

PROTECCIONISMO JUDICIAL Y GARANTÍA PROCESAL

Por Adolfo GELSI BIDART

del Instituto Uruguayo de Derecho
procesal.

Sumario: I) Protección y garantía en el Derecho. A) Garantía. B) Garantía o protección. C) Posible distinción. D) La protección y los sectores jurídicos. E) Protección y 'promoción'. F) Garantía, protección, promoción. II) Garantía procesal y 'figuras' del juez. A) ¿Garantía judicial o procesal? B) Garantía judicial, Imparcialidad. C) Proceso para y por (con) el juez 'de fallo'. D) Las 'figuras' del juez en el proceso. III) El 'indubio. . .' y la evaluación de la prueba. A) Evaluación de la prueba y duda del juez. B) 'In dubio pro. . . C) La situación en el proceso. IV) Conclusión.

I) *Protección y garantía en el Derecho.*

A) *Garantía.*

1. Garantía, genéricamente, significa medio para asegurar, para lograr con seguridad o certidumbre, determinado fin; por ende, es un elemento secundario, al servicio de otro, para que se alcance un objetivo.

En tal enfoque podría afirmarse que todo el orden jurídico pretende ser garantía, o sea un (complejo) *medio para asegurar* la obtención de algunos de los fines que se procuran en la comunidad humana y a través de la misma (encarnar ciertos valores propios de aquélla: justicia, paz, confraternidad), al menos en sus aspectos externos, de inter-relación entre los hombres.

A su vez, en el conjunto del sistema jurídico positivo, se distinguen, en el plano de las normas, de los institutos, de las diligencias o medidas, los aspectos sustantivos que se pretende alcanzar, los medios para lograrlos y los instrumentos que procuran asegurar tanto unos como otros.

Tienen por misión alcanzar el efectivo funcionamiento de los aspectos sustantivos para asegurar que se consigan los fines programados.

2. Se trata, por tanto, de normas, institutos, diligencias y *medios para los medios*, procurando que éstos alcancen las metas propuestas.

Por ejemplo: un productor rural procura usar un predio explotándolo en agricultura, ganadería, etcétera (fin económico determinado); para lograrlo, realiza un contrato de arrendamiento rural, que le permite acceder al predio y efectuar la explotación (medio); el orden jurídico para que, por el contrato, pueda obtenerse aquel objetivo, establece algunas medidas que entiende que lo garantizan (v.gr., solemnidad: debe redactarse por escrito; duración impuesta por ley; etcétera: garantías).

3. La garantía es esencialmente instrumental pero, repetimos, en segundo grado, para asegurar, dar certidumbre, de que el o los medios que, según el Derecho, pueden utilizarse (medios legales) *podrán* usarse y se desarrollarán y cumplirán su objetivo.

B) *Garantía o protección.*

4. En este sentido amplio, puede decirse que protección y garantía tienen el mismo significado.

Es usual (también nosotros lo hemos utilizado) hablar indiferentemente de garantía y de protección, como sinónimos, v.gr. 'protección' o 'garantía' de los derechos humanos.

5. Cuando se garantiza la obtención de algo, *se protege* a alguien, de alguna manera se le asiste o ayuda, se actúa *con él* o *en vez* de él pero para él, para que logre aquella meta.

A su vez, la protección acordada, *garantiza*, asegura, el funcionamiento de los medios dispuestos para la finalidad señalada.

C) *Posible distinción.*

6. Sin embargo, cabe señalar algún aspecto para la distinción conceptual, que puede tener consecuencias en el plano de la reglamentación positiva.

La distinción, más que en cuanto a las normas (norma de protección y norma de garantía, sólo podrían distinguirse, pensamos, en relación a los otros aspectos a los que ahora nos referimos), se advierte en el funcionamiento *concreto* de los institutos de garantía, o de las medidas para garantizar, consagrados por aquéllas.

