

Capítulo III

LOS HECHOS DEL CASO. HECHO Y PRUEBA

1. *La importancia del caso*

La necesaria conexión que debe intentarse que exista entre la teoría y la realidad se aprecia particularmente en el análisis de casos: al respecto creemos conveniente formular algunas reflexiones liminares de metodología de la ciencia,¹ vinculadas al tema del caso.²

^{1.1} POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973; *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1967; *Unended Quest*, Open Court, 1976; MILLER, DAVID, *Popper Selections*, Princeton, Princeton University Press, 1985, p 126.

^{1.2} No ha de confundirse el análisis de casos con el método de casos para la enseñanza. Ver una exposición de los diversos métodos de enseñanza en *El método en derecho. Apre-*

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Es conocida hasta en el mundo anglosajón,³ en distintas versiones⁴ y en otros países,⁵ la insatisfacción por el modo en que la Facultad prepara al futuro profesional, sea como abogado consultor, litigante, negociador, funcionario público, magistrado, funcionario judicial, para resolver casos de derecho.⁶

der, enseñar, escribir, crear, hacer, Madrid, Civitas, 1988 y 4ª reimpresión, 2001.

^{1.3} “Los cursos de las facultades de derecho y libros de texto universitarios nunca han considerado sistemáticamente el proceso por el cual los litigantes recolectan, analizan y usan los medios de prueba para acreditar los hechos”: BINDER, DAVID A. y BERGMAN, PAUL, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, Minnesota, St. Paul, West Publishing Company, 1984, p. XVII.

^{1.4} Comparar ROWLES, JAMES P., “Toward Balancing the Goals of Legal Education”, *Journal of Legal Education*, 1981, vol. 31, p. 375 y ss, 383, 384 y 389, que es más optimista en el aspecto técnico, no así en el político-social (p. 391 y ss.).

^{1.5} En el siglo pasado, el Consejero ROMIEU aconsejaba a los jóvenes auditores del Consejo de Estado francés: “Sobre todo nada de doctrina, Uds. falsearían el espíritu”: LEGENDRE, PIERRE, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, París, PUF, 1986, p. 469. Esto no significa, entre nosotros, ignorar del todo la doctrina, sino dejarla para después del análisis de los hechos, la valoración y las normas. No se empieza con los libros, se empieza con los hechos.

^{1.6} Dice CARRIÓ, GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, p. 56 y ss.: “en nuestras facultades no se enseña —en realidad ni siquiera se comienza a enseñar— el oficio o profesión de abogado.” “Uno tiene que aprender el oficio solo, después de graduado...”. Ver también, del mismo autor, *Cómo argumentar y fundar un recurso. Nuevos consejos elementales para abogados jóvenes*, Abeledo-Perrot, reimpresión, 1996.

Este es el objetivo central de la enseñanza del derecho, pues él sólo se materializa a través *de su aplicación a un caso concreto*, sea en tratativas privadas, gestiones, litigios, sentencias, dictámenes, etc.

Debe recordarse que el derecho es una ciencia de problemas singulares y concretos⁷ y que los principios de valoración y de orden que se extraen de la ley son siempre descubiertos y contrastados en una problemática concreta, “de modo que es el problema y no el sistema en sentido racional, lo que constituye el centro del pensamiento jurídico.”⁸ Los libros tienen un lugar en el aprendizaje y la práctica del derecho, pero leerlos o estudiarlos no es equivalente a aprender derecho, es una parte: el derecho se aprende *trabajando* en resolver casos y problemas singulares y concretos; no hay otra forma.

2. La importancia de los hechos en el caso

Quizá lo fundamental y lo más difícil sea transmitir experiencias que permitan apreciar, comprender y *actuar* conforme a la máxima de que lo decisivo es siempre lograr percibir y relacionar todos los hechos, seleccionando la información re-

^{1.7} GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, en su prólogo a VIEHWEQ, THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1964, p. 12: “La Ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una Ciencia de problemas singulares.”

^{1.8} ESSER, JOSEF, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, 1961, p. 9; en igual sentido MARTÍN-RETORTILLO y SAINZ DE ROBLES, *Casos prácticos de derecho Administrativo*, Valladolid, 1966, p. 18.

levante y pertinente y distinguiendo la que lo es en menor medida, o carece por último de importancia. Por ello tal vez quepa abundar un poco más en el sustento teórico de la necesidad de conocer bien los hechos.

La importancia determinante de los hechos ha sido expuesta reiteradamente por la doctrina y sin duda por la experiencia. Los juristas de todo el mundo nunca han dejado de enfatizar la cuestión, desde la posición de SALEILLES que recuerda CARDOZO, “Uno decide el resultado al comienzo; después encuentra el principio; tal es la génesis de toda construcción jurídica.”¹ O más precisamente, el jurista va formando una hipótesis provisional a partir de los hechos; hipótesis o conjeturas que luego controla² con el derecho. En sentido análogo se ha dicho con igual acierto que las normas “no se activan por sí mismas”, que son los hechos los “que hacen aplicable o inaplicable una determinada regla sustantiva”;³ que “el alcance de una regla y, por lo tanto su sentido, depende de la determinación de los hechos.”⁴ Dicho

^{2.1} Ver CARDOZO, BENJAMÍN N., *The Nature of the Judicial Process* Yale University Press, New Haven, reimpresión 1952, p. 170. Se trata de la conjetura científica, a que nos referiremos más adelante: no es que ya se “decida”, sino que se formula una hipótesis provisional, sujeta a modificación.

^{2.2} En ese control está la llamada refutación o falsación que enseña POPPER.

^{2.3} BINDER y BERGMAN, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, *op. cit.*, p. 2.

^{2.4} LEVI, EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 10.

con simplicidad magistral, es el principio cardinal de que “Todo depende del asunto.”⁵ En una formulación más empírica aún, que “Una vez bien estudiados los hechos y expuestos ordenadamente, está resuelto el 98 % del problema.”⁶

El derecho debe asegurar “que hay prueba documentada que proporciona una base racional o lógica para la decisión [...] (y que ésta) es efectivamente un producto del razonamiento a partir de la prueba. Esto quiere decir prueba en el caso y en el contexto del caso [...] Una conclusión basada en [...] prueba abstracta puede ser «racional», pero no es una decisión «racional» en el caso del cual se trata.”⁷ Es que “ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra [...] la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional”, “porque no puede quedar al arbitrio de la Administración” (ni de cualquier otro órgano del Estado) “discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho.”⁸

^{2.5} LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, pp. 93 y 97.

^{2.6} Según la tradición oral, lo habría dicho WERNER GOLDSCHMIDT en la Procuración del Tesoro de la Nación.

^{2.7} JAFFE, LOUIS, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1965, p. 601.

