

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DE CASOS: LOS HECHOS

SUMARIO

1. La importancia del caso en el derecho	Mét-V-1
2. La importancia de los hechos en el caso	Mét-V-3
3. La dificultad de determinar los hechos	Mét-V-5
4. Analizar la prueba que ya existe	Mét-V-6
5. La prueba adicional a producir	Mét-V-7
5.1. Los abogados	Mét-V-7
5.2. Los funcionarios o magistrados	Mét-V-7
5.3. Observaciones comunes	Mét-V-8
6. La apreciación de la prueba	Mét-V-9
7. Lo mutable de los hechos y pruebas	Mét-V-10

Capítulo V
ANÁLISIS DE CASOS: LOS HECHOS

1. *La importancia del caso en el derecho*

Es conocida hasta en el mundo anglosajón,¹ en distintas versiones,² y otros países,³ la insatisfacción profesional por el modo en que la Facultad preparó al futuro profesional sea como abogado consultor, litigante, negociador, funcionario público, magistrado, funcionario judicial, para resolver *casos* de derecho.⁴

Para nuestro modo de ver, este es el objetivo central que tiene que plantearse el docente que enseña una parte del derecho, pues éste sólo se concreta, sólo toma vida y cuerpo final, a través precisamente *de su aplicación a un caso concreto*, sea en tratativas privadas, en gestiones administrativas, en litigios, sentencias, dictámenes, decisiones administrativas.

Ello, aún sin entrar a la conocida afirmación de que el derecho es, en primer lugar, una ciencia de problemas singulares y concretos,⁵ 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.”⁶

¹ “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 y BERGMAN, *Fact Investigation*, St. Paul, Minnesota, 1984, p. XVII.

² Comparar ROWLES, *op. cit.*, pp. 383, 384 y 389, que es más optimista en el aspecto técnico, no así en el político-social, pp. 391 y ss.

³ El siglo pasado, el consejero ROMIEU aconsejaba a los jóvenes auditores del Consejo de Estado francés: “Sobre todo nada de doctrina, ustedes falsearían el espíritu.” LEGENDRE, PIERRE, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, París, P.U.F., 1986, p. 469.

⁴ O, dicho con más énfasis por GENARO CARRIÓ, “Cómo argumentar un caso frente a un Tribunal,” La Plata, Revista *JUS*, n° 25, pp. 43 y ss.: “en nuestras Facultades no se enseña —... en realidad ni siquiera se comienza a enseñar el oficio o profesión de abogado,” p. 47.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, en su prólogo a VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1963, p. 12: “La Ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una Ciencia de problemas singulares.”

⁶ ESSER, *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*

Bien está que en las palabras de ORTEGA y GASSET la Universidad deba formar, además de profesionales eficientes, hombres “cultos.”⁷ Pero quedémonos tranquilos: quien aprenda a resolver casos de derecho viviente no está alejado sino precisamente encaminado hacia esa aspiración, porque para experimentar con casos, ha debido necesariamente aprender a ver, a investigar, a pensar, a razonar.⁸

Si en vez de “culto,” palabra que tal vez ha tenido distinta resonancia en su época, usamos vocablos como “pensante,” “creativo,” “imaginativo,” “flexible,” “innovador,” etc., tal vez no estemos en verdad diciendo hoy algo distinto de lo que pensaba ORTEGA en su época.⁹

No recaigamos tampoco, por fin, en la crítica que hicieron ORTEGA, COSSIO y CARRIÓ a las Universidades de su tiempo: Que mientras no cumplieran con su misión de formar profesionales eficientes, en cambio pretendían hacer aquello que no podían llevar a cabo.

Es como si los docentes que ellos observaron hubieran en su generalidad intentado desde las aulas universitarias crear grandes investigadores teóricos, famosos discípulos de “escuela” o “doctrina,” “juristas,” “científicos,” “académicos,” etc.,¹⁰ descuidando su primera función de formar *eficientes hombres de derecho*, que también serán cultos.

En el consejo de ORTEGA, COSSIO o CARRIÓ, entonces, no nos pongamos a intentar hacer lo que no debemos ni materialmente podemos hacer, y cumplamos en cambio con nuestro mínimo, difícil y esencial deber en la Universidad.¹¹

Ahora bien, si lo que resta del presente cap. y los tres siguientes parece dirigido a abogados formados y no a estudiantes de derecho, ello no hace sino destacar, lamentablemente el abismo que a veces separa la preparación universitaria previa del abogado y su posterior realidad profesional.

Administrativo, Valladolid, 1966, p. 18.

⁷ Tanto ORTEGA y GASSET como COSSIO coincidían en que debían formar *profesionales eficientes y cultos*, según lo explica GENARO CARRIÓ, “Funciones de las Facultades de Derecho en la República Argentina,” revista *Discrepancias*, Buenos Aires, FACA, 1983, n° 1, p. 7 y ss. y en *RPA*, 2006-3, p. 7 y ss.

