

CAPÍTULO VI

EL DERECHO APLICABLE AL CASO

SUMARIO

1. Encontrar las normas aplicables al caso	Mét-VI-1
2. La razonabilidad de las normas aplicables	Mét-VI-1
2.1. ¿Es posible una interpretación razonable?	Mét-VI-2
2.2. No hay interpretación razonable posible	Mét-VI-2
2.3. Las opciones frente a la norma irrazonable	Mét-VI-2
2.4. La razonabilidad o irrazonabilidad de la solución del caso ...	Mét-VI-2
3. Las vías alternativas de comportamiento	Mét-VI-3
4. Inexistencia de reglas generales para solucionar casos	Mét-VI-4
5. El devenir del tiempo en el caso. El impulso procesal	Mét-VI-6
6. Una ayuda metodológica	Mét-VI-6
7. Lo central del caso	Mét-VI-7
7.1. Las opciones a considerar	Mét-VI-7
7.2. El manejo de las opciones	Mét-VI-8
7.2.1. Evitar el “reflejo condicionado” de hacer un escrito jurídico.....	Mét-VI-8
7.2.2. Evaluar siempre la posibilidad de negociación	Mét-VI-8
7.2.3. Evaluar el consejo de abstención de toda conducta jurídica activa	Mét-VI-8
7.2.4. El problema de dar o no otros consejos	Mét-VI-9
7.2.5. Evaluación de una modificación de la realidad	Mét-VI-9
7.3. La creatividad en la formulación y en la selección de la opción frente al problema	Mét-VI-11
7.4. La redacción de la opción provisional	Mét-VI-11

Capítulo VI
EL DERECHO APLICABLE AL CASO

1. *Encontrar las normas aplicables al caso*

El alumno debe también entrenarse en encontrar las normas aplicables al caso, sean ellas:

a) Supranacionales, que en las bellas palabras de LORD DENNING son cada vez más como la “marea creciente. Penetra en los estuarios y sube por los ríos. No puede ser detenida.”¹

b) Constitucionales.

c) Legales; y por último,

d) Reglamentarias 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.

2. *La razonabilidad de las normas aplicables*

Este es un ejercicio que se ha podido ensayar autónomamente conforme al cap. III, pero que debe también llevarse a cabo en ocasión del análisis de un caso. Es la indispensable confrontación de los juicios de valor que la solución del caso involucre, frente a las normas y precedentes positivos. Esto es lo que en Estados Unidos también se llama *Critical Legal Studies*.²

¹ LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, p. 19, 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.

² Cuestión que enfatiza en nuestro país MILJIKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” *LL*, 2007-A, 777 y en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. II, p. 951 y ss.; ver también MILJIKER, MARÍA EVA y AHE, DAFNE, “Algunos mitos sobre el funcionamiento del sistema continental: El caso de la Argentina y la regulación de la responsabilidad del Estado” en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales, op. cit.*, t. IV, p. 1207 y ss.

2.1. *¿Es posible una interpretación razonable?*

Encontrar las normas aplicables es así sólo el comienzo de una tarea mucho más importante aún, que es interpretarlas (*supra*, cap. III) *razonablemente* según las circunstancias fácticas del caso, y aplicarlas en tal sentido a su solución, siempre que ello sea posible.³ Cabe recordar que el control de razonabilidad “dejó de ser una cuestión de pura retórica y de remisión a viejos principios del *jus-naturalismo* para convertirse en una cuestión de juicio sobre los efectos sociales de la ley, fundados en estadísticas y otras fuentes de información acerca de hechos sociales.”⁴ La razonabilidad nos lleva entonces, una vez más, a los hechos del caso. Si éstos la sustentan, termina *una* parte de este tipo de análisis normativo.

2.2. *No hay interpretación razonable posible*

En caso de no encontrar conforme a los hechos del caso una interpretación *razonable* a la norma, corresponde enfocar el problema de su consecuente inconstitucionalidad. Dicho de otra manera, no se trata simplemente de aplicar dogmáticamente el texto de la norma escrita, sin juicio alguno de valor, sino de enfocar crítica o axiológicamente su interpretación.

