Revista Digital Nº 02
Diciembre, 2014

PODER JUDICIAL DEL PERU

Ayllu

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE VENTANILLA

POR UNA JUSTICIA PREVENTIVA Y ACCESIBLE

PRESENTACIÓN Y PALABRAS DE LA DIRECTORA

DRA. JACKELINE YALÁN LEAL
PRESIDENTA (e) DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE VENTANILLA

Es nuevamente grato poder dirigirme a ustedes, compartiendo la Segunda Edición de la Revista Digital "AYLLU" de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, luego de la gran e inesperada acogida que tuviera nuestra primera edición.

Esta entrega contiene artículos jurídicos de importantes académicos nacionales e internacionales, quienes vienen colaborando de manera desinteresada con este gran este proyecto, con el que iniciamos nuestra vida institucional, esperando contribuir al mejoramiento del servicio de administración de justicia en beneficio de los justiciables, siendo nuestro objetivo principal lograr una JUSTICIA PREVENTIVA e INCLUSIVA.

Feliz Navidad y un Próspero Año 2015.

DOCTORA JACKELINE YALÁN LEAL

Ayllu

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE VENTANILLA

PRIMER CONSEJO DIRECTIVO

PRESIDENTE

DRA. JACKELINE YALAN LEAL
PRESIDENTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE VENTANILLA

DIRECTORA

DRA. JACKELINE YALAN LEAL
PRESIDENTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE VENTANILLA

DR. VICTOR JIMMY ARBULÚ MARTÍNEZ
JUEZ SUPERIOR DE LA SALA MIXTA DE VENTANILLA

DR. FREDY JAIME CUADROS
JUEZ SUPERIOR DE LA SALA MIXTA DE VENTANILLA

DR. FLAVIANO CIRO LLANOS LAURENTE
JUEZ SUPERIOR DE LA SALA PENAL DE VENTANILLA

DRA. YOLANDA CAMPOS SOTELO
JUEZA DEL JUZGADO MIXTO PERMANENTE DE VENTANILLA

DRA. MARÍA GUADALUPE CHAVEZ
JUEZA DEL JUZGADO DE TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL DE VENTANILLA

COORDINADOR GENERAL

BACH. KATTERINE ZARATE ARMAS
SECRETARIA DE PRESIDENCIA

DISEÑO DE CARATULA, PÁGINA Y DIAGRAMACIÓN

EDUARDO ENRIQUE YALÁN DONGO
SEMIOTISTA Y LICENCIADO DE COMUNICACIONES Y PUBLICIDAD DE LA UPC

Indice

Pág.

PRESENTACIÓN Y PALABRAS DE LA DIRECTORA 02
DRA. JACKELINE YALAN LEAL
JUES SUPERIOR
PRESIDENTA (e) DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE VENTANILLA

TRATAMIENTO JUDICIAL DEL DESPIDO INCAUSADO Y DESPIDO FRAUDULENTO, Y LA PROBLEMÁTICA DE LA COMPETENCIA DEL JUZGADO DE PAZ LETRADO, AL INFLUJO DEL II PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL 2014. 07
DR. OMAR TOLEDO TORIBIO.
JUEZ SUPERIOR, PRESIDENTE DE LA CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA – PERÚ (SALA DE ORALIDAD).

EL JUICIO ELECTRÓNICO 25
DR. ROBERTO M. PAGÉS LL.
JUEZ DE LA CAMARA CIVIL, COMERCIAL Y MINERA DE LA SEGUNDA SALA DE SAN JUAN DEL ESTADO DE ARGENTINA

POLITICA CRIMINAL, DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y SOBORNO TRANSNACIONAL 33
DR. VICTOR JIMMY ARBULÚ MARTINEZ
JUEZ SUPERIOR DE LA SALA MIXTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE VENTANILLA

A ESPECIFICIDADE DO DESPORTO NO DIREITO DO TRABALHO ALGUMAS CONSIDERACOES 45
DR. FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI
DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHODA 15° REGIAO DE BRASIL.

APLICACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL EN EL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN – UNA EXPERIENCIA POSITIVA 59
DRA. SUSANA YNES CASTAÑEDA OTSU
PRESIDENTA DE LA SALA PENAL DE APELACIONES Y COORDINADORA DEL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN DEL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA, PERÚ.

FEMINICIDIO 73
PSC. GABRIEL ESPIÑO
PSICÓLOGO, PSICOANALISTA
MIEMBRO DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE PSIQUIATRAS.

MEIO AMBIENTE DE TRABALHO.PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO. PRINCÍPIOS NORTEADORES DE UM NOVO PADRÃO NORMATIVO 75
DRA. TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI
DESEMBARGADORA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE CAMPINAS- 15° REGIAON DE BRASIL.
DR. DANIEL GEMIGNANI
AUDITOR FISCAL DO MINISTERIO DO TRABALHO DE BRASIL

Pág.

LA REFORMA DEL INCISO 3) DEL ARTÍCULO 1996° DEL CÓDIGO CIVIL DESDE LA JURISPRUDENCIA: "LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN POR LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA" 89
DR. RAMIRO ANTONIO BUSTAMANTE ZEGARRA
JUEZ SUPERIOR DE LA SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA, PERÚ
DIEGO FERNANDO ANGEL ANGULO OSORIO
ESTUDIANTE DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA, AREQUIPA – PERÚ

EL ABC DEL DEBIDO PROCESO
EPÍGRAFE DE CUESTIONES FUNDAMENTALES 94
DR. NESTOR SEBASTIÁN PARISI
ABOGADO. ESPECIALISTA EN DERECHO DE DAÑOS DE ARGENTINA

ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA: UN REPLANTAMIENTO DE SU VALOR MATERIAL 103
DR. EDWIN FIGUEROA GUTARRA
JUEZ TITULAR DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE, PERÚ

LA CREACIÓN DE LA ESCUELA NACIONAL PARA LA JUDICATURA: UNA NECESARIA REFORMA CONSTITUCIONAL 112
DR. ALBERTO RIVERA ACUÑA FALCÓN
ABOGADO GRADUADO EN LA UNIVERSIDAD DE LIMA

SUSTENTABILIDADE HUMANA: LIMITAÇÃO DE JORNADA, DIREITO À DESCONEXÃO E O DANO EXISTENCIAL 117
LORENA DE MELLO REZENDE COLNAGO
MESTRE EM DIREITO PROCESSUAL PELA UFES, BRASIL.

IMÁGENES DEL ACTIVIDADES 127
INAUGURACIÓN, SEDE INSTITUCIONAL, SEDES JUDICIALES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE VENTANILLA – LIMA NOROESTE

TRATAMIENTO JUDICIAL DEL DESPIDO INCAUSADO Y DESPIDO FRAUDULENTO,Y LA PROBLEMÁTICA DE LA COMPETENCIA DEL JUZGADO DE PAZ LETRADO, AL INFLUJO DEL II PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL 2014

Dr. Omar Toledo Toribio (*)
Juez Superior Titular, Presidente de la Cuarta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima (Sala de Oralidad), Profesor de la Academia de la Magistratura y Catedrático de la Facultad de Derecho (Unidad de Post Grado) de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

INTRODUCCIÓN

Los días 8 y 9 de mayo de 2014, se realizaron las sesiones del II Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral 2014 (en adelante II PLENO), acontecimiento de singular importancia ya que constituye un paso significativo hacia la predictibilidad de los fallos judiciales, lo cual tiene que ver con el resguardo del principio-derecho de los ciudadanos a la igualdad ante la ley.Los Jueces Supremos Integrantes de la Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia adoptaron acuerdos sobre tópicos que hasta ese momento se encontraban siendo debatidos a nivel de la judicatura y que precisamente reclamaban un pronunciamiento de la suprema instancia judicial a través de este mecanismo, acuerdos que han sido publicados en el Diario Oficial "El Peruano" el día 04 de julio 2014 y que se refieren a los siguientes temas: 1) Tutela Procesal de los trabajadores del sector público, 2) Desnaturalización de los Contratos. Casos Especiales: Contrato Administrativo de Servicios (CAS), 3) Tratamiento judicial del despido incausado y despido fraudulento: Aspectos procesales sustantivos, 4) Remuneración computable par la compensación por tiempo de servicios y pensiones: Regímenes especiales, 5) Competencia de los Juzgados de Paz Letrados, Especializados y Tribunal Unipersonal, 6) Plazos para interponer recursos impugnatorios: Notificación y rebeldía, 7) Incrementos a beneficiarios de pensión mínima y 8) Caducidad de aportaciones de acuerdo con la Ley N° 8433.

Uno de los temas más esperados en el ámbito de la judicatura y el foro ha sido precisamente el tratamiento judicial del despido fraudulento e incausado en sede ordinaria laboral pues, a raíz del acuerdo arribado en el I Pleno Supremo Laboral del año 2012(en adelante I PLENO), que abrió la posibilidad de que los jueces ordinarios puedan conocer las demandas de reposición por dichas causales, se originaron discusiones y pronunciamientos jurisdiccionales en diverso sentido que requerían la emisión de un criterio que defina y zanje la polémica.

En las siguientes líneas pretendemos expresar nuestro punto de vista acerca de los acuerdos arribados en este II PLENO y la interpretación que consideramos debe adoptarse con el objeto de garantizar el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva y evitar que se vacíe de contenido la disposición inserta en el artículo 2.2. de la Nueva Ley Procesal de Trabajo que otorga a los jueces laborales la facultad de conocer en vía de proceso abreviado de la reposición como pretensión principal única.

EL DESPIDO NULO, INCAUSADO Y FRAUDULENTO EN SEDE ORDINARIA

La Constitución Política de 1993 en su artículo 27 prevé que "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".
En función al mandato constitucional el Decreto Legislativo 728 ha establecido tres tipos de despido ilegal diseñando un sistema de protección del trabajador de tal forma que en algunos supuestos procede la tutela resarcitoria, como es el caso del despido arbitrario y el despido indirecto, en los que sólo cabe el pago de una indemnización tasada (artículo 38 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el D.S. 03-97-TR)[1], en tanto que solo cuando se configura el despido nulo procede la reposición o reinstalación del trabajador.

El artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR, en adelante TUO, establece que es nulo el despido que tenga por motivo: a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; b)Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c)Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25(despido por reacción o por represalia); d)La discriminación por razón de sexo, raza, religión,

opinión o idioma; e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto (fuero de maternidad) . A las causales antes citadas debe agregarse las dispuestas por la ley 26626 referido al despido por ser portador del VIH-Sida y la ley 27050 referida al despido del trabajador por razón de discapacidad.

Como es de advertirse, la norma establece taxativamente la causales por las cuales se puede calificar a un acto de despido como nulo, las que se caracterizan por ser numerus clausus. En consecuencia, no se puede agregar una causal adicional a las que el legislador consigna a través de la referida norma, esto en aplicación del Principio de Legalidad. Por otro lado, corresponde citar el artículo 34 del mismo TUO que prevé que en los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el artículo 38 del TUO.

En sentido distinto, el artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR, define el despido arbitrario, señalando su consecuencia, en los siguientes términos: "si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38 del mismo cuerpo normativo, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

Finalmente, el despido indirecto se configura cuando frente a un acto de hostilidad[2] el trabajador opta por la terminación de la relación laboral o se da por despedido, lo cual se halla regulado por el artículo 35, inciso b) del TUO. En este caso el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización a que se refiere el Artículo 38 del TUO, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida enel EXP. N.° 1124-2001-AA/TC (Caso FETRATEL c/ Telefónica) ha señalado que:

"Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.° 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización "como única reparación". No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido ad nutum impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:

a. El artículo 34º, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34º, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.

b. La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23º de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43º ("República" "social") y 3º de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.

c. La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional."

De esta forma, a partir de la indicada sentencia, que, dicho sea de paso, marcó un antes y un después en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en temas de carácter laboral, existe la posibilidad de la tutela restitutoria (reposición) si el trabajador acude a la vía constitucional del amparo invocando el despido incausado que en términos de lo regulado por el TUO equivaldría a una modalidad del despido arbitrario.

