

Voces: ADMINISTRACION DE JUSTICIA ~ SENTENCIA ~ FUNDAMENTO DE LA SENTENCIA ~ JUEZ ~ FACULTADES DE LOS JUECES ~ OBLIGACIONES DEL JUEZ ~ RECURSOS ~ INTERPOSICION DEL RECURSO ~ FUNDAMENTO DEL RECURSO ~ CUESTION DE HECHO ~ CUESTION DE DERECHO ~ PRETENSION ~ COMPETENCIA

Título: Sobre cuestiones y argumentos

Autores: Sosa, Toribio Enrique Cucatto, Mariana

Publicado en: LA LEY 19/06/2014, 19/06/2014, 1

Cita Online: AR/DOC/993/2014

Sumario: 1. Pretensión: cuestiones y argumentos.— 2. Concepto de "cuestión".— 3. Concepto de "argumento".— 4. La respuesta a una cuestión específica, como argumento para responder a una cuestión más genérica.— 5. El desplazamiento de cuestiones.— 6. Las cuestiones desplazadas: la competencia y los argumentos obiter dicta.— 7. El recurrente frente a los argumentos obiter dicta.— 8. Las cuestiones desplazadas: a- no tratadas o b- tratadas y respondidas con diferente orientación argumentativa a la de la respuesta por sí sola dirimente dada a otra cuestión.— 9. El recurrente frente la paradoja de Ostrogorski

Abstract: Las cuestiones deben ser planteadas y respondidas por los jueces para sostener la decisión sobre las pretensiones sometidas a su conocimiento. Argumentar es dar las razones, motivos o fundamentos que sostienen un punto de vista y todo eso para producir el efecto de persuadir. ¿Persuadir a quién? A las partes del caso, a sus abogados, a los otros jueces que deban revisar la decisión y, en última instancia, incluso a la sociedad toda: las buenas argumentaciones contribuyen a la contabilidad y refuerzan la autoridad de los jueces en una sociedad democrática.

(*)

1. Pretensión: cuestiones y argumentos

A los fines de este trabajo, adoptemos la noción de pretensión como la afirmación de un derecho y la petición de su tutela jurisdiccional.

Y bien, para resolver sobre una pretensión, el órgano jurisdiccional debe responder a cuestiones y para responder a cuestiones debe utilizar argumentos.

2. Concepto de "cuestión"

Tenemos una cuestión 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.

Hay una cuestión de prueba cuando se considera si tal o cual medio de prueba es admisible o no lo es, es pertinente o no lo es o es atendible o no lo es.

Estamos en presencia de una cuestión de derecho cuando se discurre si una norma jurídica es aplicable o no es aplicable, si es constitucional o no es constitucional, etc.

En suma, cuando ante un tópico fáctico, probatorio o jurídico existe una encrucijada del tipo "ser o no ser", allí hay una cuestión.

Las cuestiones deben ser planteadas y respondidas por los jueces para sostener la decisión sobre las pretensiones sometidas a su conocimiento.

3. Concepto de "argumento"

Cuando aparece una cuestión, para responder a ella hay que tomar partido por uno de los dos términos de la cuestión: algo no puede ser y no ser al mismo tiempo. El hecho ha existido o no ha existido; el medio de prueba es atendible o no es atendible; la norma jurídica es válida o no es válida; etc.

Alguien podría tomar partido "porque sí", como un niño.

Pero los jueces deben dar razones o motivos o fundamentos por los cuales se inclinan hacia uno u otro término de cualquier cuestión que deban enfrentar. Si ante el dilema "ser o no ser" responden que la cosa es,

deben decir por qué es, esto es, deben decir "la cosa es por esto, por esto y por esto".

Argumentar es dar las razones, motivos o fundamentos que sostienen un punto de vista y todo eso para producir el efecto de persuadir.

¿Persuadir a quién? A las partes del caso, a sus abogados, a los otros jueces que deban revisar la decisión y, en última instancia, incluso a la sociedad toda: las buenas argumentaciones contribuyen a la confiabilidad y refuerzan la autoridad de los jueces en una sociedad democrática.

No siempre se está argumentando adecuadamente cuando se cree estar haciéndolo V.gr. "adverbiar" no es argumentar adecuadamente: "esto es así claramente", no convierte en claro aquello sobre lo que se trata, pero —eso sí— no nos deja duda acerca de cómo cree verlo el argumentador; adjetivar tampoco es argumentar adecuadamente: "esta es la mejor solución" no nos dice nada acerca tan siquiera de por qué pudiera ser buena la solución, aunque —eso sí— nos habla de la mera subjetividad del argumentador (1); apilar textos sin ton ni son —ej. abusando del "corta y pega" que permiten los procesadores de texto— no implica necesariamente que lo cortado y pegado sirva como argumento, y en todo caso nos habla más de la supuesta competencia informática del usuario (2) que de su competencia argumentativa (3) etc.

4. La respuesta a una cuestión específica, como argumento para responder a una cuestión más genérica

Hay un punto en que cuestión y argumento se cruzan: es allí donde la respuesta dada a una cuestión específica constituye razón, motivo o fundamento (argumento) para responder a una cuestión más general.

Por ejemplo, para llegar a definir la suerte de un recurso los jueces podrían plantearse las siguientes cuestiones generales: i) ¿es admisible o no es admisible? y, si es admisible, ii) ¿es fundado o no es fundado?

Para responder a esas cuestiones generales debemos considerar antes varias sub-cuestiones o cuestiones específicas. V.gr. en cuanto a la admisibilidad: ¿fue planteado en término o no?; ¿fue planteado en forma o no (4)?; ¿fue planteado por alguien que es parte o no?; ¿la resolución recurrida causa gravamen o no al recurrente?, ¿es vía recursiva idónea o no lo es? etc.

Pero, por ejemplo, tomemos la sub-cuestión o cuestión específica acerca de si el recurso fue planteado en término o no. Veremos que esa sub-cuestión o cuestión específica se descompone en otras sub-sub cuestiones o cuestiones más específicas aún: cuándo y cómo fue notificada al recurrente la resolución recurrida, cuándo se presentó el recurso y cuál es el plazo para presentar ese recurso. Las respuestas a estas sub-sub cuestiones o cuestiones más específicas serán los argumentos para sostener la respuesta que pueda darse respecto de la sub-cuestión o cuestión específica relativa al carácter extemporáneo o no del recurso interpuesto y, desde luego, la respuesta que se dé a esta sub-cuestión o cuestión específica será un argumento para sostener la respuesta que pueda darse a la cuestión más general atinente a la admisibilidad o no admisibilidad del recurso.

Incluso podrían abrirse infra-cuestiones o cuestiones incluso más específicas aún, como ser, el modo o medio elegido para notificar ¿fue el que manda la ley? ¿fue bien o mal cumplimentado? etc.

Veamos en el siguiente cuadro, muy resumido, una concatenación y jerarquización de cuestiones para resolver sobre un recurso:

ii) Si el recurso es admisible, entonces ¿es fundado o no? (5)

Y bien, si v.gr. la sub-cuestión o cuestión específica relativa a la tempestividad del recurso fuera respondida negativamente, esa respuesta negativa constituiría un argumento para responder a la cuestión general relativa a la admisibilidad: la extemporaneidad, como respuesta a la cuestión específica acerca de la tempestividad o no del recurso, permite responder a la cuestión general sobre la admisibilidad o no del recurso.

Pero además, la respuesta a la sub-cuestión o cuestión específica relativa al tiempo del recurso, pasaría a funcionar como la razón, el motivo o el fundamento (argumento) dirimente (es decir, por sí solo suficiente) para responder a la cuestión general: el recurso es inadmisibile y lo es ya nada más por ser extemporáneo.

Y, por supuesto, la respuesta negativa dada a la cuestión general relativa a la admisibilidad o no del recurso,

sella su suerte final: será denegado o, sea, será declarado inadmisibile.

En conclusión:

a- Las respuestas a las cuestiones específicas que conforman una cuestión general, operan como argumentos para responder a la cuestión general;

b- la respuesta dada a alguna cuestión específica puede ser argumento por sí solo dirimente para responder a la cuestión general que la engloba;

c- las respuestas dadas a las cuestiones generales operan como argumentos que sostienen la decisión sobre la pretensión;

d- la respuesta dada a alguna cuestión general opera como argumento que puede ser por sí solo dirimente para decidir sobre la pretensión.

En suma, podría decirse que, para argumentar y así sostener su decisión, el juez debe: a) plantear cuestiones; b) responder a esas cuestiones; c) utilizar las respuestas a cuestiones para responder a otras cuestiones; d) así, hasta encontrar las respuestas a las cuestiones (argumentos) que puedan sostener la decisión sobre la pretensión.

