

Comisión: tema 4. Conflicto y Comunicación

Tema 4: Conflicto y Comunicación: *La argumentación. La persuasión.*

Autora: Cucatto, Mariana *

Dirección postal: Pte. Uriburu 2026 – Trenque Lauquen (6400)

Dirección electrónica: marianacucatto@yahoo.com.ar

Teléfono: 0221-155916758

Síntesis de la propuesta:

En el discurso jurisdiccional los argumentos *a mayor abundamiento* u *obiter dicta* son los responsables de introducir razones secundarias que no determinan el *holding* o la *ratio decidendi* de una sentencia. En la doctrina jurídica suelen ser caracterizados de forma negativa: se señala que resultan menos persuasivos que los argumentos dirimientes, y que pueden convertirse en un “exceso” que atente contra la claridad y la precisión que debería poseer todo texto jurídico; hasta se llega a sostener que un recurrente no debería atacarlos a la hora de impugnar una resolución judicial. Sin embargo, es el objetivo de este trabajo preguntarnos: un recurrente, para la eficacia de su recurso, ¿debe atacar todas las razones en las que se fundamenta un decisorio - ya sea conformen el *holding*, ya sea constituyan razones *a mayor abundamiento* u *obiter dicta*-, o solo debe atacar las primeras? En esta inteligencia, dado el carácter no dirimente de los argumentos *a mayor abundamiento*, ¿resulta más conveniente omitir su ataque a fin de no poner en riesgo la fundabilidad de un recurso? Al respecto postulamos, a partir de lo que denominamos “reversibilidad funcional de los argumentos”, que el recurrente, para la eficacia de su impugnación, debe atacar todos los argumentos con igual orientación argumentativa, hayan sido usados por el órgano judicial como dirimientes u *obiter dicta*.

* Coordinadora del GILF (Grupo de Investigación en Lingüística Forense) junto con el Dr. Toribio Sosa. Unidades ejecutoras: CEIL, IdIHCS, Facultad de Humanidades, UNLP, y Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, UNLPam).

Lo que abunda no daña. Argumentos *obiter dicta* y técnica recursiva

Mariana Cucatto

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)

Sobre los argumentos *a mayor abundamiento* u *obiter dicta*

Dentro del ámbito de la Teoría de la Argumentación Jurídica, más específicamente, dentro de lo que Atienza (2005) denomina el campo de aplicación de las normas jurídicas, es factible distinguir entre los argumentos que conforman el *holding* o la *ratio decidendi*, es decir, el conjunto de razones en las que se funda una decisión judicial, y los argumentos *a mayor abundamiento* u *obiter dicta*, es decir, las razones no dirimientes invocadas “al paso”, en apoyo de la decisión.

En la Doctrina Jurídica, estos argumentos *a mayor abundamiento* u *obiter dicta* son caracterizados como complementarios, laterales, corroborantes (Peyrano, 2000), incidentales, subsidiarios, auxiliares (Vallet de Goytisolo, 2009), convergentes, adicionales (Frondizi, 1994), *ad pompam*, *ad abundantiam* (Gascón Abellán, 2004); esto es, se muestra constantemente su carácter secundario, de mero apoyo a la decisión, y se señala que se emplean solamente para acompañar (Gascón Abellán, 2004) y esclarecer (Albaladejo, 2002; Peraile Martínez, 2010) las razones esenciales o dirimientes.

Además, se dice que estos argumentos dichos o mencionados “al paso” (Mattila, 2006) “se justifican en la libertad de la argumentación y en la necesidad de hacer inteligible y fundamentado el sentido del fallo ante el carácter más plural y complejo de la sociedad actual” (Peraile Martínez, 2010, p. 10), y están destinados a establecer “nuevas reflexiones o puntos de vista sobre la situación legal del caso” (Rojas Amandi, 2012, p. 184). Incluso, se sostiene que los *obiter dicta* pueden resultar, o bien consideraciones ajenas al caso, o bien generalizaciones que exceden la relación existente entre los hechos del caso y la decisión adoptada en la sentencia (Vallet de Goytisolo, 2009). Además, se indica que podrían cumplir una función judicial preventiva (Peyrano, 2000) -por ejemplo, al ilustrar sobre una determinada problemática jurídica pueden inducir a que las partes se

abstengan de promover nuevos juicios ante la perspectiva de una resolución desfavorable, esto es, pueden prevenir futuros pleitos (Peraile Martínez, 2010)-, y harían factible “responder de antemano a las [...] objeciones de las partes ante la Alzada” (Frondizi, 1994, p. 49).