2.3. *Las opciones frente a la norma irrazonable*

En el supuesto de concluir en la inconstitucionalidad de la norma legal o reglamentaria, por irrazonable, corresponde comenzar a evaluar los modos alternativos de introducción del control de constitucionalidad, sea en vía judicial —sumaria, ordinaria, amparo—,⁵ sea, según algunos precedentes y doctrinas, también en sede administrativa. Este punto puede ser subsumido en la etapa que tratamos en los § 5 y 9, referida a la consideración del total prudente de alternativas de acción u omisión a ponderar.

2.4. *La razonabilidad o irrazonabilidad de la solución del caso*

Sin perjuicio de identificar y analizar la razonabilidad de toda norma general o particular en un caso concreto, debe también necesariamente ponderarse la razonabilidad intrínseca de la solución del caso, con independencia de la norma. Luego, claro está, hay que conjugar ambos aspectos.

También debe analizarse la razonabilidad de todos los demás aspectos no jurídicos en apariencia que el caso presente: Las valoraciones sociales, los inte-

³Un buen ejemplo en DANIELE, NÉLIDA MABEL, “La solución del caso invocando preceptos de derecho público: Los principios generales del derecho,” en RUSSO (dir.), *Colección de análisis jurisprudencial. Teoría general del derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 105 y ss; reproducido en GORDILLO (dir.), *Derecho administrativo. Doctrinas esenciales*, op. cit., I, 457 y ss.

⁴LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 129.

⁵Ver *infra*, § 9.

reses en juego, la oportunidad o mérito de la solución, los principios políticos que efectivamente se aplican, etc.

3. *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 práctica⁶ 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.

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, 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.”⁷

“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.”⁸

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.⁹

⁶ Ver en nuestro *Tratado*, t. II, *op. cit.*, cap. XIV, “Problemas del acceso a la justicia,” y cap. XV, “Comparación del control administrativo y judicial.”

⁷ POPPER, *La lógica de la investigación científica*, *op. cit.*, p. 9.

⁸ POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 260.

⁹ CARDOZO, *op. cit.*, p. 23; MUNROE SMITH, *Jurisprudence*, Columbia University Press, 1909, p. 21. En el mismo sentido recuerda CARDOZO a ROSCOE POUND y POLLOCK, y puede considerárselo una apreciación común y tradicional en el derecho norteamericano.

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;”¹⁰ 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 conclusiones de su dictamen, pero tampoco puede evitar consignar cuál es la alternativa que propone para la decisión.

Con todo, esta necesidad inevitable en todos los casos de resolver o aconsejar concreta y definidamente 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.¹¹

4. *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,”¹² y el axioma popperiano de que “Nunca se puede estar seguro de nada.” Comencemos pues por no querer encontrar 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 persistente y temerariamente crítica.”¹³ No se pretenda entonces hallar la “certeza” de la “verdadera” solución «indiscutible» de un caso de derecho: “Los

¹⁰ LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, p. 7.

¹¹ En tal sentido, se ha dicho que “lo que un juez hace es más importante que lo que dice que hace.” REED DICKERSON, *Some Jurisprudential Implications of Electronic Data Processing*, en la revista *Law and Contemporary Problems*, *op. cit.*, pp. 53 y ss., y 68.

¹² O como dice CARDOZO, *op. cit.* p. 161, “después de todo, hay pocas reglas: Hay principalmente *standards* y grados,” esto es, grandes principios: LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, refiriéndose al derecho supranacional.

¹³ POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 261.

que no están dispuestos a exponer sus ideas a la aventura de la refutación no toman parte en el juego de la ciencia.”¹⁴

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.¹⁵ “La persuasión de que la propia infalibilidad es un mito lleva por fáciles etapas y con algo más de satisfacción a la negativa de adscribir infalibilidad a los otros.”¹⁶

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.”¹⁷

Ni siquiera un caso “igual” anterior “soluciona” el siguiente; no sólo porque “la corroboración no es un valor veritativo,”¹⁸ sino porque habrá por lo menos un tiempo distinto, una persona diferente, un espacio diverso, etc.¹⁹ 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 —una variante del mismo error metodológico.²⁰

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.

¹⁴ POPPER, *La lógica...*, *op. loc. cit.*

¹⁵ 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.

¹⁶ CARDOZO, *op. cit.*, p. 30.

¹⁷ CARDOZO, *op. cit.*, p. 166.

¹⁸ POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 257.

¹⁹ Para decirlo otra vez en las palabras de CARDOZO, cada caso es un experimento nuevo: *Op. cit.*, p. 23.

