuestiones del ejemplo que hemos dado, pero las ordenara como sigue:

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) el contrato, ¿existió o no existió?;

d) si el contrato existió, ¿el comprador pagó o no pagó el precio?

e) ¿pasó o no pasó el tiempo para reclamar el cumplimiento? (prescripción).

Como podemos ver, el juzgado colocó al final una cuestión que debió ir en medio de su análisis (¿pasó o no pasó el tiempo para reclamar el cumplimiento?) y, así, si el juzgado tratara y rechazara los planteos de incompetencia y falta de personería y desde allí "saltara" a la cuestión relativa a la existencia del contrato "salteándose" la cuestión relativa al tiempo para reclamar el cumplimiento, pecaría por omisión por haber ordenado mal esta última cuestión (lo que asimismo en algún sentido equivaldría a desplazarla indebidamente).

(iii) Omisión por defectuoso tratamiento

Pero supongamos que el juez *nada más* dejara de tratar alguna cuestión. Siempre en pie nuestro ejemplo, supongamos que el juez detectara y ordenara adecuadamente las cuestiones, como sigue:

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

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CUCATTO, Mariana - SOSA, Toribio E., pub. en rev. LaLey del 19/6/2014.

(2) Dicho sea de paso, según doctrina legal imperante, el pedido de la parte apelada para que la apelación sea declarada desierta por no constituir crítica concreta y razonada no configura cuestión esencial, de modo que su no tratamiento expreso no invalida la sentencia de la cámara. "La omisión en que incurriese la Cámara sobre el planteo de insuficiencia del memorial de agravios no participa de la condición de esencial por vincularse a una temática que no concierne a la base constitutiva del proceso. Es cierto que la eventual admisión del planteo podría sellar la suerte del juicio en la medida que la deserción del recurso depararía firmeza al fallo de primera instancia. Pero esa influencia no es distinta de la que posee, en general, la inocultable incidencia que en el desenlace del juicio tienen diversas alternativas procesales vinculadas con la noción de carga." (SCBA, C 89298 S 15-7-2009, "Boragina, Juan Carlos; Miano, Marcelo Fabián y Iudica, Juan Ignacio c/ Municipalidad de La Plata s/ Amparo"; SCBA, C 99291 S 28-10-2009, "'Orellano, Marta s/ Incidente de revisión' en autos 'Marbella S.A.I.C. Concurso preventivo'"; SCBA, C 86879 S 11-11-2009, "Acosta, Mónica Liliana c/ Del Papa, Alberto Emilio s/ Daños y perjuicios"; SCBA, C 99287 S 11-11-2009, "Parenti, Rosa M. s/ Incidente de revisión en autos: 'Marbella s/ concurso'"; SCBA, C 99289 S 11-11-2009, "Martínez, Nancy s/ Incidente de revisión' en autos 'Marbella S.A.I.C. Concurso preventivo'"; SCBA, C 99288 S 11-11-2009, "'Rivadeneira, Marcelina s/ Incidente de revisión' en autos 'Marbella s/ Concurso preventivo'".; SCBA, C 94063 S 11-11-2009, "Parigini, María Luján c/ Allaio, Juan Carlos s/ Regulación de honorarios y cobro"; SCBA, C 98954 S 2-12-2009, "'Hidalgo Zalazar, Rosa s/ Incidente de revisión' en autos 'Marbella S.A.I.C. Concurso preventivo'"; SCBA, C 89428 S 9-12-2009, "Banco Río de la Plata S.A. c/ Montero, Mirta M. s/ Ejecución hipotecaria"; SCBA, C 85689 S 14-7-2010, "Quiroga, Ramona Amalia c/ Etcheber, Miguel Hernán y otra s/ Daños y perjuicios"; SCBA, C 104720 S 14-9-2011, "Romero, María Amelia c/ Cejas, Guillermo Andrés y otro s/ Daños y perjuicios"; SCBA, C 87612 S 9-11-2011, "Esturo, María c/ Elisseix, Lázaro y/o Sucesores s/ Nulidad de venta y falsedad de título)".

(3) CUCATTO, Mariana - SOSA, Toribio E. "Detección, ordenamiento, omisión y desplazamiento de cuestiones" en LALEY del 7/1/2016.