No obstante, en la Doctrina Jurídica las razones introducidas a *mayor abundamiento* u *obiter dicta* tienden a ser evaluadas de forma negativa: no solo se señala que resultan menos persuasivas (Frondizi, 1994; Bernal Pulido, 2005) que las razones dirimentes, sino también que podrían convertirse en un “exceso” que atente contra la eficacia, claridad y precisión que debería poseer todo texto jurídico. Incluso, hasta se llega a sostener que tienen cierto carácter accidental (Albaladejo 2002, como se citó en Vallet de Goytisolo, 2009) e innecesario (Castillo Alva, 2008; De Castro, 1955, como se citó en Vallet de Goytisolo, 2009; Peraile Martínez, 2010), y que su utilización puede poner en peligro los principios de congruencia y razonabilidad, verdaderos pilares sobre los que debe descansar toda resolución judicial. En consecuencia, se advierte sobre los riesgos de su uso, mal uso o abuso:

Por último, la exigencia de motivación exhaustiva no puede confundirse (ni por tanto entenderse cumplida) con una motivación simplemente profusa. No se trata de auspiciar motivaciones extensas, prolijas, interminables. Es más, algunas motivaciones extensas, pero repletas de malabarismos argumentativos y vericuetos dialécticos no sólo resultan poco comprensibles y (al menos en este sentido) poco racionales, sino que además pueden ser una pantalla que encubra alguna arbitrariedad. De lo que se trata es más bien de adoptar un estilo de motivación que huya de los argumentos *ad pompam* o *ad abundantiam* y que se ciña a los elementos precisos para hacer racionalmente justificada y controlable la decisión (Gascón Abellán, 2004: 22)

Por otro lado, disminuye la posibilidad de establecer exactamente cuál es la *ratio decidendi*, ya que muchas veces es difícil precisar entre todas las razones argüidas, cuál es el verdadero fundamento en derecho de la decisión. Esta forma de sentenciar también puede presentarse cuando se pretenda extender a situaciones de hecho diferentes de las del caso, o aun análogas que merezcan diversa valoración, decisiones que se expresan en términos de acentuada generalidad. Puede haber hasta un caso patológico: cuando la acumulación de argumentaciones se usa para suplir la falta de una justificación válida o para enunciar las razones reales de lo decidido.

En términos generales se podría observar que el uso de esta técnica disminuye el grado de controlabilidad del fundamento de la decisión (Fronzizi, 1996: 75)

En este sentido, a fin de evitar estos “malabarismos argumentativos”, se suele recomendar a los recurrentes solamente centrar su ataque en los criterios jurídicos o fácticos esenciales que justifican una decisión jurisdiccional, ya que la Alzada puede optar por no responder las razones no dirimentes, es decir, las incorporadas *a mayor abundamiento* u *obiter dicta*.

Es más, en la propia Doctrina Legal –jurisprudencia- de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires –en adelante, SCBA- se reitera que:

Sobre el tópico, este Alto Tribunal ha expresado que las manifestaciones formuladas "a mayor abundamiento", esto es, *obiter dicta*, sólo tienen un valor accesorio que no perturba ni incide de manera alguna en las motivaciones esenciales que respaldaron la decisión del Tribunal; por ende, no causan agravio y, consecuentemente devienen inapelables e impropio su tratamiento por la Suprema Corte (conf. doct. L. 88.550, sent. del 2-VII-2008).

V. Por lo expuesto, no habiéndose verificado las infracciones normativas ni el absurdo denunciado (art. 279, C.P.C.C.), corresponde desestimar el presente remedio extraordinario. Con costas de esta instancia a la recurrente vencida (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

B4201492 SCBA LP C 118900 S 15/07/2015 Juez HITTERS (SD)
Carátula: Centrales de la Costa Atlántica S.A. c/ M. F. S.A. s/ Cobro de pesos ¹

Por otra parte, también se sostiene que las razones vertidas *a mayor abundamiento* u *obiter dicta* no son vinculantes como precedente obligatorio, puesto que carecen de valor formal como precedente jurisprudencial (Rojas Amandi, 2012); por esa razón, el recurrente también debería ignorarlas. La SCBA ha dicho:

Es preciso encontrar la razón decisiva de cada caso, es decir la regla o principio del derecho que se tomó en consideración en forma

¹ Sentencia disponible en <http://www.scba.gov.ar>

determinante para resolverlo; no aquellas conclusiones secundarias, que lo fueron a mayor abundamiento. Pues, el valor persuasivo de la jurisprudencia ha de fundarse en lo que el Tribunal hizo y en las razones decisivas por las que lo hizo, para demostrar que la misma razón que antes fue decisiva ha de serlo también en el litigio pendiente de solución.