En cuanto, apenas pasamos de la formulación de las reglas jurídicas a su aplicación, entramos en el plano de la realidad humana, de la relación externa entre hombres, ya se trate de sujetos particulares o de titulares del ejercicio de una potestad pública.

7. Aquí podríamos señalar que 'garantía' tiene mayor extensión que el concepto de 'protección', a menos que incluyamos en éste la especie de la 'auto-protección', la que ejercita el mismo sujeto para su propio derecho (el sujeto es protector y protegido), como en el caso de la legítima defensa o el derecho de retención.

Pero habitualmente se habla de protección, escindiendo al sujeto que protege del que es protegido; el primero realiza, un servicio especial para el segundo, una actividad a través de la cual se garantiza (ahora sí), que los medios adecuados funcionen para que el protegido logre determinados fines. Así aparece la protección como un modo de actuar (fundamentalmente) *para otro*.

8. Esto suscita la indicación de otro rasgo común a los institutos y medidas de protección: el 'protegido' está necesitado de protección pues se encuentra en situación de inferioridad, de menesterosidad, de (lato sensu) *indigencia*, de falta de algo.

9. Por ello reclama un modo *peculiar y excepcional*, de actuación para suplir, en la situación aludida, aquello en que se encuentra en déficit.

D) *La protección y los sectores jurídicos.*

10. Hay sectores del Derecho en los que puede considerarse un verdadero 'principio de protección', reclamado por (la situación de) los protagonistas esenciales de los mismos o del sujeto para el que, básicamente, se realiza.

11. Así puede hablarse con respecto al Derecho de menores, sea como rama separada, o como sector del Derecho civil.

Entre paréntesis una de las pocas zonas del Derecho en que pueden fijarse los límites, modernamente, en base a la condición social de un sujeto.

Algo similar ocurre con el Derecho diplomático y el militar. Con la diferencia de que en éstos se subraya la condición social del sujeto —el papel que representa en la sociedad— como un residuo de lo que ocurría en otras épocas de derecho 'corporativo' (el artesano, el eclesiástico, el señor feudal, etcétera). En tanto que en el caso del menor, es el desarrollo psico-orgánico, el desenvolvimiento personal, lo que se toma en cuenta.

Lo propio ocurre con respecto a los incapaces, en torno a los cuales, a partir de las pocas normas sobre proceso de incapacidad y curatela, se va derivando modernamente una reglamentación más vasta, acerca de toda la problemática, educativa del 'minus-válido'.

12. En el plano educacional, la legislación debe tener presente aquel 'principio de protección', porque el sujeto principal al que se dirige el proceso educativo, el educando, se encuentra siempre en situación de indigencia, por su edad o por su des-conocimiento.

13. En el Derecho del trabajo, al comenzar a estructurarse modernamente sus principales normas, en las primeras décadas de este siglo, se afirmó, igualmente, el principio de protección al trabajador, como parte más débil en la relación de trabajo dependiente.

E) *Protección y 'promoción'*.

14. En estos últimos años, se viene afirmando socialmente la orientación de 'promoción', por encima y más allá de la de 'protección' de los sujetos jurídicos.

En materia de 'ismos', se trataría aquí de superar un enfoque 'proteccionista', una suerte de 'proteccionismo' jurídico, —para orientarse hacia la promoción de los sujetos de derecho—.

15. Esta última actitud, que ha de traducirse luego en reglas de conducta, implica:

— *reconocimiento del sujeto* al que se dirige, en todo lo positivo y propio que le corresponde;

— *respeto* de su actuación, especialmente de su 'manera' o 'modo' de actuar, no queriendo imponer otros modos de conducirse (v.gr.: no imponer el adulto al niño; el 'civilizado-contemporáneo' al indígena, también civilizado a su manera; el hombre a la mujer; el profesor al alumno; etc.);

— actividad no exclusiva, sino *acompañando* la del promocionado, orientada a obtener el *desarrollo* o desenvolvimiento de las características del otro, acompañándola a sus posibilidades;

— *transitoriedad programada* de esta última actividad ajena, del promotor, pronta a cesar, apenas el promovido alcanza niveles propios de desenvolvimiento suficiente.