5. El desplazamiento de cuestiones

Continuando con el ejemplo del recurso, nótese que la declaración de inadmisibilidad del recurso por extemporáneo desplaza la necesidad de responder jurisdiccionalmente:

a- a otras sub-cuestiones o cuestiones específicas condicionantes de la admisibilidad del recurso (ej. si el recurrente es parte o no lo es; si el recurso usado es la vía impugnativa idónea o no lo es; etc.);

b- a la cuestión acerca de si el recurso pudiera ser o no ser fundado: como el análisis de admisibilidad es necesariamente anterior al de fundabilidad, no superado el primero no hay por qué ingresar en el segundo.

Hay cuestiones cuya respuesta es dirimente, lo que torna jurisdiccionalmente innecesario responder a cuestiones que están a su lado en su mismo nivel (ej. volviendo al recurso, otros recaudos de admisibilidad allende su tempestividad) o en un nivel posterior (ej. otra vez con el recurso, la cuestión de fundabilidad, de abordaje ulterior, queda desplazada si el recurso es considerado inadmisibile).

Son cuestiones desplazadas aquéllas que no es necesario responder jurisdiccionalmente pues la suerte de la pretensión ya queda sellada a través de la respuesta dada a otra cuestión por sí sola dirimente.

Aunque, aclaremos: lo que es dirimente no es la cuestión, sino la respuesta dada a una cuestión: una pregunta del tipo ¿ha sido planteado en término o no el recurso? —cuestión— no define nada, pero sí puede ser definitoria la respuesta —que opera como argumento— dada a esa pregunta (ej. el recurso ha sido tardío).

6. Las cuestiones desplazadas: la competencia y los argumentos obiter dicta

¿Deben los jueces responder a las cuestiones desplazadas?

Continuando con el ejemplo usado en 3-, ¿deben los jueces responder a las demás sub-cuestiones o cuestiones específicas atinentes a la admisibilidad, como ser, si el recurrente es parte o no, si el recurso utilizado es vía idónea o no, etc.?; ¿deben los jueces analizar la cuestión de fundabilidad del recurso, si ya se sabe que el recurso es inadmisibile?

Si ya la suerte de la pretensión queda sellada a través de la respuesta dirimente a una cuestión, los jueces no tienen el deber de seguir abordando las cuestiones desplazadas.

Deber no deben los jueces, pero ¿pueden? ¿y si los jueces de todos modos abordaran las cuestiones desplazadas?

Podría decirse que no han podido hacerlo sin nulidad, porque, al dejar finiquitada la suerte de la pretensión mediante la dilucidación de una cuestión cuya respuesta es dirimente, han agotado su competencia; la jurisdicción puede llegar hasta o no más allá del punto exacto en que se alcanza una decisión sustentada en un argumento por sí solo dirimente: "sobra" abordar las demás cuestiones y por eso para abordarlas "falta" competencia. (6)

Sin embargo, ¿es igual que el motor del automóvil deba detenerse por haber llegado a destino, a que se detenga por haberse quedado sin combustible? Es evidente que puede llegar a destino y todavía quedarle combustible.

Al igual que el automóvil, el juez puede llegar a destino al dilucidar una cuestión cuya respuesta es por sí sola dirimente para determinar la suerte de la pretensión. Pero el juez, al igual que el automóvil que llega a destino pero con más combustible en el tanque, ¿tendría aún competencia para abordar las demás cuestiones?

Sí, a nuestro modo de ver, ya que hasta que el juez no emita formalmente su decisión (digamos, no firme su sentencia) seguirá teniendo combustible en el tanque (léase, seguirá teniendo competencia) y podrá seguir enfrentando cuestiones cuyas respuestas solidifiquen su decisión (de alguna manera dejen el automóvil también en el lugar de destino, pero mucho mejor posicionado). [\(7\)](#)

¿Cómo podría proceder así? Pues simplemente también respondiendo otras cuestiones, con igual orientación argumentativa a la de la respuesta dirimente dada ya a otra cuestión. [\(8\)](#)

En nuestro ejemplo que viene desde "3", podría también el juez responder a las cuestiones concernientes a si el recurso utilizado es o no es vía impugnativa idónea —concluyendo que no lo es—, a si el recurrente es o no es parte —concluyendo que no lo es—, etc. [\(9\)](#), reforzando su conclusión en el sentido que el recurso es inadmisibile.

Si el juez determina la suerte final de una pretensión en función de la respuesta por sí sola dirimente a una cuestión, pero, pese a eso, sigue enfrentando otras cuestiones desplazadas, las respuestas con igual orientación argumentativa —en el mismo sentido o dirección que la respuesta por sí sola dirimente dada ya a otra cuestión— para reforzar su decisión funcionan como argumentos obiter dictum, o sea, argumentos "dicho sea de paso".

El argumento obiter dictum es, entonces, una respuesta:

a- a una cuestión desplazada;

b- que tiene igual orientación argumentativa a la de la respuesta por sí sola dirimente dada antes a otra cuestión.

Uno de los beneficios posibles de los argumentos obiter dicta radica en el mayor poder de persuasión de la decisión jurisdiccional, "a mayor abundamiento" y "para mayor satisfacción" de las partes y de la sociedad. [\(10\)](#)

7. El recurrente frente a los argumentos obiter dicta

Se suele sostener que los argumentos que "son" obiter dicta carecen de poder decisorio, de manera que, si usados en una sentencia, pierde su tiempo el recurrente atacándolos ya que su recurso no perderá eficacia si no los ataca. [\(11\)](#)

Pero el asunto puede verse también de otro modo:

a- el recurrente pierde su tiempo si sólo ataca los argumentos obiter dicta, pero de ningún modo lo perderá —antes bien, lo aprovechará— si, además de atacar los dirimientes, cuando menos ad eventum ataca los argumentos obiter dicta;

b- el recurso podrá perder eficacia si no ataca además los argumentos obiter dicta. [\(12\)](#)

Si decimos que un argumento "es" obiter dictum sólo porque fue usado así por su autor y que, por "ser" así no tiene ni podrá tener poder decisorio, nos perdemos de ver:

a- que el argumento "usado como" obiter dictum por el autor de la argumentación, bajo las mismas circunstancias en que fue usado, para otro sujeto puede ser en realidad dirimente;

b- que el argumento sobre el que todos coincidamos que bajo ciertas circunstancias funciona como obiter dictum, bajo otras circunstancias para algún sujeto podría pasar a funcionar en realidad como dirimente.

Veámoslo.

Bajo las mismas circunstancias en que ha sido usado un argumento como obiter dictum por el autor de la argumentación, para otro sujeto puede en realidad operar como dirimente, lo cual suele ser consecuencia de

puntos de vista diferentes en cuanto a la adecuada concatenación de cuestiones a tratarse. Para poner un ejemplo simple y claro: con acierto o con error en cuanto al orden de las cuestiones, el juez rechaza una pretensión por inadmisibles, entendiéndolo que el pretendiente carece de interés procesal y, obiter dictum, sosteniendo que, aunque tuviera interés procesal, igual la pretensión sería inadmisibles por haber sido introducida judicialmente de modo extemporáneo. Otro sujeto, tal vez un órgano revisor y acaso con más criterio para plantear y abordar las cuestiones, podría creer igualmente que la pretensión es inadmisibles, pero de modo dirimente, primero, por extemporánea y, después, sólo obiter dictum, por falta de interés procesal. Entonces, más allá de las palabras del argumentador, ¿cuál es la respuesta jurisdiccional dirimente, la concerniente a la extemporaneidad de la pretensión o la relativa a la falta de interés procesal? En realidad, cualquiera de las dos, dependiendo del mayor o menor criterio para plantear y abordar las cuestiones ordenadamente.

Un argumento bajo ciertas circunstancias puede funcionar para todos los intérpretes como obiter dictum, pero, bajo otras circunstancias, alguien podría ver que pasa a funcionar como dirimente. Eso puede pasar cuando se ataca con éxito el argumento dirimente del juez y, entonces, pasan a primer plano los argumentos obiter dicta del juez, en tanto por sí solos, y ya sin el protagonismo del argumento dirimente desactivado, pudieran también sostener la decisión. Otro ejemplo simple y claro: si el juez rechaza la pretensión con el argumento dirimente de su inadmisibles por extemporánea, y, además, obiter dictum, también dada su inadmisibles por falta de legitimación y, en aún en su defecto, por falta de interés procesal, en la medida que se apelara con éxito el argumento de la extemporaneidad pasarían a tener protagonismo dirimente los otros dos argumentos en tanto también aptos para sostener la inadmisibles: si éstos no fueran también apelados, quedaría en pie la decisión del juez basada en argumentos usados por él como obiter dicta, pero que pasaron a ser dirimientes al ser desactivado por la cámara de apelación el argumento usado por el juez como dirimente.