Posteriormente, y en virtud de que a partir de la expedición de la sentencia 1124-2001-AA/TC se observó una tendencia creciente a la amparización de las acciones impugnatorias del despido arbitrario y en el marco de lo regulado por la derogada Ley 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, -que establecìa el amparo alternativo-, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia de fecha 13 de marzo del 2003 en el Exp. N.° 976-2001-AA/TC, Caso Eusebio Llanos Huasco, la misma que prevé que los efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes: a) Despido nulo, b) Despido incausado y c) Despido fraudulento.

En efecto, a partir de esta sentencia se produce una nueva clasificación del despido a efectos de su evaluación en sede constitucional. De esta forma, conforme a esta sentencia se produce el denominado despido nulo cuando se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales, se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición), se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc, se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto),se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida (Cfr. Ley N.° 26626) y se despide al trabajador por razones de discapacidad (Cfr. Ley 27050). Por otro lado , se produce el Despido incausado cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique y por último se configura el denominado despido fraudulento, cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidado se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N.° 628-2001-AA/TC) o mediante la "fabricación de pruebas". (fundamento 15)[3].

Finalmente, y ya con la vigencia del Código Procesal Constitucional, que ha consagrado el modelo de amparo residual, se ha expedido la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2005, en el expediente 0206-2005-PA/TC, Caso Baylón Flores, en la que se estableció, en calidad de precedentes vinculantes, preceptos relativos a los casos en que se puede acudir a la justicia ordinaria (Juzgados y Salas Laborales) buscando tutela restitutoria (Despido Nulo) y los casos en que se puede recurrir a la vía constitucional de amparo solicitando reposición (Despido nulo, despido fraudulento y despido incausado) consolidando en cierta forma los criterios ya adelantados y la nueva nomenclatura del despido diseñada en la sentencia expedida en el caso Eusebio Llanos Huasco. En efecto en la sentencia se señala:

"Consecuentemente, solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate."(fundamento 6)

"El Tribunal Constitucional estima que esta nueva situación modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.º 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados."(fundamento 7).

Respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.-Fundamento 8- (La negrita es nuestra)

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en vía de amparo se ha pronunciado por la reposición del trabajador cuando se ha producido la afectación de los demás derechos constitucionales que el trabajador mantiene inalterables no obstante la subordinación en la que se encuentra respecto al empleador. Esto significa que el trabajador ingresa a la relación laboral conservando todo el bagaje de derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado, atributos que en doctrina se han dado en denominar como derechos de titularidad general o inespecífica en el seno de la relación laboral.

La protección de estos derechos se deriva del mandato constitucional contemplado en el artículo 23 de la Carta Política según el cual ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia expedida con fecha once de julio de dos mil dos, en el Exp. N.° 1124-2001-AA/TC Lima, Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratelse ha referido a la protección de estos derechos en el seno de la relación laboral como una manifestación de "la eficacia inter privatos o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales" esto es, "que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares" (fundamento 6), y refiriéndose a la empresa demandada señala que "Si bien aquélla dispone de potestades empresariales de dirección y organización y, constituye, además, propiedad privada, aquéllas deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador. En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable" (fundamento 7).

Posteriormente el máximo intérprete de la Constitución ha emitido diversos pronunciamientos en los cuáles ha dispensado la protección constitucional a los llamados derechos de titularidad general o inespecífica. Tal es el caso de la sentencia de fecha 10/08/2002, expedida en el Exp. N° 0895-2001-AA/TC, seguido por Lucio Valentín Rosado Adanaque con Essalud, en la que se ha tutelado la libertad de Conciencia y Religión en la relación laboral, la sentencia de fecha 18/08/2004, emitida en el Exp. N° 1058-2004-AA/TC., caso Rafael Francisco García Mendoza con Serpost, en la que se ha protegido el derecho a la intimidad y a la Inviolabilidad de las comunicaciones privadas y la sentencia de fecha 10/07/2002, recaída en el Exp. N° 0866-2000-AA/TC, caso Mario Hernán Machaca Mestas con Dirección Subregional de Salud de Moquegua y otros, referida a la libertad de expresión e información, entre otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que se tutelado el derecho a la dignidad, el derecho de defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la interdicción de la doble persecución o sanción por el mismo hecho (ne bis in idem), etc.[4]

CONSECUENCIAS DEL PRECEDENTE VINCULANTE ESTABLECIDO EN LA STC N.° 0206-2005-AA/TC.

Este precedente vinculante originó en primer lugar que muchos procesos de amparo en los que se invocaba la configuración de un despido incausado o fraudulento, pero que sin embargo existía controversia sobre los hechos, fueron remitidos por el Tribunal Constitucional a la judicatura ordinaria laboral a efectos de que se tramiten en esta vía en aplicación del punto 5 de la parte resolutiva de la STC 0206-2005-PA/TC, que establece que "las demandas de amparo de materia laboral individual privada, precisadas en los fundamentos 7 a 20 supra, deberán ser adaptadas al proceso laboral que corresponda según la Ley N.º 26636 por los jueces laborales

conforme a los principios laborales que han establecido en su jurisprudencia laboral y a los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que este Colegiado ha establecido en su jurisprudencia para casos laborales".

Por otro lado, las demandas de amparo que son presentadas en fecha posterior a la expedición de la STC 0206-2005-PA/TC, en las que se invoca un despido fraudulento, pero existe controversia sobre los hechos, al ser declaradas improcedentes en la vía de amparo son presentadas por los justiciables por ante el Juez Especializado de Trabajo.

En los dos casos antes descritos resulta evidente que el justiciable pretende una protección restitutoria en función a los criterios expuestos por el Tribunal Constitucional en la STC 0206-2005-PA/TC. Sin embargo esta posibilidad se ve afectada por estatuto que rige a la judicatura ordinaria laboral en materia de despido ilegal pues conforme se ha expuesto las normas laborales solo otorgan la protección restitutoria en los supuestos de despido nulo previstos numerus clausus en el artículo 29 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en la ley 26626 referido al despido por ser portador del VIH-Sida y la ley 27050 referida al despido del trabajador por razón de discapacidad.

En tal sentido, los jueces laborales al no poder admitir una demanda de impugnación de despido incausado o una demanda de impugnación de despido fraudulento y con el objeto de no afectar el derecho de acceso a la justicia -componente fundamental del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional garantizada en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Estado-, estuvieron disponiendo, bajo una perspectiva pro actione, que los actores adapten su demanda a alguno de los supuestos antes descritos lo cual definitivamente no es factible en todos los casos, situación que generó pronunciamientos que disponían el archivo de la demanda, lo cual en muchos casos podía afectar el derecho constitucional citado.

Ante dicha situación algunos consideraban que la tramitación de las acciones impugnatorias de despido fraudulento e incausado y la estimación de las mismas si era posible en la vía ordinaria. Basan su afirmación en la consideración de que los jueces laborales deben proceder conforme a los principios laborales que han establecido en su jurisprudencia laboral y a los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que el Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia para casos laborales tal como el propio TC ha dispuesto en el punto 5 de la parte resolutiva de la STC 0206-2005-PA/TC, en referencia a los procesos de amparo que fueron remitidos a la judicatura ordinaria.

Sin embargo, esta tesis colisionaba frontalmente con lo resuelto por el propio Tribunal Constitucional en el décimo séptimo fundamento de la STC 0206-2005-PA/TC en el que se ha encargado de remarcar con carácter de precedente vinculante que "Por otro lado, la Ley Procesal del Trabajo, Nº 26636. prevé en su artículo 4 la competencia por razón de la materia de las Salas Laborales y Juzgados de Trabajo. Al respecto, el artículo 4.2 de la misma ley establece que los Juzgados de Trabajo conocen, entre las materias más relevantes de las pretensiones individuales por conflictos jurídicos, las siguientes: a) Impugnación de despido (sin reposición)(…).(lo resaltado es nuestro). En este sentido se había, incluso, pronunciado la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la **CASACiÓN Nº 3034 – 2009-HUAURA**, su fecha 26 de agosto de 2009, señalando que "Décimo.- Que, lo precedentemente señalado, permite concluir que las instancias de mérito al estimar la demanda de Nulidad de Despido, por presentar la figura de desnaturalización de los contratos, han incurrido en una indebida aplicación del artículo 77 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, en tanto, dicho supuesto no constituye causal de nulidad de despido; sin que ello importe una trasgresión al precepto constitucional contenido en el artículo 27° de la Constitución Política del Estado, en tanto, como bien se ha señalado en los considerandos precedentes, la adecuada protección frente al despido arbitrario ésta en función a la opción del trabajador de obteneruna tutela restitutoria o resarcitoria, la que se verá expresada por el tipo de vía procesal optada, esto es, la ordinaria laboral o la del proceso de amparo constitucional; **consecuentemente, ésta Suprema Sala determina que al no encontrarse la demanda motivada el alguna de las causales contenidas en el artículo 29° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, nos encontramos frente a una demanda improcedente.** (la negrita es nuestra).[5]

Reforzaba la conclusión anterior el pronunciamiento efectuado por el Tribunal Constitucional en la STC 01467-2010-LIMA (Caso Johnny Alberto Rubiños Mendez), declarando improcedente el amparo interpuesto contra la Sala Laboral de Piura, por considerar "que los hechos y el petitorio de la

demanda no inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado"[6] .

Se trata de una demanda de amparo en que el recurrente pretende que se declare la nulidad de las resoluciones emitidas dentro del proceso laboral a fin de que se retorne a la etapa postulatoria y se admita la demanda, toda vez que se está ordenando el archivamiento del proceso. Resulta que el Tribunal Constitucional con fecha 21 de noviembre de 2006 (STC 08431-2006-PA/TC-LIMA, proceso planteado por el propio Johnny Alberto Rubiños Mendez)[7] , declaró improcedente la demanda de amparo por considerar que existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerado y dispuso la remisión de los autos al Juzgado Laboral de Piura. El Juzgado con la finalidad de que adecue su pretensión al proceso laboral en atención a la citada sentencia le otorga 3 días de plazo para que precise la causal a invocarse. Ante ello el recurrente da respuesta a lo solicitado sin especificar ninguna causal del Decreto Supremo N.º 003-97 TR por lo que el Juzgado tiene por no presentada la demanda del recurrente. Ante ello, el recurrente interpone recurso de apelación argumentando que la causal debe integrarse a partir de la interpretación y el análisis de los hechos que rodearon su despido por lo que la Sala Laboral de Piura emite pronunciamiento con fecha 1 de agosto de 2008, confirmando la decisión del a quo, arguyendo que no existe causal de nulidad de despido que sustente la pretensión. Tras interponerse recurso de casación, éste es declarado improcedente por tratarse de un auto y no de una resolución que resuelve la controversia, ante lo cual el justiciable interpuso una nueva acción de amparo esta vez invocando la afectación desus derechos al trabajo, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

LA NUEVA LEY PROCESAL DE TRABAJO (NLPT)

La Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley 29497, establece que en proceso abreviado laboral, el Juez Especializado de Trabajo resulta competente para el conocimiento de la **reposición cuando ésta se plantea como pretensión principal única**.(Art. 2.2.).Lo resaltado es nuestro.

Esta nueva disposición legal originó inicialmente diversas interpretaciones. En efecto, por un lado algunos consideraban que esta disposición legal define la discusión existente entonces y estaría otorgando competencia al Juez Laboral para el conocimiento de las demandas en las que se solicita la reposición por despido incausado o por despido fraudulento encontrándose de esta forma la solución a la problemática existente en aquellos justiciables que, luego de acudir en vía de amparo invocando la existencia de alguno de estos dos tipos de despido, sus respectivos procesos fueron derivados a la vía ordinaria.

Sin embargo, existían posiciones encontradas respecto a la aparente solución aportada por la Nueva Ley Procesal del Trabajo tema que fue materia de tratamiento en el I PLENO, siendo que dentro de sus conclusiones sobre el Tema N° 01, referida a la procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la vía Laboral, regulada por la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497); acordó por unanimidad que: "Los jueces de trabajo están facultados para conocer de la pretensión de reposición en casos de despido incausado o despido fraudulento, en el proceso abreviado laboral, siempre que la reposición sea planteada como pretensión única".