^{2.8} GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 31 y 32, quien también re-

La Corte Suprema indaga “—a veces exhaustivamente— las circunstancias de hecho implicadas en la causa sometida a su decisión para, en función de ese análisis, resolver si mediaba o no en el concreto supuesto esa inadecuación de los medios previstos en la norma tachada de inconstitucional, con los fines que perseguía y que —de existir— autorizaría a sostener su *irrazonabilidad*.”⁹

Cabe asimismo recordar que “Las resoluciones [...] fundadas en una prueba inexistente [...] torna arbitraria la medida dispuesta en ellas”,¹⁰ o que “no cabe [...], sin violar principios atinentes a la garantía de la defensa en juicio, prescindir de esa prueba con la mera afirmación dogmática de que los testimonios son insuficientes o inadecuados”¹¹ y que “los jueces intervinientes poseen, además, la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los hechos controvertidos, si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan sólo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios.”¹²

Para determinar esa realidad en el plano documental y del expediente, es necesario en primer lugar “examinar muy atenta y completamen-

cuerda su art. *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*.

^{2.9} PADILLA, MIGUEL, *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. 77.

^{2.10} PTN, *Dictámenes*, 81:228, 230 y nuestro t. 4, *Procedimiento administrativo*, *op. cit.*, cap. VII.

^{2.11} CSJN, *Fallos*, 248: 627, *Aldamiz*, 1960.

^{2.12} CSJN, *Fallos*, 244: 548, 554, *Reyes*, 1959.

te el conjunto de la documentación”; se trata del esfuerzo por “hacer hablar los papeles” según la vieja fórmula de trabajo del Consejo de Estado francés;¹³ es preciso que “esta prueba se infiera de las piezas del expediente.”¹⁴

Si el necesario principio de derecho es que debe mantenerse y aplicarse al menos “una cierta racionalidad dentro de la vida”;¹⁵ si, como es claro, el que debe resolver “en presencia de un asunto, debe, ante todo, buscar la solución justa, aquella que postulan «las circunstancias particulares de tiempo y de lugar»”¹⁶ y ello ha de hacerse a través de “la amplitud y minuciosidad de las comprobaciones”;¹⁷ no queda sino el indispensable camino de “procederse a investigaciones de hecho

^{2.13} DE CORMENIN, M., *Droit administratif*, t. I, París, ed. Pagnerre y Gustave Thobel, 1840, 5ª ed., p. 11, nota 3, destaca el trabajo concienzudo y detallista de los auditores que verifican, instruyen e informan los expedientes.

^{2.14} LETOURNEUR, M., “El control de los hechos por el Consejo de Estado francés”, *RAP*, 7: 221 (Madrid).

^{2.15} GOLDENBERG, LEO, *Le Conseil d'État juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, París, Dalloz, 1932, p. 192. Ver también RIVERO, JEAN, “La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français”, en el libro *Le Fait et le Droit. Études de Logique Juridique*, Bruselas, 1961, p. 130 y ss.; LETOURNEUR, *op. loc. cit.*

^{2.16} Ver RIVERO, “Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif”, en el libro *Pages de Doctrine*, t. I, París, LGDJ, 1980, p. 70; “Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès du pouvoir”, *Pages de doctrine*, t. II, p. 329; “Nouveaux propos naïfs d'un huron sur le contentieux administratif”, *Études et Documents*, núm. 31, 1979/1980, pp. 27 a 30.

^{2.17} LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 223.

bastante delicadas”,¹⁸ a “profundas investigaciones de hecho”,¹⁹ en todos los campos del saber y de la técnica que la situación del caso y la imaginación creadora de quienes intervienen en él lo requieran.

3. *La dificultad de determinar los hechos*

SANTO TOMÁS destacó la base experimental del conocimiento humano y puede encontrarse en ARISTÓTELES la misma idea.¹ Es un punto de partida válido aunque frecuentemente inaplicado. Esa base experimental, en derecho, son y serán siempre los casos. No de otra manera se presenta el derecho a litigantes, funcionarios, jueces.

Para apreciar la índole y dificultad de la tarea de percibir los hechos, quizá convenga recordar que ya LEIBNITZ señalaba que es inagotable el repertorio de características determinantes de hechos empíricos; las propiedades o predicados que caracterizan a los objetos de la experiencia son infinitos y por ello, siendo finita la percepción sensible —aun con todos los auxilios de la ciencia— siempre encontrará que los objetos del mundo, que son temporales, jamás despliegan sus características en forma plena y exhaustiva.²

^{2.18} LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 225.

^{2.19} LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 224.

^{3.1} COPLESTON, F.C., *El pensamiento de Santo Tomás*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, pp. 25 a 30.

^{3.2} VERNENGO, ROBERTO J., *La naturaleza del conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, pp. 19 a 21.

Si todas las ciencias sólo admiten pues un conocimiento contingente de sus objetos, lo mismo pasa al jurista en un caso de derecho y aún más agudamente que a quienes cultivan otras ramas del conocimiento.

Serán así, según los casos, indispensables todos los medios que la ciencia y la tecnología poseen para la percepción de la realidad: desde las modestas fotografías, gráficos, planos, datos numéricos, estadísticas, proyecciones actuariales, censos, pasando por todos los demás análisis cuantitativos y cualitativos de la realidad, *sin olvidar nunca la elemental observación directa*.³

Existen algunas reglas empíricas de averiguación de los hechos del caso. Entre ellas están las que explicamos en los puntos siguientes.

4. *Analizar la prueba que ya existe*¹

El primer paso a realizar² se cumple con la prueba preexistente y cuál parece ser según ella la realidad, sin olvidar en su caso el expediente administrativo; el análisis minucioso de la totalidad de la prueba documental es indispensable y debe hacerse tanto individualmente para cada documento como buscando las correlaciones del conjunto de ellos.

^{3.3} Para un análisis detallado de la experiencia común en el análisis de un caso, ver BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, pp. 94 a 98.

^{4.1} Seguimos la útil clasificación de BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 34 y ss.

^{4.2} Ver nuestro libro *El método en derecho*, *op. cit.*, cap. I.

Conviene hacer un listado³ de los hechos que conocemos y de las pruebas que de ellos tenemos, advertir cuáles son las lagunas de información y las falencias de prueba y comenzar a correlacionar los diversos aspectos fácticos para verificar si aparecen discrepancias entre ellos.

En esta primera etapa debe también evaluarse el poder de convicción de las pruebas preexistentes, el grado de credibilidad de los testigos, de confiabilidad de las pericias e informes que existan, la verosimilitud de la documentación, sin dar nada por cierto ni nada por supuesto:⁴ más de una vez una escritura pública o un instrumento público que pudiera dar plena fe de sus formas extrínsecas o de su contenido,⁵ podrá ser redargüido de falso.⁶

No será suficiente con interrogar a la parte y tomar nota de su versión de los hechos, interrogándola para ampliar la información y verificar su verosimilitud; no sólo habrá que analizar cui-

^{4.3} BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 40, proponen en realidad cinco listados de hechos conforme el carácter de la prueba que sustenta cada uno de ellos: un listado central totalizador, dos listados de pruebas concretas correspondientes a cada una de las partes, dos listados de pruebas potenciales complementarias de cada una de ellas.