Observemos ahora un caso concreto. La Sup. Corte de Buenos Aires (13) rechazó un recurso de queja por falta de acompañamiento de copia de la resolución recurrida. Contra ese rechazo, el quejoso articuló un recurso de aclaratoria y la Sup. Corte bonaerense también lo rechazó escalonando los siguientes argumentos: primero y dirimente, el recurso de aclaratoria es extemporáneo (como se ve, ya eso era suficiente para cerrar todo análisis); y, "a mayor abundamiento", esta Corte siguió abordando cuestiones: el recurso de aclaratoria no es la vía idónea para atacar el tipo de error atribuido a la resolución recurrida y, además, comoquiera que fuese, el recurrente en definitiva no adjuntó la copia que se le había dicho que faltaba. Obsérvese que el mismo argumento consistente en la falta de acompañamiento de copia fue usado como dirimente para declarar la inadmisibles de la queja, pero como obiter dictum para rechazar el recurso de aclaratoria. Mismo argumento, diferentes circunstancias, diferente función: esta característica podría denominarse reversibilidad funcional de los argumentos.

Según sean el sujeto y las circunstancias, el argumento obiter dictum puede funcionar como argumento dirimente (o viceversa). Y, eso así, el recurrente que no ha objetado los argumentos obiter dicta cuando menos ad eventum, podría exponerse al riesgo de que, algún tribunal, le responda que su recurso es insuficiente precisamente por eso, por no haberlos objetado. El recurrente, para la eficacia de su recurso, debe atacar todos los argumentos con igual orientación argumentativa, hayan sido usados por el órgano judicial como dirimientes o como obiter dicta.

Se dirá: "No vale, si el juez dijo que era obiter dictum, es obiter dictum". Pero los argumentos actúan como actúan, y actuando como actúan pueden funcionar o llegar a funcionar como dirimientes u obiter dicta, más allá de lo que el argumentador haya dicho acerca de lo que sus argumentos "son" (14), según la concatenación, la jerarquización y la dinámica de los argumentos (reversibilidad funcional).

En todo caso, entre otras posibilidades, tengamos presente que los jueces son humanos y por lo tanto:

- a- no siempre argumentan con apego al mejor orden posible para abordar las cuestiones;
- b- más aún, acaso por desconocer el significado preciso dentro del tecnolecto jurídico p.ej. del conector argumentativo no dirimente obiter dictum (15), argumentan sin anunciar tan nítidamente si lo que están argumentando es dirimente u obiter dictum, o, si lo anunciaran, tal vez digan que funciona como obiter dictum lo que es en realidad dirimente, o al revés;
- c- pueden incluso discrepar acerca de si un argumento "es" o funciona como obiter dictum, o si "es" u opera

como dirimente. [\(16\)](#)

8. Las cuestiones desplazadas: a) no tratadas o b) tratadas y respondidas con diferente orientación argumentativa a la de la respuesta por sí sola dirimente dada a otra cuestión

Son cuestiones desplazadas aquéllas que no es necesario responder jurisdiccionalmente pues la suerte de la pretensión ya ha quedado sellada a través de la respuesta dada a otra cuestión por sí sola dirimente.

En tanto cuestión desplazada que no es necesario responder, lo esperable es que el órgano judicial efectivamente no la responda.

Pero puede suceder que, por razones de método de trabajo, por inadvertencia o por lo que sea, el órgano judicial responda de modo dirimente a una cuestión sólo luego de haber respondido antes a otras cuestiones con una orientación argumentativa diferente a la de la referida respuesta dirimente. Por ejemplo, el juez respondiendo congruentemente a las cuestiones planteadas por las partes, analiza la admisibilidad de una pretensión y dice que el pretendiente tiene capacidad procesal, que no existe litispendencia, etc., pero al final de su recorrido discursivo, aborda la cuestión de si el pretendiente cuenta o no cuenta con legitimación sustancial activa, respondiendo que no. Sin legitimación sustancial activa, el juez rechaza la pretensión por inadmisibile. Nótese bien: si el juez hubiera comenzado su análisis por la cuestión relativa a la legitimación sustancial, la respuesta habría sido dirimente de entrada y, entonces, no habría tenido que abordar las otras cuestiones también relativas a la admisibilidad de la pretensión, como, la capacidad procesal, la litispendencia, etc. Es decir, el juez comoquiera que fuese utiliza una argumentación del tipo "A + B + etc., pero X", donde "X" luego del conector contraargumentativo "pero" opera como el argumento que desvía la línea argumentativa previa conduciendo a una conclusión diferente a la que surgiría de "A + B + etc."

Ahora bien, llegamos al punto en que el juez declara inadmisibile la pretensión al responder de modo dirimente a la cuestión sobre la legitimación sustancial del pretendiente, no habiendo respondido a otras cuestiones —si es que hubiera empezado por la cuestión de la legitimación sustancial del pretendiente— o habiendo respondido a otras cuestiones pero con una orientación argumentativa diferente a la de la respuesta dirimente dada a la cuestión de esa legitimación.

Supongamos que apela esa decisión el pretendiente y que la cámara de apelación, a diferencia del juez, considera que el pretendiente sí cuenta con legitimación sustancial. ¿Qué sucede con las cuestiones no tratadas por el juez o sí tratadas por el juez pero con orientación argumentativa diferente a la de la respuesta dirimente dada por el juez a la cuestión de la legitimación sustancial del pretendiente?

No pudieron ser motivo de apelación por el pretendiente, porque a él lo único que le provocó gravamen (perjuicio) fue la declaración de inadmisibilidat sostenida en su supuesta falta de legitimación sustancial; tampoco pudieron ser motivo de apelación por el pretendido, porque él ganó al darle al juez la razón acerca de la inadmisibilidat de la pretensión del pretendiente, aunque más no sea por uno de los motivos que adujo.

Y bien, si el órgano revisor deja sin efecto la decisión basada en la respuesta dirimente dada a una cuestión, debe responder a las demás cuestiones para hacerse cargo de ellas (las no tratadas por el juez y las sí tratadas por el juez pero con orientación argumentativa diferente a la de la respuesta dirimente dada por el juez a otra cuestión), pero debe hacerlo según dos modelos diferentes:

a- si las partes replantearan esas cuestiones ante el órgano revisor; [\(17\)](#)

b- automáticamente, aún sin replanteo de esas cuestiones por las partes ante el órgano revisor, lo que se denomina "apelación adhesiva". [\(18\)](#)

9. El recurrente frente la paradoja de Ostrogorski

Tratándose de tribunales civiles la ley no señala ni cuándo ni cómo deben ser planteadas las cuestiones, ni quién debe hacerlo.

En los hechos, era y es tradicional [\(19\)](#) que el juez que vota en primer término proponga las cuestiones, ya que para votar obviamente debe haber cuestiones acerca de las cuales votar. Desde luego, ello no obsta a que los otros jueces participen para consensuar el catálogo de cuestiones, pero la ley nada dice acerca de cómo resolver

si hay disenso: acaso la solución sería establecer, como primera cuestión a ser votada, cuáles son las cuestiones que deben ser tratadas para resolver el recurso, debiendo continuar la votación según el elenco de cuestiones que hubiera conseguido mayoría.

Pero algo es seguro: la forma en que se presenten las cuestiones no es tema menor, porque hasta puede alterar el resultado de la decisión. (20) Debe estar atento a ello el recurrente, pues podría cuestionar la decisión... ¡Sólo por la forma de estar planteadas las cuestiones de cuya elucidación depende la decisión!

Veamos un ejemplo en derredor del recurso de apelación.

Supongamos que el juzgado en su sentencia hubiera considerado válido cierto acto jurídico y que el apelante sostiene en cámara que es nulo por los motivos A, B y C.

Si se plantearan 3 cuestiones (¿es nulo el acto jurídico por el motivo A?; si no, ¿lo es por el motivo B?; si no, ¿lo es por el motivo C?), podría suceder lo siguiente:

a- al votar a la primera cuestión, el juez 1 podría opinar que el acto jurídico es nulo por el motivo A, mientras que los otros dos jueces podrían disentir, correspondiendo entonces abordar la siguiente cuestión;

b- al votar a la segunda cuestión, el juez 2 podría opinar que el acto jurídico es nulo por el motivo B, mientras que los otros dos jueces podrían disentir, correspondiendo entonces abordar la siguiente cuestión;

c- al votar a la tercera cuestión, el juez 3 podría opinar que el acto jurídico es nulo por el motivo C, mientras que los otros dos jueces podrían disentir, correspondiendo entonces, desestimar la apelación por falta de éxito del apelante al no haber conseguido mayoría de votos en cámara tratándose de ninguna de las tres cuestiones.

Si así sucediera, el acto jurídico quedaría como válido, pese a que los tres camaristas han creído verlo nulo, aunque por motivos diferentes.

En cambio, si se planteara como única cuestión ¿es nulo el acto jurídico?, habría consenso en la nulidad aunque no en los motivos de la nulidad. (21)

(*) Investigadora de CONICET. Profesora titular de Introducción a la Lengua y la Comunicación, y de Lengua II, en la Facultad de Humanidades, UNLP.

(1) Cuando digo que el helado de chocolate es feo, no digo nada acerca del helado de chocolate, sino que hablo de mí y de mis gustos.