²⁰ En sentido análogo CARRIÓ, “Cómo argumentar un caso frente a un Tribunal,” *op. cit.*, p. 46.

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

5. *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 tiempo se piensa que ocurrirán *qué* cosas, sino también decidir *cómo* y *quién* habrá de proveer *cuándo* el impulso para que se produzcan.

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 permanente²¹ y la suficiente adaptabilidad para reanudar el planteamiento del problema. Lo cual, desde luego, se puede hacer privadamente y en vía administrativa, y aún estando en litigio, por las negociaciones y eventuales transacciones.

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.

6. *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 estudiante de derecho puede en cambio encontrar útil analizar tales aspectos, y por ello en nuestra materia habíamos elaborado hace ya muchos años una pequeña guía metodológica que dábamos al comienzo del curso de grado,²² y que no constituye un “cuestionario” formal a ser llenado compulsivamente, sino un ayuda-memoria de posibles errores de hecho

²¹ 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.

²² Se encontraba en las primeras ediciones de nuestro t. 1, cap. VIII, § 19. Lo reproducimos ahora, aunque su utilidad es ya relativa, *infra*, § 7.

y de derecho a evitar, cuestiones a controlar (informarse, leer, determinar sus consecuencias si las tiene), etc.

Cada grupo docente podría elaborar la suya, para mejor ayudar al alumno que realiza sus primeros pasos en el análisis de casos de esa materia.

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 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.

7. *Lo central del caso*

7.1. *Las opciones a considerar*

En la parte central del curso de grado, luego de haber analizado la situación fáctica y jurídica, la razonabilidad frente a los hechos del caso, los derechos que afecta, etc., cabe determinar:

7.1.1. Cuáles son las principales vías alternativas —razonables, desde luego, no disparatadas²³— de comportamiento jurídico o material, incluso de acciones u omisiones.

7.1.2. 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.²⁴

b) Negociación,²⁵ gestión, *lobby*, comportamiento material, etc.²⁶

c) Recurso, reclamo o denuncia administrativa.

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

²³ 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. Ampliar *infra*, caps. VI y IX.

²⁴ Hay situaciones, sin duda, en que la solución es no hacer nada. También habrá que demostrar por qué.

²⁵ Ver, por ejemplo, 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.

²⁶ Estas alternativas no debe dejar de considerarlas el abogado que recibe el caso en consulta, y de continuarlas evaluando a través del tiempo.

en la oportunidad procesal pertinente por ante los organismos y tribunales de carácter internacional.

7.2. *El manejo de las opciones*

7.2.1. *Evitar el “reflejo condicionado” de hacer un escrito jurídico*

Hay que comenzar por señalar que debe evitarse una suerte de reflejo condicionado como el perro del experimento de PAVLOV, que ante ante cualquier problema considera prioritariamente las vías jurídico-formales para las cuales fue entrenado, o sea las incluidas en los puntos *c)* y *d)* del § 7.1.

7.2.2. *Evaluar siempre la posibilidad de negociación*

Quien está más experimentado y es honesto en su profesión, sabe que debe primero analizar si existen formas posibles de hallar una composición de los intereses contrapuestos que sea mutuamente beneficiosa, o al menos menos costosa y larga que una formal discusión jurisdiccional, y en tal caso trabar negociaciones con miras a solucionar el problema.

Es cierto que importa menos lucimiento profesional aparente, pero un cliente inteligente percibe inequívocamente que es mejor abogado aquel que logra solucionarle lo esencial de un problema sin necesidad de recurrir a los estrados judiciales.

7.2.3. *Evaluar el consejo de abstención de toda conducta jurídica activa*

El acto creativo en la elección de la opción a recomendar incluye necesariamente el análisis de la posibilidad de aconsejar al cliente abstenerse de todo reclamo o planteo porque simplemente no le asiste razón, derecho, posibilidad práctica de obtener que se lo reconozcan, o porque pone en peligro mayores inversiones que las posibles ganancias que le puede deparar el planteamiento formal del problema que lo trae, etc.

Otras veces se da análoga situación si el abogado prevé en base a su experiencia que no obstante el anhelo de justicia —o venganza— que parezca animar profundamente al cliente al comienzo de la relación, y le haga exigir o solicitar la aplicación de todos los remedios legales existentes, lo cierto es que con el tiempo tales sentimientos se irán enfriando, y poco a poco su estado de ánimo pasará a privilegiar, a la inversa, el hecho de que se encuentra metido en un pleito que ya no quiere, de cuya duración y costo está disconforme, etc., todo lo cual traduce inevitablemente en crítica e insatisfacción con su abogado.