Por ende en virtud al citado acuerdo, los Jueces Especializados Laborales que conozcan procesos con la NLPT, son competentes para conocer las demandas de reposición como consecuencia del despido incausado y despido fraudulento.

¿LA REPOSICION COMO PRETENSIÓN PRINCIPAL UNICA?

La norma contenida en el artículo 2.2. de la NLPT prevé que los juzgados especializados de trabajo conocen en proceso abreviado laboral, de la reposición cuando esta se plantea como pretensión principal única.

La citada norma interpretada por el acuerdo N° 01 del I PLENO generó opiniones diversas respecto a la posibilidad de que en el proceso abreviado laboral se pueda discutir la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o el reconocimiento de la relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición, ya sea por despido nulo, despido fraudulento o despido incausado.

Respecto a ello, la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en un primer momento, en la Casación Laboral N° 3311-2011-Tacna consideró que existe imposibilidad jurídica de plantearse conjuntamente, y en la vía abreviada laboral, dos pretensiones principales. En efecto, en su fundamento 17 señala lo siguiente:

"Precisamente esta naturaleza de vocación sumamente célere, hace que la pretensión sometida al órgano jurisdiccional -y sobre el cual se emitirá su pronunciamiento- tenga que ser necesariamente planteada como Reposición bajo la forma de una pretensión principal única; nomenclatura de la que se desprende válidamente la conclusión de la imposibilidad jurídica de " plantearse conjuntamente, y en la vía abreviada laboral, dos pretensiones principales; la razón de lo antedicho gira en torno fundamentalmente a evitar distraer el pronunciamiento del órgano jurisdiccional a extremos que si bien pueden estar relacionados con la pretensión de reposición, no pueden ser atendidos en una vía procedimental que per se al ser célere, concentra etapas procesales cuya dilación en exceso podría desnaturalizar la esencia misma del proceso abreviado laboral..."

Asimismo, más adelante en el fundamento 18, de la misma sentencia casatoria, el Tribunal Supremo ha establecido las tres reglas que se deben verificar por el Juez Laboral cuando se trata de la pretensión de reposición como una pretensión principal única:
1) Que no exista duda respecto a la laboralidad de los servicios del demandante, pues debe resaltarse que el pedido de Reposición sólo resulta procedente en los casos donde la relación laboral se encuentra establecida y reconocida por las partes.
2) Verificar que la demanda planteada contiene únicamente el petitorio de Reposición como pretensión principal única y
3) En virtud de lo anterior, centrar el análisis del conflicto judicializado a determinar la fundabilidad o no de la demanda de Reposición planteada..."
Por otro lado, en nuestros pronunciamientos jurisprudenciales en la Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima, Sala de Oralidad, hemos tenido la oportunidad de expresar opinión en el sentido de que es perfectamente posible que en el proceso abreviado laboral se pueda discutir la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o el reconocimiento de la relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición pues se configura un auténtico petitorio implícito que es un supuesto de flexibilización del principio de congruencia[8]. Este planteamiento reposa en consideraciones vinculadas a los principios que fundamentan el nuevo proceso laboral implantado con la NLPT, como son la prevalencia de lo oral sobre lo escrito, prevalencia del fondo sobre la forma, economía procesal, eficacia del proceso, tutela judicial efectiva y razonabilidad.
En efecto, la desnaturalización del contrato laboral, o la declaración de la existencia de una relación laboral por imperio del principio de primacía de la realidad, no constituye una pretensión adicional sino que constituye un petitorio implícito que forma parte de la causa petendi[9]. De la misma forma, en los procesos en los que se demanda únicamente el pago de beneficios sociales, sin antes reclamar como pretensión expresa la declaración de la existencia de una relación laboral, esto último constituye un petitorio implícito.

EL PETITORIO IMPLÍCITO COMO HIPÓTESIS DE FLEXIBILIZACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

El petitorio implícito constituye una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia en un estado democrático y social de derecho. El Jurista Augusto M. Morello, indica en relación a este que: "La Corte Suprema en destacable actitud de comprensión se ha movido con plasticidad, sin dejarse atrapar por ninguna explicación teórica cerrada o absoluta (...); ***afirma que el órgano no está embretado por lo que peticionan las partes, ni por la literal hermenéutica de los preceptos legales. No está encerrado por el dibujo, voluntad y límites de ellas, pues es el juez*** (director del proceso, bajo control de los abogados en contienda) el que habrá de suministrar -con suficiente y adecuado sustento en las consideraciones de hecho, evaluación profunda de la prueba y valoración y del derecho aplicable- prolija y razonada motivación (...)"[10]
En la Sentencia Dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (CAS Nº 4664-2010 PUNO), en la ciudad de Lima, el 18 de marzo del 2011, se indica en el décimo sexto considerando, en relación al petitorio implícito que: "Como lo analizaremos oportunamente, si en el proceso de divorcio por la

causal de separación de hecho, la parte interesada, en cualquier estado del proceso, **expresa hechos claros y concretos** referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el Juez debe considerar esta manifestación de la voluntad como un **pedido o petitorio implícito** y, por consiguiente, debe ser **objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando desde luego a las partes el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural**." (negrita y resaltado es nuestro).

Por su parte, Jorge W. Peyrano, señala que"Entonces será suficiente que uno de ellos en su escrito postulatorio, respectivo (demanda o contestación, según sea el caso) alegue hechos claros y concretos; lo que debe considerarse válidamente como un pedido o petitorio implícito , como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes". [11]

Al referirse a esta frase la profesora Julia Cabello Matamala ha sostenido en relación a los procesos de divorcio y separación de cuerpos lo siguiente: "En consecuencia, en, esta hipótesis, el Juez en la decisión final debe pronunciarse sobre la fundabilidad -positiva o negativa- de los indicados perjuicios y, por consiguiente, si ordena o no una indemnización o la adjudicación según resulte de la valoración de pruebas, así como de los indicios y presunciones que surjan del proceso". [12](el subrayado es agregado).

RAZONES QUE JUSTIFICAN EL PETITORIO IMPLÍCITO.

a) Prevalencia de lo oral sobre lo escrito.

Conforme expresamente lo establece el artículo 12.1 de la NLPT en los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia.
En tal sentido, en un ámbito de oralidad, si el Juez de la causa aprecia que en los fundamentos fácticos (causa petendi) que sustentan la pretensión, el accionante está haciendo referencia precisamente a la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad o a la existencia de una relación laboral oculta bajo el disfraz de un contrato civil o mercantil o de otra naturaleza, puede aprovechar las bondades de la inmediación en las audiencias, sea de conciliación, juzgamiento o audiencia única, si se trata del proceso abreviado, a efectos de poder esclarecer debidamente los contornos del petitorio implícito, bajo las condiciones que más adelante señalaremos, y considerarlo como materia de pronunciamiento en la sentencia.

b) Prevalencia del fondo sobre la forma.

Constituye fundamento del nuevo proceso laboral, contemplado en el artículo III del Título Preliminar de la NLPT, que en todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad.
Bajo esta orientación, resulta necesario que en el nuevo esquema procesal se tienda a evitar pronunciamientos inhibitorios o nulificantes que tienen efectos perniciosos no solamente en la imagen sino en la propia subsistencia del modelo. En efecto, si tenemos en cuenta de que el número de personal es limitado y la carga procesal agobiante -producto entre otras razones de la expectativa que genera un nuevo proceso laboral célere y eficaz- quienes se encuentran al frente de los procesos laborales deben estar mentalizados en la tendencia de emitir pronunciamientos respecto al fondo de la controversia en todos los casos, salvo excepciones muy contadas, evitando de esa formas las críticas que siempre se formulan en contra de la institución judicial, situación que lleva a que se deslegitime el modelo.

c) Economía procesal.

En virtud de este principio el Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.
Ciertamente el pronunciamiento del órgano jurisdiccional respecto al petitorio implícito evita que se pueda generar nuevos procesos judiciales. De no ser así, ingresaríamos a un escenario en el que los casos vinculados a la reposición del trabajador por despido nulo, fraudulento o incausado, para ser instrumentalizados en la vía abreviada, supondrían

que antes el trabajador tenga que accionar en un primer proceso a efectos de que se declarare la existencia de una relación laboral de carácter indeterminada y, luego solicitar, en un nuevo proceso laboral abreviado, la reposición como pretensión única, lo cual definitivamente constituye una negación al acceso a la tutela judicial efectiva teniendo en cuenta que las acciones de reposición están sujetas a un plazo de caducidad. Por otro lado, exigir que el trabajador acuda al proceso ordinario laboral no solamente afecta el principio de economía procesal sino que vacía de contenido completamente la finalidad que trasunta la regulación contenida en el artículo 2.2. de la NLPT que precisamente consiste en establecer un proceso ágil que signifique que el trabajador pueda ver resuelto su pedido de reinstalación de manera más célere teniendo en cuenta que estamos ante la afectación del derecho fundamental al trabajo.

d) Eficacia del proceso.

La eficacia tiene que ver con el logro de la finalidad de todo proceso judicial que es el de resolver los conflictos para alcanzar la paz social.

Resulta evidente que dar solución a una controversia si necesidad si duplicar procesos o trámites constituye una demostración de la eficacia del proceso

e) Tutela judicial efectiva.

El artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Estado establece como garantía de la administración de justicia la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

La exigencia de trasuntar por dos procesos judiciales para lograr la reposición de un trabajador o pretender seguir un proceso ordinario laboral, existiendo previsto un proceso más rápido y ágil como es el proceso abreviado, afecta definitivamente al principio constitucional antes citado, es más, implica, en otras palabras, la negación de la tutela jurisdiccional.

CONDICIONES DEL PETITORIO IMPLICITO

Estimamos que si bien es posible que se pueda desarrollar la figura del petitorio implícito en el escenario del proceso laboral abreviado y, con mayor razón, en el proceso ordinario, por la naturaleza y extensión del mismo, ello requiere que se den determinadas condiciones como presupuesto necesario. En efecto, de manera resumida señalaremos que solo se podrá aplicar la citada figura si: a) aparecen hechos claros y concretos respecto a la petición implícita; b) garantía del derecho de defensa y del contradictorio, esto es, en virtud de la garantía de la observancia del debido proceso, el demandado debe haber tenido la posibilidad de hacer valer su derecho de defensa frente a dicha petición, derecho que incluye la posibilidad de ofrecer medios de prueba que respalden su posición.

EL PETITORIO IMPLÍCITO EN LA JURISPRUDENCIA LABORAL.

La aplicación de la figura del petitorio implícito en el proceso abreviado laboral conforme a la Nueva Ley Procesal del Trabajo ha sido expuesta por vez primera en nuestro voto (voto en discordia) emitido en la sentencia de fecha 17 de julio de 2013 (Expediente N° 00225-2013-04- NLPT, Cuarta Sala Laboral de Lima), seguido por Roberto Víctor Rojas Barragán, sobre reposición al centro laboral. Si bien la opinión nuestra resultó un voto en discordia, posición minoritaria, la citada sentencia fue materia de análisis en su integridad en el Pleno Jurisdiccional Nacional Superior realizado en Lima los días 06 y 07 de setiembre de 2013, siendo que la ponencia que reflejaba nuestra posición resultó ganadora por mayoría en el citado certamen judicial (56 votos frente a 17). [13]

Con el objeto de ilustrar los términos de la controversia que originó el citado pronunciamiento nuestro en discordia transcribimos a continuación algunos párrafos del citado voto:

7. Conforme a los argumentos de la sentencia recurrida, la A quo, sostiene como uno de los fundamentos para desestimar la demanda:"4.5.- Siendo la PRETENSION demandada del actor la REPOSICION a su Centro de labores, ***se debe tener en cuenta que la misma no procede por cuanto el contrato celebrado entre las partes cumplió su naturaleza de Contrato Temporal para Servicio Específico***, esto teniendo en cuenta que la cláusula primera del Contrato así lo estipulaba, hasta que se culmine con el proceso de selección de la plaza de Asistente Social, por lo que la Carta Notarial enviada al demandante sólo cumplía con comunicarle al actor el término del contrato que tenían celebrado con la demandada, lo que no se puede comparar a un despido incausado, asimismo el prestador del servicio no ha desarrollado las razones jurídicas ni argumentativas orientadas a cuestionar alguna de las cláusulas del contrato que acompaña, ***tampoco ha desarrollado el tema de la desnaturalización de los contratos, lo que exime al juzgado de fundamentar***

al respecto."