(2) Conf. CHAYER, Héctor M., "El sistema judicial y las tecnologías de la información", en ED 189-686.

(3) La competencia argumentativa puede ser definida como el conocimiento y la habilidad que posee un sujeto para producir y comprender textos argumentativos.

(4) Ej. si el recurso hubiera sido planteado sin sus fundamentos, cuando hubiera tenido que ser planteado conteniéndolos, de tan manifiestamente infundado sería inadmisibile: es inaudible el silencio.

(5) No se abren las infinitas posibles llaves, ni aquí ni más arriba, pues ya con este esquema arbóreo y con las pocas flechas dibujadas en él, queda suficientemente graficada la idea de la "concatenación y jerarquización de cuestiones".

(6) "Si la Cámara dice que la argumentación recursiva resulta vacua (art. 260, C.P.C.C.), allí queda sellada la suerte del embate y los fundamentos "reforzantes" que haya hecho el tribunal quedan -en falso- fuera del marco de la apelación y atentan contra el principio de congruencia (art. 34, inc. 4º del Código citado). Si hay déficit, allí el judicante superior queda sin competencia para juzgar el fondo. Si el ataque no es apto, la alzada

no puede luego abordarlo. Al hacerlo sus basamentos son obiter dictum." (Sup. Corte Bs. As., C 106712 S 24-4-2013, Juez HITTERS (OP) CARATULA: "F., I. C. c. R., J. P. y otros s/ Incidente de inclusión de bienes MAG". VOTANTES: Hitters-Negri-Genoud-Soria TRIB. DE ORIGEN: CC0000NE; cit. en JUBA online).

(7) Arg. art. 166 proemio CPCCs Nación y Bs.As. y art. 158 proemio CPCC La Pampa.

(8) Si es conveniente o no proceder así, es otro tema, cuyo examen merece otro detenimiento, ajeno a las miras de este puntual aporte. Por caso, podría ser conveniente continuar analizando otras cuestiones del mismo nivel correspondiente a aquélla cuya respuesta es por sí sola dirimente (v.gr. si el juez aprecia que la pretensión, además de ser inadmisibile por extemporánea, también lo es por falta de legitimación o por falta de interés procesal, etc.), pero no tal vez ingresar en el análisis de cuestiones de otro nivel diferente (ej. la fundabilidad de la pretensión).

(9) V.gr. la Sup. Corte Bs. As. rechazó un recurso de queja por falta de acompañamiento de copia de la resolución recurrida. Contra ese rechazo, el quejoso articulo un recurso de aclaratoria y la Sup. Corte Bs. As. también lo rechazó escalonando los siguientes argumentos: primero y principal, el recurso de aclaratoria es extemporáneo (como se ve, ya eso era suficiente para cerrar todo análisis); y, "a mayor abundamiento", la Sup. Corte Bs. As. siguió abordando cuestiones: el recurso de aclaratoria no es la vía idónea para atacar el tipo de error atribuido a la resolución recurrida y, además, comoquiera que fuese, el recurrente en definitiva no adjuntó la copia que se le había dicho que faltaba (L. 113.833, sent. del 11/7/2012, en "Ministerio de Trabajo contra Grupo Concesionario del Oeste. Apelación. Recurso de Queja").

(10) Sobre argumento obiter dictum ver, además, FRONDIZI, Román J., La sentencia civil. Tema y variaciones, Platense, La Plata, 1994; PEYRANO, Jorge W., "Sobre la función docente de las resoluciones judiciales", JA 1994- II-835-836; PEYRANO, Jorge W., "Los argumentos laterales (a mayor abundamiento, obiter dicta y conjetural) del discurso judicial y la supremacía ideológica de los derechos del consumidor y del usuario", JA 2000-II-854-857.

(11) V.gr. "Las expresiones del sentenciante, más allá de los fundamentos que estructuran el holding decisorio, configuran argumentos colaterales u obiter dictum, de los que no puede prevalerse por resultar argumentos eventuales y a los que el impugnante no está obligado a rebatir para que resulte eficaz su ataque al fallo." (Sup. Corte Bs. As., C 116882 S 26-6-2013, Juez PETTIGIANI (OP) CARÁTULA: "Julián Zaratiegui S.A. c. Siderar S.A.I.C. s/ Daños y perjuicios" MAG. VOTANTES: Kogan-Genoud-Pettigiani-Soria; TRIB. DE ORIGEN: CC0203LP; cit. en JUBA online).

(12) En esta misma línea de pensamiento, el juez Hitters, con la adhesión del juez Genoud, sostuvo que es insuficiente el recurso que omite la impugnación de un fundamento que, si bien fue expuesto en el fallo recurrido a mayor abundamiento, tiene no obstante virtualidad decisoria para el rechazo de la pretensión (Sup. Corte Bs. As., L. 88.550, "Cantet Manterola, Justo G. c. 'El Amanecer S.A.C.I.A.'. Indemnización por despido", del 2/7/2008, cit. en JUBA online).

(13) L. 113.833, sent. del 11/7/2012, en "Ministerio de Trabajo contra Grupo Concesionario del Oeste. Apelación. Recurso de Queja".

(14) Desde luego, el argumentador final (v.gr. el órgano judicial de la instancia última) impondrá su punto de vista acerca de si el argumento es o funciona como dirimente o si es o funciona sólo como obiter dictum.

(15) Los resultados de un estudio relacionado con los usos de la expresión conectora "a mayor abundamiento", realizado a partir de un corpus compuesto por 42 (cuarenta y dos) encuestas realizadas a aspirantes a ocupar cargos en la Justicia de la provincia de Buenos, permitieron establecer que un 71% de los encuestado desconocía que esa expresión sirve para introducir argumentos colaterales, no dirimentes. CUCATTO, Mariana, "El lenguaje jurídico y su 'desconexión' con el lector especialista. El caso de 'a mayor abundamiento'", Revista Letras de Hoje. Tema: Pesquisa e ensino da leitura e da escrita: estudos psicolinguísticos, v. 48, n.1, JAN./MAR., 2013, PP.127-138. ISSN 0101-3335; ver en <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fale/article/view/12064/8890>.

(16) En "Berreta, Eduardo E. y otra contra Capussi y Bartilone, Ángel. Prescripción adquisitiva de dominio" (causa C. 102.986, sent. del 3/3/2010), los propios ministros integrantes de la SCBA discreparon acerca de si un argumento usado por la cámara de apelación era dirimente u obiter dictum, a nuestro criterio opinando con acierto el juez Genoud.

(17) V.gr. arts. 244 y 245 CPCC La Pampa

(18) como en Bs. As; Sup. Corte Bs. As., Ac 32560 S 26-2-1985, Juez San Martín (SD) Carátula: "Decuzzi, Hugo H. c. Origi de Decuzzi, Luisa A. y otros s/ Nulidad" Publicaciones: AyS 1985-I-141 - JA 1986-I, 552 - DJBA 1985-129, 689 Mag. votantes: San Martín - Cavagna Martínez - Mercader - Vivanco - Rodríguez Villar Trib. de origen: CC0001LZ; SCBA, Ac 34135 S 24-9-1985, Juez Cavagna Martínez (SD) Carátula: "Finsur Cía financiera S.A c. Fábrica sudamericana de elementos prefabricados S.A s/ Ejec. de alquileres" Publicaciones: AyS 1985-II-740 - DJBA 1986-130, 106 - LL 1986 E, 698 Mag. votantes: Cavagna Martínez - San Martín - Martocci - Mercader — Negri Trib. de origen: CC0103LP; SCBA, AC 81298 S 11-6-2003, Juez De Lázari (MA) CARÁTULA: "Reboredo, Rubén O. c. Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios" MAG. VOTANTES: de Lázari-Negri-Pettigiani-Salas-Roncoroni-Hitters Trib. de origen: CC0001ME; cits. en JUBA online).

(19) DE LA COLINA, Salvador, "Derecho y Legislación procesal. Materia Civil y Comercial", J.Lajouane & Cía. Editores, Buenos Aires, 1916, 2ª ed., t.II, parág. 799, ps. 175/176.

(20) FARRELL, Martín D., "La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos", en La Ley t.2003-F, sec. doctrina, ps. 1161 y ss.; TRIONFETTI, Víctor R. "Sobre resoluciones de tribunales: la paradoja de Ostrogorski", en Compendio Jurídico Doctrina-Jurisprudencia-Legislación, n° 47, diciembre de 2010, Erreius — Errepar.

(21) Si las posturas de los tres camaristas fueran irreductibles, ¿cómo se podría salir del atolladero? Debería integrarse la cámara hasta que una de las tres posturas obtenga un voto más; téngase presente que, a diferencia del anterior Código de Procedimientos —ley 2958, art. 302— el art. 266, CPCC, no indica que la mayoría necesaria sea la absoluta, razón por la cual podría entenderse que triunfa la postura que simplemente reúna un voto más que las demás: si las posturas vienen concitando un voto, ganaría la que logre sólo dos votos.