(4) En un proceso de conocimiento sumarísimo todas las cuestiones deben ser enfrentadas por el juez al momento de emitir la sentencia definitiva (art. 496.1 CPCC Bs.As.; art. 498.2 CPCC Nación); en cambio, en un proceso ordinario o sumario, algunas de las cuestiones ejemplificadas deben o pueden ser enfrentadas por el juez antes de la sentencia definitiva, a través de una resolución interlocutoria previa, con lo cual, al emitir la sentencia definitiva, puede ser menor el caudal de cuestiones que el juez debe enfrentar (arts. 344, 351 y 352 y concs. CPCC Bs. As.; arts. 346, 353 y 354). El proceso sumarísimo es el más abreviado de los procesos de conocimiento y por eso ha cobrado nuevos bríos, v.gr. en tanto molde para llevar adelante los procesos sobre relaciones de consumo (art. 53 ley 24.240).

(5) No es el objetivo de este trabajo analizar —ni es necesario hacerlo para sus fines— cuáles son los requisitos de admisibilidad y de fundabilidad de la pretensión y, en verdad, explicarlos con más o menos detalle excedería notoriamente los límites aquí tolerables. Para satisfacer preliminarmente la curiosidad del lector, remitimos al blog de la cátedra de Derecho Procesal II de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa: *http://sosa-procesal.blogspot.com.ar/2014/01/unidad-vi.html*

(6) Eso así en principio, pues podría hacer uso de una competencia basal —que todo juez tiene, aunque sea incompetente para conocer puntualmente del caso— para hacer lugar v.gr. a alguna medida cautelar (arts. 196 CPCC Bs.As. y Nación). Ver, además, SOSA, Toribio Enrique, "Competencia basal en materia cautelar", La Ley, Buenos Aires, agosto 2013.

(7) En la teoría del proceso una excepción es todo hecho impeditivo —ej. quien no cumplió el contrato no puede reclamar el cumplimiento—, invalidativo —ej. es nulo el contrato cuyo cumplimiento es reclamado— o extintivo —ej. ha sido cumplido ya antes del juicio el contrato cuyo cumplimiento es reclamado—, opuesto a los hechos constitutivos —ej. existe un contrato y está incumplido sólo por el demandado— en que se basa la pretensión.

(8) La ley prevé plazos de prescripción para hacer valer en juicio ciertos derechos y, una vez cumplidos esos plazos, estos derechos ya no pueden ser reclamados en juicio. La prescripción no extingue el derecho en sí mismo, sino tan sólo la posibilidad de reclamar ese derecho en juicio. Se dice que la prescripción no extingue el derecho, sino la "acción", entendida ésta como el derecho —diferente y autónomo de cualquier otro derecho— a hacer valer en juicio la pretensión tendiente al reconocimiento judicial de cualquier derecho que alguien se autoatribuya. Sobre la acción ver SOSA, Toribio Enrique, "¿Es la acción un flogisto procesal?", ED, 12/9/2014.

sí, sin la intervención de un representante o apoyo legal?

c) ¿pasó o no pasó el tiempo para reclamar el cumplimiento?

d) el contrato, ¿existió o no existió?

e) si el contrato existió, ¿el comprador pagó o no pagó el precio?

Pero, sin explicar por qué, simplemente el juzgado soslaya, pasa por alto, el abordaje de la cuestión relevante: ¿pasó o no pasó el tiempo para reclamar el cumplimiento? que detectó y ordenó bien. De ese modo, si el juzgado tratara y rechazara los planteos de incompetencia y falta de personería y desde allí inexplicadamente "saltara" a la cuestión relativa a la existencia del contrato "salteándose" la cuestión relativa al tiempo para reclamar el cumplimiento, haría una omisión por haber dado defectuoso tratamiento a esta última cuestión (lo que también podría equivaler a desplazarla indebidamente).

Si bien *omisión* y *desplazamiento* son nociones diferentes, lo cierto es que el *desplazamiento indebido es en cierta forma asimilable a omisión*: no tratar expresamente una cuestión "X" —por no detección, por inadecuado ordenamiento o nada más por desliz en el tratamiento— que se debió abordar antes que otra cuestión "Y" es desplazar indebidamente esa cuestión "X". Vale decir, *el indebido desplazamiento sabe a omisión*; o, dicho de otra manera, *sólo el desplazamiento debido no es equiparable a omisión.* **(9)**

V. Cuestión de tratamiento expreso omitido como cuestión decidida "por no"

La cuestión omitida —o indebidamente desplazada— en el análisis es una cuestión que no ha sido tratada expresamente.