Asimismo, se debe evitar que las manifestaciones incidentales de un decisorio sean consideradas doctrina legal e invocadas en otros fallos, ya que los únicos razonamientos que pueden formar jurisprudencia son los razonamientos que fueron base del esquema sentencial. Es por ello que -como veremos *infra*- los demás agravios invocados por la impugnante tampoco pueden ser de recibo.

A 70280 SCBA LP S 19/09/2012 Juez HITTERS (SD) Carátula: Couturier, Amanda Noemí c/Municipalidad de la Costa s/Pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ²

Argumentos a mayor abundamiento -obiter dicta- y técnica recursiva

Antes de continuar, deseamos aclarar que este trabajo es el resultado de dos investigaciones previas. En primer lugar, una investigación personal, desarrollada en el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (2016-2017), *Sobre la función didáctica y los usos meta-argumentativos de la expresión 'a mayor abundamiento' (AMA) en las sentencias pronunciadas por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (SCBA)*; y, en segundo lugar, una investigación grupal, de carácter interdisciplinario, *"Lenguaje jurídico, cognición y comunicabilidad: la escritura de sentencias judiciales desde una perspectiva lingüístico-cognitiva* (Proyecto H 677), enmarcada en el Programa Nacional de Incentivos a la Investigación, cuya unidad ejecutora es el Centro de Estudios e Investigaciones Lingüísticas (CEIL) dependiente de la Facultad de Humanidades, Universidad Nacional de la Plata (2013-2017). ³

En las investigaciones precitadas, nos hemos preguntado: ¿por qué si las necesidades de una fundamentación se consideran ya satisfechas se

² Sentencia disponible en <http://www.scba.gov.ar>

³ Esta investigación grupal -bajo mi dirección- actualmente se continúa con el proyecto *Lenguaje jurídico y rutinas cognitivas: de la escritura de sentencias judiciales a la reflexión metalingüística sobre textos jurisdiccionales* (Proyecto H 809).

proponen nuevos argumentos a riesgo de resultar excesivo o poner en riesgo la congruencia y la razonabilidad de una herramienta procesal, por ejemplo, una sentencia o un recurso?; ¿los argumentos *a mayor abundamiento* u *obiter dicta* son realmente complementarios y accesorios?; ¿existe la posibilidad de que estos argumentos no decisorios puedan convertirse en futuros argumentos decisorios? Si es así, el recurrente, para la eficacia de su impugnación, ¿debe atacar todas las razones en las que se fundamenta un decisorio - ya sea conformen el *holding*, ya sea constituyan razones incorporadas *a mayor abundamiento* u *obiter dicta*-, o solo debe atacar las razones dirimentes a fin de no poner en riesgo la fundabilidad de su recurso?

Si bien se suele afirmar que los argumentos incorporados *a mayor abundamiento* u *obiter dicta* carecen de valor formal, y, por su carácter no decisorio, no deberían impugnarse, nosotros entendemos que sí deben ser impugnados por el recurrente pues podrían cobrar un peso o rol diferente, en virtud de lo que hemos llamado “reversibilidad funcional de los argumentos” (Cucatto, 2013, 2014, 2016a; Sosa y Cucatto, 2014; Cucatto y Sosa, 2016). Reversibilidad funcional significa que un argumento que bajo ciertas circunstancias puede en un caso funcionar *a mayor abundamiento* u *obiter dictum*, bajo otras circunstancias, podría pasar en el mismo caso a funcionar como dirimente. Eso puede suceder cuando el recurrente ataca con éxito el argumento dirimente que sostuvo la decisión de un juez de grado y, entonces, pasan a primer plano los argumentos *a mayor abundamiento* u *obiter dicta* de ese decisorio, en tanto por sí solos, y ya sin el protagonismo del argumento dirimente desactivado, pudieran también sostener la decisión. Por ejemplo, si un juez rechaza la pretensión con el argumento dirimente de su inadmisibilidad por extemporánea, y, además, *obiter dicta*, también dada su inadmisibilidad por falta de legitimación y, aún más, 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 inadmisibilidad: si estos no fueran también impugnados, quedaría en pie la decisión del juez de primer grado basada en argumentos usados por él como *a mayor abundamiento* u *obiter dicta*, pero que pasaron a ser dirimentes al ser

desactivado por la cámara de apelación el argumento usado por el juez de grado como dirimente. En síntesis, entendemos por “reversibilidad funcional” de los argumentos que, según sean el sujeto y las circunstancias, el argumento *a mayor abundamiento* u *obiter dictum* puede funcionar como argumento dirimente (o viceversa).