16. La orientación actual, por tanto, es etapa de un recorrido que empieza en la agresividad (puede pensarse en la orientación frente al indígena) o la indiferencia, pasando por la preocupación teórica, a la actividad positiva práctica.

En ésta, pues, protección-especialmente, hacer *por* otro; asistencia-especialmente hacer *con* el otro; promoción-especialmente preparar, educar, para que *el otro pueda*, más eficazmente, *hacer*.

Naturalmente que éstas son distinciones en rasgos esenciales y las tres últimas actitudes, en la práctica, especialmente en las reglas a dictar y en las medidas que pueden adoptarse, no pueden tener diferencias sustanciales.

A menudo es más una actitud en quien las realiza, un 'espíritu' de la norma, una orientación de la conducta, un modo de hacer, lo que las diferencia.

17. Esta orientación se advierte, también, en la evolución de los diferentes sectores del Derecho referidos, a medida que la educación, la opinión pública y la misma práctica o aplicación del Derecho vigente, pone en un lugar más adecuado y contribuye a un mejor desenvolvimiento de los sujetos involucrados.

F) *Garantía, protección, promoción.*

18. Así encarado el problema, podemos decir que la garantía es y seguirá siendo un aspecto indispensable en todo orden jurídico positivo: siempre será necesario asegurar su debido y adecuado, eficaz, funcionamiento, para que puedan lograrse las metas programadas.

19. Pero lo que seguramente puede cambiar, es el 'modo' de la garantía. Está en el plano del desarrollo de los 'derechos humanos', que la garantía, además de eficaz, sea cada vez más 'humana' y, por ende, —dé mayor participación, en su realización al garantizado y —en general, a todos los involucrados en la situación que da lugar al funcionamiento del instituto de garantía—, —para que éste actúe en favor de todos ellos y no como un instituto que pueda tornar en situación de privilegio, la necesidad de protección o garantía jurídica.

20. Esta actitud que podría denominarse, como se dijo, para seguir la terminología social, de 'promoción jurídica', superadora de la posición de 'proteccionismo jurídico', responde, generalmente, a una necesidad existente en el momento en que se consagra, pero que permanece, luego, con exceso de fijeza, sin advertir los cambios consagrados por la realidad a la que se refiere.

II) *Garantía procesal y 'figuras' del juez.*

A) *¿Garantía judicial o procesal?*

21. Del mismo modo que pensamos que la denominación de esta asignatura ha de ser Derecho procesal, más bien que Derecho judicial, por cuanto aquélla es más comprensiva del conjunto de su temática, como también lo es con respecto a Derecho procedimental o de procedimiento, entendemos que si se quiere calificar la garantía que se pretende y alcanza a través de las normas procesales, ha de hablarse de la garantía del proceso ('debido proceso en forma legal') más que de garantía judicial.

Esta última integra necesariamente a la primera, si no hay garantía judicial, no la hay procesal, ni hay proceso, que se establece en torno a la 'figura' y a la 'actuación' del juez.

22. El proceso también es indispensable para que pueda hablarse de una actuación propiamente judicial. El juez no actúa solo como el Administrador, ni tiene, como éste, un horizonte, en principio, subjetivamente indeterminado por otros, para su actuación.

El juez 'necesita' de la o las partes (proceso voluntario o contencioso; etapas uni o bilaterales del proceso) y del proceso (como instituto en el cual se inserta y actúa) para ser juez.

No es juez, por ende, sino *en* el proceso (contencioso o voluntario, repetimos) según lo que disponga la ley.

Las actuaciones del juez 'delegado', son judiciales en cuanto se refieren al proceso para el cual (para cuya integración) se efectúan.