^{4.4} Sobre todo lo precedente nos remitimos a BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, caps. I a VIII.

^{4.5} Para deslindar cuál es el efecto probatorio en cuanto al fondo y la forma nos remitimos a nuestro t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2000, 5^a ed., cap. VII.

^{4.6} Pues no es extraño que se cometan graves deslices documentales, rearmando expedientes de manera artificial, detrayéndoles piezas documentales, etc.

dadosamente la documentación que aporta; habrá que acceder al expediente administrativo completo si él existe, consultar los libros de comercio de la parte⁷ si ello es pertinente a la cuestión, visitar el lugar de los hechos si algo tiene que ver con el problema,⁸ consultar a los técnicos o expertos⁹ que conozcan los aspectos no jurídicos del asunto, discutir con ellos los hechos del caso tanto para determinar si uno entendió bien como para asegurarse de que ellos lo exponen adecuadamente. Así como el abogado que tiene que hacer o defender un juicio de mala praxis médica debe comprender los rudimentos del problema médico que dió lugar al pleito, así también deben conocerse los rudimentos técnicos o de hecho de cualquier problema administrativo que uno haya de encarar.

Por cierto, existen limitaciones materiales de tiempo —se vence un plazo para recurrir, hay que contestar una demanda, hay que dictar sen-

^{4.7} O requerir al cliente la producción de un informe suscripto por un contador externo a la empresa, certificado en cuanto a su contenido por los auditores y sindicatura de la empresa, conforme a las reglas usualmente aplicadas en la materia y certificado en cuanto a la autenticidad de las firmas por el Consejo Profesional pertinente.

^{4.8} Si se trata de algo existente físicamente en algún lugar, conocerlo, *verlo personalmente*, fotografiarlo, medirlo, etc. y obtener en suma toda la información cuantitativa y cualitativa que sea pertinente sobre dicho sustrato material.

^{4.9} Y en su caso, al igual que en el punto anterior, hacer producir informes técnicos externos, debidamente respaldados y certificados a fin de sustentar su verosimilitud y ulterior fuerza de convicción.

tencia— y costo, amén de la no siempre predisposición del interesado, o posibilidad material de hacerlo, pero el abogado debe saber al menos y hacerlo conocer en su caso, cuáles son las condiciones óptimas de información y prueba conducentes al mejor resultado posible. Luego veremos cómo se traslada este problema a funcionarios y magistrados.

No debe temerse a la prueba obtenida “sobr abundantemente”,¹⁰ pues luego vendrá la capacidad de síntesis y de focalización del profesional; pero a la inversa, la prueba obtenida de menos puede implicar la pérdida del caso, cuando más adelante la contraparte eventualmente la descubra y la aporte al expediente, si ella llega a ser adversa y sustancial.

Si el profesional conoce esa prueba a tiempo, puede advertir *ab initio* a su cliente que no le asiste el derecho y perderá el caso y evitarse así el disgusto y parcial descrédito de perder un pleito por deficiente conocimiento de los hechos de su propio caso, perjudicando su único capital, que es su prestigio. Perjudicar a un cliente que perderá el pleito luego, por culpa del abogado, es la mejor forma de autoinmolarse en la profesión.

Con estos primeros elementos de juicio se aproxima el momento de determinar si el caso tiene hasta allí sustento fáctico suficiente —en la realidad, no sólo en los papeles y prueba documental preexistente—, si el fin perseguido o conjetu-

^{4.10} A menos que se haga incurrir en gastos que parezcan desmedidos e irrelevantes.

rable es congruente y proporcionado con los hechos que lo sustentan.

5. *La prueba adicional a producir*

5.1. *Los abogados*

Terminada la etapa anterior, el abogado comienza ya a formarse algunas hipótesis sobre posibles encuadres o soluciones del caso y ello le llevará necesariamente a evaluar si la prueba de la cual dispone es suficiente para sostener alguna o algunas de ellas, o si debe en cambio imaginar otras pruebas a producir para sustentarlas si ello es posible, o para invalidarlas si no resultan suficientes. En otras palabras, qué prueba es necesaria para sostener la argumentación.

Allí debe también comenzar seriamente a considerar las posibles refutaciones a la hipótesis inicial que conciba, e imaginar cuáles pueden ser los medios de prueba que puedan sustentar esa refutación: en palabras de POPPER, no se trata solamente de buscar las refutaciones y no defender dogmáticamente una teoría, sino aún más, de ser permanentemente autocrítico y crítico de la autocrítica.¹

Esta etapa es previa a la iniciación del asunto: de lo contrario se incurre en el riesgo de efectuar un determinado planteamiento de la cuestión que caiga por su base con la ulterior producción de prueba en contrario que realiza la contraparte o eventualmente el tribunal.

^{5.1} MILLER, *Popper Selections, op. cit.*, p. 126.

Una decisión responsable, por lo tanto, debe incluir esta etapa intermedia. La instrucción del proceso empieza pues tempranamente, con la producción privada de la prueba por el abogado, antes de iniciar la controversia o al menos en sus primeras etapas.

5.2. *Los funcionarios o magistrados*

Si se trata de un funcionario que debe dictaminar o decidir un expediente, la situación es *mutatis mutandis* la misma: el principio jurídico que rige el procedimiento administrativo es el de la oficialidad, lo que supone no solamente la impulsión de oficio, sino también la instrucción de oficio. La carga de la prueba recae así sobre la administración y si la prueba ya aportada al expediente no satisface al funcionario, le corresponde producir o hacer producir los informes, dictámenes, pericias, etc., que a su juicio resulten necesarios para llegar a la verdad material.²

En el caso de los magistrados, usualmente el trabajo probatorio de los abogados de ambas partes, más el expediente administrativo en su caso, ha permitido avanzar bastante en la determinación de los hechos. Pero también puede y debe el juzgador dictar medidas para mejor proveer, pues no puede a conciencia dictar un pronunciamiento conforme a derecho si a su juicio los elementos

^{5.2} Explicamos tales principios en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2000, 4^a ed., cap. I.

probatorios obrantes en autos le brindan un insuficiente o deficiente conocimiento de los hechos.

Ello es así en buenos principios³ y existen en nuestro país casos en que la Corte Suprema misma ha dispuesto importantes medidas de prueba.⁴

Hay también razones materiales que pueden en ocasiones llevar a ello: en el juicio ordinario los hechos pueden haber variado con el transcurso del tiempo⁵ y en el amparo la naturaleza sumarásimas del procedimiento puede haber producido una omisión probatoria —a juicio del que debe decidir— que no se pueda moralmente soslayar diciendo que la cuestión corresponde a un juicio ordinario.⁶

Es cierto que más de una vez el tribunal se preguntará si debe “dejar caer el manto de juez y asumir la toga de abogado”⁷ y también lo es que cada instancia sucesiva es más renuente que

^{5.3} P. ej. en Francia COLSON, JEAN-PHILIPPE, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, París, LGDJ, 1970, que dedica toda una parte de su libro a la búsqueda de pruebas efectuada por el juez, p. 97 y ss.