Omisión de cuestión es enunciado abreviado, pero el completo es omisión de tratamiento expreso de cuestión.

Pero, no tratar expresamente una cuestión... ¿es una situación carente de significado?

Creemos que 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 **(10)** 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": v.gr. 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".

Por ende, v.gr. soslayar el tratamiento de una aducida prescripción y sin más pasar al tratamiento del mérito de la pretensión, 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 lógico del decisorio: el juzgado sólo pudo llegar a colocarse en situación de resolver sobre una cuestión lógicamente posterior, como la de mérito, habiendo rechazado —expresa o tácitamente, aunque inválidamente en este último supuesto—* **(11)** *una cuestión lógicamente anterior como la de prescripción.*

Así vistas las cosas, omitir —o desplazar indebidamente— el tratamiento expreso de una cuestión es decidirla "por no" de modo tácito e infundado y por ende de modo inválido, **(12)** lo cual nos lleva a considerar la nulidad por omisión de tratamiento expreso de una cuestión como una variante de nulidad de la decisión sobre la cuestión, por ser esa decisión tácita e infundada. No tratar expresamente una cuestión que se debe tratar es decidirla tácita e infundadamente "por no", o sea, es decidirla inválidamente "por no".

Pero, siendo que la sentencia suele contener varias decisiones sobre diferentes cuestiones (ver *supra 2.1.*), **(13)** ¿qué sucede a partir de la nulidad por omisión de tratamiento expreso de una cuestión?

Si la cuestión omitida es inicial o intermedia, esto es, si cuenta con cuestiones ulteriores que dependen de ella, al ser decidida inválidamente de modo tácito e infundado, provoca la nulidad de la resolución judicial *no sólo en la medida de la cuestión de tratamiento expreso omitido, sino además en la medida de las cuestiones posteriores y no independientes,* aunque —en la omisión de cuestión esencial intermedia— sin afectar la validez de la resolución judicial en la medida de las decisiones sobre las cuestiones anteriores a la cuestión de tratamiento expreso omitido (arg. art. 174 CPCC Nación y Bs. As.). V.gr. si el demandado condenado apela la condena por no haberse tratado la prescripción, pero sin atacar el rechazo de los planteos de incompetencia y de falta de personería que había también introducido oportunamente, si triunfa en su recurso, hará caer la condena pero no lo decidido sobre la competencia y sobre la personería.

Pero si la cuestión omitida es final, esto es, si no cuenta con cuestiones ulteriores que dependen de ella, al ser decidida inválidamente de modo tácito e infundado, provoca la nulidad de la resolución judicial *sólo en la medida de la cuestión de tratamiento expreso omitido,* sin afectar la validez de la resolución judicial en la medida de las decisiones sobre las cuestiones anteriores a la cuestión de tratamiento expreso omitido (arg. art. 174 CPCC Nación y Bs. As.). Aquí, *más que una resolución judicial nula, es una resolución judicial trunca o incompleta,* **(14)** *o podría decirse que es nula no por lo que tiene, sino tan sólo en la medida de lo que le falta.* V.gr. la sentencia judicial de condena que omite decidir sobre los intereses reclamados en demanda (ver *infra* 7.2. y 8.2.).

VI. Breve caracterización de los contrafácticos

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 menores restricciones formales.

Entre las numerosas clasificaciones que propone la teoría lingüística para estos enunciados, una de la 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 a continuación.

Los *enunciados condicionales* denominados *contrafácticos* (también llamados irreales o cerrados, **(15)** que se conocen como "condicionales contrarios a los hechos", implican 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 tuve 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: en el ejemplo, el solo hecho de decir que me "habría comprado" una botella de agua mineral, si "hubiera tenido sed", 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, entonces 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 ya ha sido el caso. **(16)** **(17)**

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" (antecedentes y consecuente en modo indicativo).

Finalmente, 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 construidos en el presente 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 tuviesa sed, me compraría una botella de agua mineral". **(18)** **(19)**

VII. 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.

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? **(20)**

VII.1. 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

CONTINÚA EN PÁGINA 4

{ NOTAS }

(9) La sentencia no es nula si la cuestión que se dice omitida ha sido "debidamente" desplazada (ver SCBA, "K. S., V. A. s/Recurso de casación. Recurso extraordinario de nulidad", sent. l 28/12/2010).