⁸ A veces se introduce la preocupación de no formar el “profesional eficiente” antes que el hombre “culto,” como si un abogado *eficiente* (para la profesión libre, la magistratura, la función pública, la consultoría, etc.) fuere por definición “inculto.” Nos referimos al seminario *Metodología de la enseñanza del derecho*, Buenos Aires, UB, 1983, p. 22 y ss.

⁹ Pues ciertamente no se hace “culto” a un futuro profesional del derecho mandándole estudiar durante un año “Cultura,” como alguna vez se dispuso en el país, según se recuerda sin aparente ironía en *Metodología...*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰ Todos han pasado por la Universidad y es posible que algunos atribuyan a su paso por ésta como estudiantes los futuros logros de investigación. Pero la sociedad nunca ha dicho que la Universidad deba dedicarse a ello *en lugar* de hacer buenos profesionales. De todos modos, es obvio que un buen profesional podrá luego transformarse en un investigador, científico, etc.

¹¹ Ver CARRIÓ, pp. 7 y ss., que en 1982 concluía que la proposición de formar abogados eficientes y cultos no era “razonable aquí y ahora,” y proponía en su lugar formar hombres capaces de colaborar en el restablecimiento del Estado de derecho, p. 10. Pero aún expresado de tal modo, el método no es otro que enseñarle a encarar sus casos conforme a tal esquema de valores.

2. La importancia de los hechos en el caso

Quizás lo fundamental y lo más difícil sea transmitir a los alumnos experiencias que les permitan apreciar, comprender y *actuar* conforme a la máxima de que lo decisivo en todo caso es siempre lograr percibir y relacionar todos los hechos, seleccionando la información relevante 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. 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,”¹² pasando por la postulación de que las normas “no se activan por sí mismas,” que son los hechos los “que hacen aplicable o inaplicable una determinada regla sustantiva;”¹³ dicho de otra manera, que “el alcance de una regla, y por lo tanto su sentido, depende de la determinación de los hechos”¹⁴ o expresando con simplicidad el principio cardinal de que: “Todo depende del asunto,”¹⁵ o que: “Una vez bien estudiados los hechos y expuestos ordenadamente, está resuelto el 98 por 100 del problema,”¹⁶ los juristas de todo el mundo nunca han dejado de enfatizar la cuestión.

El derecho está concebido como mínimo para 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.”¹⁷

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

¹² Ver CARDOZO, BENJAMÍN N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 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.

¹³ BINDER, DAVID A., y BERGMAN, PAUL, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1984, p. 2.

¹⁴ LEVI, EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 10.

¹⁵ LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, pp. 93 y 97.

¹⁶ Según la tradición oral, lo habría dicho WERNER GOLDSCHMIDT en la Procuración del Tesoro de la Nación.

¹⁷ JAFFE, LOUIS, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1965, p. 601.

ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del derecho administrativo.”¹⁸

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*.”¹⁹

Cabe asimismo recordar que “las resoluciones... fundadas en una prueba inexistente... torna arbitraria la medida dispuesta en ellas,”²⁰ o que “no cabe al órgano administrativo..., 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,”²¹ 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.”²²

Para determinar esa realidad en el plano documental y del expediente, es necesario en primer lugar “examinar muy atenta y completamente 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;²³ es preciso que “esta prueba se infiera de las piezas del expediente.”²⁴ Por ello le hemos dedicado el cap. II a los trabajos de aprendizaje con documentos.

Si el necesario principio de derecho es que debe mantenerse y aplicarse al menos “una cierta racionalidad dentro de la vida administrativa;”²⁵ 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»”²⁶ y ello ha de hacerse a través de “la amplitud y minuciosidad de

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 31-2, quien también recuerda su art. “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria.”

¹⁹ Como recuerda PADILLA, MIGUEL, *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. 77.

²⁰ PTN, *Dictámenes*, 81: 228 y 230, que recordamos en el *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 4, *El procedimiento administrativo*, cap. VII.

²¹ CSJN, *Aldamiz*, 1960, *Fallos*, 248: 627.

²² CSJN, *Reyes*, 1959, *Fallos*, 244: 548, 554.

²³ DE CORMENIN, *Droit administratif*, t. I, París, 1840, 5ª ed., p. 11, nota 3, destacaba el trabajo concienzudo y detallista de los auditores que verifican, instruyen e informan los expedientes; CHAPUS, *Droit Administratif Général*, t. I, París, 1985, p. 316; RIGAUD y DELCROS, *Les institutions administratives françaises. Les structures*, París, 1984, p. 238.