Las delegaciones que a veces se realizan por parte de las autoridades administrativas v.gr. inspecciones judiciales, interrogatorios de testigos para un procedimiento administrativo, incluso si se solicitara la resolución del asunto, en base al procedimiento administrativo, no serían propiamente judiciales, sino actuación (que habría de calificarse de administrativa) de 'asistencia-inter-orgánica', entre diferentes órganos públicos.

B) *Garantía judicial. Imparcialidad.*

23. El atributo básico del juez (no una mera característica agregada) es la *imparcialidad*: ha de estar *ante* el conflicto o la causa, o la cuestión planteada, pero *fuera* del mismo, no 'comprometido' en él.

El problema planteado no es 'su' problema; su problema consiste en darle solución, paralo cual ha de encontrarse al margen del caso; nada 'le debe ir a él', en la solución que se alcance para el conflicto.

De ahí que para asegurar la imparcialidad, para que nos encontremos, realmente, ante un juez (aquello en que el juez 'consiste' es garantía, por cuanto sólo se establece a los efectos de garantizar), es necesario adoptar una serie de medidas que, objetiva y subjetivamente, induzcan a ese resultado.

Así, por ejemplo, en el plano de la organización general: separación del ejercicio de la potestad jurisdiccional de los órganos que ejercen primordialmente las otras potestades del Estado, legislación y (especialmente) administración; independencia de los órganos jurisdiccionales frente a los otros poderes sociales y estatales; autoridad efectiva de los mismos, frente a los restantes órganos del Estado—.

En el plano de los agentes judiciales: carrera judicial, con seguridades para el ingreso y el ascenso, la retribución decorosa, el retiro adecuado.

En ese mismo plano, pero en la actuación del caso concreto, determinación de las causas (y los procedimientos) de impedimento, recusación y abstención, que puedan torcer la serenidad de ánimo del magistrado.

24. En segundo lugar, el juez debe *conocer la realidad concreta* que ha de disciplinar (y aquí el problema es 'cómo' llega a conocerla).

25. En tercer término el juez, que determina el Derecho para el caso concreto (cómo deben comportarse los litigantes en —para— el caso planteado), debe *saber el Derecho y saberlo explicitar*— ('dabo tibi jus'; 'jus dicere') en la causa que se le somete.

C) *Proceso para y por (con) el juez "de fallo"*.

26. Como se dijo, el funcionamiento de la garantía procesal depende de la adecuada actuación de los sujetos principales en el mismo, primero entre todos ('primum inter pares', con respecto a los letrados, pero autoridad única para todos), el juez.

27. El proceso se hace en cierto sentido para el juez, es decir para que pueda fallar, pero la orientación que creemos más acertada no es la que se para el proceso con relación al fallo y otorga al juez a exclusividad en éste manteniéndolo alejado del proceso que lo precede y fundamenta y sin el cual no es explicable.

El proceso deberá hacerse, también por el juez, no por otros para éste, sino *por* el juez y los restantes sujetos principales y secundarios del mismo.

D) *Las 'figuras' del juez en el proceso.*

28. Las diferentes figuras del juez en el proceso, consagradas por la legislación y explicadas por la doctrina son básicamente, estas:

En primer lugar, *protagonista único* del proceso.

Proceso inquisitivo puro, en el que todo queda a cargo del juez; planteamiento, prueba, determinación de defensas, decisión.

Solución que moderadamente no se configura, salvo en etapas del proceso. V.gr., en Uruguay, la etapa del sumario en el proceso penal y en el proceso aduanero, aunque en los mismos cabe a las partes, al menos, una actividad de vigilancia, a través de su presencia en las actuaciones que se verifiquen.

29. En el otro extremo, el juez *espectador* y *sancionador*, asimilado al juez del juego o deporte, que se limita a verificar el cumplimiento de las reglas en el mismo, a sancionar su apartamiento (nulidades, costas y costos) y a señalar el resultado obtenido por uno u otro litigante.