(10) Hay razón suficiente para no decidir sobre una cuestión cuando ésta queda debidamente desplazada: ej. Si se hace lugar al planteo de prescripción, no se omite sino que se desplaza debidamente la cuestión de mérito, entonces aquí "no decidir" sobre la cuestión de mérito no equivale a decidir que no: sencillamente no hay decisión, porque no ha llegado la ocasión para que deba existir decisión alguna sobre la cuestión de mérito.

(11) Arts. 34.4, 161 incs. 1 y 2; 163 incs. 5 y 6 y 169, párrs. 1º y 2º CPCC Nación y Bs.As.

(12) Arts. 34.4, 161 incs. 1 y 2; 163 incs. 5 y 6 y 169 párrs. 1º y 2º CPCC Nación y Bs.As.

(13) Y, desde luego, cada decisión sobre cada cuestión debe contar con sus respectivos fundamentos/argumentos.

(14) Ver MORELLO, Augusto M. "¿Sentencia nula o sentencia incompleta?", en *La eficacia del proceso*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2001, cap. 47, p. 535 y ss.

(15) Real Academia Española, "Nueva Gramática de la Lengua Española", Espasa Libros, Madrid, 2010.

(16) SARTORIO, Carolina, "Dependencia sin causación", en "Causación, explicación y contrafácticos", coord.. MIGUEL, Hernán, Ed. Prometeo Libros, Bs. As., 2014, p. 230.

(17) SEGURA VERA, Susana "Razonamiento contrafáctico: la posición serial y el número de antecedentes en los pensamientos sobre lo que podría haber sido", tesis doctoral, en *http://www.biblioteca.uma.es/bbldoc/tesisuma/16280155.pdf*.

(18) CHISHOLM, Roderick, "The Contrary-to-fact Conditional", en *Mind*, 55, 1946, 289-307.

(19) Para concluir este breve apartado, es de destacar que actualmente en la Argentina el Lic. Gustavo Rojas se encuentra desarrollando su tesis de doctorado en Letras en la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional de La Plata, sobre el tema "La dimensión contrafáctica del discurso jurídico. Estudio exploratorio sobre las manifestaciones y las funciones de los enunciados contrafactuales en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina a partir de la Reforma Constitucional de 1994", bajo la dirección de las Dras. Mariana Cucatto (UNLP) y Estrella Montolío (Universidad de Barcelona). Algunos de sus numerosos aportes sobre el tema pueden hallarse en su sitio web *http://www.textosenlinea.com.ar/paginas/monografias.html*.

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

VIENE DE PÁGINA 3

el segundo, al decidirse "por no" la cuestión se pudo pasar al tratamiento de la cuestión posterior.

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 (o, bien o mal, sólo se ha hubiera podido tratar *obiter dictum*).

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: 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: el primero, el no tratamiento expreso de la cuestión de la prescripción significa decisión "por no"; y el segundo, 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 (o, bien o mal, sólo se ha hubiera podido tratar *obiter dictum* la cuestión de mérito sin chance de condena).

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).

VII.2. 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 demanda, pero la sentencia no dice nada sobre los intereses también reclamados. Si la sentencia omite el tratamiento expreso de la cuestión de los intereses, eso equivale a decisión tácita e infundada *por no*.

El hecho único sería: el no tratamiento expreso de la cuestión de los intereses 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 los intereses, entonces podría haberse decidido *por sí*, adicionándose intereses 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 los intereses, entonces se habría podido adicionarlos al capital) son contrarias a la realidad, tal y como sucedió (no hubo tratamiento expreso de la cuestión de los intereses, hubo una decisión tácita e infundada por no acerca de los intereses, los cuales por eso no fueron agregados 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 los intereses, mientras que según el contrafáctico habría podido hacerse lugar a los intereses.

VIII. Los contrafácticos en algunos precedentes

Entre tantos precedentes rescatamos al azar los que siguen:

VIII.1. Cuestión inicial o intermedia omitida

a) Es nula la sentencia si se planteó la incompetencia de la cámara de apelación y ésta rechazó el recurso de apelación sin abordar esa aducida incompetencia; **(21)**

b) Es nula la sentencia, si el tribunal condenó al acusado por la comisión de un delito pero sin tratar la prescripción de la acción penal planteada por la defensa; **(22)**

c) La sentencia es nula, si se plantea la inconstitucionalidad de una ley y el caso es resuelto aplicándose esa ley pero sin tratar lo concerniente a su argüida inconstitucionalidad; **(23)**

d) Es nula la regulación de honorarios, pues antes de determinar el monto de los honorarios del abogado aplicando la ley arancelaria, había que resolver acerca de la existencia y de la validez de un invocado contrato de honorarios, pues, si existente y válido, debía ser tenido en cuenta para determinar ese monto. **(24)**

En esos ejemplos, ¿cuáles serían los contrafácticos?