²⁴ LETOURNEUR, M., “El control de los hechos por el Consejo de Estado francés,” *RAP*, n° 7, p. 221.

²⁵ GOLDENBERG, LÉO, *Le Conseil d'Etat 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'Etat français,” en el libro *Le Fait et le Droit. Études de Logique Juridique*, Bruselas, 1961, pp. 130 y ss.; LETOURNEUR, *op. loc. cit.*

²⁶ Ver RIVERO, JEAN, “Jurisprudence et doctrine dans l'elaboration du droit administratif,” en el libro *Pages de Doctrine*, t. I, París, 1980, p.70; “Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur

las comprobaciones;²⁷ no queda sino el indispensable camino de “procederse a investigaciones de hecho bastante delicadas,”²⁸ a “profundas investigaciones de hecho,”²⁹ 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 todavía puede encontrarse en ARISTÓTELES la misma idea.³⁰ Difieren luego los caminos filosóficos de cada uno de ellos, pero no el punto de partida, y ese primer principio común es necesario y determinante para el que encara la enseñanza o la realización de casos de derecho, en su primer aprendizaje como a lo largo de toda su vida.

Para apreciar la índole y dificultad de la tarea de percibir los hechos, quizás convenga recordar que ya LEIBNIZ 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 infinita la percepción sensible —aún 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.³¹

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, estadísticos, proyecciones actuariales, censos, pasando por todos los demás análisis cuantitativos y cualitativos de la realidad, *sin olvidar nunca la elemental observación directa*.³²

Existen algunas reglas empíricas de averiguación de los hechos del caso. Entre ellas podemos recordar aquí:

le recours pour excès du pouvoir,” en el libro *Pages de doctrine*, t. II, p. 329; “Nouveaux propos naïfs d’un huron sur le contentieux administratif,” *Études et Documents*, n° 31.

²⁷ LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 223.

²⁸ LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 225.

²⁹ LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 224.

³⁰ COPLESTON, F.C., *El pensamiento de Santo Tomás*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, pp. 25-30.

³¹ VERNENGO, ROBERTO J., *La naturaleza del conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, pp. 19-21.

³² Para un análisis detallado de la experiencia común en el análisis de un caso, ver BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, pp. 94-98.

4. *Analizar la prueba que ya existe.*³³

El primer paso a realizar³⁴ se cumple con la prueba preexistente y cuál parece ser según ella la realidad; 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.

Puede ser conveniente hacer un listado³⁵ 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.³⁶ Más de una vez una escritura pública o un instrumento público que pudiera dar plena fe de sus formas extrínsecas o de su contenido podrá ser redargüido de falso.

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 cuidadosamente la documentación que aporta; habrá que acceder al expediente administrativo completo si él existe, consultar los libros de comercio de la parte³⁷ si ello es pertinente a la cuestión, visitar el lugar de los hechos si algo tiene que ver con el problema,³⁸ consultar a los técnicos o expertos³⁹ que conozcan los aspectos no jurídicos del asunto.

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

³³ Seguimos la útil clasificación de BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 34 y ss.

³⁴ ¿Por el abogado? ¿Por el estudiante? Nos remitimos al último párrafo del § 1 del presente cap.

³⁵ 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.

³⁶ Sobre todo lo precedente nos remitimos a BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, caps. I a VIII.

³⁷ O requerir al cliente la producción de un informe suscrito 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.

³⁸ 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.

³⁹ 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.

resultado posible. Luego veremos cómo se traslada este problema a funcionarios y magistrados.

La prueba obtenida sobreabundantemente no perjudica la labor profesional a menos que se haga incurrir en gastos que parezcan desmedidos e irrelevantes; 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 aconsejar a su cliente que no tiene derecho, y evitarse 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.

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 conjeturable 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.⁴⁰

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.

Una decisión responsable, por lo tanto, debe incluir esta etapa intermedia.

5.2. *Los funcionarios o magistrados*

Si se trata de un funcionario público que debe dictaminar o decidir un expediente, la situación es *mutatis mutandis* la misma: El principio jurídico que rige el pro-

⁴⁰ *Popper Selections*, editado por DAVID MILLER, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1985, p. 126.

cedimiento 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 necesarias para llegar a la verdad material.⁴¹

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, si entiende que no puede a conciencia dictar un pronunciamiento conforme a derecho, si a su juicio los elementos probatorios obrantes en autos le brindan un insuficiente o deficiente conocimiento de los hechos.

Ello es así en buenos principios⁴² y existen en nuestro país casos en que la Corte Suprema misma ha dispuesto importantes medidas de prueba.⁴³

Hay también razones materiales que pueden en ocasiones llevar a ello: En el juicio ordinario los hechos pueden haber variado con el transcurso del tiempo, y en el amparo la naturaleza sumarísima 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.⁴⁴

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”⁴⁵ y también lo es que cada instancia sucesiva es más renuente que 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 abogado⁴⁶ pasará a una etapa de investigación:⁴⁷ Entrevistas con técnicos, profesionales,

⁴¹ Explicamos tales principios en el tomo 2, cap. XVII, § 11.5 y § 11.6, de nuestro *Tratado de Derecho administrativo*.