Es la orientación aún dominante en varios países ibero-americanos, como un lejano resabio del proceso concebido como un duelo o una ordalía, en la cual la eficacia de la parte es lo decisivo para obtener resultado favorable en el proceso.

¿Puede admitirse que 'el' medio de obtener la justicia (oficial o legal) en el caso concreto, dependa meramente de la mayor o menor habilidad de una de las partes involucradas en la situación a estudio?

30. El juez *tercero* en el juicio, *pero protector* de una de las partes (el menor, el trabajador, etcétera) vale decir, actuando para suplir la deficiencia o carencia de la parte privilegiada por la ley, sustituyendo la actuación de las mismas siempre que sea necesario para proteger a la parte 'privilegiada'.

Este punto de vista se sustenta, particularmente, para las regiones en las que no existe defensa letrada suficiente y en las que, por ende, aparece indispensable una actuación extraordinaria del juez, para suplir aquella carencia.

En este aspecto, la crítica principal radica en que el juez se coloca, así, en una posición, un enfoque, que no solo no le corresponde, sino que trastoca todo su modo de ser.

Si el proceso es garantía —y peculiar y esencial garantía—, en buena parte depende de la aplicación integral que en él se hace, del principio de la igualdad de las personas ante la ley y el juez que debe aplicarla.

Si el juez se vuelca 'a priori' hacia una de las partes, porque es administración, u operario, o menor, etcétera, el juez deja de ser tal (imparcial) para transformarse en defensor.

Y el enfoque de uno y otro es radicalmente diverso.

El defensor debe encarar el problema según el punto de vista de una de las partes y el relato que formula de los hechos.

En tanto que el Juez debe procurar la visión de conjunto, en un enfoque también total, logrado a través del relato de cada parte y de los elementos de prueba que se tienen en el proceso.

31. Hay otra concepción que considera al juez como *coprotagonista* en el proceso, sin perjuicio de ser, *además*, la *autoridad única* del mismo.

Por ende, el proceso así considerado, se realiza íntegramente con la intervención de sus tres sujetos principales, procurando una actuación efectuada de manera, en lo posible, conjunta, de los mismos.

Entonces con respecto al problema de la prueba, v.gr. el juez actuará como los restantes sujetos del proceso, tratando de reconstruir los hechos ocurridos, tratando de saber, simplemente, *qué ocurrió* en la realidad y no ateniéndose únicamente al relato de las partes y a las pruebas que del mismo practique cada una.

Este es el punto de vista que estimamos más lógico, pues responde a la naturaleza del proceso, integración subjetiva de tres sujetos principales.

No se entiende por qué habría de realizarse en base a la actuación positiva de dos de ellos y la inmovilidad del otro, cuando a los tres interesa la reconstrucción de los hechos que realmente han ocurrido ('de re sua agitur').

III) El 'in dubio...' y la evaluación de la prueba.

A) Evaluación de la prueba y duda del juez.

32. En todas las épocas, la conciencia de las dificultades prácticas para obtener demostraciones definitivas de lo que ocurrió en el pasado y hay que reconstruir en el presente, lleva a establecer ciertos apotegmas que intentan cubrir los déficits de la prueba realizada.

Es un modo de colaborar con el juez en el momento del fallo, para que pueda superar sus dudas y evitar el 'non liquet', la obsolución de la instancia.

Los jueces deben fallar en todo caso; el proceso no puede concluir sino por acuerdo de partes, renuncia de las mismas a proseguir o decisión del juez. A éste le está vedado en principio, cerrar el juicio sin dar solución definitiva al litigio.

B) 'In dubio pro...'

33. De todos los apotegmas planteados en torno a la duda, tal vez el de más significación por la materia a la que se dirige, es la de 'in dubio pro reo' del Derecho penal.