Voces: ADMINISTRACION DE JUSTICIA ~ SENTENCIA ~ FUNDAMENTO DE LA SENTENCIA ~ JUEZ ~ FACULTADES DE LOS JUECES ~ OBLIGACIONES DEL JUEZ ~ RECURSOS ~ INTERPOSICION DEL RECURSO ~ FUNDAMENTO DEL RECURSO ~ CUESTION DE HECHO ~ CUESTION DE DERECHO ~ PRETENSION ~ COMPETENCIA

Título: Sobre cuestiones y argumentos

Autores: Sosa, Toribio Enrique Cucatto, Mariana

Publicado en: LA LEY 19/06/2014, 19/06/2014, 1

Cita Online: AR/DOC/993/2014

Sumario: 1. Pretensión: cuestiones y argumentos.— 2. Concepto de "cuestión".— 3. Concepto de "argumento".— 4. La respuesta a una cuestión específica, como argumento para responder a una cuestión más genérica.— 5. El desplazamiento de cuestiones.— 6. Las cuestiones desplazadas: la competencia y los argumentos obiter dicta.— 7. El recurrente frente a los argumentos obiter dicta.— 8. Las cuestiones desplazadas: a- no tratadas o b- tratadas y respondidas con diferente orientación argumentativa a la de la respuesta por sí sola dirimente dada a otra cuestión.— 9. El recurrente frente la paradoja de Ostrogorski

Abstract: Las cuestiones deben ser planteadas y respondidas por los jueces para sostener la decisión sobre las pretensiones sometidas a su conocimiento. Argumentar es dar las razones, motivos o fundamentos que sostienen un punto de vista y todo eso para producir el efecto de persuadir. ¿Persuadir a quién? A las partes del caso, a sus abogados, a los otros jueces que deban revisar la decisión y, en última instancia, incluso a la sociedad toda: las buenas argumentaciones contribuyen a la contabilidad y refuerzan la autoridad de los jueces en una sociedad democrática.

(*)

1. Pretensión: cuestiones y argumentos

A los fines de este trabajo, adoptemos la noción de pretensión como la afirmación de un derecho y la petición de su tutela jurisdiccional.

Y bien, para resolver sobre una pretensión, el órgano jurisdiccional debe responder a cuestiones y para responder a cuestiones debe utilizar argumentos.

2. Concepto de "cuestión"

Tenemos una cuestión 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.

Hay una cuestión de prueba cuando se considera si tal o cual medio de prueba es admisible o no lo es, es pertinente o no lo es o es atendible o no lo es.

Estamos en presencia de una cuestión de derecho cuando se discurre si una norma jurídica es aplicable o no es aplicable, si es constitucional o no es constitucional, etc.

En suma, cuando ante un tópico fáctico, probatorio o jurídico existe una encrucijada del tipo "ser o no ser", allí hay una cuestión.

Las cuestiones deben ser planteadas y respondidas por los jueces para sostener la decisión sobre las pretensiones sometidas a su conocimiento.

3. Concepto de "argumento"

Cuando aparece una cuestión, para responder a ella hay que tomar partido por uno de los dos términos de la cuestión: algo no puede ser y no ser al mismo tiempo. El hecho ha existido o no ha existido; el medio de prueba es atendible o no es atendible; la norma jurídica es válida o no es válida; etc.

Alguien podría tomar partido "porque sí", como un niño.

Pero los jueces deben dar razones o motivos o fundamentos por los cuales se inclinan hacia uno u otro término de cualquier cuestión que deban enfrentar. Si ante el dilema "ser o no ser" responden que la cosa es,

deben decir por qué es, esto es, deben decir "la cosa es por esto, por esto y por esto".

Argumentar es dar las razones, motivos o fundamentos que sostienen un punto de vista y todo eso para producir el efecto de persuadir.

¿Persuadir a quién? A las partes del caso, a sus abogados, a los otros jueces que deban revisar la decisión y, en última instancia, incluso a la sociedad toda: las buenas argumentaciones contribuyen a la confiabilidad y refuerzan la autoridad de los jueces en una sociedad democrática.

No siempre se está argumentando adecuadamente cuando se cree estar haciéndolo V.gr. "adverbiar" no es argumentar adecuadamente: "esto es así claramente", no convierte en claro aquello sobre lo que se trata, pero —eso sí— no nos deja duda acerca de cómo cree verlo el argumentador; adjetivar tampoco es argumentar adecuadamente: "esta es la mejor solución" no nos dice nada acerca tan siquiera de por qué pudiera ser buena la solución, aunque —eso sí— nos habla de la mera subjetividad del argumentador (1); apilar textos sin ton ni son —ej. abusando del "corta y pega" que permiten los procesadores de texto— no implica necesariamente que lo cortado y pegado sirva como argumento, y en todo caso nos habla más de la supuesta competencia informática del usuario (2) que de su competencia argumentativa (3) etc.

4. La respuesta a una cuestión específica, como argumento para responder a una cuestión más genérica

Hay un punto en que cuestión y argumento se cruzan: es allí donde la respuesta dada a una cuestión específica constituye razón, motivo o fundamento (argumento) para responder a una cuestión más general.

Por ejemplo, para llegar a definir la suerte de un recurso los jueces podrían plantearse las siguientes cuestiones generales: i) ¿es admisible o no es admisible? y, si es admisible, ii) ¿es fundado o no es fundado?

Para responder a esas cuestiones generales debemos considerar antes varias sub-cuestiones o cuestiones específicas. V.gr. en cuanto a la admisibilidad: ¿fue planteado en término o no?; ¿fue planteado en forma o no (4)?; ¿fue planteado por alguien que es parte o no?; ¿la resolución recurrida causa gravamen o no al recurrente?, ¿es vía recursiva idónea o no lo es? etc.

Pero, por ejemplo, tomemos la sub-cuestión o cuestión específica acerca de si el recurso fue planteado en término o no. Veremos que esa sub-cuestión o cuestión específica se descompone en otras sub-sub cuestiones o cuestiones más específicas aún: cuándo y cómo fue notificada al recurrente la resolución recurrida, cuándo se presentó el recurso y cuál es el plazo para presentar ese recurso. Las respuestas a estas sub-sub cuestiones o cuestiones más específicas serán los argumentos para sostener la respuesta que pueda darse respecto de la sub-cuestión o cuestión específica relativa al carácter extemporáneo o no del recurso interpuesto y, desde luego, la respuesta que se dé a esta sub-cuestión o cuestión específica será un argumento para sostener la respuesta que pueda darse a la cuestión más general atinente a la admisibilidad o no admisibilidad del recurso.

Incluso podrían abrirse infra-cuestiones o cuestiones incluso más específicas aún, como ser, el modo o medio elegido para notificar ¿fue el que manda la ley? ¿fue bien o mal cumplimentado? etc.

Veamos en el siguiente cuadro, muy resumido, una concatenación y jerarquización de cuestiones para resolver sobre un recurso:

ii) Si el recurso es admisible, entonces ¿es fundado o no? (5)

Y bien, si v.gr. la sub-cuestión o cuestión específica relativa a la tempestividad del recurso fuera respondida negativamente, esa respuesta negativa constituiría un argumento para responder a la cuestión general relativa a la admisibilidad: la extemporaneidad, como respuesta a la cuestión específica acerca de la tempestividad o no del recurso, permite responder a la cuestión general sobre la admisibilidad o no del recurso.

Pero además, la respuesta a la sub-cuestión o cuestión específica relativa al tiempo del recurso, pasaría a funcionar como la razón, el motivo o el fundamento (argumento) dirimente (es decir, por sí solo suficiente) para responder a la cuestión general: el recurso es inadmisibile y lo es ya nada más por ser extemporáneo.

Y, por supuesto, la respuesta negativa dada a la cuestión general relativa a la admisibilidad o no del recurso,

sella su suerte final: será denegado o, sea, será declarado inadmisibile.

En conclusión:

a- Las respuestas a las cuestiones específicas que conforman una cuestión general, operan como argumentos para responder a la cuestión general;

b- la respuesta dada a alguna cuestión específica puede ser argumento por sí solo dirimente para responder a la cuestión general que la engloba;

c- las respuestas dadas a las cuestiones generales operan como argumentos que sostienen la decisión sobre la pretensión;

d- la respuesta dada a alguna cuestión general opera como argumento que puede ser por sí solo dirimente para decidir sobre la pretensión.

En suma, podría decirse que, para argumentar y así sostener su decisión, el juez debe: a) plantear cuestiones; b) responder a esas cuestiones; c) utilizar las respuestas a cuestiones para responder a otras cuestiones; d) así, hasta encontrar las respuestas a las cuestiones (argumentos) que puedan sostener la decisión sobre la pretensión.