⁴² Por ejemplo en Francia COLSON, JEAN-PHILIPPE, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, París, L.G.D.J., 1970, que dedica toda una parte de su libro a la búsqueda de pruebas efectuadas por el juez, pp. 97 y ss.

⁴³ Por ejemplo en el caso *Saguir y Dib, Fallos*, 302: 1284, año 1980.

⁴⁴ Caso típico, si está en juego una vida humana.

⁴⁵ LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, Butterworths, 1980, p. 61.

⁴⁶ Y, tal como lo explicamos en el punto 4.2, el administrador o el magistrado, cada uno de manera decreciente.

⁴⁷ Investigación del abogado, o investigación a cargo de expertos contratados al efecto: BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, pp. 161 y ss., 211 y ss., 218-220, 317 y ss.

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.⁴⁸

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 preparan 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. Es preferible adelantarse a concebir y producir, primero privadamente,⁴⁹ la prueba adicional o contraria⁵⁰ 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 en sede administrativa (si existe este tipo de relación jurídica), y sólo por último en sede judicial.

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 privada o administrativa, incluso invocando en algunos casos un supuesto carácter de instrumentos públicos de los expedientes administrativos. 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.⁵¹ 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

⁴⁸ Sobre todo ello nos remitimos nuevamente a BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, caps. 11 a 17.

⁴⁹ Para el tema de la producción privada de la prueba, ver en nuestro tratado el tomo 4, cap. VI, § 19, 22.8, 26.2, y cap. VII, § 10, ap. 10.1, etc.

⁵⁰ “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 de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1971, p.259.

⁵¹ BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 134; LEVI, *op. cit.*, p. 5, y sus referencias. Comparar LORD DENNING, *The Due Process of Law*, *op. cit.*, p. 62.

el caso de la gestión ante las propias reparticiones públicas) y la justicia después, si la cuestión debe llegar a juicio.

En este punto, como tal vez en otros, la experiencia pareciera resultar insustituible⁵² y debe 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 decidir.⁵³ 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.⁵⁴

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: “La solución de todo caso jurídico tiene que insertarse en el tiempo y hacerse cargo de su transcurso.”⁵⁵ 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.”⁵⁶ Cabe estar en consecuencia siempre atento a los cambios en los hechos que se producen a través del tiempo,⁵⁷ los cambios en la percepción y prueba de ellos, la información adicional que se produce, etc., y evaluar siempre cómo afecta ello el caso.⁵⁸

Pero no sólo “pueden presentarse factores sobrevinientes” que modifiquen 1° “el supuesto de hecho inicial,” sino que pueden cambiar; 2° “las reglas aplicables;”⁵⁹

⁵² 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. 115-126.

⁵³ CARRIÓ, *Como argumentar...*, *op. cit.*, p. 45, § 4, 6, 10, 12 y concordantes; p. 49, § III; § IV en combinación con el ap. 11 del § II del mismo art., etc. Hay aquí mucho material para la reflexión, que los abogados realizan cotidianamente en su trabajo profesional, y tal vez quepa introducir al alumno a esta problemática.

⁵⁴ Nos remitimos a la nota precedente. Ver también el interesante análisis de SUÁREZ, ENRIQUE L., “Los hechos de un caso: Cómo se perciben, cómo se valoran,” *LL*, 2002-F, 955, reproducido en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. I, pp. 445-52; del mismo autor, “Nueva Nota al Fallo «Cine Callao»,” *LL*, 2004-B, 1198, reproducido en GORDILLO (dir.), *op. cit.*, t. I, pp. 555-74.

⁵⁵ CARRIÓ, “Cómo estudiar un caso,” *op. cit.*, p. 19, punto K.

⁵⁶ COHEN, FELIX S., *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 122, quien desde luego lo afirma con criterio general.

⁵⁷ ROMBAUER, MARJORIE D., *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1984, p. 328.

⁵⁸ ROMBAUER, *op. cit.*, p. 329.

⁵⁹ CARRIÓ, “Cómo estudiar un caso,” art. citado, p. 19, punto G. En otro sentido dice LEVI, *op. cit.*, p. 12, que “Las reglas cambian mientras son aplicadas,” lo que también es exacto.

3°) “el resultado que se considera deseable;”⁶⁰ 4°) la autoridad decidente; 5°) el entorno jurídico político; 6°) las ideas dominantes en la sociedad o en el gobierno, etc.

⁶⁰ CARRIÓ, *op. loc. cit.*