^{5.4} P. ej. *Saguir y Dib*, *Fallos*, 302: 1284, año 1980.

^{5.5} Así en el caso *Cine Callao*, que analizamos en *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1998, 3ª ed.; el error de no ver la realidad, cegado por la emotividad de un “derecho a la cultura”: el tribunal omitió analizar si hubo o no un cambio en la alegada situación fáctica entre el momento en que la ley se dictó y el momento en que la Corte la declara constitucional.

^{5.6} Caso típico, si está en juego una vida: *Fallos*, 302: 1284, 1980, *Saguir y Dib*.

^{5.7} LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, Butterworths, 1980, p. 61.

la anterior a realizar nuevas averiguaciones o determinaciones de hecho.

Pero ante la disyuntiva de fallar sin suficiente prueba, u ordenar de oficio la producción de la prueba que el juzgador estime necesaria, no pareciera que pueda existir opción alguna: lo contrario, así tenga aparente sustento en las reglas de nuestro derecho procesal formal, no las tendrá en las reglas sustanciales del debido proceso constitucional.

5.3. *Observaciones comunes*

En base a la estrategia probatoria que resuelva en la etapa anterior, el abogado⁸ pasará a una etapa de investigación:⁹ entrevistas con técnicos, profesionales dependientes del propio cliente en su caso, nuevas búsquedas de documentación que se supone pueda existir, preparación anticipada de interrogatorios de testigos, puntos de pericia, etc.¹⁰

No se nos escapa que mucha de esta actividad probatoria los profesionales a veces la dejan para el juicio mismo: sin embargo, el costo de una pericia es menor si se la produce en forma previa a la etapa judicial, los puntos de pericia se pre-

^{5.8} Y, tal como lo explicamos, el administrador o el magistrado, cada uno de manera decreciente.

^{5.9} Investigación del propio abogado, o a cargo de expertos contratados al efecto: BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 161 y ss., 211 y ss., 218 a 220 y 317 y ss.

^{5.10} Sobre todo ello nos remitimos nuevamente a BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, caps. 11 a 17.

paran con más eficacia y oportuna colaboración del cliente, etc. Sobre todo, se puede de tal modo plantear de modo más seguro y eficaz el encuadramiento normativo y jurídico del problema.

En nuestra opinión, pues, es preferible adelantarse a concebir y producir, primero privadamente,¹¹ la prueba¹² adicional o contraria¹³ que resulte necesaria.

Con la mayor información y el mejor planteamiento del caso que resulta de la producción privada de la prueba, corresponderá más adelante aportar, si es necesario, prueba adicional.

A su vez, así como es mejor producir la prueba anticipadamente en forma privada, entre otras razones porque se hace un mejor trabajo probatorio, cabe tener presente que cuanto más se tarde en producir la prueba cada vez será más difícil poder convencer de la bondad de la propia posición. En efecto, los jueces tienen en primera instancia una cierta tendencia a dar algún valor a la prueba seria producida previamente en sede

^{5.11} Ver en nuestro *Tratado* el t. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2000, 4ª ed., cap. VI, § 19, 22.8, 26.2 y cap. VII, § 10, 10.1, etc.

^{5.12} Analizamos en dicho t. 4, cap. VI, algunos de los problemas que presentan diversos medios de pruebas: informes y prueba documental (§ 19 a 21, 23, 26), testimonios orales o escritos (§ 22, 24), posiciones (§ 25), pericias (§ 26), etc.

^{5.13} “No sabemos: sólo podemos adivinar [...] Pero domeñamos cuidadosa y austeramente estas conjeturas o anticipaciones imaginativas y audaces, por medio de contrastaciones sistemáticas [...] nuestro método de investigación no consiste en defenderlas para demostrar qué razón teníamos; sino por el contrario, tratamos de derribarlas” (POPPER, *La lógica...*, op. cit., p. 259).

privada o administrativa, incluso invocando en algunos casos un supuesto carácter de instrumentos públicos de los expedientes administrativos.¹⁴

Y a su vez en las instancias superiores se produce una actitud análoga y creciente: los tribunales de alzada tienen inclinación a aceptar la versión de los hechos que han determinado los jueces inferiores.¹⁵

De tal modo, toda postergación de la actividad probatoria es siempre progresivamente perjudicial para quien incurre en ella.

6. *La apreciación de la prueba*

Conforme a los principios modernos de apreciación de la prueba, esto depende de la confiabilidad y credibilidad o verosimilitud de cada uno de los elementos de prueba aportados: pero es importante aprender a valorar la prueba desde el ángulo que lo hará la contraparte (empresa, sindicato, etc. o la administración, en el caso de la gestión ante las propias reparticiones públicas) y la justicia después, si la cuestión llega a juicio.

En este punto, como tal vez en otros, la experiencia pareciera resultar insustituible¹ y debe

^{5.14} Lo explicamos en el t. 3 de nuestro *Tratado*, cap. VII.

^{5.15} BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 134; LEVI, *op. cit.*, p. 5 y sus referencias. Comp. LORD DENNING, *The Due Process of Law*, *op. cit.*, p. 62.

^{6.1} Lo cual no quita que existan también elementos teóricos obtenidos a partir de la experiencia y de otras disciplinas, que ayudan a valorar determinadas pruebas. A título de ejemplo, para la apreciación de la veracidad de los testigos, ver MIRA Y LÓPEZ, EMILIO, *Manual de psicología jurídica*, Buenos Aires, El Ateneo, 1980, 6ª ed., pp. 115 a 126.

ajustarse a las circunstancias de tiempo y lugar, a las personas concretas que desempeñan, en el momento de que se trata, las funciones decisorias en sede administrativa o judicial.

En este último aspecto, el escrito puede verse influenciado por las características de quien ha de decidir² pero como existen sucesivas instancias y el tiempo puede producir cambios en la magistratura o la administración, resulta difícil el arte de armar una argumentación que no contradiga frontalmente la actual o potencial idiosincracia de los órganos de decisión.³

7. *Lo mutable de los hechos y pruebas*

Debe aprenderse a reconocer el carácter dinámico de todo problema y determinar cómo ello afecta el encuadre y posibles soluciones del mismo a través del tiempo que transcurrirá desde su iniciación hasta su posible conclusión:¹ “la solución de todo caso jurídico tiene que insertarse en el tiempo y hacerse cargo de su transcurso.”²

^{6.2} CARRIÓ, *Cómo estudiar...*, *op. cit.*, p. 49 y ss., § 4º), 6º), 10º), 12º) y concordantes; p. 61, § III; § IV en combinación con el ap. 11) del § II del mismo art., etc. Hay aquí mucho material para la reflexión, que los abogados formados realizan cotidianamente en su trabajo profesional, aunque no siempre los alumnos.