8. Bajo ese contexto, se advierte de la visualización del Audio/Video de la Audiencia Única, realizado con fecha 13 de marzo de 2013, subido en el Sistema Integrado Judicial (SIJ), que el abogado de la parte demandante, como argumentos de su alegato, señala literalmente que: "(…)El cargo de Asistente Social, le corresponde hasta que termine el desarrollo o estructura de la Oficina de Bienestar Social, porque quien tiene que llevar a cabo esa Oficina de Bienestar Social, tiene que ser un Asistente Social, precisamente por ello es que lo contrataron como Asistente Social. En tal sentido los contratos que le han hecho suscribir a mi patrocinado, ***contratos para servicios especifico a plazo fijo, son contratos desnaturalizados,porque si su labor era de carácter permanente, lógicamente y jurídicamente, le correspondía un contrato a tiempo*** indeterminado y no un contrato a plazo fijo como errónea e ilegalmente lo ha efectuado, la contraria; en ese sentido señora Juez, está claro y objetivamente probado en autos que mi patrocinado tenía un contrato a tiempo indeterminado y que esa carta que comunica el cese, es ilegal(…)" ;es decir, la parte actora señala de forma específica que se han desnaturalizado los contratos de trabajo por naturaleza específica, por haberse desarrollado labores permanentes en la Institución demandada, como es la de Asistente Social, hecho que debió ser tomado con un pretensión implícita, en la medida que en virtud al principio tuitivo a los que se contraen los procesos laborales y los que está obligado a observar el Juzgador. Siendo así, debió ser objeto de pronunciamiento, en consecuencia, no resultaba válida la postura de la Juzgadora en el sentido que el actor no había invocado la desnaturalización de los contratos laborales.

9. La emisión del pronunciamiento respecto a la desnaturalización de los contratos modales en forma alguna afecta el derecho de defensa de la demandada, pues dicha parte en su escrito de contestación de demanda, de fojas 40 a 50, se ha pronunciado expresamente sobre dicha pretensión al señalar en el punto ***"II.2.- RESPECTO A LA EQUIVOCADA PRETENSIÓN DESNATURALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PARA SERVICIO ESPECIFICO (…); siendo totalmente falso que se haya producido alguna desnaturalización de dichos contratos de conformidad con el artículo 77° del T.U.O del Decreto Legislativo N° 728, razón por lo cual debe quedar claro que su Despacho deberá llevar un análisis jurídico (…)"***;

10. Es decir, la demandada, pudo ejercer su derecho de defensa, respecto al petitorio implícito referido a la desnaturalización de los contratos de trabajo, aspecto que ha sido además tratado en la Audiencia Única antes citada, lo cual debe analizarse bajo el contexto de que constituye un principio del Nuevo Proceso Laboral la oralidad que implica la prevalencia de las actuaciones orales sobre las escritas. Por ende, se garantizó el Derecho de defensa de la parte demandada.

11. Por lo antes expuesto, este colegiado arriba a la conclusión que al configurarse el petitorio implícito (desnaturalización de los contratos de trabajo), corresponde emitir pronunciamiento respecto a este y determinar si efectivamente se produjo la desnaturalización expuesta y como consecuencia de ello, si antes del cese del actor existía una contrato a plazo indeterminado, su cese sólo podía darse por causa justa, relacionada a su conducta o capacidad, conforme a lo preceptuado por el artículo 22° del Decreto Supremo N° 003-97-TR que aprueba Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo N° 728."(sic).

Posteriormente, en la sentencia de fecha 02 de octubre de 2013, emitida en el exp. N° 08057-2013-0-1801-JR-LA-16, la Cuarta Sala Laboral de Lima, bajo ponencia nuestra, ha ingresado a analizar la estructura de la pretensión y determinar que efectivamente los hechos referidos a la determinación de la relación laboral por primacía de la realidad o la desnaturalización de un contrato modal constituyen o forman parte de la causa petendi, o la razón de pedir, y por lo tanto no constituyen la reposición por lo que es perfectamente posible que en esos términos pueda ser tramitado en la vía de proceso abreviado laboral y ser materia de pronunciamiento por el órgano jurisdiccional.[14] A continuación veamos algunos párrafos de la citada sentencia:

3.19 De la lectura de la demanda presentada por el actor, se advierte que su petitorio (petitum) consiste que se declare la nulidad de su despido y se disponga su reposición, así como el pago de las remuneraciones devengadas y los intereses que se han generado, más el pago de costas y costos. Por otro lado, del escrito de la demanda y del escrito de subsanación de fojas 82, el actor señala como causa petendi que los contratos de trabajo sujetos a modalidad por incremento de actividad suscritos con la demandada se encuentran

desnaturalizados conforme lo había establecido la Autoridad de Trabajo en el Acta de Infracción N° 63-2012 de fecha 31 de julio de 2012 originada por Orden de Inspección N° 100-2012—MTPE/2/16.

3.20 La citada causa de pedir ha sido ratificada por el demandante en la Audiencia de vista de la causa realizada ante este Tribunal, oportunidad en la que además ha señalado que había suscrito contratos temporales por incremento de actividad cuya copia de los mismos no le fueron entregados.

3.21 De este modo, se colige que la desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad suscritos entre las partes constituye un petitorio implícito a la pretensión de nulidad de despido.

3.22 Por lo antes expuesto, este Colegiado arriba a la conclusión que al configurarse el petitorio implícito (desnaturalización de los contratos de trabajo), corresponderá al pronunciamiento de fondo determinar si efectivamente se produjo la desnaturalización alegada y como consecuencia de ello, si antes del cese del actor existía una contrato a plazo indeterminado, establecer si se ha configurado la nulidad de despido alegada por el demandante.

Posteriormente la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación Laboral N° 7353-2013-Cusco, mediante resolución de fecha quince de noviembre de dos mil trecese ha referido, aunque sin mencionarlo, a la aplicación del petitorio implícito en los procesos abreviados de reposición. En efecto el Supremo Tribunal ha señalado que "…ya sea por la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o por aplicación del principio de primacía de la realidad, como ocurre en el presente caso, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición, no constituye una pretensión autónoma e independiente de la pretensión de reposición, sino que forma parte de la causa petendi de esta última, existiendo para su verificación por parte del juez, una norma específica que en el proceso laboral coadyuva a la misma (artículo 23.2 de la Ley N° 29497)".

Más adelante y para ratificar el cambio de temperamento del Supremo Tribunal se ha señalado que:

DÉCIMO: Lo discernido en los fundamentos ut supra, conlleva a esta Sala Suprema a dejar establecido como un criterio de procedencia y tramitación de una demanda de reposición en la vía procedimental del proceso abreviado laboral, la posibilidad de que en el seno de éste, si pueda debatirse la "existencia de una relación laboral de duración indeterminada", ya sea por desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o por aplicación del principio de primacía de la realidad como ocurre en el caso sub examiné; como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición, todo ello en aras de garantizar la efectiva tutela judicial del derecho fundamental al trabajo en su manifestación principal que se constituye en la consecución de los principios que inspiran el nuevo proceso laboral regulado por la Ley N° 29497.

UNDÉCIMO: Se deja constancia que las precisiones efectuadas por esta Sala Suprema en la presente resolución, respecto a la procedencia y tramitación de una demanda de reposición en la vía procedimental del proceso abreviado laboral; se efectúan en mérito a la dinámica jurisprudencial que permite al colegiado la intensidad de los criterios que éste emita , fijando y perfilando las reglas contenidas en su jurisprudencia; siendo necesario citar para efectos de su emisión y observancia lo previsto en el tercer párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-93-JUS.

II PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO LABORAL EN MATERIA LABORAL-2014

En este estado de cosas se realiza el II PLENO en cuyo acuerdo 3.3. se determinó por unanimidad que en aplicación de la Ley N° 29636, las pretensiones de impugnación de despido incausado o despido fraudulento pueden acumularse a cualesquiera otras pretensiones, bajo las formas que prevé el artículo 87 del Código Procesal Civil, y serán tramitadas en la vía proceso ordinario laboral, de conformidad con el literal a) del numeral 2 del artículo 4 de la Ley 26636: **Mientras que, al amparo de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, las pretensiones de reposición en los supuestos de despido incausado o despido fraudulento solo podrán plantearse como pretensión principal única y serán tramitadas en la vía del proceso abreviado laboral; mientras que, sin son acumuladas a otras pretensiones distintas a aquella, serán de conocimiento del juez laboral en la vía del proceso ordinario laboral, de conformidad con el artículo 2 inciso 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.** (El resaltado es nuestro).

Consideramos que el acuerdo arribado por el II PLENO es perfectamente compatible con la posición asumida por le Sala de Derecho Constitucional y

Social Permanente en la **Casación Laboral N° 7353-2013-Cusco**, pues si bien se señala en el último pleno que ***las pretensiones de reposición en los supuestos de despido incausado o despido fraudulento solo podrán plantearse como pretensión principal única y serán tramitadas en la vía del proceso abreviado laboral*** ello no obsta a que en el mismo proceso abreviado se pueda emitir pronunciamiento respecto a la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad o la determinación de la existencia de una relación laboral por primacía de la realidad pues como hemos expuesto ampliamente en el presente trabajo dichas circunstancias no constituyen sino un petitorio implícito en las reclamaciones de reposición pues forman parte de la causa petendi o razón de pedir de la demanda.

Con ello se rescata la razón de ser de la regulación contenida en el artículo 2.2. de la NLPT pues al establecer una vía expeditiva -que en algunos casos dependiendo de la carga procesal que maneje un órgano jurisdiccional puede ser mas célere que un proceso de amparo- para estas reclamaciones está destacando la importancia de los derechos en juego. En efecto, nosotros hemos tenido la oportunidad de expresar que "…disponerse que corresponde sustanciarse en la vía del proceso abreviado implica definitivamente que se está tratando de darle un trámite más rápido y expeditivo pues propiamente nos encontramos ante un despido lesivo de derechos constitucionales"[15], comentario que es perfectamente válido para las demandas de reposición de despido fraudulento y despido incausado. De lo contrario, asumir una interpretación en el sentido restrictivo, esto es, que se tenga que acudir a un proceso ordinario laboral para reclamar la reposición y la desnaturalización de un contrato o la determinación de la relación laboral por primacía de la realidad significaría vaciar de contenido a la norma prevista en el artículo 2.2. antes citado.

EL PAGO DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS.

El otro tema surgido a raíz de la novísima norma contenida en el artículo 2.2. de la NLPT y, en términos actuales, de cara al acuerdo arribado en el II PLENO, consiste en determinar si resulta posible acumular en la demanda de reposición planteada en vía de proceso abreviado la pretensión referida al pago de las remuneraciones devengadas originadas con ocasión del despido.

Del análisis de la citada norma podemos concluir que la misma se refiere a la reposición ***cuando ésta se plantea como pretensión principal única***, lo cual no impide que se pueda acumular la pretensión accesoria de pago de remuneraciones devengadas desde la fecha en que se produjo el despido y la referida a los depósitos correspondientes a la Compensación por Tiempo de Servicios y, de ser el caso, sus intereses, derechos precisados en el artículo 40 del TUO del D.L. 728.