Allí lo que puede haber fallado no es el trabajo del profesional en llevar el asunto, sino el consejo inicial de encararlo sin prever que el tiempo cambiarían inevitablemente el estado anímico de su cliente.

7.2.4. *El problema de dar o no otros consejos*

A veces el abogado se encuentra en la situación del médico clínico, impelido por la necesidad de brindar alguna orientación de naturaleza extrajurídica en esa única oportunidad en que le dice a su prospectivo cliente que no le tomará el asunto por alguna de las razones antedichas.

Ciertamente los psicólogos, psiquiatras y psicoanalistas consideran este procedimiento, en sus respectivas profesiones, un mal servicio al cliente, pues su deber profesional es ayudarlo a tomar la decisión que él quiera, no la que al profesional le parezca mejor.

En el caso del abogado y del médico clínico, a veces puede sentir necesario por razones de conciencia tratar de hacer ver a alguien que está muy confundido con algún problema y cree encontrarle salida jurídica, no solamente que no es este el camino, sino cuál es el que tal vez debería intentar, recurriendo en tal caso al profesional indicado de la disciplina no jurídica que corresponda, o incluso darle un mero consejo de sentido común que el cliente en su situación anímica momentánea no percibe. Desde luego, esto es materia riesgosa y delicada, que ha de ejercerse excepcionalmente y cuidando no caer en una suerte de omnipotencia. Los psiquiatras califican precisamente de omnipotencia el dar consejos al paciente; pero una vez un distinguidísimo psiquiatra, previamente asesorado por también distinguidos abogados, consultaba a otro abogado si sería o no peligroso para su vida irse del país, o si era más peligroso aún quedarse en él: “¿Y ahora qué pasa, me matan?” Allí el abogado, cual el médico, no tiene otra opción que ejercer la omnipotencia de dar una u otra respuesta, y fundarla. El silencio no hubiera sido cobardía.

7.2.5. *Evaluación de una modificación de la realidad*

Lo más importante, con todo, que debe considerar un estudiante o abogado creativo frente a un caso concreto, es si no está aún a tiempo de aconsejar comportamientos materiales de su cliente que modifiquen la realidad preexistente al momento de la consulta, de modo tal que la situación de hecho descrita pase a ser otra distinta, que permita un más adecuado en una regla de derecho adecuada, o una mejor preparación para la negociación, etc.

En la situación del expediente del propio curso, que mencionamos en el cap. II, § 5.4, el alumno sabe desde su comienzo que al final debe hacer un alegato sobre su desempeño, tal como él está acreditado en el expediente.

Supongamos que al preparar el alegato descubre que en verdad no hay en su expediente una situación de hecho satisfactoria que le permita fundar seria y adecuadamente su alegato. En tal situación, una opción fáctica que está a su disposición es modificar los hechos sobre los cuales debe alegar, produciendo

antes del alegato nuevos trabajos, reelaborando los más débiles, complementando puntos incompletos, etc.

Esto es posible por tratarse de un procedimiento administrativo, y es la solución sensata al problema, en lugar de pretender alegar lo que no tiene sustento fáctico suficiente.

Lo mismo ocurre en la primera oportunidad que uno toma contacto con una situación de hecho consultada por un cliente. Luego de realizadas las actividades probatorias previas mencionadas en el cap. V, y estudiado el derecho según se trata en el presente cap., el abogado tiene ya formada alguna primera conjetura que puede ser no desfavorable pero tampoco enteramente favorable al cliente.

En tal caso, debe pensar, otra vez creativamente, qué modificaciones de la conducta de su cliente pueden mejorar el encuadre de la situación en la regla de derecho que se estima más próxima. Con frecuencia esto puede significar que antes de reclamar algo que se estime le es adeudado, complete o perfeccione aquella prestación u obra que se le adeuda, de modo tal de adelantarse a una posible discusión de vicios, y facilitar también la posibilidad de un entendimiento extrajudicial.

Existe un caso típico en nuestra jurisprudencia, en que un vendedor de equipos de computación los entregó, conforme a la compra efectuada por un cliente, pero éste se negó a abonarlos aduciendo que no funcionaban adecuadamente. La empresa vendedora y su abogado consideraron que los equipos estaban bien contruidos y entregados conforme a lo pactado, y que todo el problema nacía de una presunta incompetencia del cliente en manejar el equipo, y ante tal hipótesis decidieron hacer el juicio de cobro.