^{6.3} Nos remitimos a la nota precedente.

^{7.1} Este tema lo analizamos en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, *op. cit.*, sección IV, “La protección de los derechos”, caps. VIII a XIII.

^{7.2} CARRIÓ, *Cómo estudiar...* *op. cit.*, p. 34, § K.

En otras palabras, debemos evitar en el caso concebir al derecho como sistema en que “no hay procesos temporales, no hay causa ni efecto, no hay pasado ni futuro.”³

Cabe estar en consecuencia siempre atento a los cambios en los hechos que se producen a través del tiempo,⁴ los cambios en la percepción y prueba de ellos, la información adicional que se produce, etc. y evaluar siempre cómo afecta ello el caso.⁵

Pero no sólo “pueden presentarse factores sobrevinientes” que modifiquen:

1º “el supuesto de hecho inicial”, sino que también pueden cambiar,

2º “las reglas aplicables”,⁶

3º “el resultado que se considera deseable”,⁷

4º la autoridad decidente,

5º el entorno jurídico político,

6º las ideas dominantes en la sociedad o en el gobierno, etc.

El transcurso del tiempo obliga así a un reanálisis constante de todos los factores del caso.

^{7.3} COHEN, FÉLIX S., *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 122, quien desde luego lo afirma con criterio general.

^{7.4} ROMBAUER, MARJORIE D., *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, Minnesota, West Publishing Company, 1984, p. 328.

^{7.5} ROMBAUER, *op. cit.*, p. 329.

^{7.6} CARRIÓ, *Cómo estudiar...*, *op. cit.*, pp. 32 y 33, § G. En otro sentido dice LEVI, *op. cit.*, p. 12, que “Las reglas cambian mientras son aplicadas.”

^{7.7} CARRIÓ, *op. loc. cit.*

8. *Algunos aspectos específicos*

Corresponde identificar los hechos de la realidad que dan justificación, motivo o causa fáctica al acto diferenciándolos de la motivación del acto o explicación de tales hechos externos al acto.¹ Ha de cuidarse no prestar una atención desmesurada a ésta, a punto tal que llegue a impedir la percepción del objeto mismo o de la situación fáctica que le da o quita sustento. En otras palabras, es indispensable que en el análisis de los hechos se perciba la realidad y no solamente el texto del documento, tratándose de un acto escrito; o las palabras o circunstancias en que se lo expresa si se trata de un acto verbal, o ambos si se superponen actos verbales y escritos.

En efecto, el análisis del texto desde el punto de vista fáctico comprende indispensablemente el estudio de los hechos, expresados o no en la motivación del acto, de la realidad externa al acto y a la cual el mismo objetivamente se refiere o relaciona —lo diga o no la motivación—, que lo enmarca y encuadra. Se trata de la adecuada percepción de la realidad en la cual el acto se inserta, o sea, de la “causa” o motivo que el acto tiene en dicha realidad, independientemente de cuáles sean sus expresiones de razones, o invocación de argumentos en la motivación.

Esto es absolutamente esencial para entender y aplicar el derecho: si uno lee *Cine Callao* y no advierte que la Corte no percibió los hechos, erra

^{8.1} Ver nuestro *Tratado...*, t. 3, *El acto administrativo*, op. cit., cap. X, § 6.

el camino; si lee *Chocobar* creyendo que los fundamentos expuestos son los reales y no los que recogieron día a día todos los diarios del país, también se equivoca; lo mismo con *Marbury vs. Madison* si desconoce el contexto político, no explicado en el fallo y así sucesivamente; lo mismo vale para leyes, decretos, sentencias, reglamentos, actos administrativos de cualquier especie. Quien no entendió los hechos del caso, nada entenderá del derecho en el caso.

8.1. *La presunción de legitimidad y la prueba*

Hay un error político de gran persistencia: la tendencia a creer ciegamente a quien ejerce el poder,² público o privado, económico o político, honesto o corrupto.

Ello es válido no solamente para lo político sino también para lo jurídico. Debe por lo tanto evitarse el error común de creer que todo lo que la autoridad—cualquiera que ella sea— dice es cierto, por el solo hecho de que lo diga, confundiendo entonces presunción de legitimidad³ con verdad lisa y llana, lo que resulta no sólo lógicamente insostenible sino también un error político sustancial en materia de derecho.⁴

^{8.2} Viene desde siempre. Tanto en el derecho romano como contemporáneamente, el rico no debe prestar caución cuando pide una medida cautelar; el pobre sí.

^{8.3} Ver en nuestro *Tratado* el t. 3, *op. cit.*, cap. V, segunda parte, § 2 a 6.

^{8.4} La ubicación política en la materia es arquitectónica. Al respecto ver en este mismo t. 1 el cap. III.

8.2. *La razonabilidad de todos los elementos en juego*

Debe también muy especialmente determinarse la razonabilidad tanto del acto como de las normas en que el acto se funda, o que aplica⁵ y de los hechos que lo sustentan.

Todo ello, sin incurrir en falacias formales o no formales del razonamiento,⁶ detectando asimismo las que se hayan producido o produzcan en el decurso de las actuaciones.

En tal sentido, cabe también recordar a SANTO TOMÁS cuando enseñaba que no se razona con la fe, ni se tiene fe con la razón, axioma que puede también ser parafraseado en su aplicación a los aspectos emotivos y racionales que cada caso pueda contener. El manejo racional de las pruebas de carácter emotivo es pues uno de los requisitos de un análisis eficaz del problema.⁷

8.3. *Encontrar las normas aplicables al caso*

El alumno debe también entrenarse en encontrar las normas y principios jurídicos aplicables al caso, sean ellos:

a) supranacionales,⁸ que en las bellas palabras de LORD DENNING son cada vez más como la “ma-

^{8.5} T. 3, cap. VIII, § 8; cap. IX, § 8 y 9; cap. X, § 6, etc.

^{8.6} Ver algunas de ellas en el t. 3, cap. IX, § 9.4.

^{8.7} Para las pruebas emotivas, BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 105 y ss.

^{8.8} Para la discusión de este tema nos remitimos al cap. VI; nuestro art. “La supranacionalidad operativa de los derechos

rea creciente. Penetra en los estuarios y sube por los ríos. No puede ser detenida”,⁹

b) constitucionales,¹⁰

c) legales y por último

d) reglamentarias¹¹ aplicables a cada aspecto del caso, teniendo presente que uno de los errores de información que puede cometerse es precisamente el desconocimiento de normas administrativas, tan numerosas y cambiantes.¹²

humanos en el derecho interno”, *LL*, 1992-B, p. 1295, reproducido en el cap. III de nuestro citado libro *Derechos Humanos, op. cit.*

^{8.9} LORD DENNING, *The Discipline of Law, op. cit.*, p. 18, quien agrega que “sin duda” las cortes nacionales “deben seguir los mismos principios” que las cortes internacionales, en la aplicación de los tratados que contienen normas de derecho interno.