En efecto, siendo que el pago de las remuneraciones devengadas constituye consecuencia necesaria de una demanda de nulidad de despido declarada fundada, como lo establece el artículo 40 del Decreto Supremo No. 03-97-TR, Texto Unico Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el otorgamiento de dichos sueldos caídos y el depósito de la CTS no resulta sino de la aplicación del principio jurídico de que ***lo accesorio sigue la suerte de lo principal***, tanto más si como lo establece el artículo 87, in fine, del Código Procesal Civil, -aplicable supletoriamente al proceso laboral en virtud de lo dispuesto por la Primera Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal de Trabajo-, cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda. Con ello se evitaría que el trabajador tenga que acudir a un nuevo proceso laboral para reclamar las remuneraciones devengadas sobrecargando innecesariamente el sistema judicial, en momentos en que la efectividad mostrada por el nuevo sistema procesal ha originado que las expectativas de los justiciables haya aumentado y los órganos jurisdiccionales están cada vez más saturados de procesos laborales.

Incluso, consideramos que en virtud del principio de suplencia indirecta de la demanda el Juez podría ordenar estos conceptos aún cuando no hayan sido considerados en la demanda, lo cual de ningún modo implicaría que nos encontremos ante un fallo extra petita, proscrito en nuestro sistema procesal laboral -a diferencia de la facultad del fallo ultra petita que si se encuentra expresamente reconocido en el articulo 48 inc. 3 de la Ley 26636 y el artículo 31 de la NLPT[16]. Se trata únicamente de la aplicación del principio descrito en el párrafo anterior.

Las consideraciones expuestas, salvo el caso de la suplencia indirecta de la demanda, son perfectamente aplicables a los procesos de reposición por despido fraudulento o incausado, pues, al declararse la

ilegalidad del despido, se está determinando la ineficacia del mismo lo cual debe tener los mismos efectos y consecuencias que la nulidad de despido pues de lo contrario se podría estarse incentivando conductas lesivas a los derechos del trabajador.

LA PROBLEMÁTICA DE LA COMPETENCIA DEL JUZGADO DE PAZ LETRADO LABORAL.

La reforma procesal laboral contenida en la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497, tiene como uno de sus ejes centrales, simplificar los procesos laborales y hacerlos más céleres, de tal manera que aquellos asuntos que no revistan complejidad deban ser resueltos de manera más ágil ante una justicia básica que radica en los Juzgados de Paz Letrado y que se caracteriza esencialmente por un proceso que está exento de formalidades, en que no existe el recurso de casación, pero con precedente judicial, en que se ha establecido un sistema de notificaciones más acorde con la realidad que impera en los Juzgados de Paz Letrado, lo que implica que los justiciables pueden acudir de manera más inmediata a los Juzgados de Paz Letrados porque se encuentra en su entorno.

En consecuencia, se ha reforzado la justicia de paz letradareconociéndosele mayores competencias, pero otorgándole además la especialización que corresponde, esto es, con el nuevo modelo procesal se ha creado la figura del Juez de Paz Letrado Laboral.
Si bien es cierto la Nueva Ley Procesal de Trabajo, establece en el artículo 1.1 que el Juez de Paz Letrado conoce en proceso abreviado laboral, las pretensiones referidas al cumplimiento de obligaciones de dar no superiores a cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal, la referencia de la cuantía tiene que ver únicamente a efectos de establecer la simplicidad o complejidad de un proceso, porque no hay que olvidar que el criterio de la cuantía para determinar la competencia está en razón directamente proporcional a la complejidad de la causa. En ese sentido, si bien es cierto que el artículo 2° de la Nueva Ley Procesal establece determinadas materias como competencia del juez especializado de trabajo, esta enumeración es meramente referencial, puesto que de por sí prima el carácter de la determinación de la competencia en función a la cuantía. Pretender que los jueces de paz letrado conozcan únicamente aquellos procesos en los que la relación laboral está debidamente establecida sería vaciar de contenido a la reforma procesal y reducir el ámbito de actuación del Juez de Paz Letrado.[17]

El II PLENO en el tema 5.2 ha acordado por unanimidad que "En la Nueva Ley Procesal del Trabajo, los juzgados de paz letrados no son competentes para conocer pretensiones no cuantificables acumuladas con una pretensión cuantificada que sí es de su competencia por la cuantía; pues éstos únicamente pueden conocer las materias expresamente señaladas en el artículo 1 de la Ley N° 29497".

Algunos consideran que en virtud de este acuerdo los Jueces de Paz Letrado Laboral ya no serían competentes para el conocimiento de los procesos laborales en los que se reclama el pago de derechos laborales hasta 50 URP pero que para ello es necesario declarar la existencia de una relación laboral en virtud de la aplicación del principio de primacía de la realidad o la desnaturalización del contrato modal.
Nosotros discrepamos de dicha interpretación pues como hemos sostenido la desnaturalización de un contrato modal o determinación de la existencia de una relación laboral constituye un petitorio implícito a la reclamación del pago de los beneficios sociales o, dicho de otra forma, constituye la causa petendi de la reclamación de pago de beneficios sociales.

Este argumento coincide con el utilizado por el II PLENO para sustentar el Acuerdo 5.3 mediante el cual se señala que los tribunales unipersonales pueden conocer de los recursos de apelación en causas cuya cuantía reconocida en la sentencia no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP); ***aún cuando exista también reconocimiento de una pretensión no cuantificable***[18] (lo destacado es nuestro).

En efecto, en la fundamentación correspondiente se señala que "debe tenerse presente, a este respecto, que las pretensiones cuantificables (p.e. pago de beneficios sociales) que tuvieran una causa petendi que implique el análisis de cuestiones como, por ejemplo, la desnaturalización de un contratomodal o la desnaturalización de una relación de prestación de servicios, no pueden entenderse como acumulación de pretensiones cuantificables y nocuantificables, porque la causa petendi no es una pretensión sino solo el fundamento de aquélla"[19], argumentación que se repite exactamente para decidir la competencia del Juez de Paz Letrado[20].
Como hemos señalado, en el pronunciamiento citado líneas arriba, pretender que los jueces de paz letrado conozcan únicamente aquellos procesos en los que la relación laboral está debidamente establecida sería

vaciar de contenido a la reforma procesal y reducir el ámbito de actuación del Juez de Paz Letrado.

En efecto, estaríamos convirtiendo al Juez de Paz Letrado Laboral, que en el caso de los jueces titulares han sido seleccionados por el Consejo Nacional de la Magistratura a través de un riguroso proceso, en meros ejecutores del pago de los beneficios sociales de los trabajadores cuya relación laboral ya ha sido definida formalmente, reduciendo de esta forma su ámbito de actuación, desperdiciando su capacidad y formación así como privando la posibilidad de formar adecuadamente los cuadros jurisdiccionales cuando exista la necesidad de promoverlos para asumir responsabilidades como Jueces Especializados de Trabajo.

CONCLUSIONES

1. La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación Laboral N° 7353-2013-Cusco, mediante resolución de fecha quince de noviembre de dos mil trecese ha referido, aunque sin mencionarlo, a la aplicación del petitorio implícito en los procesos abreviados de reposición. En efecto el Supremo Tribunal ha señalado que "…ya sea por la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o por aplicación del principio de primacía de la realidad, como ocurre en el presente caso, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición, no constituye una pretensión autónoma e independiente de la pretensión de reposición, sino que forma parte de la causa petendi de esta última, existiendo para su verificación por parte del juez, una norma específica que en el proceso laboral coadyuva a la misma (artículo 23.2 de la Ley N° 29497)".

2. El II Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral en Materia Laboral-2014, (acuerdo 3.3), se determinó por unanimidad que en aplicación de la Ley N° 29636, las pretensiones de impugnación de despido incausado o despido fraudulento pueden acumularse a cualesquiera otras pretensiones, bajo las formas que prevé el artículo 87 del Código Procesal Civil, y serán tramitadas en la vía proceso ordinario laboral, de conformidad con el literal a) del numeral 2 del artículo 4 de la Ley 26636: Mientras que, al amparo de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, las pretensiones de reposición en los supuestos de despido incausado o despido fraudulento solo podrán plantearse como pretensión principal única y serán tramitadas en la vía del proceso abreviado laboral; mientras que, sin son acumuladas a otras pretensiones distintas a aquella, serán de conocimiento del juez laboral en la vía del proceso ordinario laboral, de conformidad con el artículo 2 inciso 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. (El resaltado es nuestro).

3. Consideramos que el acuerdo arribado por el II PLENO es perfectamente compatible con la posición asumida por le Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente en la Casación Laboral N° 7353-2013-Cusco, pues si bien se señala en el último pleno que las pretensiones de reposición en los supuestos de despido incausado o despido fraudulento solo podrán plantearse como pretensión principal única y serán tramitadas en la vía del proceso abreviado laboral ello no obsta a que en el mismo proceso abreviado se pueda emitir pronunciamiento respecto a la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad o la determinación de la existencia de una relación laboral por primacía de la realidad pues como hemos expuesto ampliamente en el presente trabajo dichas circunstancias no constituyen sino un petitorio implícito en las reclamaciones de reposición pues forman parte de la causa petendi o razón de pedir de la demanda.

4. Con ello se rescata la razón de ser de la regulación contenida en el artículo 2.2. de la NLPT pues al establecer una vía expeditiva -que en algunos casos dependiendo de la carga procesal que maneje un órgano jurisdiccional puede ser mas célere que un proceso de amparo- para estas reclamaciones está destacando la importancia de los derechos en juego. En efecto, nosotros hemos tenido la oportunidad de expresar que "…disponerse que corresponde sustanciarse en la vía del proceso abreviado implica definitivamente que se está tratando de darle un trámite más rápido y expeditivo pues propiamente nos encontramos ante un despido lesivo de derechos constitucionales", comentario que es perfectamente válido para las demandas de reposición de despido fraudulento y despido incausado. De lo contrario, asumir una interpretación en el sentido restrictivo, esto es, que se tenga que acudir a un proceso ordinario laboral para reclamar la reposición y la desnaturalización de un contrato o la determinación de la relación laboral por primacía de la realidad significaría vaciar de contenido a la norma prevista

en el artículo 2.2. antes citado.

5. Siendo que el pago de las remuneraciones devengadas constituye consecuencia necesaria de una demanda de nulidad de despido declarada fundada, como lo establece el artículo 40 del Decreto Supremo No. 03-97-TR, Texto Unico Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el otorgamiento de dichos sueldos caídos y el depósito de la CTS no resulta sino de la aplicación del principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

6. Incluso, consideramos que en virtud del principio de suplencia indirecta de la demanda el Juez podría ordenar estos conceptos aún cuando no hayan sido considerados en la demanda, lo cual de ningún modo implicaría que nos encontremos ante un fallo extra petita, proscrito en nuestro sistema procesal laboral -a diferencia de la facultad del fallo ultra petita que si se encuentra expresamente reconocido en el articulo 48 inc. 3 de la Ley 26636 y el artículo 31 de la NLPT. Se trata únicamente de la aplicación del principio descrito en el párrafo anterior.

7. Las consideraciones expuestas, salvo el caso de la suplencia indirecta de la demanda, son perfectamente aplicables a los procesos de reposición por despido fraudulento o incausado, pues, al declararse la ilegalidad del despido, se está determinando la ineficacia del mismo lo cual debe tener los mismos efectos y consecuencias que la nulidad de despido pues de lo contrario se podría estarse incentivando conductas lesivas a los derechos del trabajador.

8. Si bien es cierto la Nueva Ley Procesal de Trabajo, establece en el artículo 1.1 que el Juez de Paz Letrado conoce en proceso abreviado laboral, las pretensiones referidas al cumplimiento de obligaciones de dar no superiores a cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal, la referencia de la cuantía tiene que ver únicamente a efectos de establecer la simplicidad o complejidad de un proceso, porque no hay que olvidar que el criterio de la cuantía para determinar la competencia está en razón directamente proporcional a la complejidad de la causa. En ese sentido, si bien es cierto que el artículo 2° de la Nueva Ley Procesal establece determinadas materias como competencia del juez especializado de trabajo, esta enumeración es meramente referencial, puesto que de por sí prima el carácter de la determinación de la competencia en función a la cuantía.

9. Algunos consideran que en virtud de este acuerdo los Jueces de Paz Letrado Laboral ya no serían competentes para el conocimiento de los procesos laborales en los que se reclama el pago de derechos laborales hasta 50 URP pero que para ello es necesario declarar la existencia de una relación laboral en virtud de la aplicación del principio de primacía de la realidad o la desnaturalización del contrato modal.