5. El desplazamiento de cuestiones

Continuando con el ejemplo del recurso, nótese que la declaración de inadmisibilidad del recurso por extemporáneo desplaza la necesidad de responder jurisdiccionalmente:

a- a otras sub-cuestiones o cuestiones específicas condicionantes de la admisibilidad del recurso (ej. si el recurrente es parte o no lo es; si el recurso usado es la vía impugnativa idónea o no lo es; etc.);

b- a la cuestión acerca de si el recurso pudiera ser o no ser fundado: como el análisis de admisibilidad es necesariamente anterior al de fundabilidad, no superado el primero no hay por qué ingresar en el segundo.

Hay cuestiones cuya respuesta es dirimente, lo que torna jurisdiccionalmente innecesario responder a cuestiones que están a su lado en su mismo nivel (ej. volviendo al recurso, otros recaudos de admisibilidad allende su tempestividad) o en un nivel posterior (ej. otra vez con el recurso, la cuestión de fundabilidad, de abordaje ulterior, queda desplazada si el recurso es considerado inadmisibile).

Son cuestiones desplazadas aquéllas que no es necesario responder jurisdiccionalmente pues la suerte de la pretensión ya queda sellada a través de la respuesta dada a otra cuestión por sí sola dirimente.

Aunque, aclaremos: lo que es dirimente no es la cuestión, sino la respuesta dada a una cuestión: una pregunta del tipo ¿ha sido planteado en término o no el recurso? —cuestión— no define nada, pero sí puede ser definitoria la respuesta —que opera como argumento— dada a esa pregunta (ej. el recurso ha sido tardío).

6. Las cuestiones desplazadas: la competencia y los argumentos obiter dicta

¿Deben los jueces responder a las cuestiones desplazadas?

Continuando con el ejemplo usado en 3-, ¿deben los jueces responder a las demás sub-cuestiones o cuestiones específicas atinentes a la admisibilidad, como ser, si el recurrente es parte o no, si el recurso utilizado es vía idónea o no, etc.?; ¿deben los jueces analizar la cuestión de fundabilidad del recurso, si ya se sabe que el recurso es inadmisibile?

Si ya la suerte de la pretensión queda sellada a través de la respuesta dirimente a una cuestión, los jueces no tienen el deber de seguir abordando las cuestiones desplazadas.

Deber no deben los jueces, pero ¿pueden? ¿y si los jueces de todos modos abordaran las cuestiones desplazadas?

Podría decirse que no han podido hacerlo sin nulidad, porque, al dejar finiquitada la suerte de la pretensión mediante la dilucidación de una cuestión cuya respuesta es dirimente, han agotado su competencia; la jurisdicción puede llegar hasta o no más allá del punto exacto en que se alcanza una decisión sustentada en un argumento por sí solo dirimente: "sobra" abordar las demás cuestiones y por eso para abordarlas "falta" competencia. (6)

Sin embargo, ¿es igual que el motor del automóvil deba detenerse por haber llegado a destino, a que se detenga por haberse quedado sin combustible? Es evidente que puede llegar a destino y todavía quedarle combustible.

Al igual que el automóvil, el juez puede llegar a destino al dilucidar una cuestión cuya respuesta es por sí sola dirimente para determinar la suerte de la pretensión. Pero el juez, al igual que el automóvil que llega a destino pero con más combustible en el tanque, ¿tendría aún competencia para abordar las demás cuestiones?

Sí, a nuestro modo de ver, ya que hasta que el juez no emita formalmente su decisión (digamos, no firme su sentencia) seguirá teniendo combustible en el tanque (léase, seguirá teniendo competencia) y podrá seguir enfrentando cuestiones cuyas respuestas solidifiquen su decisión (de alguna manera dejen el automóvil también en el lugar de destino, pero mucho mejor posicionado). (7)

¿Cómo podría proceder así? Pues simplemente también respondiendo otras cuestiones, con igual orientación argumentativa a la de la respuesta dirimente dada ya a otra cuestión. (8)

En nuestro ejemplo que viene desde "3", podría también el juez responder a las cuestiones concernientes a si el recurso utilizado es o no es vía impugnativa idónea —concluyendo que no lo es—, a si el recurrente es o no es parte —concluyendo que no lo es—, etc. (9), reforzando su conclusión en el sentido que el recurso es inadmisibile.

Si el juez determina la suerte final de una pretensión en función de la respuesta por sí sola dirimente a una cuestión, pero, pese a eso, sigue enfrentando otras cuestiones desplazadas, las respuestas con igual orientación argumentativa —en el mismo sentido o dirección que la respuesta por sí sola dirimente dada ya a otra cuestión— para reforzar su decisión funcionan como argumentos obiter dictum, o sea, argumentos "dicho sea de paso".

El argumento obiter dictum es, entonces, una respuesta:

a- a una cuestión desplazada;

b- que tiene igual orientación argumentativa a la de la respuesta por sí sola dirimente dada antes a otra cuestión.

Uno de los beneficios posibles de los argumentos obiter dicta radica en el mayor poder de persuasión de la decisión jurisdiccional, "a mayor abundamiento" y "para mayor satisfacción" de las partes y de la sociedad. (10)

7. El recurrente frente a los argumentos obiter dicta

Se suele sostener que los argumentos que "son" obiter dicta carecen de poder decisorio, de manera que, si usados en una sentencia, pierde su tiempo el recurrente atacándolos ya que su recurso no perderá eficacia si no los ataca. (11)

Pero el asunto puede verse también de otro modo:

a- el recurrente pierde su tiempo si sólo ataca los argumentos obiter dicta, pero de ningún modo lo perderá —antes bien, lo aprovechará— si, además de atacar los dirimientes, cuando menos ad eventum ataca los argumentos obiter dicta;

b- el recurso podrá perder eficacia si no ataca además los argumentos obiter dicta. (12)

Si decimos que un argumento "es" obiter dictum sólo porque fue usado así por su autor y que, por "ser" así no tiene ni podrá tener poder decisorio, nos perdemos de ver:

a- que el argumento "usado como" obiter dictum por el autor de la argumentación, bajo las mismas circunstancias en que fue usado, para otro sujeto puede ser en realidad dirimente;

b- que el argumento sobre el que todos coincidamos que bajo ciertas circunstancias funciona como obiter dictum, bajo otras circunstancias para algún sujeto podría pasar a funcionar en realidad como dirimente.

Veámoslo.

Bajo las mismas circunstancias en que ha sido usado un argumento como obiter dictum por el autor de la argumentación, para otro sujeto puede en realidad operar como dirimente, lo cual suele ser consecuencia de

puntos de vista diferentes en cuanto a la adecuada concatenación de cuestiones a tratarse. Para poner un ejemplo simple y claro: con acierto o con error en cuanto al orden de las cuestiones, el juez rechaza una pretensión por inadmisibile, entendiendo que el pretendiente carece de interés procesal y, obiter dictum, sosteniendo que, aunque tuviera interés procesal, igual la pretensión sería inadmisibile por haber sido introducida judicialmente de modo extemporáneo. Otro sujeto, tal vez un órgano revisor y acaso con más criterio para plantear y abordar las cuestiones, podría creer igualmente que la pretensión es inadmisibile, pero de modo dirimente, primero, por extemporánea y, después, sólo obiter dictum, por falta de interés procesal. Entonces, más allá de las palabras del argumentador, ¿cuál es la respuesta jurisdiccional dirimente, la concerniente a la extemporaneidad de la pretensión o la relativa a la falta de interés procesal? En realidad, cualquiera de las dos, dependiendo del mayor o menor criterio para plantear y abordar las cuestiones ordenadamente.

Un argumento bajo ciertas circunstancias puede funcionar para todos los intérpretes como obiter dictum, pero, bajo otras circunstancias, alguien podría ver que pasa a funcionar como dirimente. Eso puede pasar cuando se ataca con éxito el argumento dirimente del juez y, entonces, pasan a primer plano los argumentos obiter dicta del juez, en tanto por sí solos, y ya sin el protagonismo del argumento dirimente desactivado, pudieran también sostener la decisión. Otro ejemplo simple y claro: si el juez rechaza la pretensión con el argumento dirimente de su inadmisibilidat por extemporánea, y, además, obiter dictum, también dada su inadmisibilidat por falta de legitimación y, en aún en su defecto, por falta de interés procesal, en la medida que se apelara con éxito el argumento de la extemporaneidad pasarían a tener protagonismo dirimente los otros dos argumentos en tanto también aptos para sostener la inadmisibilidat: si éstos no fueran también apelados, quedaría en pie la decisión del juez basada en argumentos usados por él como obiter dicta, pero que pasaron a ser dirimientes al ser desactivado por la cámara de apelación el argumento usado por el juez como dirimente.