En el caso a:

(i) los "hechos" serían: primero, la cámara no trató expresamente el planteo de incompetencia, lo que significó su rechazo tácito e infundado; segundo, la cámara trató la fundabilidad del recurso de apelación;

(ii) los dos contrafácticos serían: primero, si hubiera tratado expresamente el planteo de incompetencia, entonces la cámara habría podido declararse incompetente; segundo, si se hubiera declarado incompetente, entonces no habría podido tratar la fundabilidad del recurso de apelación.

En el caso b.:

(i) los "hechos" serían: primero, el tribunal no trató expresamente el planteo de prescripción, lo que significó su rechazo tácito e infundado; segundo, el tribunal condenó al acusado;

(ii) los dos contrafácticos serían: primero, si hubiera tratado expresamente la prescripción entablada por la defensa, entonces el tribunal habría podido hacerle lugar; segundo, si hubiera hecho lugar a la prescripción, entonces no habría podido expedirse sobre el mérito de la pretensión punitiva condenando al acusado.

En el caso c.:

(i) los hechos serían: primero, no se trató expresamente la aducida inconstitucionalidad de una ley; segundo, esa ley fue aplicada para resolver el caso;

(ii) los contrafácticos serían: primero, si se hubiera tratado expresamente la aducida inconstitucionalidad de la ley, entonces podría haberse hecho lugar al planteo; segundo, si se hubiera hecho lugar a la inconstitucionalidad, entonces no se habría podido aplicar esa ley para resolver el caso.

En el caso d.:

(i) los hechos serían: primero, no se trató expresamente lo concerniente a la existencia y validez de un contrato de honorarios; segundo, se fijaron los honorarios sin tener en cuenta ese contrato;

(ii) los contrafácticos serían: primero, si se hubiera tratado expresamente lo concerniente a la existencia y validez del contrato de honorarios, entonces podría haberse decidido que existía y era válido; segundo, si se hubiera decidido que existía y era válido el contrato de honorarios, entonces habría podido ser tenido en cuenta para fijar los honorarios.

VIII.2. Cuestión final omitida

e) La omisión de tratamiento del planteo expresamente articulado en demanda respecto de la aplicación de intereses al capital de condena acarrea la nulidad parcial del pronunciamiento de grado, por ser una cuestión esencial cuyo abordaje es necesario para la correcta solución del pleito; **(25)** más allá del carácter "accesorio" de los intereses, no puede desconocerse que los mismos integran la traba de la relación procesal y que de su consideración depende el alcance de la condena dineraria pretendida; en consecuencia, es una cuestión que reviste carácter esencial y su omisión produce la nulidad del fallo; **(26)**

f) La determinación de la tasa de interés, en tanto conforma el derecho, constituye una cuestión esencial en la medida que lo resuelto a su respecto influye decididamente sobre el alcance cuantitativo del monto adeudado. De allí que el pronunciamiento deba dictarse con sujeción a las formas legales (art. 168 de la Const. Pcia. de Bs.As.); **(27)**

g) La determinación del *dies ad quem* de los intereses; **(28)**

h) La determinación del *dies a quo* de los intereses. **(29)**

En el caso e:

(i) el hecho único sería: el no tratamiento expreso de la cuestión de los intereses significa decisión "por no";

(ii) 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.

En el caso f.:

(i) el hecho único sería: el no tratamiento expreso de la cuestión de la tasa de interés aplicable significa decisión "por no" respecto de la tasa de interés pretendida;

(ii) el contrafáctico único sería: si se hubiera tratado expresamente la cuestión de la tasa de interés pretendida, entonces podría haberse decidido por sí, adicionándose intereses al capital de condena según la tasa pretendida.

En el caso g.:

(i) el hecho único sería: el no tratamiento expreso de la cuestión del *dies ad quem* de los intereses significa decisión "por no" respecto del momento hasta el cual pretendido para el cálculo de los intereses;

{ NOTAS }

(21) SCBA, "M. R., M. G. s/Recurso de casación", sent. del 04/05/2011.