10. Nosotros discrepamos de dicha interpretación pues como hemos sostenido la desnaturalización de un contrato modal o determinación de la existencia de una relación laboral constituye un petitorio implícito a la reclamación del pago de los beneficios sociales o, dicho de otra forma, constituye la causa petendi de la reclamación de pago de beneficios sociales.

11. Pretender que los jueces de paz letrado conozcan únicamente aquellos procesos en los que la relación laboral está debidamente establecida sería vaciar de contenido a la reforma procesal y reducir el ámbito de actuación del Juez de Paz Letrado.En efecto, estaríamos convirtiendo al Juez de Paz Letrado Laboral, que en el caso de los jueces titulares han sido seleccionados por el Consejo Nacional de la Magistratura a través de un riguroso proceso, en meros ejecutores del pago de los beneficios sociales de los trabajadores cuya relación laboral ya ha sido definida formalmente, reduciendo de esta forma su ámbito de actuación, desperdiciando su capacidad y formación así como privando la posibilidad de formar adecuadamente los cuadros jurisdiccionales cuando exista la necesidad de promoverlos para asumir responsabilidades como Jueces Especializados de Trabajo.

NOTAS:

(*)Magíster en Derecho y Doctor en Derecho y Ciencia Política (Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima), Juez Superior Titular, Presidente de la Cuarta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima (Sala de Oralidad), Profesor de la Academia de la Magistratura y Catedrático de la Facultad de Derecho (Unidad de Post Grado) de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Profesor (Sección de post grado) de la Universidad de San Martín de Porres y del Centro de

Estudios Constitucionales del TC. Con estudios de litigación oral laboral en la Universidad de Medellín, Colombia y en la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" de Bogotá-Colombia. En febrero de 2014 ha cursado y acreditado la Academia de Destrezas en Litigación en el California Western School of Law. Ostenta la Condecoración con la Orden de Trabajo en grado de Oficial. Delegado en Perú y consejero de la Asociación Latinoamericana de Jueces de Trabajo (ALJT).www.omartoledotoribio.blogspot.com

(1)La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba.

(2) Artículo 30 del TUO aprobado por D.S. 03-97-TR.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes: a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador; b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría; c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio; d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador; e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador."

(3) Continúa en Tribunal Constitucional señalando queEn estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforma a la ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo"(fundamento 15 de la STC N.° 976-2001-AA/TC).

(4) Una referencia a los llamados derechos de titularidad general o inespecífica se puede encontrar en nuestro artículo titulado "El facebook y el derecho laboral. Los límites de la libertad de expresión en el centro de trabajo", publicado en la revista Diálogo con la Jurisprudencia N° 129, Lima Junio 2009, pp. 271-273.

(5) Esta ejecutoria fue comentada por el suscrito en "EL DESPIDO FRAUDULENTO EN LA JURISPRUDENCIA". En Revista RAE Jurisprudencia, tomo 19, Enero 2010, pags. 401 a 410.

(6) En el fundamento 5 de la sentencia el Tribunal Constitucional señaló que " Se evidencia que las instancias judiciales han justificado sus decisiones sobre la base de los hechos y la norma procesal pertinente. En consecuencia, lo que en realidad pretende el recurrente es la revisión en esta vía de todo lo compulsado en las instancias inferiores, lo cual no es materia de análisis de los procesos Constitucionales, máxime si, como se demuestra, no se evidencia indicio alguno de irregularidad en el proceso que vulnere los derechos invocados por el recurrente".

(7) En este proceso de amparo el demandante solicita que se deje sin efecto el despido de que habría sido víctima; y que, por consiguiente, se ordene a la emplazada que lo reponga en su puesto de trabajo. Manifiesta que, después de que él hiciera su descargo dentro de los seis días que se le concedió, se le debió permitir que reanude la prestación normal de sus servicios laborales, cosa que no sucedió, puesto que se le impidió el ingreso a su centro de labores. La parte emplazada sostiene que el recurrente fue despedido por la comisión de faltas graves y que el plazo de exoneración de su obligación de asistir al centro de trabajo no había vencido, cuando le cursó la carta de despido, por lo que no se vulneraron los derechos invocados en la demanda.

(8) En efecto en el voto en discordia emitido por el suscrito en el Expediente 00225-2013, su fecha 17 de julio de 2013 hemos señalado que " al configurarse el petitorio implícito (desnaturalización de los contratos de trabajo), corresponde emitir pronunciamiento respecto a este y determinar si efectivamente se produjo la desnaturalización expuesta y como consecuencia de ello, si antes del cese del actor existía una contrato a plazo indeterminado, su cese sólo podía darse por causa justa, relacionada a su conducta o capacidad, conforme a lo preceptuado por el artículo 22° del Decreto Supremo N° 003-97-TR que aprueba Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo N° 728."

(9) El petitorio y la razón de pedir constituyen elementos de la pretensión Al respecto Juan Monroy Gálvez señala que "Estos dos elementos de la pretensión, los fundamentos de derecho y de hecho,

apreciados de manera conjunta, se conocen con el nombre genérico de causa petendi, iuris petitum o iuris petitio. (…)

(10) Morello, Augusto M. "La prueba, tendencias modernas", segunda edición ampliada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, páginas 98 a 99. Citado en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (CAS Nº 4664-2010 PUNO). Realizada en la ciudad de Lima, el 18 de marzo del 2011.

(11) Peyrano, Jorge W. "Nuevas Tácticas Procesales", 1ra. edición, Rosario Santa Fe Argentina, Nova Tesis Editorial Jurídica S.R.L., 2010, p. 100.

(12) Cabello Matamala, Julia El Divorcio en el Derecho Iberoamericano, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Editorial Reus S.A., Madrid - España, 2009, pp. 525-550).

(13) Primera Ponencia:

De conformidad con el artículo 2.2 de la Nueva Ley Procesal de Trabajo Nº 29497 el Procesos Abreviado Laboral debe contener una sola pretensión principal, y cuando se advierte además de la pretensión principal un petitorio implícito, el juez debió advertir esta situación al momento de la calificación de la demanda, pronunciándose respecto a la imposibilidad de acumular otra pretensión a la pretensión principal en un proceso Abreviado Laboral, al no haberse actuado así, la sentencia es nula. (17 votos)

Segunda Ponencia

En virtud al principio tuitivo a los que se contrae los procesos laborales y los que está obligado a observar el juzgador, encontrándonos ante un petitorio implícito, debió ser objeto de pronunciamiento por el juez, tanto más cuando se aprecia que se ha garantizado el derecho de defensa de la demandada, pues la empleadora en su escrito de contestación cuestiona la pretensión implícita, siendo tratada en la Audiencia Única y en consideración además a que en esta clase de procesos prevalece las actuaciones orales sobre las escritas, correspondiendo pronunciarse en la sentencia por la pretensión implícita. (56 votos)

(14) Sobre la vinculación entre el petitorio implícito y la causa petendi hemos hecho referencia en nuestro trabajo anterior titulado "El Petitorio Implícito y otras Hipótesis de Flexibilización en el Marco de la Nueva Ley Procesal del Trabajo", publicado en la revista Dialogo con la Jurisprudencia – Gaceta Jurídica – N° 182 – Noviembre 2013 – Lima – Perú, pág 130 – 142.

(15) Toledo Toribio, Omar.- Derecho Procesal Laboral, Principios y Competencia en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, editorial Grijley, Lima, agosto 2011, pp.45.

(16) Respecto a los alcances de esta facultad nos hemos referido en nuestro artículo "EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL PROCESO LABORAL", publicado en la Revista ACTUALIDAD JURÍDICA N°193, Diciembre de 2009, pags. 263 a 266.

(17) Estos conceptos han sido desplegados por el suscrito como Juez Superior Ponente en la sentencia de fecha 26 de mayo de 2014, emitida en la causa N°14885-2013-0-1801-JR-LA-14, Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima.

(18) El Pleno acordó por unanimidad:

La Sexta Disposición Transitoria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, establece la competencia de los tribunales unipersonales, señalando que éstos pueden conocer de los recursos de apelación en causas cuya cuantía reconocida en la sentencia no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP); aún cuando exista también reconocimiento de una pretensión no cuantificable.

(19) Informe y acta del II PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL pag. 57. En www.pj.gob.pe/.../Informe+y+Acta+II+Pleno+Jurisdiccional+Supremo+en...

(20) En efecto se señala lo siguiente "Debe tenerse presente, a este respecto, que las pretensiones cuantificables (p.e.pago de beneficios sociales) que tuvieran una causa pretendi que implique el análisis de cuestiones como, por ejemplo, la desnaturalización de un contratomodal o la desnaturalización de una relación de prestación de servicios, nopueden entenderse como acumulación de pretensiones cuantificables y nocuantificables, porque la causa petendi no es una pretensión sino solo el fundamento de aquélla". Informe y acta del II PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL pag. 56. En www.pj.gob.pe/.../Informe+y+Acta+II+Pleno+Jurisdiccional+Supremo+en...

EL JUICIO TRIBUTARIO ELECTRÓNICO

Roberto M. Pagés LL.

Roberto M. Pagés LL. (1)
Juez de la República de Argentina

Sumario: I. Introducción; II. El sistema de gestión de los procesos judiciales en el Poder Judicial de Bs. As.; III. Las comunicaciones por medios electrónicos; IV. Convenio entre la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Bs. As., la Agencia de Recaudación de la Provincia de Bs. As. yel Fiscal de Estado de la Provincia de Bs. As.; V. El Juicio Tributario Electrónico; VI. Procesos electrónicos en el Derecho comparado: VI.1. Juicio en línea en México; VI.2. MONEY CLAIM ON LINE en Inglaterra y Gales; VI.3. El Proceso monitorio Alemán; VI. Conclusión

"Si hacemos lo que siempre hemos hecho, no llegaremos más allá de donde siempre hemos llegado".
ESTRATEGIA KAIZEN E INNOVACIÓN

I. Introducción.

La necesaria adaptación de los procesos judiciales a la sociedad del siglo XXI hace ineludible implementar el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicaciones (TIC's), tanto en la gestión de los mismoscomo en la reformulación de las estructuras procesales, para obtener así un servicio de Justicia informatizado y acorde a los tiempos actuales.

Hace algunos años la idea de la existencia de Cyber Cortes (2) o Tribunales Virtuales (3), quizás era impensado para muchos de nosotros. Hoy es una realidad en distintos países la existencia de "procesos judiciales en línea" (4) (5) (6) (7), o procesos judiciales en los que las presentaciones de escritos, notificaciones y documentos pueden o deben ser realizados por medios electrónicos. (8) (9) (10)

La informática judicial es parte fundamental del proceso de modernización de la justicia, y entendemos que se han modificado los paradigmas de los principios de la oralidad y de la escritura, pasando de un sistema basado principalmente en el soporte papel y el procesamiento manual de las causas judiciales, a un sistema de soporte digital que permite la consulta y gestión completa de expedientes digitalizados.

Pero no todas las nuevas tecnologías van a resultar de utilidad como herramientas de información, registración y comunicación inmediata y clara, si no van acompañadas de sistemas compatibles y de la formación continua.

Ya comenzóa utilizarse en forma de prueba piloto en el departamento judicial deSan Nicolás el "juicio tributario electrónico", y se pretende generalizar su uso en elresto de la provincia de Buenos Aires, lo cual nos motiva a dar una opinión al respecto.

II. El sistema de gestión de los procesos judiciales en el Poder Judicial de Bs. As.

En el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires se utiliza el sistema de gestión AUGUSTA, que es desarrollado por el Departamento de Desarrollo Informático dependiente de la Subsecretaría de Tecnología Informática del mismo, para la asistencia integral en la Gestión de las Causas de los organismos jurisdiccionales de las diferentes instancias y fueros.

Es un Sistema de Gestión Integral en el cual se registran datos de los casos a partir de la "demanda" y luego se registran todos los pasos procesales, las partes o personas intervinientes, documentación anexa y toda aquella información que contribuya a la gestión del mismo.