Por ende, consideramos que, para eficacia de su impugnación, el recurrente debe atacar *todas* las razones que fundan un decisorio. Aunque los recurrentes deben necesariamente refutar todas las razones que cimentan la decisión –sean dirimientes o sean *obiter dicta*-, recomendamos estratégicamente el respeto de un orden: primero los dirimientes, luego los *obiter dicta*. Eso así a fin de evitar enredarse en la contraargumentación de los fundamentos *obiter dicta* para más tarde soslayar lo propio respecto de los fundamentos dirimientes o esenciales:

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*. (Sosa y Cucatto 2014: 5)

Asimismo, en la investigación individual antes mencionada, se pudo constatar - a partir del análisis de un corpus constituido por 38 (treinta y ocho) sentencias emitidas por la SCBA- que este máximo tribunal rechaza aquellos recursos en los que solo se atacan las razones *a mayor abundamiento*, y se ignora la impugnación de las razones que conforman el *holding* de la sentencia recurrida -28 sentencias (84,21%)-. Sin embargo, también se pudo advertir, -en solo 4 de esas sentencias (10,53%)- que la SCBA recomienda a los recurrentes, contrariamente, refutar todos los argumentos del decisorio: tanto los dirimientes (*ratio decidendi*) como los no dirimientes (*obiter dicta*), dada su “virtualidad decisoria”:

El carácter adicional de tales argumentos no obsta el reconocimiento de su importancia para la resolución de este aspecto del planteo recursivo, debiendo las quejas hacerse cargo de aquéllos, so pena de fracasar en el intento revisor.

Pues no obstante compartir la doctrina de esta Corte, según la cual, en principio, las manifestaciones *obiter dicta* sólo tiene un valor accesorio porque no inciden en las motivaciones esenciales que respaldan la decisión y, en consecuencia, devienen inapelables (conf. causa L. 88.550, sent. del 7-VII-2008), ello es así mientras ese argumento no tenga capacidad resolutoria dado que en ese caso su impugnación se impone.

En tal sentido, el doctor Hitters, en su voto en la causa C. 84.731, sent. del 7-IX-2005 -a cuyos términos adherí-, expuso, con cita del precedente L. 34.473, sent. del 26-III-1985, que "Es insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que omita la impugnación de un fundamento que, si bien fue expuesto en el fallo a mayor abundamiento, tiene no obstante virtualidad decisoria para el rechazo de la pretensión (...)".

A 70778 RSD-273-14 SCBA LP S 15/10/2014 Juez PETTIGIANI (SD)
Carátula: Verón, Felipe Carlos c/ Municipalidad de San Isidro s/ Daños y perjuicios. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ⁴

Consideraciones finales

Para concluir, retomaremos las preguntas que motivaron este trabajo, en busca de algunas respuestas:

1 - ¿por qué si las necesidades de una fundamentación se consideran ya satisfechas se proponen nuevos argumentos a riesgo de resultar excesivo o poner en riesgo la congruencia y la razonabilidad de una herramienta procesal, por ejemplo, una sentencia o un recurso?; ¿los argumentos a *mayor abundamiento* u *obiter dicta* son realmente complementarios y accesorios? Al respecto, como indicamos en el título de esta exposición, nosotros consideramos que "lo que abunda no daña": estos argumentos no dirimientes siempre que sirvan de apoyo a una decisión o ayuden a sostener la fundabilidad de un recurso, no resultan meramente un ornamento, adorno o simple "pompa". Todo lo contrario, el término "abundamiento" ⁵ significa "abundancia", ⁶ que a su vez significa "gran cantidad, prosperidad, riqueza,

⁴ Sentencia disponible en <http://www.scba.gov.ar>

⁵ *Diccionario de la Real Academia Española*, disponible en <http://dle.rae.es/?id=0DqddvS>

⁶ *Diccionario de la Real Academia Española*, disponible en <http://dle.rae.es/?id=0DqiQZC>

bienestar”. En pocas palabras, el problema no es la cantidad de argumentos sino su calidad; esto es, siempre que un argumento *a mayor abundamiento* u *obiter dicta* esté correctamente formulado desde el punto de vista lingüístico, y posea igual orientación argumentativa que los argumentos dirimientes –es decir, no resulte contradictorio-, no se convertirá en un “exceso” sino, más bien, en un “refuerzo” al servicio del punto de vista sostenido –o atacado-.