^{8.10} Conviene recordar que el art. 75 inc. 22 de la Constitución reconoce como mínimo rango *constitucional* a los tratados de derechos humanos, lo mismo que el inc. 24 a los tratados de integración latinoamericanos y que la Corte incluye en ello la jurisprudencia supranacional. La regla inevitablemente se expandirá.

^{8.11} Nuestro libro *La administración paralela, El parasistema jurídico-administrativo*, Madrid, Civitas, 1982 y 3ª reimpresión, 2001; *L'Amministrazione Parallela. Il "Parasistema" Giuridico-Amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987. Dada la constante mutación normativa, no siempre es una tarea fácil encontrar la norma reglamentaria aplicable. Es uno de los problemas no resueltos de información administrativa. Ver también nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2000, reimpresión de la 5ª ed., cap. VII.

^{8.12} De todas maneras, debe tenerse presente la doble limitación a la facultad reglamentaria que emerge de la Constitución en materia de reglamentos delegados y de necesidad y urgencia: arts. 76 y 99 inc. 3º.

Una de las mayores dificultades de la aplicación del ordenamiento jurídico administrativo es partir de las normas y *principios* supranacionales y constitucionales y luego ir subsumiendo en ellas las normas de rango legislativo y reglamentario con decreciente valor normativo. El no jurista tiende a invertir el orden de jerarquía normativa y dar mayor importancia al más mínimo reglamento, aunque contravenga los principios generales del derecho, normas y principios legales, constitucionales y supraconstitucionales, etc. El tema es antiguo y no justifica discusión jurídica de nivel teórico serio, pero es cotidiano en la práctica. Así como se cometen crímenes que no siempre la justicia llega a castigar, no es infrecuente que se cumpla una pequeña regla administrativa absurda, injusta, maliciosa, irracional y no los grandes principios del ordenamiento jurídico.

9. Las vías alternativas de comportamiento

A continuación, es necesario imaginar y razonar varias vías posibles de solución o comportamiento —o abstención de comportamiento—, conducta procesal judicial o extrajudicial, negociación, etc., plausibles y razonables para el caso, que no contravengan desde luego el ordenamiento jurídico ni la ética profesional y que a su vez tengan también viabilidad práctica desde todo punto de vista, en relación a los intereses en juego y a la justicia objetiva del caso.

Al mismo tiempo, debe recordarse una vez más que constituye una falsa quimera el pensar que los casos de derecho tienen una única, necesaria, verdadera y válida solución. No hay casos iguales, solamente parecen serlo.

Así, la hipótesis de “solución” que pudo parecer “mejor” en determinado momento, puede en definitiva llegar a no serlo por infinitas razones: imperfecta apreciación de los hechos, incompleto conocimiento de ellos, dificultades o fracasos en la obtención de la prueba conducente a acreditarlos, la propia mutación de la situación fáctica, de los intereses en juego, de los valores sociales aplicables, incluso de las normas legales o supranacionales, de la jurisprudencia, etc.

Por ello, en derecho al igual que en cualquier otra ciencia, la supuesta “solución” que se cree encontrar al caso, o la vía de comportamiento o conducta procesal que se resuelve elegir y que por supuesto habrá que argüir y fundar adecuada y convincentemente, es de todos modos siempre una hipótesis o conjetura, que luego los hechos posteriores y el tiempo invalidarán o no.

Es que “La ciencia nunca persigue la ilusoria meta de que sus respuestas sean definitivas, ni siquiera probables; antes bien [...] la de descubrir incesantemente problemas nuevos, más profundos y más generales y de sujetar nuestras respuestas (siempre provisionales) a contrastaciones constantemente renovadas y cada vez más rigurosas.”¹

^{9.1} POPPER, *La lógica de la investigación científica*, op. cit., p. 9.

“La petición de objetividad científica hace inevitable que todo enunciado científico sea provisional para siempre: sin duda, cabe corroborarlo, pero toda corroboración es relativa a otros enunciados que son, a su vez, provisionales.”²

O, dicho en las palabras de MUNROE SMITH que recuerda CARDOZO, las reglas y principios no son soluciones finales, sino hipótesis de trabajo: cada nuevo caso es un experimento y si la regla que parece aplicable da un resultado injusto, el resultado debe ser repensado.³

Sin duda, el abogado que debe dar una respuesta a su cliente deberá al final de su proceso mental, o de su tiempo, dar una opinión: el cliente quiere a veces “su opinión y no sus dudas”;⁴ a más, por cierto, de las completas y analíticas razones y fundamentos de su opinión, que deberán luego resistir o amoldarse ante el *test* de la crítica.

Del mismo modo, el administrador o el juez podrán expresar en la decisión las dudas que tengan, pero al final del acto de resolver deberán hacerlo asertivamente, exponiendo antes los argumentos necesarios para sustentar fáctica y normativamente su decisión.

El abogado de la administración podrá envolver en lenguaje potestativo y discrecional las con-

^{9.2} POPPER, *La lógica ...*, *op. cit.*, p. 260.

^{9.3} CARDOZO, *op. cit.*, p. 23; MUNROE SMITH, *Jurisprudence*, Columbia University Press, 1909, p. 21. En el mismo sentido CARDOZO recuerda a ROSCOE POUND y a POLLOCK: es una apreciación común y tradicional en el derecho norteamericano.

^{9.4} LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, p. 7.

clusiones de su dictamen, pero tampoco puede evitar consignar cuál es la alternativa que propone para la decisión.

Con todo, esta necesidad en todos los casos inevitable de resolver o aconsejar concreta y definitivamente algo razonado y fundamentado, que exprese en forma adecuada y suficiente los argumentos de hecho y de derecho que lo sustentan, no altera que siempre lo resuelto o propuesto es una hipótesis más, no una verdad eterna.

Tampoco el hecho de que los debates y discusiones posteriores a veces presten especial atención al tipo de argumentación expuesto, o de fundamento jurídico empleado, debe hacer olvidar que la *ratio* de la cuestión siempre estará en los hechos y el análisis que de ellos se haga. En tal sentido, se ha dicho que “lo que un juez hace es más importante que lo que dice que hace.”⁵

10. *Inexistencia de reglas generales para solucionar casos*

Por lo expuesto, puede ser también oportuno recordar el viejo aforismo que para la solución de casos “la única regla es que no hay ninguna regla”¹ y el axioma popperiano de que “Nunca se

^{9.5} REED DICKERSON, *Some Jurisprudential Implications of Electronic Data Processing*, en la revista “Law and Contemporary Problems”, *op. cit.*, p. 53 y ss., p. 68.