Una opción mejor, en la especie, hubiera sido de solucionar previamente, seguramente que con costo ínfimo, el problema técnico que impedía al cliente el uso normal de la computadora.

Por no considerar esa opción, de bajo costo, no solamente no percibieron —empresa ni abogado— el precio de los equipos, sino que además perdieron el pleito.

El juez entendió, bastante razonablemente, que el contrato tenía la cláusula implícita de que los equipos debían ser aptos para el fin para el cual se los había adquirido, y que era responsabilidad del vendedor y no del comprador hacer lo necesario para que esa utilidad finalista se cumpliera.

En materia de productos que el cliente alega son defectuosos, o servicios que pretende han sido mal prestados, etc., y que se niega a pagar, el consejo obvio, por supuesto, es tratar de corregir el defecto, satisfacer al cliente, superar la dificultad, y con ello allanar el camino al cobro extrajudicial o si es necesario judicial.

La omisión de recomendar una concreta modificación del comportamiento y de los hechos que el cliente trae en consulta puede significar, por lo tanto, un encuadre normativo adverso que con poco esfuerzo podría haberse transformado en favorable si se hubieran hecho tales conductas.

7.3. *La creatividad en la formulación y en la selección de la opción frente al problema*

Hay en lo expuesto un doble desafío a la creatividad del abogado. Al igual que en otras ciencias, “Importante es la capacidad de ofrecer varias posibilidades para la solución de problemas. Allí reside la esencia de la creatividad. No se idea la solución al problema; siempre aparecen muchas ofertas, aunque habitualmente sólo se adopta una solución, una de varias, de muchas, y con seguridad *frecuentemente no una sola vez*.”²⁷

Al mismo tiempo, y si tomáramos el aforismo de que “vivir es solucionar problemas,” o más precisamente que las teorías que colocamos en el mundo “son intentos de solucionar problemas,” es claro que en ese intento, en la selección de alguna de las opciones de encarar el problema a que nos referimos en el punto precedente, hay un segundo momento creativo y decisorio de gran trascendencia práctica.

Sobre este tema de la creatividad, que reputamos fundamental en la etapa que estamos comentando, volveremos más adelante en el cap. VIII y siguientes.

7.4. *La redacción de la opción provisional*

a) Si elige el camino de sugerir vías de omisión, gestión, negociación²⁸ o comportamiento que no suponen la interposición de remedios legales, debe pasar a la redacción o explicación del comportamiento material, negociación u omisión que recomienda.

En esta variante, en la enseñanza se pueden también organizar desempeños de roles,²⁹ por ejemplo de partes distintas y sus respectivos abogados en la negociación y celebración de un contrato internacional, comercial interno, etc.; transacción judicial; convenio de alimentos; convenio colectivo de trabajo.

b) Para el supuesto de que elija el camino de un escrito jurídico a ser presentado ante una autoridad administrativa o jurisdiccional, también es necesario escribirla.

Surge de lo expuesto en 7.1 que finalmente hay que hacer una opción creadora, nueva, imaginativa, pero sustentada fáctica y jurídicamente; en otras palabras, debe hacerse 1º) un acto de *creación*; 2º) *científica*, y que además 3º) debe expresárselo en un *escrito* (7.2.)

Estos tres aspectos no son exclusivos de nuestra profesión, pero tal vez meritúan algunos capítulos sobre las etapas de la creación: VIII y IX, cómo se elige alguna

²⁷ POPPER, KARL, R., *Sociedad abierta, universo abierto. Conversación con Franz Kreuzer*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 99 y 100.

²⁸ Existe también abundante bibliografía sobre los distintos aspectos de la negociación empresarial, que son igualmente útiles para el abogado. Ver, entre otros, FISCHER ROGER, y URY, WILLIAM, *Sí... de acuerdo. Cómo negociar sin ceder*, Colombia, Norma, 1985, especialmente § 3 y 4 del cap. II.

²⁹ Cap. XVI, § 2.2.

de las opciones comentadas en 7.1 y 7.2; XI, la redacción del primer borrador de escrito, para pasar recién entonces a la parte más específica en derecho, o sea la de su reelaboración conforme a las fuentes y normas jurídicas: XII.