Asiste en el despacho del organismo con una biblioteca de Modelos propias del organismo y/o genéricas. El sistema cuenta con la posibilidad de agendar vencimientos, y/o hitos destacables así como también cuenta con la opción de calcular plazos judiciales. (11)

III. Las comunicaciones por medios electrónicos

Con la sanción de la ley N° 14.142, se modificó el régimen de notificaciones en los procesos civiles y comerciales, incorporándose -entre otros cambios- la comunicación por medios electrónicos. ([12])
Así, en el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires se reemplazó el art. 143, estableciéndose quela notificación por cédula también podrá realizarse por "correo electrónico oficial" y que se tendrá por cumplimentada la entrega de copias si se transcribe su contenido (Art. 2°).
Se agrega que en caso que ello resulte imposible o inconveniente, las copias quedarán a disposición del notificado en el Juzgado, lo que así se le hará saber.
Para la fecha de notificación para el caso del correo electrónico, se considera el día de nota inmediato posterior, independientemente que se transcriba o no el contenido de las copias en traslado (Art. 6°).
Se estableció que la Suprema Corte de Justicia reglamentará el uso del correo Electrónico como medio de notificación y uso obligatorio para litigantes y auxiliares de la justicia (Art. 8°), el que se aprueba porAcuerdo Nº 3540/11([13]), sobre las bases de la experiencia piloto aprobada por el Acuerdo 3399/08.
En dicho reglamento se establece que la notificación de las resoluciones que, de conformidad con las disposiciones adjetivas vigentes (Código Procesal Civil y Comercial -Ley 7425/68-, Leyes 1 1.653 y 12.008 -todas con sus modificatorias-), deban ser diligenciadas a las partes o sus letrados y a los auxiliares de justicia en su domicilio constituido, podrán ser concretadas a través de los mecanismos electrónicos previstos en el mismo. Y se agrega que siempre que esté disponible el uso de la notificación electrónica, no se podrá utilizar la notificación en formato papel, salvo que existieren razones fundadas en contrario (Art. 1°).
Ahora bien, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 40 del C.P.C.C., toda persona que litigue por su propio derecho o en representación de tercero, deberá constituir domicilio electrónico en el casillero virtual que le será asignado al letrado que la asista o represente en la base de datos del sitio WEB de notificaciones, contando con certificado de firma digital que avalará la autenticidad e intangibilidad de la operatoria. Si fuese asistida o representada por varios profesionales del derecho, deberá precisar cuál de los casilleros virtuales asignados a estos será su domicilio electrónico (Art. 3°).
Se ha establecido que el abogado, el juez o los funcionarios habilitados confeccionarán la cédula y la signarán con tecnología de firma digital (Art. 4°) y que la notificación se tendrá por cumplida el día martes o viernes inmediato posterior -o el siguiente día hábil si alguno de ellos fuera feriado- a aquél en el que la cédula hubiere quedado disponible para su destinatario en el sitio web aludido en el artículo 3º (Art. 5°).

IV. Convenio entre la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Bs. As., la Agencia de Recaudación de la Provincia de Bs. As. y el Fiscal de Estado de la Provincia de Bs. As.

Con el objeto del intercambio de información, la complementación de recursos y la instrumentación de comunicaciones por medios electrónicos con firma digital, se firmó un convenio entre la SCBA, ARBA y la Fiscalía de Estado.([14])
Con ello, entre los objetivos que persigue con la interrelación de los sistemas de la ARBA, la Fiscalía y la SCBA, se permite que la totalidad de los datos que contiene una demanda puedan ser recibidos y utilizados por los Juzgados que resulten competentes, de modo electrónico y seguro; el acceso "on line" de todos los organismos a la información del proceso (Mesa de entradas Virtual); la traba y levantamiento de medidas cautelares y su registro "on line"; el ingreso voluntario de escritos digitalizados por las partes; y la progresiva utilización del correo electrónico y la firma digital para las comunicaciones y notificaciones entre organismos y/o las partes.
En el Acuerdo de implementación específico N° 1 se estableció, entre otros aspectos, las pautas para el comienzo de la transmisión de datos entre las tres Instituciones y para el desarrollo e implementación de los cambios necesarios en el Sistema de Gestión de los Juzgados con el objeto de permitir a éstos de los registros necesarios para emitir el primer despacho en los juicios de apremio, oficios y mandamientos derivados de éste.

V. El Juicio Tributario Electrónico

A través de lo que se ha denominado "Juicio Tributario Electrónico", ARBA prevé llevar los 30.000 procesos de juicios de ejecución fiscal que proyecta para este año 2014 a 120.000 expedientes el año próximo, gracias a la digitalización de los procesos desde el inicio del trámite interno entre el organismo, la Fiscalía de Estado, la Suprema Corte Bonaerense que sortea la causa y el juzgado contencioso administrativo federal.
En la implementación de este sistema, que consiste en la digitalización completa de los actos procesales y resoluciones judiciales con el uso de la firma digital, se pretende reducir de 4 meses a 4 días todo el esquema de sorteo hastadictado de la primera providencia en un juicio de ejecución fiscal.([15])

VI. Procesos electrónicos en el Derecho comparado.

VI.1. Juicio en línea en México
A los fines de reducir los tiempos en el trámite de los juicios contenciosos administrativos e incrementar el tiempo en el estudio y análisis jurisdiccional, la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo de México ([16]) ha regulado el "juicio en línea", que consiste en una plataforma tecnológica en operación en el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA), en la que se puede tramitar el juicio contencioso administrativo. ([17])
El "juicio en línea" es la substanciación y resolución del juicio contencioso administrativo federal en todas sus etapas, así como de los procedimientos previstos en el artículo 58 de esta Ley, a través del Sistema de Justicia en Línea, incluso en los casos en que sea procedente la vía sumaria; y el sistema de "juicio en línea" es el sistema informático que permite registrar, controlar, almacenar, difundir, transmitir, gestionar, administrar y notificar el procedimiento contencioso administrativo federal. ([18])
Para su implementación, también se reformó la Ley Orgánica del Tribunal, en lo relativo a las facultades de los Secretarios de Acuerdos. ([19])
Para el demandante será optativo promover el juicio contencioso administrativo de la manera tradicional o en línea. Cuando el particular sea demandado por la autoridad, será emplazado en la vía tradicional y al contestar la demanda podrá optar que el juicio se tramite por la vía tradicional o en línea.
Para la autoridad será obligatorio contestar la demanda y presentar promociones por Internet, si el particular optó por promover el Juicio en línea. Los juicios de lesividad siempre tendrán que promoverse en línea.
Cuando se ha optado por el trámite del "juicio en línea", las partes realizarán todas sus presentaciones a través de la página Web del Tribunal, las 24 horas de los días que integran los términos procesales y desde cualquier computadora con acceso a Internet.
Para el demandante será optativo promover el juicio contencioso administrativo de la manera tradicional o en línea. Cuando el particular sea demandado por la autoridad, será emplazado en la vía tradicional y al contestar la demanda podrá optar que el juicio se tramite por la vía tradicional o en línea. Pero para la autoridad será obligatorio contestar la demanda y presentar promociones por Internet, si el particular optó por promover el Juicio en línea. Los juicios de lesividad siempre tendrán que promoverse en línea.
Cuando se ha optado por el trámite del "juicio en línea", las partes realizarán todas sus presentaciones a través de la página Web del Tribunal, las 24 horas de los días que integran los términos procesales y desde cualquier computadora con acceso a Internet. Paraello habrá que acceder al Sistema en el portal del Tribunal y registrar la "Clave de acceso y Contraseña" que previamente se tramitó en el propio Sistema.
Todas las presentaciones enviadas a través del "Sistema" deberán ser autenticadas por las partes con la "Firma Electrónica Avanzada", lo cual producirá los mismos efectos legales que la firma autógrafa y garantizará la integridad del documento, teniendo el mismo valor probatorio. Los Magistrados, Secretarios de Acuerdos y Actuarios del Tribunal autenticaran sus acuerdos, oficios y resoluciones de la misma forma.
Las partes podrán consultar el estado procesal de su "Expediente Electrónico" y de todas las presentaciones, pruebas y actuaciones que lo integran, desde cualquier computadora, las 24 horas del día y los 365 días del año.
El objetivo inmediato del juicio en línea es la desmaterialización del contencioso administrativo. Es decir, aunque algunos de los actos constan originalmente en papel (acto de autoridad) todo el procedimiento se realizará en una plataforma tecnológica (sin papel). Y el objetivo mediato es que se logre la inmaterialización de todo el proceso contencioso administrativo (tanto de los actos que lo integran y las pruebas).

VI.2. MONEY CLAIM ON LINE en Inglaterra y Gales

En Inglaterra y Gales, un fuerte liderazgo de los principales jueces ha sido crucial para asegurar la implementación de las TICs en el Sistema de Justicia. ([20])

Money Claim Online (MCOL) es un servicio que se creó en Inglaterra y Gales para apoyar la política del gobierno destinada a lograr una Justicia económica y accesible para todos los ciudadanos. Se puede utilizar este servicio desde cualquier parte del Reino Unido, con lo cual se modifican las reglas de la competencia de los tribunales, pero sólo en casos de reclamos de deudas de sumas de dinero contra una persona con una dirección en Inglaterra y Gales.

El desarrollo de MCOL se inició en al año 1999 e involucró la cooperación de los distintos tipos de actores, desde lo público a lo privado: el Departamento de Asuntos Constitucionales (DCA; área de negocio y equipo de TI) y EDS (Electronic Data Systems), empresa privada que implementa y administra los componentes tecnológicos de MCOL. Money Claim Online permite a un demandante a reclamar el pago de una deuda por sumas de hasta £ 100.000 (sin incluir intereses ni las costas reclamadas), por vía electrónica (Internet), a través de los Tribunales de Su Majestad del Condado de Northampton ([21]), con un servicio que está disponible las 24 horas del día, los 365 días del año.

El sitio web permite la presentación documentos, como también comprobar el estado de la reclamación desde el inicio hasta la sentencia y la ejecución.

Este es el primer ejemplo de lo que se ha llamado "Cyber-Corte". Como consecuencia de la simplicidad del sistema, desde el punto de vista del usuario y de los incentivos, en los años 2008/09 el MCOL tramitó el 11% de todos los casos de escasa cuantía monetaria de Inglaterra y Gales, y con posterioridad está emitiendo más reclamaciones que cualquier otro Tribunal (133.546 en los años 2010/11). MCOL permite al demandante revisar el estado de su reclamación y, en su caso, la solicitud de registro de la sentencia y el cumplimiento de la orden de ejecución.

El pago de la tasa judicial sólo se puede realizar con tarjeta de crédito o débito y los honorarios no son reembolsables. Los demandados también pueden utilizar MCOL para responder y revisar el estado de sus solicitudes en línea. MCOL no involucra a los jueces en el trámite del proceso. En efecto, los jueces del tribunal de Northampton sólo tienen un papel de supervisor, pero el procedimiento entero es manejado por empleados administrativos y técnicos. En la página web del Ministerio de Justicia ([22]) se explica todo el procedimiento para utilizar el servicio de MCOL, que funciona con la más amplia gama de navegadores web. El demandante debe proporcionar su nombre, dirección de correo electrónico y establecer una contraseña. El ID de usuario que se le proporciona y la contraseña que ha elegido, es todo lo que se necesita para iniciar reclamación en MCOL. Se debe indicar en un formulario de reclamo el monto de dinero que se le debe al reclamante y por qué. Dicho formulario se limita a 24 líneas de 45 caracteres y un total de 1.080 caracteres. ([23])

Luego de realizado el reclamo, el servicio de MCOL imprime el mismo y lo envía a la parte demandada. El demandado podrá responder a la solicitud en línea o por soporte papel dentro de un plazo de catorce días, mediante el formulario incluido en el paquete de solicitud.