^{10.1} O como dice CARDOZO, *op. cit.*, p. 161, “Después de todo, hay pocas reglas: hay principalmente estándares y grados”, esto es, grandes principios; LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. loc. cit.*, refiriéndose al derecho supranacional.

puede estar seguro de nada.”² Tal como ya explicamos, no existen reglas previas de las cuales “deducir” una solución, ni tampoco reglas empíricas a partir de las cuales “inducirla.”

Permítasenos repetir que no se debe buscar al “ídolo de la certidumbre [...] la adoración de este ídolo reprime la audacia de nuestras preguntas y pone en peligro el rigor y la integridad de nuestras constataciones. La opinión equivocada de la ciencia se detalla en su pretensión de tener razón: pues lo que hace al hombre de ciencia no es su *posesión* del conocimiento, de la verdad irrefutable, sino su *indagación* de la verdad [realidad] persistente y temerariamente crítica.”³

No se pretenda entonces hallar la “certeza” de la “verdadera” solución “indiscutible” de un caso de derecho: “los que no están dispuestos a exponer sus ideas a la aventura de la refutación no toman parte en el juego de la ciencia.”⁴

Hay que aprender a convivir con la incertidumbre creadora, con la angustia de buscar siempre una solución más justa o mejor, que será a su vez siempre provisional.⁵ “La persuasión de que la propia infalibilidad es un mito lleva por

^{10.2} Salvo, tal vez, del demostrado error o la conjetura falsada, en su terminología.

^{10.3} POPPER, *La lógica ...*, op. cit., p. 261.

^{10.4} POPPER, *La lógica ...*, op. loc. cit.

^{10.5} La petición de objetividad científica hace inevitable que todo enunciado científico sea *provisional para siempre*: sin duda, cabe corroborarlo, pero toda corroboración es relativa a otros enunciados que son, a su vez, provisionales: POPPER, *La lógica...*, op. cit., p. 260.

fáciles etapas y con algo más de satisfacción a la negativa de adscribir infalibilidad a los otros.”⁶

Recuerda CARDOZO que en sus primeros años “Buscaba la certeza. Estaba oprimido y desalentado cuando encontraba que la búsqueda de ella era fútil”, pero que con el tiempo “Me he reconciliado con la incertidumbre, porque he crecido hasta verla como inevitable. He crecido para ver que el proceso en sus más altos niveles no es descubrimiento, sino creación y que las dudas e incertidumbres, las aspiraciones y los miedos, son parte del trabajo de la mente.”⁷

Ni siquiera un caso “igual” anterior “soluciona” el siguiente; no sólo porque “la corroboración no es un valor veritativo”,⁸ sino porque habrá por lo menos un tiempo distinto, una persona diferente, un espacio diverso, etc.⁹ No incurramos pues en el error científico de pretender inducir para futuros casos, reglas generales a partir de anteriores casos particulares (empirismo).

Por ende, hay que *diferenciar* cada caso de otro “semejante” o “análogo” que se haya hecho o visto previamente y evitar tanto caer en errores anteriores como en “soluciones” de casos previos, que no es sino una variante del mismo error metodológico.¹⁰

^{10.6} CARDOZO, *op. cit.*, p. 30.

^{10.7} CARDOZO, *op. cit.*, p. 166.

^{10.8} POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 257.

^{10.9} Para decirlo otra vez en las palabras de CARDOZO, cada caso es un experimento nuevo: *op. cit.*, p. 23.

^{10.10} En sentido análogo CARRÍO, *Cómo estudiar...*, *op. cit.*, p. 53.

No hay casos “típicos”; es el método lo que debe aprenderse experimentalmente, no las supuestas “soluciones” y en cada caso se debe buscar una hipótesis o conjetura que sea nueva, creativa, imaginativa pero ajustada a la realidad del caso y de los hechos que le sirven de “causa”; que no sea una mera adaptación de “soluciones” anteriores en supuestos semejantes en apariencia, pero que resultarán siempre diferentes en la nueva situación fáctica y por ende jurídica.

Luego, sin duda, continúa el proceso de aproximaciones sucesivas en que al construir los razonamientos fácticos y jurídicos que constituirán la motivación o explicación de la hipótesis, se la refina, modifica, altera o sustituye, hasta que llega el momento en que la decisión “definitiva” es tomada en el sentido de volcarla al papel, en alguna de sus sucesivas versiones de trabajo, firmarla y darla a conocer.

Allí quedó cerrada una etapa de trabajo, no resuelto un problema: la ciencia lo seguirá debatiendo siempre.

11. *El devenir del tiempo en el caso. El impulso procesal*

Hemos recordado ya que los hechos y circunstancias de un caso pueden irse modificando a través del tiempo, como así también los intereses y valores en juego.

Es necesario por ende considerarlo dinámicamente y en función del tiempo, lo cual impone

estimar no solamente en *qué* tiempo¹ se piensa que ocurrirán qué cosas, sino también decidir *cómo* y *quién* habrá de proveer *cuándo* el impulso para que se produzcan.

Si bien la teoría jurídica a veces indica la aplicación del principio de la impulsión de oficio, la práctica es en verdad la impulsión directa por la gestión personal del particular o interesado.

Al mismo tiempo y no obstante la existencia del principio de contradicción, se produce un desbalance que judicialmente no se debería en buenos principios aceptar; que cada parte arguye su caso ante el funcionario sin la presencia de la contraparte y sin posibilidad oportuna de corregirla o contradecirla.²

Del mismo modo, el decurso del tiempo puede ir demostrando que a pesar del énfasis argumental puesto inicialmente en determinados aspectos, ellos pueden no resultar posteriormente los más relevantes o actuales, obligando entonces a tener un espíritu crítico permanente³ y la suficiente adaptabilidad para readecuar el planteamiento del problema. Lo cual, desde luego, se puede hacer privadamente y en vía administrativa y aun estando en litigio, por las negociaciones y eventuales transacciones.

^{11.1} Ver el t. 4 de nuestro *Tratado...*, *op. cit.*, cap. VIII, § 1.

^{11.2} Ver LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, p. 85.

^{11.3} Sobre el rol crítico del docente en la asistematicidad del derecho viviente, nos remitimos a nuestra *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, pp. XIV y XV del prólogo; *Derechos humanos*, *op. cit.*, cap I, § 3.3.

Debe así aprenderse a descubrir cómo se analizan los hechos según el momento histórico en que el caso se plantea, cómo se construye un razonamiento adecuado a los tiempos y sus valores sociales, cómo se efectúa un discurso hilvanado y lógico, cómo se propone una solución convincente y razonable, cómo se argumentan los pros y los contras de las diversas alternativas que cada caso puede presentar, todo ello no en un supuesto vacío atemporal y aespacial, sino al contrario permanentemente bien centrado en el tiempo y en el espacio real, sin oportunismo político y con espíritu de justicia. Todo ello, claro está, es mucho más fácil decirlo que hacerlo en un caso concreto.