(22) SCBA, "F., C. s/Amenazas agravadas, lesiones ", sent. del 29/09/2004.

(23) SCBA, "Torres, Mónica Paula c/Borda, Ricardo C. y otros s/Despido", sent. del 16/02/2011 (voto del juez Negri).

(24) SCBA, "Crispiani, César M. c/Aguzzi, Norma L. s/ Escrituración", sent. del 31/10/2012.

(25) SCBA, L 107433, 11/09/2013, "Ríos, Ramón Santos c/Bianco, Helio y otra s/Daños y perjuicios".

(26) SCBA, C 97631, 02/09/2009, "Banco Provincia de Buenos Aires c/Ferraris, Raúl Roberto s/Ejecutivo-Preparación de la vía ejecutiva"; SCBA, C 85236, 21/05/2008, "Villavicencio, Silvio Martín c/ Arce, Mirta Zulema; Disciascio, Graciela Bibiana; Arce, Ricardo Adolfo y Mantegna, Pablo Andrés s/Daños y perjuicios".

(27) SCBA, C 95908, 18/04/2012, "B., M. c/A., J. s/ Alimentos"; SCBA, C 98506, 06/04/2011, "Arzuaga, Juan Manuel y otra c/ Zingoni, Gustavo Alfredo s/Ejecución hipotecaria".

(28) "La falta de abordaje por parte de la Cámara de Apelación de la crítica puntual sobre la omisión imputada al fallo de origen respecto de su pretensión de que los intereses se calculen hasta la fecha del efectivo pago, debe ser reputada cuestión esencial en los términos del art. 168 de la Constitución provincial" (SCBA, C 99367, 04/05/2011, "Antillanca, Atilio y otros c/José Deyacobbi s/Incidente de verificación,).

(29) "Resulta una cuestión indudablemente esencial la determinación de la fecha en que el trabajador habría tomado conocimiento de la incapacidad ocasionada por las enfermedades-accidente que lo aquejan, tópico definitorio que localiza la exigibilidad del crédito, o bien, desde la perspectiva del deudor de la obligación, la fecha a partir de la cual la obligación ha sido "debida", y por ende, punto de partida para el cómputo de los intereses" (SCBA, L. 86292, 16/05/2007, "Paradissi, Oscar Aníbal c/ La Independencia S.A.T. y otro s/ Despido y accidente").

(ii) el contrafáctico único sería: si se hubiera tratado expresamente la cuestión del *dies ad quem* de los intereses, entonces podría haberse decidido *por sí*, adicionándose intereses al capital de condena hasta el momento pretendido.

En el caso h.:

(i) el hecho único sería: el no tratamiento expreso de la cuestión del *dies a quo* de los intereses significa decisión "por no" respecto del momento pretendido para el cálculo de los intereses;

(ii) el contrafáctico único sería: si se hubiera tratado expresamente la cuestión del *dies a quo* de los intereses, entonces podría haberse decidido *por sí*, adicionándose intereses al capital de condena desde el momento pretendido.

IX. Síntesis final

Una cuestión omitida es una cuestión no tratada expresamente pero que debió tratarse de ese modo; y, 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). ●

Cita on line: AR/DOC/1925/2016

MÁS INFORMACIÓN

Cucatto, Mariana - Sosa, Toribio E., "Detección, ordenamiento, omisión y desplazamiento de cuestiones", LA LEY, 2016-A, 774.

BIBLIOGRAFÍA

Título: Control de convencionalidad
Autor: Mario A. R. Midón
Editorial: Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016

I. La obra en comentario es una nueva muestra del caudal de conocimientos que caracteriza a un eximio constitucionalista, quien no deja pasar la ocasión para mostrar su agudo pensamiento en un tema de gran actualidad.

Se trata de una obra meditada y profunda que se suma a las ya conocidas del autor: "Manual de Derecho Constitucional Argentino" (3ra. ed.; Ed. La Ley, 2013); "Decretos de Necesidad y Urgencia en la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales" (2da. ed., Ed. Hammurabi; 2012); "Organización y funcionamiento del Congreso de la Nación Argentina. Legislaturas provinciales y de la CABA. Constituciones Sudamericanas" (Ed. Hammurabi, 2012); "Prerrogativas del Congreso. Legislaturas Provinciales. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Concejos Deliberantes. Convenciones Constituyentes", (Ed. Lexis Nexis, 2007); "Derecho de la Integración. Aspectos Institucionales del Mercosur" (Ed. Rubinzal Culzoni, 1998), entre otras.