Pero esta orientación, elevada a nivel de principio en el Derecho penal moderno, se explica, por el 'principio de la inocencia' que significa que toda persona es inocente, salvo que se pruebe lo contrario; por ende, la falta de pruebas, debe llevar a la absolución o al sobreseimiento, no como un privilegio del reo, sino como la lógica consecuencia de no haberse realizado la prueba de su culpabilidad.

En alguna medida estamos también aquí ante la aplicación (desde el punto de vista procesal) del principio de la carga de la prueba: hay que probar la existencia del delito y la responsabilidad del imputado, para condenarlo.

34. En Derecho tributario, la doctrina en general, rechaza el 'in dubio pro Fisco' (pero también el 'contra Fisco'), que consagraría un principio que, en lo sustantivo, ha de sustentarse para el principio de la legalidad (el Fisco sólo tiene derecho a percibir el tributo fijado por la ley) y, en lo procesal, establecería un inadmisibles privilegio.

Como se dijo, el ingreso al proceso, establece la absoluta igualdad de las partes ante el único juez, ya se trate del Fisco o del contribuyente.

35. En Derecho del trabajo el 'in dubio pro operario' vendría a trasladar al Derecho moderno, el antiguo enfoque de dar mayor peso a la prueba (especialmente testimonial) según fuera la calidad (social) de su autor (hombre, mujer, artesano, burgués, eclesiástico, etcétera).

¿Podemos, todavía, sustentar soluciones de Derecho corporativo, en el Derecho moderno?

Las desigualdades entre las partes, si no han sido superadas por las organizaciones gremiales, deben serlo en base a una legislación que reglamente el (o los) puntos de mayor dificultad en la realidad del trabajo dependiente.

Vale decir, por ejemplo: si hubo despido o abandono del trabajo, reglamentar las medidas que debe adoptar al respecto el empresario (intimaciones, plazos, intervención de la inspección del trabajo); categoría que corresponde al operario: pericia de la enseñanza industrial; indemnizaciones debidas: soluciones de tipo 'forfataire' a establecerse por la ley; y así sucesivamente.

En otros términos: el Derecho sustantivo del trabajo, si se mantiene (e incluso en las regiones o en el sector del trabajo en que se mantenga) la diferencia socio-económica entre trabajador y empresario que reclame una protección (garantía) que vaya más allá de la que brinda la organización gremial, debe proveer soluciones administrativas que establezcan la igualdad (planillas de trabajo de contralor, inspecciones; asesoramiento a las partes; etcétera).

C) *La situación en el proceso.*

36. En el proceso mismo, la solución no debe ser diversa para la materia del trabajo que para las restantes.

Deben adoptarse las soluciones imprescindibles para lograr la igualdad entre las partes (base del proceso legal) v.gr., asistencia gratuita y posibilidad de elegir libremente al defensor y permitir al juez que actúe como protagonista del proceso, también en la etapa de prueba.

Esto significa, como dijimos, cambiar la visión del proceso y, por ende, del juez y de las partes.

No se trata de un juego en el que gana el más hábil, sino de un instituto de elevada manifestación cultural, en el cual las partes contrapuestas y el juez, en forma mancomunada, procuran reconstruir el pasado concreto, para que el juez pueda resolver adecuada y jurídicamente, la cuestión planteada.

IV) *Conclusión.*

37. A) La concepción del proceso como un instituto de garantía en el que actúan como protagonistas el juez y las partes (estas últimas con adecuadas posibilidades de igual defensa), en forma conjunta, para esa

obra común, conduce al rechazo del 'proteccionismo judicial' a una de las partes, por ser incongruente con la consistencia del juez y del mismo proceso.

B) Atribuir al juez la posición de co-protagonista del proceso, no es en protección de una de las partes, sino en cumplimiento de su propio deber, que podrá así, impulsar el desarrollo de la prueba, para reconstruir los hechos que efectivamente ocurrieron en el pasado y así facilitar la solución más justa de la causa.