2- El recurrente, para la eficacia de su impugnación ¿debe atacar todas las razones en las que se fundamenta un decisorio - ya sea conformen el holding, ya constituyan razones *a mayor abundamiento* u *obiter dicta*-, o solo debe atacar las razones dirimientes a fin de no poner en riesgo la fundabilidad de un recurso? Como afirmamos previamente, dada la “reversibilidad funcional de los argumentos”, el recurrente debe atacar *todos* los argumentos, tanto los dirimientes como los *a mayor abundamiento* u *obiter dicta*. Un recurrente, si bien no puede dejar nunca de atacar las razones que conforman el *holding* de la sentencia impugnada, para la eficacia de su recurso, tampoco debe dejar de confrontar los argumentos *a mayor abundamiento* u *obiter dicta*, puesto que estos pueden llegar a operar ocasionalmente como dirimientes atenta su reversibilidad funcional.

Bibliografía

ALBALADEJO, M. (2002). *Derecho civil*, Vol. I. Barcelona: Bosch.

ATIENZA, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM.

BERNAL PULIDO, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

CASTILLO ALVA, J. L. (2008). *El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el derecho peruano* . Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_46.pdf

- CUCATTO, M. (2013). Sobre la función didáctica de los argumentos “a mayor abundamiento” en el discurso jurisdiccional. En: *X Congreso de Estudios del Discurso ALED*. Puebla (México): Facultad de Filosofía y Letras, la Facultad de Lenguas Modernas y el Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla y Asociación Latinoamericana de Estudios del Discurso ALED.
- (2014). El rol de la Suprema Corte de Justicia en la normalización lingüística: el caso de las unidades terminológicas ‘a mayor abundamiento’ – ‘obiter dictum’. En: *Anais do XVII Congresso Internacional de ALFAL* (2486-2496). Brasil: Centro de Ciências Humanas e Letras Universidade Federal da Paraíba. Recuperado de <http://www.mundoalfal.org/CDAnaisXVII/trabalhos/R0734-1.pdf>
- (2016a) Estudio sobre los usos argumentativos de la expresión ‘a mayor abundamiento’ en el discurso jurisdiccional. E Carranza, Isolda y Mariana Cucatto, eds. (2016), *Temas de discurso público e interacción. Volúmenes temáticos del XIV Congreso Nacional de la Sociedad Argentina de Lingüística* (117-140). Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur.
- (2016a) y SOSA, T. (2016) “Detección, ordenamiento, omisión y desplazamiento de cuestiones”, La Ley 7/1/2016
- FRONDIZI, R. J. (1994). *La sentencia civil. Tema y variaciones*. La Plata: Editora Platense.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2004). La prueba judicial: valoración racional y motivación. En: Carbonell, M.; Fix-Fierro, H y Vázquez, R. (comp.) *Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos*. México: Porrúa. Recuperado de http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf
- MATTILA, Heikki. (2006). *Comparative Legal Linguistics*. England: Ashgate.
- PERAILE MARTINEZ, E. 2010. Conclusiones del seminario sobre argumentación jurídica de la sentencia, disponible en: <http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/Doc>

[%20Temporales/Publicaciones/Conclusiones%20de
%20seminarios/FICHERO/SE1002201_1.0.0.pdf](#).

- PEYRANO, J. (1994). Sobre la función docente de las resoluciones judiciales. *Jurisprudencia Argentina*, II, 835-836.
- (2000). 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. *Jurisprudencia Argentina*, II, 854-857.
- ROJAS AMANDI, V. M. (2012). La teoría del discurso de Robert Alexy. En: *La Ética discursiva en las teorías del derecho de Habermas y Alexy* (147-275). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3088/5.pdf>
- SOSA, T. y CUCATTO, M. (2014). “Sobre cuestiones y argumentos”. *La Ley* (Tomo *La Ley* 2014-C), LXXVIII N° 114, 1-3.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (2009). El razonamiento judicial. *Anales*, 9, 15-28.