El autor posee una dilatada trayectoria académica y pública, desde el grado, donde se desempeña como profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional del Nordeste, hasta el posgrado, marcando una fuerte presencia especialmente en las carreras de Especialización en Derecho Procesal y Procesal Constitucional (UNNE), profesor invitado en la Maestría sobre Derecho Parlamentario (Universidad San Pablo, Tucumán); en los Cursos Intensivos de Derecho Constitucional (UBA). A ello se suma, su paso por la presidencia de la Asociación Argentina de Actualización en Derecho Constitucional, su rol de académico correspondiente por la Provincia de Corrientes ante la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; su papel de miembro fundador de la Asociación de Estudios de Integración Europea en América Latina y de la Asociación de Estudios de Integración Europea en Argentina. Integra además el Instituto del Federalismo, dependiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. La vida política también lo tuvo como protagonista destacado, siendo diputado provincial entre los años 1983-1985 y convencional constituyente de la Provincia de Corrientes en 1993 y 2007.

Su rica trayectoria se muestra en esta obra como fruto de años de lecturas, reflexiones, participaciones académicas combinados con madurez en el pensamiento y equilibrio en las conclusiones.

II. La obra se estructura en seis capítulos, un apéndice y un vasto listado de bibliografía, precedida por la presentación de la mano del autor. En ella se señala con acierto que el control de convencionalidad encarna la pretensión de producir un derecho común como meta del proceso integrativo plasmado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sin embargo sus autores principales no son sujetos legisferantes, no existe un común legislador, tal tarea está en manos de órganos con fisonomía judicial y cuasijudicial como son la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), y los tribunales domésticos de los Estados partes. Esta modalidad de funcionamiento ofrece para el autor dos bisagras decisivas para la consolidación del sistema: la primera, entender qué tan importante, como el cumplimiento de las sentencias por parte de un Estado condenado, es el acatamiento que él y todos los Estados signatarios hagan —regularmente— de la jurisprudencia que resulte de los órganos del pacto. Y la segunda, racionalizar que el control de convencionalidad sólo puede funcionar a partir de la prevalencia de los tratados en relación con las constituciones nacionales, exclusivamente en materia de derechos humanos, y siempre que la norma internacional sea más beneficiosa para la persona humana.

El autor entiende con gran lucidez que esta interpretación es la que surge del inc. 24 del art. 75 de la Constitución Nacional, en tanto que habilita a la delegación de competencias y de jurisdicción en órganos supraestatales, de ahí que ésta es la interpretación que inspira al Estado argentino cuando se integra a un sistema como el Interamericano de Derechos Humanos.

La obra aspira a ser, y lo logra, una contribución valiosa para construir e interpretar un *ius commune* en materia de derechos humanos, dejando aclarado que, como todo proceso de formación, se nutre de constantes aportes doctrinarios y jurisprudenciales, por lo que, sin duda, la importancia de la obra aumenta al presentar una sistematización ordenada del estado de la cuestión.

A. El Capítulo I se denomina "La cultura de los derechos humanos", y muestra la génesis del proceso societario entre las naciones; el fenómeno jurídico político de los derechos humanos; la inclusión en el texto constitucional argentino de los incs. 22 y 24 del art. 75, fruto de la reforma de 1994 con los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. Explica en detalle la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, las interpretaciones de los autores y de los principales fallos de la Corte Suprema, concluyendo en la aplicación del principio *pro homine,* especialmente para el caso de confrontación entre la Constitución y un tratado de derechos humanos, de forma tal de dar prevalencia a la herramienta normativa que mejor tutele el derecho en disputa.

B. En particular el Capítulo II sobre "La integración argentina al Sistema Interamericano de Derechos Humanos" parte de analizar el desarrollo de sistemas intergubernamentales de integración en los países de América a través de las experiencias de ALALC y ALADI, el Grupo Andino, el Mercado Común Centroamericano y el Mercosur, y detalla las razones por las cuales la Corte IDH y la Comisión IDH constituyen órganos supranacionales. Avanza en los comienzos de la integración en Europa para detenerse en la Constitución argentina y el modelo integrativo que autoriza desde su jerarquía hasta los diversos aspectos que involucra (delegación de competencias y jurisdicción, aprobación y denuncia, cumplimiento de recaudos de fondo: reciprocidad, igualdad, respeto por los derechos humanos, diferente tramitación según sean países latinoamericanos o no).