Observemos ahora un caso concreto. La Sup. Corte de Buenos Aires (13) rechazó un recurso de queja por falta de acompañamiento de copia de la resolución recurrida. Contra ese rechazo, el quejoso articuló un recurso de aclaratoria y la Sup. Corte bonaerense también lo rechazó escalonando los siguientes argumentos: primero y dirimente, el recurso de aclaratoria es extemporáneo (como se ve, ya eso era suficiente para cerrar todo análisis); y, "a mayor abundamiento", esta Corte siguió abordando cuestiones: el recurso de aclaratoria no es la vía idónea para atacar el tipo de error atribuido a la resolución recurrida y, además, comoquiera que fuese, el recurrente en definitiva no adjuntó la copia que se le había dicho que faltaba. Obsérvese que el mismo argumento consistente en la falta de acompañamiento de copia fue usado como dirimente para declarar la inadmisibilidat de la queja, pero como obiter dictum para rechazar el recurso de aclaratoria. Mismo argumento, diferentes circunstancias, diferente función: esta característica podría denominarse reversibilidat funcional de los argumentos.

Según sean el sujeto y las circunstancias, el argumento obiter dictum puede funcionar como argumento dirimente (o viceversa). Y, eso así, el recurrente que no ha objetado los argumentos obiter dicta cuando menos ad eventum, podría exponerse al riesgo de que, algún tribunal, le responda que su recurso es insuficiente precisamente por eso, por no haberlos objetado. El recurrente, para la eficacia de su recurso, debe atacar todos los argumentos con igual orientación argumentativa, hayan sido usados por el órgano judicial como dirimientes o como obiter dicta.

Se dirá: "No vale, si el juez dijo que era obiter dictum, es obiter dictum". Pero los argumentos actúan como actúan, y actuando como actúan pueden funcionar o llegar a funcionar como dirimientes u obiter dicta, más allá de lo que el argumentador haya dicho acerca de lo que sus argumentos "son" (14), según la concatenación, la jerarquización y la dinámica de los argumentos (reversibilidat funcional).

En todo caso, entre otras posibilidades, tengamos presente que los jueces son humanos y por lo tanto:

- a- no siempre argumentan con apego al mejor orden posible para abordar las cuestiones;
- b- más aún, acaso por desconocer el significado preciso dentro del tecnolecto jurídico p.ej. del conector argumentativo no dirimente obiter dictum (15), argumentan sin anunciar tan nítidamente si lo que están argumentando es dirimente u obiter dictum, o, si lo anunciaran, tal vez digan que funciona como obiter dictum lo que es en realidad dirimente, o al revés;
- c- pueden incluso discrepar acerca de si un argumento "es" o funciona como obiter dictum, o si "es" u opera

como dirimente. [\(16\)](#)

8. Las cuestiones desplazadas: a) no tratadas o b) tratadas y respondidas con diferente orientación argumentativa a la de la respuesta por sí sola dirimente dada a otra cuestión

Son cuestiones desplazadas aquéllas que no es necesario responder jurisdiccionalmente pues la suerte de la pretensión ya ha quedado sellada a través de la respuesta dada a otra cuestión por sí sola dirimente.

En tanto cuestión desplazada que no es necesario responder, lo esperable es que el órgano judicial efectivamente no la responda.

Pero puede suceder que, por razones de método de trabajo, por inadvertencia o por lo que sea, el órgano judicial responda de modo dirimente a una cuestión sólo luego de haber respondido antes a otras cuestiones con una orientación argumentativa diferente a la de la referida respuesta dirimente. Por ejemplo, el juez respondiendo congruentemente a las cuestiones planteadas por las partes, analiza la admisibilidad de una pretensión y dice que el pretendiente tiene capacidad procesal, que no existe litispendencia, etc., pero al final de su recorrido discursivo, aborda la cuestión de si el pretendiente cuenta o no cuenta con legitimación sustancial activa, respondiendo que no. Sin legitimación sustancial activa, el juez rechaza la pretensión por inadmisibile. Nótese bien: si el juez hubiera comenzado su análisis por la cuestión relativa a la legitimación sustancial, la respuesta habría sido dirimente de entrada y, entonces, no habría tenido que abordar las otras cuestiones también relativas a la admisibilidad de la pretensión, como, la capacidad procesal, la litispendencia, etc. Es decir, el juez comoquiera que fuese utiliza una argumentación del tipo "A + B + etc., pero X", donde "X" luego del conector contraargumentativo "pero" opera como el argumento que desvía la línea argumentativa previa conduciendo a una conclusión diferente a la que surgiría de "A + B + etc."

Ahora bien, llegamos al punto en que el juez declara inadmisibile la pretensión al responder de modo dirimente a la cuestión sobre la legitimación sustancial del pretendiente, no habiendo respondido a otras cuestiones —si es que hubiera empezado por la cuestión de la legitimación sustancial del pretendiente— o habiendo respondido a otras cuestiones pero con una orientación argumentativa diferente a la de la respuesta dirimente dada a la cuestión de esa legitimación.

Supongamos que apela esa decisión el pretendiente y que la cámara de apelación, a diferencia del juez, considera que el pretendiente sí cuenta con legitimación sustancial. ¿Qué sucede con las cuestiones no tratadas por el juez o sí tratadas por el juez pero con orientación argumentativa diferente a la de la respuesta dirimente dada por el juez a la cuestión de la legitimación sustancial del pretendiente?

No pudieron ser motivo de apelación por el pretendiente, porque a él lo único que le provocó gravamen (perjuicio) fue la declaración de inadmisibilidat sostenida en su supuesta falta de legitimación sustancial; tampoco pudieron ser motivo de apelación por el pretendido, porque él ganó al darle al juez la razón acerca de la inadmisibilidat de la pretensión del pretendiente, aunque más no sea por uno de los motivos que adujo.

Y bien, si el órgano revisor deja sin efecto la decisión basada en la respuesta dirimente dada a una cuestión, debe responder a las demás cuestiones para hacerse cargo de ellas (las no tratadas por el juez y las sí tratadas por el juez pero con orientación argumentativa diferente a la de la respuesta dirimente dada por el juez a otra cuestión), pero debe hacerlo según dos modelos diferentes:

a- si las partes replantearan esas cuestiones ante el órgano revisor; [\(17\)](#)

b- automáticamente, aún sin replanteo de esas cuestiones por las partes ante el órgano revisor, lo que se denomina "apelación adhesiva". [\(18\)](#)

9. El recurrente frente la paradoja de Ostrogorski

Tratándose de tribunales civiles la ley no señala ni cuándo ni cómo deben ser planteadas las cuestiones, ni quién debe hacerlo.

En los hechos, era y es tradicional [\(19\)](#) que el juez que vota en primer término proponga las cuestiones, ya que para votar obviamente debe haber cuestiones acerca de las cuales votar. Desde luego, ello no obsta a que los otros jueces participen para consensuar el catálogo de cuestiones, pero la ley nada dice acerca de cómo resolver

si hay disenso: acaso la solución sería establecer, como primera cuestión a ser votada, cuáles son las cuestiones que deben ser tratadas para resolver el recurso, debiendo continuar la votación según el elenco de cuestiones que hubiera conseguido mayoría.

Pero algo es seguro: la forma en que se presenten las cuestiones no es tema menor, porque hasta puede alterar el resultado de la decisión. (20) Debe estar atento a ello el recurrente, pues podría cuestionar la decisión... ¡Sólo por la forma de estar planteadas las cuestiones de cuya elucidación depende la decisión!

Veamos un ejemplo en derredor del recurso de apelación.

Supongamos que el juzgado en su sentencia hubiera considerado válido cierto acto jurídico y que el apelante sostiene en cámara que es nulo por los motivos A, B y C.

Si se plantearan 3 cuestiones (¿es nulo el acto jurídico por el motivo A?; si no, ¿lo es por el motivo B?; si no, ¿lo es por el motivo C?), podría suceder lo siguiente:

a- al votar a la primera cuestión, el juez 1 podría opinar que el acto jurídico es nulo por el motivo A, mientras que los otros dos jueces podrían disentir, correspondiendo entonces abordar la siguiente cuestión;

b- al votar a la segunda cuestión, el juez 2 podría opinar que el acto jurídico es nulo por el motivo B, mientras que los otros dos jueces podrían disentir, correspondiendo entonces abordar la siguiente cuestión;

c- al votar a la tercera cuestión, el juez 3 podría opinar que el acto jurídico es nulo por el motivo C, mientras que los otros dos jueces podrían disentir, correspondiendo entonces, desestimar la apelación por falta de éxito del apelante al no haber conseguido mayoría de votos en cámara tratándose de ninguna de las tres cuestiones.

Si así sucediera, el acto jurídico quedaría como válido, pese a que los tres camaristas han creído verlo nulo, aunque por motivos diferentes.

En cambio, si se planteara como única cuestión ¿es nulo el acto jurídico?, habría consenso en la nulidad aunque no en los motivos de la nulidad. (21)

(*) Investigadora de CONICET. Profesora titular de Introducción a la Lengua y la Comunicación, y de Lengua II, en la Facultad de Humanidades, UNLP.

(1) Cuando digo que el helado de chocolate es feo, no digo nada acerca del helado de chocolate, sino que hablo de mí y de mis gustos.