12. *Una ayuda metodológica*

En cualquier caso de derecho existen una serie de cuestiones jurídicas que deben ser dilucidadas por quien ha de resolverlo. Muchas de ellas el abogado entrenado no necesita a veces ni siquiera planteárselas, por cuanto las percibe automáticamente y en un instante. El abogado no familiarizado con la materia, o el estudiante de derecho, puede en cambio encontrar tal vez alguna utilidad en analizar tales aspectos.¹

De todos modos, debe tenerse presente que una tal guía metodológica debe ser adaptada progresivamente por el estudiante en la medida que va adquiriendo destreza en la solución de los pasos

^{12.1} Para un mayor desarrollo, nuestro libro *El método en derecho*, *op. cit.*

iniciales que ella propone. En el comienzo del curso sus experiencias deberán desarrollar las primeras etapas de la guía y a partir del segundo mes deberá en cambio irse concentrando en aquellas que son finalmente las centrales para resolver qué hipótesis formula para el caso.

En esta segunda y última etapa, luego de haber adecuadamente analizado lo atinente a la validez del acto, fundamentalmente a su razonabilidad frente a los hechos del caso, derechos que afecta, etc., lo más importante en el análisis jurídico es determinar las opciones posibles y luego elegir una.

13. *Las opciones a considerar*

Las principales opciones a considerar pueden agruparse entre las siguientes preguntas que uno debe formularse frente al caso:

a) cuáles son todas o al menos las principales vías alternativas —razonables, desde luego, no disparatadas—¹ de comportamiento jurídico² o material, incluso de acciones u omisiones (o sea, no debe olvidarse la posibilidad de realizar comportamientos que permitan mejorar el encuadre de los hechos que se analizan, dentro del derecho);

^{13.1} Pues es ésta precisamente una de las aptitudes integradoras o globalizadoras del acto de creación en el cerebro humano, que lo diferencia de la computadora más sofisticada.

^{13.2} Por lo que hace a los recursos en sede administrativa y al amparo por mora en sede judicial, nos remitimos al t. 4, donde explicamos largamente estos mecanismos.

b) y cuáles son todos los aspectos positivos y negativos de cada una de ellas.

Dicho en otras palabras, qué fundamentos o razones en pro y en contra de cada una de ellas y conjugados de qué manera, van llevando al abogado a preferir o no, razonable y fundadamente, alguna o algunas de tales vías:

a) omisión,³

b) negociación,⁴ gestión, *lobby*, comportamiento material, etc.,⁵

c) recurso, reclamo o denuncia administrativa,⁶

d) acción judicial, teniendo cuidado de introducir el caso federal de manera suficiente y adecuada en la primera oportunidad procesal y mantenerlo en forma expresa y clara en cada una de las sucesivas instancias, como así también introducir en su caso la violación a derechos supranacionales, a fin de ocurrir en la oportunidad pro-

^{13.3} Hay situaciones, sin duda, en que la solución es no hacer nada; o no hacer nada que importe una vía jurídica de acción, recurso, etc., sino un mero comportamiento que puede ser material o hasta intelectual e incluso introspectivo.

^{13.4} Ver p.ej. EDWARDS y WHITE, *Problems, Readings and Materials on the Lawyer as a Negotiator*, St. Paul, West Publishing Company, 1977; WILLIAMS, *Legal Negotiations and Settlement*, misma editorial, 1983.

^{13.5} Estas alternativas no debe dejar de considerarlas el abogado que recibe el caso en consulta y de continuarlas evaluando a través del tiempo. A veces, será la propia administración que le sugerirá al administrado una vía de comportamiento material que, modificando la situación de hecho, permita encarar la resolución de la cuestión.

^{13.6} Para sus diferencias ver en el t. 4 el cap. III, § 2°.

cesal pertinente por ante los organismos y tribunales de carácter internacional.

Una vez resuelto el tipo de comportamiento que se considera preferible y no tratándose del caso de un hecho u omisión a realizar, cabe desde luego desarrollarlo a través de la *redacción* del acto jurídico (recurso, reclamo, denuncia, acción judicial, etc.) que en su caso se considera preferible, seleccionando⁷ y graduando⁸ los argumentos que va a utilizar, sin excluir desde luego los hechos y argumentos adversos.⁹ La adecuada y suficiente fundamentación, sobre todo de hecho, es desde luego tan indispensable como también lo es la necesaria fundamentación suficiente en derecho.

Si se elige el camino de sugerir vías de omisión, gestión, negociación¹⁰ o comportamiento que

^{13.7} Deben argüirse las cuestiones centrales. Ampliar en ROMBAUER, *op. cit.*, p. 329 y en la nota siguiente. Lo mismo vale desde luego para la redacción de decisiones administrativas o sentencias judiciales, en que el que debe decidir con frecuencia omite consignar la totalidad de sus fundamentos.

^{13.8} Según el sabio consejo de MORELLO, debe evitarse “agotar” todos los posibles argumentos *jurídicos* del tema, so pena de dificultarle la tarea decisoria a la autoridad administrativa o judicial: no debe hacerse difícil la tarea de encontrar fundamentos *nuevos* que no sean repetición de los del peticionante, en caso de encontrarle razón.

^{13.9} ROMBAUER, *op. cit.*, p. 329. En materia administrativa los letrados suelen a veces fallar por no colocarse mentalmente en la situación del funcionario público y no poder entonces prever, probar y argumentar conforme a los razonamientos que éste luego aplicará en la decisión.

^{13.10} Ver p.ej. EDWARDS y WHITE, *Problems, Readings and Materials on the Lawyer as a Negotiator*, *op. cit.*; WILLIAMS, *Legal Negotiations and Settlements*, *op. cit.*

no suponen la interposición de remedios legales, entonces debe pasarse a la explicación del comportamiento material, negociación u omisión que se recomienda.

En el caso de una autoridad administrativa o judicial que debe decidir una cuestión, los pasos son esencialmente los mismos; debe también evaluar los hechos, ponderar la razonabilidad, sopesar las vías alternativas de solución, elegir alguna, escribirla, fundarla suficiente, adecuada y convincentemente para no incurrir en un acto arbitrario por falta de suficiente motivación o sustento fáctico. Incluso el tiempo puede a veces manejarlo y de hecho lo maneja.¹¹

En lo que se refiere a la elección de una solución creativa del caso y la redacción del escrito, nos remitimos a lo expuesto en *El método en derecho*.¹² En todo caso la primera regla es clara: *empezar* a escribir, aunque sea el relato del caso y la descripción de sus hechos o transcripción de sus normas; poco a poco iremos construyendo y puliendo la argumentación y la resolución finales. Es la aplicación del aforismo chino de que un camino de diez mil millas se inicia con el primer paso.

^{13.11} Nos remitimos a *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 55 a 58.

^{13.12} *Op. cit.*, caps. VII a XII, pp. 99 a 197.