C. El Capítulo III se centra de lleno en el control de convencionalidad en sí mismo, desde el análisis de los primeros casos donde en los votos razonados del juez Sergio García Ramírez en "Myrna Mack Chang vs. Guatemala" y "Tibi vs. Ecuador", comienza a tomar cuerpo este control, hasta el desembarco oficial en el año 2006, de la mano del caso "Almonacid Arellano vs. Chile" junto a "Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú". El autor sistematiza las decisiones convencionales teniendo en cuenta el sujeto a cargo del control, la finalidad de dicho control para adentrarse en la controversia que suscita en el derecho argentino. En este punto son fundamentales los aportes de la obra en torno al debate sobre cuáles son los tratados cuya primacía se quiere preservar, y afirma que, no solamente la Convención Americana de Derechos Humanos, también la Carta de la OEA; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos, en función del preámbulo de la Convención ADH y porque en definitiva se trata de conformar un *corpus iuris* básico en materia de protección de los derechos humanos y de la interpretación que de este plexo jurídico elabore la Corte IDH. También se detiene la obra en los actores y los alcances del control, perfilado como difuso y de oficio, dando cabida también a la fiscalización en abstracto, es decir, la referida a una norma vigente en el ordenamiento jurídico que no es aplicada en la controversia a resolver.

D. En el Capítulo IV no se le escapa al autor que el control de convencionalidad trae aparejado otro tipo de pormenores tales como los que tocan a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya que también están llamados a actuar en consonancia con las regulaciones del Pacto, cumpliendo en todo con sus postulados. Cita los casos "Gelman" y "Heliodoro Portugal" para resumir que ambos órganos del Estado deben velar por el respeto de los documentos internacionales en materia de derechos humanos. Ello agrega otro supuesto controvertido y es el referido al valor que en el derecho argentino tienen las sentencias que dicta la Corte IDH, en primer lugar refiere que conforme al art 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) la conclusión inicial sería que son obligatorias en todo caso en que el Estado sea parte. Pero agrega que tales decisorios producen efecto no solamente para dicho país sino también para los que no intervinieron en el pleito internacional pero sólo en la medida de la norma interpretada, no en la totalidad del fallo, a menos que exista una interpretación local más favorable al ser humano, en cuya hipótesis vale más la ventajosa. También analiza numerosos pronunciamientos de la Corte argentina desde "Ekmekdjian contra Sofovich" hasta "Rodríguez Pereyra" revisando el caso "Cantos". Se detiene también en la interpretación conforme el margen de apreciación nacional, refiriendo a sus orígenes en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, su recepción por la Corte IDH a lo que agrega como pensamiento propio que la viabilidad de la figura es parte de los riesgos mismos de la integración y muestras del pluralismo constitucional. Por último pasa revista a la cláusula federal y al compromiso del Estado nacional.

E. No podía dejar de analizarse la competencia consultiva de la Corte IDH y así se trata en el capítulo V. Se detiene en las diferencias con la competencia contenciosa; los sujetos legitimados; el objeto del dictamen; su obligatoriedad y sus efectos en el derecho argentino pasando revista a los principales casos.

F. Termina la obra con el tratamiento de la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión IDH en el Capítulo VI. Comienza refiriendo que se entiende por *recomendación* la facultad que tiene un órgano internacional de requerir a un Estado la adopción de determinadas medidas, de acuerdo con los compromisos internacionales asumidos, en beneficio de las personas que se encuentran o se han encontrado bajo su jurisdicción. Sin embargo, la propia Corte IDH ha tenido distintos criterios en torno a su obligatoriedad. El autor se encarga de poner de resalto las posiciones asumidas en "Genie Lacayo" y en su cambio en "Loayza Tamayo", donde entendió que el Estado debe realizar sus mejores esfuerzos para atender a los dictámenes de la Comisión. Por su parte la Corte argentina también tuvo sus idas y vueltas en el tema, pasando por "Bramajo", "Acosta, Claudia" y "Felicetti" donde sostuvo el carácter no vinculante, hasta "Carranza Latrubesse" donde por mayoría se entendió que las recomendaciones son vinculantes para el Estado nacional. En este punto el autor se pronuncia decididamente a favor

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

CONTINÚA EN PÁGINA 6