(2) Conf. CHAYER, Héctor M., "El sistema judicial y las tecnologías de la información", en ED 189-686.

(3) La competencia argumentativa puede ser definida como el conocimiento y la habilidad que posee un sujeto para producir y comprender textos argumentativos.

(4) Ej. si el recurso hubiera sido planteado sin sus fundamentos, cuando hubiera tenido que ser planteado conteniéndolos, de tan manifiestamente infundado sería inadmisibile: es inaudible el silencio.

(5) No se abren las infinitas posibles llaves, ni aquí ni más arriba, pues ya con este esquema arbóreo y con las pocas flechas dibujadas en él, queda suficientemente graficada la idea de la "concatenación y jerarquización de cuestiones".

(6) "Si la Cámara dice que la argumentación recursiva resulta vacua (art. 260, C.P.C.C.), allí queda sellada la suerte del embate y los fundamentos "reforzantes" que haya hecho el tribunal quedan -en falso- fuera del marco de la apelación y atentan contra el principio de congruencia (art. 34, inc. 4º del Código citado). Si hay déficit, allí el judicante superior queda sin competencia para juzgar el fondo. Si el ataque no es apto, la alzada

no puede luego abordarlo. Al hacerlo sus basamentos son obiter dictum." (Sup. Corte Bs. As., C 106712 S 24-4-2013, Juez HITTERS (OP) CARATULA: "F., I. C. c. R., J. P. y otros s/ Incidente de inclusión de bienes MAG". VOTANTES: Hitters-Negri-Genoud-Soria TRIB. DE ORIGEN: CC0000NE; cit. en JUBA online).

(7) Arg. art. 166 proemio CPCCs Nación y Bs.As. y art. 158 proemio CPCC La Pampa.

(8) Si es conveniente o no proceder así, es otro tema, cuyo examen merece otro detenimiento, ajeno a las miras de este puntual aporte. Por caso, podría ser conveniente continuar analizando otras cuestiones del mismo nivel correspondiente a aquélla cuya respuesta es por sí sola dirimente (v.gr. si el juez aprecia que la pretensión, además de ser inadmisibile por extemporánea, también lo es por falta de legitimación o por falta de interés procesal, etc.), pero no tal vez ingresar en el análisis de cuestiones de otro nivel diferente (ej. la fundabilidad de la pretensión).

(9) V.gr. la Sup. Corte Bs. As. rechazó un recurso de queja por falta de acompañamiento de copia de la resolución recurrida. Contra ese rechazo, el quejoso articulo un recurso de aclaratoria y la Sup. Corte Bs. As. también lo rechazó escalonando los siguientes argumentos: primero y principal, el recurso de aclaratoria es extemporáneo (como se ve, ya eso era suficiente para cerrar todo análisis); y, "a mayor abundamiento", la Sup. Corte Bs. As. siguió abordando cuestiones: el recurso de aclaratoria no es la vía idónea para atacar el tipo de error atribuido a la resolución recurrida y, además, comoquiera que fuese, el recurrente en definitiva no adjuntó la copia que se le había dicho que faltaba (L. 113.833, sent. del 11/7/2012, en "Ministerio de Trabajo contra Grupo Concesionario del Oeste. Apelación. Recurso de Queja").

(10) Sobre argumento obiter dictum ver, además, FRONDIZI, Román J., La sentencia civil. Tema y variaciones, Platense, La Plata, 1994; PEYRANO, Jorge W., "Sobre la función docente de las resoluciones judiciales", JA 1994- II-835-836; PEYRANO, Jorge W., "Los argumentos laterales (a mayor abundamiento, obiter dicta y conjetural) del discurso judicial y la supremacía ideológica de los derechos del consumidor y del usuario", JA 2000-II-854-857.

(11) V.gr. "Las expresiones del sentenciante, más allá de los fundamentos que estructuran el holding decisorio, configuran argumentos colaterales u obiter dictum, de los que no puede prevalerse por resultar argumentos eventuales y a los que el impugnante no está obligado a rebatir para que resulte eficaz su ataque al fallo." (Sup. Corte Bs. As., C 116882 S 26-6-2013, Juez PETTIGIANI (OP) CARÁTULA: "Julián Zaratiegui S.A. c. Siderar S.A.I.C. s/ Daños y perjuicios" MAG. VOTANTES: Kogan-Genoud-Pettigiani-Soria; TRIB. DE ORIGEN: CC0203LP; cit. en JUBA online).

(12) En esta misma línea de pensamiento, el juez Hitters, con la adhesión del juez Genoud, sostuvo que es insuficiente el recurso que omite la impugnación de un fundamento que, si bien fue expuesto en el fallo recurrido a mayor abundamiento, tiene no obstante virtualidad decisoria para el rechazo de la pretensión (Sup. Corte Bs. As., L. 88.550, "Cantet Manterola, Justo G. c. 'El Amanecer S.A.C.I.A.'. Indemnización por despido", del 2/7/2008, cit. en JUBA online).

(13) L. 113.833, sent. del 11/7/2012, en "Ministerio de Trabajo contra Grupo Concesionario del Oeste. Apelación. Recurso de Queja".

(14) Desde luego, el argumentador final (v.gr. el órgano judicial de la instancia última) impondrá su punto de vista acerca de si el argumento es o funciona como dirimente o si es o funciona sólo como obiter dictum.

(15) Los resultados de un estudio relacionado con los usos de la expresión conectiva "a mayor abundamiento", realizado a partir de un corpus compuesto por 42 (cuarenta y dos) encuestas realizadas a aspirantes a ocupar cargos en la Justicia de la provincia de Buenos, permitieron establecer que un 71% de los encuestado desconocía que esa expresión sirve para introducir argumentos colaterales, no dirimientes. CUCATTO, Mariana, "El lenguaje jurídico y su 'desconexión' con el lector especialista. El caso de 'a mayor abundamiento'", Revista Letras de Hoje. Tema: Pesquisa e ensino da leitura e da escrita: estudos psicolinguísticos, v. 48, n.1, JAN./MAR., 2013, PP.127-138. ISSN 0101-3335; ver en <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fale/article/view/12064/8890>.

(16) En "Berreta, Eduardo E. y otra contra Capussi y Bartilone, Ángel. Prescripción adquisitiva de dominio" (causa C. 102.986, sent. del 3/3/2010), los propios ministros integrantes de la SCBA discreparon acerca de si un argumento usado por la cámara de apelación era dirimente u obiter dictum, a nuestro criterio opinando con acierto el juez Genoud.

(17) V.gr. arts. 244 y 245 CPCC La Pampa

(18) como en Bs. As; Sup. Corte Bs. As., Ac 32560 S 26-2-1985, Juez San Martín (SD) Carátula: "Decuzzi, Hugo H. c. Origi de Decuzzi, Luisa A. y otros s/ Nulidad" Publicaciones: AyS 1985-I-141 - JA 1986-I, 552 - DJBA 1985-129, 689 Mag. votantes: San Martín - Cavagna Martínez - Mercader - Vivanco - Rodríguez Villar Trib. de origen: CC0001LZ; SCBA, Ac 34135 S 24-9-1985, Juez Cavagna Martínez (SD) Carátula: "Finsur Cía financiera S.A c. Fábrica sudamericana de elementos prefabricados S.A s/ Ejec. de alquileres" Publicaciones: AyS 1985-II-740 - DJBA 1986-130, 106 - LL 1986 E, 698 Mag. votantes: Cavagna Martínez - San Martín - Martocci - Mercader — Negri Trib. de origen: CC0103LP; SCBA, AC 81298 S 11-6-2003, Juez De Lázari (MA) CARÁTULA: "Reboredo, Rubén O. c. Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios" MAG. VOTANTES: de Lázari-Negri-Pettigiani-Salas-Roncoroni-Hitters Trib. de origen: CC0001ME; cits. en JUBA online).

(19) DE LA COLINA, Salvador, "Derecho y Legislación procesal. Materia Civil y Comercial", J.Lajouane & Cía. Editores, Buenos Aires, 1916, 2ª ed., t.II, parág. 799, ps. 175/176.

(20) FARRELL, Martín D., "La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos", en La Ley t.2003-F, sec. doctrina, ps. 1161 y ss.; TRIONFETTI, Víctor R. "Sobre resoluciones de tribunales: la paradoja de Ostrogorski", en Compendio Jurídico Doctrina-Jurisprudencia-Legislación, n° 47, diciembre de 2010, Erreius — Errepar.

(21) Si las posturas de los tres camaristas fueran irreductibles, ¿cómo se podría salir del atolladero? Debería integrarse la cámara hasta que una de las tres posturas obtenga un voto más; téngase presente que, a diferencia del anterior Código de Procedimientos —ley 2958, art. 302— el art. 266, CPCC, no indica que la mayoría necesaria sea la absoluta, razón por la cual podría entenderse que triunfa la postura que simplemente reúna un voto más que las demás: si las posturas vienen concitando un voto, ganaría la que logre sólo dos votos.