El demandado puede elegir entre varias acciones en papel o en línea, incluyendo: pedir más tiempo para pagar; admitiendo sólo una parte de la demanda; la presentación de una demanda de reconvención; y controvirtiendo la reclamación a través MCOL (en cuyo caso, la reclamación se transfiere a las autoridades judiciales competentes).

Ambos (actor y demandado) deben presentar una "declaración de verdad" ([24]) y la regla 32.14 establece las consecuencias de realizar una declaración falsa en dicho documento de declaración de la verdad.

VI.3. El Proceso monitorio Alemán

La responsabilidad de las aplicaciones informáticas en los tribunales de la República Federal de Alemania, dada su estructura federal, recae en los Estados federados. Una comisión creada por el gobierno federal y los estados, la llamada "Comisión Bund-Länder" busca unificar la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito de la Justicia. ([25])

Uno de los proyectos de automatización más grande y exitosa de la República Federal de Alemania, es el procedimiento automatizado de la tramitación de las órdenes de pago. El Proceso monitorio Alemán (Mahnverfahren) ofrece una forma económica, rápida y eficaz, a los acreedores para hacer valer una demanda pecuniaria para obtener una orden judicial para el pago.

La idea subyacente es evitar litigios costosos y que requieren mucho tiempo, y sobre todo para evitar

las audiencias en los casos en que los deudores son conscientes de su obligación pero no quieren o no pueden pagar.
En el sistema jurídico alemán, en el año 2003 más del 90% de los casi 9,5 millones de órdenes de pago se procesa automáticamente.
La solicitud es procesada por un programa informatizado. Los pasos del proceso se ejecutan de manera autónoma totalmente continua, que comienza una vez que la aplicación se presenta al sistema informático. Junto con el tratamiento automatizado del proceso monitorio, existen productos comerciales de software especiales que facilitan la entrada de datos de las solicitudes de requerimiento de pago y reducir así las fuentes de error. Normalmente, estos programas de software están equipados con una interfaz estandarizada para su uso con el programa de procesamiento electrónico de datos de la corte. ([26])

VI. Conclusión

Se crea un nuevo paradigma del servicio de justicia a partir de la "revolución digital" y con el uso de las nuevas tecnologías se debe rediseñar los procesos judiciales, pasando a un sistema cuyo soporte sea principal o exclusivamente el digital ([27]), que permita la consulta y gestión completa de expedientes digitalizados, alcanzando el ideal del despacho judicial "sin papeles".
Si bien existen conflictos en los cuales resulta beneficioso que se adopte el uso adecuado y efectivo de la oralidad, en los procesos que tratan asuntos que generan un alto volumen de casos o que son repetitivos –como lo es el cobro de tributos adeudados- razonablemente se justificala conveniencia de un proceso con predominio de la escritura, pero lo común en ambos supuestos sería la gestión digital del despacho judicial, integrada en redes conectadas a Internet, con la posibilidad de tramitar integralmente el proceso judicial, no sólo con la elaboración de las resoluciones de mero trámite sino también con la posibilidad de la recepción de documentos en formato digital, la notificación electrónica y video-grabación de audiencias. ([28])
Implementar el uso de las nuevas tecnologías conlleva admitir la necesidad de aprender su utilización (capacitación permanente) por todos los operadores del servicio de justiciay tener una adecuada planificación, conjugando la tradición con la innovación.
En el "juicio tributario electrónico" se ha demostrado que se deben establecer sistemas informáticos que sean interoperables entre instituciones que se relacionan con la gestión de un proceso judicial y que garanticen la protección de los datos personales, como rediseñar las formas de trabajo para optimizar su uso.
Esperamos que sea exitoso y se replique en toda la Argentina.

Notas:

(1)Juez de la Cámara Civil, Comercial y Minería, sala II, de San Juan; Profesor de Derecho Procesal civil de la Universidad Católica de Cuyo; Miembro y delegado por San Juan en la Asociación Argentina de Derecho Procesal; miembro de la REDLAJ (Red Latinoamericana de Jueces), FAEP (Federación de Ateneos de Estudio de Derecho Procesal); CIIDDI (Docentes e Investigadores en Derecho e Informática).
(2)Un Cyber Tribunal de Apelación se ha establecido por el Gobierno Central de India, de conformidad con las disposiciones contenidas en la Sección 48 (1) de la Ley de Tecnologías de la Información del año 2000. El Tribunal empezó a funcionar en octubre del año 2006 en Nueva Delhi y el detalle del procedimiento en dicho Tribunal puede ser consultado en la página Web: http://catindia.gov.in/Procedure.aspx. Acceso el 30/07/2014.
(3)Por ejemplo, ver el Tribunal Virtual de Nueva León – México. Disponible en: http://tribunalvirtual.pjenl.gob.mx/tv20/Login.aspx
(4)Possession Claim Online Project (PCOL), también en Inglaterra y Gales, constituye una forma sencilla, cómoda y segura de realizar o responder a ciertos tipos de reclamos por devolución de bienes. Disponible en: http://www.hmcourts-service.com/onlineservices/pcol/index.htm. Acceso el 07/05/2014
(5)En Finlandia está disponible la posibilidad de realizar solicitudes electrónicas de órdenes de comparecencia en relación a deudas no impugnadas. Disponible en: http://vanha.oikeus.fi/15959.htm. Acceso el 06/02/2014
(6)La utilización del Expediente Electrónico de Justicia Gratuita -EEJG- en España sigue creciendo en el año 2014. Más de 268.000 solicitudes se han generado en el primer semestre del 2014, un 10% más que en el mismo semestre de 2013, periodo en el cual se tramitaron 249.988 expedientes. El Expediente Electrónico de Justicia Gratuita permite recopilar de

forma automática gran parte de los documentos necesarios para justificar la solicitud del derecho a la Justicia Gratuita. 70 Colegios de Abogados disponen ya de este servicio y están conectados de forma telemática y segura con instituciones como la Agencia Tributaria, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y su Tesorería General, la Dirección General del Catastro o el Servicio Público de Empleo Estatal, entre otras. Ver en: http://www.abogacia.es/2014/07/31/expediente-electronico-de-justicia-gratuita-las-solicitudes-suben-un-10-en-el-primer-semestre-de-2014/. Acceso el 31/07/2014

(7)iCourtLab creado en el año 2006 en Singapur, experimenta con las nuevas tecnologías, y pone a punto "the web-based desktop video conferencing"; es decir, una comunicación entre abogados y secretario judicial vía teléfono móvil.

(8)IGLESIAS CANLE, Inés; El Proceso Civil Telemático y la Oficina Judicial Telemática en Italia. Disponible en: https://www.academia.edu/1564121/El_proceso_civil_telematico_italiano. Acceso el 17/07/2014.

(9)En el año 2000, la Suprema Corte de Singapur presentó la plataforma Electronic Filing System (EFS) que permite a los abogados preparar y presentar electrónicamente documentos de litigios civiles. Fue el primer sistema en el mundo que cubrió todo un país bajo el esquema de "cero papel" en el sistema judicial. A partir de enero de 2013 el Poder Judicial de Singapur amplió las capacidades de EFS, para aprovechar las nuevas tecnologías, implementando una solución llamada E- Litigation. La solución desarrollada en Singapur consistió en proveer un sistema de presentación de demandas y documentos basados en formularios (plantillas), validación de datos y casos con los despachos, gestión de los casos, seguimiento y manejo de los recursos, en un único punto de acceso, lo que constituye llevar un proceso litigioso sin el uso del papel. Disponible en: https://www.elitigation.sg/index.aspx y https://www.elitigation.sg/home.aspx. Acceso el 01/08/2013

(10)Resulta llamativo que en Inglaterra, Estados Unidos y Australia, se haya autorizado la utilización de la red social Facebook para realizar notificaciones judiciales. Así, un juez en el tribunal supremo de Inglaterra ha autorizado a los abogados a emplear Facebook para presentar notificaciones legales, y la Oficina Judicial de Inglaterra y Gales dijo que el juez Nigel Teare accedió al uso de la popular red social Facebook para presentar una notificación en una disputa comercial. Disponible en: https://mx.noticias.yahoo.com/inglaterra-autorizan-notificaci-n-legal-v-facebook-175533320.html

En un hecho inédito un juez australiano autorizó notificar a una pareja vía facebook, después que no se les pudiera localizar vía email ni por teléfono. El juez acotó que sólo podría usarse esta herramienta social si era de forma privada y no fuera accesible a los amigos de los morosos. Disponible en: http://loquesigue.net/2008/12/autorizan-en-australia-notificacion-legal-via-facebook.

Un hombre de Staten Island consiguió el permiso de usar Facebook para notificar a su ex-esposa que no debe pagar más por manutención del hijo. Disponible en: http://nypost.com/2014/09/18/judge-oks-serving-legal-papers-via-facebook/

En Brasil, un curioso despacho deja constancia que un Oficial de Justicia certifica que un mandato judicial no pudo ser cumplido y que el deudor no fue encontrado en Facebook. Disponible en: http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI209254,61044-Na+era+Zuckerberg+oficial+de+Justica+alerta+que+nao+encontrou+pessoa

(11)Disponible en: http://www.scba.gov.ar/subinformacion/augusta.asp,

(12)Disponible en: http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-14142.html

(13)Disponible en: http://www.scba.gov.ar/servicios/Acuerdo%203540-11%20-%20Reglamentaci%C3%B3n%20para%20la%20Notificaci%C3%B3n%20Electr%C3%B3nica.doc.

(14)Disponible en: http://www.scba.gov.ar/digesto/convenios/CONVENIO%20212.pdf

(15)Ver en: http://www.arba.gov.ar/NoticiasHome/MasInfo_Noticias.asp?idnoticia=1179

(16)Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de diciembre de 2005. Última reforma publicada DOF 24-12-2013. Disponible en: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/LFPCA.doc

(17)JIMÉNEZ ILLESCA, Juan Manuel; "El Juicio en Línea: procedimiento contencioso administrativo federal", Dofiscal Editores, México, 2009.

(18) er en: http://www.juicioenlinea.gob.mx/

(19) Disponible en: https://www.juicioenlinea.gob.mx/portalexterno/faces/contenidoDetallado?_adf.ctrl-state=1hjs8jy13_4

(20) SUSSKIND, Richard; Informe sobre Inglaterra y Gales,"El desafío de la Sociedad de la Información: Aplicación de Tecnologías Avanzadas en Derecho Procesal Civil y otros procedimientos". Disponible en:http://ruessmann.jura.uni-sb.de/grotius/Reports/england.htm. Acceso el 03/06/2014

(21) HM Courts & Tribunals Service. Disponible en: http://www.justice.gov.uk/about/hmcts
(22) Disponible en: http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part07/pd_part07e
(23)Disponible en: http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part07
(24)Disponible en: http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part07/pd_part07e#9.1
(25)Su tarea especial es reunir las necesidades e intereses de los 16 estados y el gobierno federal en materia de la utilización de la comunicación moderna y tecnología de la información. y para coordinar y asistir a la Conferencia de Ministros de Justicia y el Ministro de Justicia. Disponible en: http://www.justiz.de/BLK/index.php. Acceso el 30/05/2014
(26)Grozdana ŠIJANSKI - Jimmy BARBER; "The German order for payment procedure (Mahnverfahren)". Disponible en: http://www.iuscomp.org/gla/literature/sijanski.htm. Acceso el 05/06/2014
(27)El 10 de marzo de 1998, en la causa: "DEGIOVANANGELO HNOS. SRL c/.LOS GROBO AGROPECUARIA S.A. s/ Cobro de pesos", expediente nº 26679, se dio a luz la primer sentencia multimedia de que se tenga noticia en la Provincia de Buenos Aires. Se redactó la sentencia con el procesador de textos Word (de Microsoft) y en su desarrollo (considerandos) se insertaron íconos: simplemente haciendo doble click con el mouse sobre el ícono correspondiente podía accederse a la filmación de cada una de las declaraciones, de manera que no fue necesario pasar por escrito dichas declaraciones, ni al ser recibidas en la audiencia, ni en la sentencia. Se requería Windows 95.
(28)SOSA, Toribio E. "Aplicación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación", en "Aportes para una justicia más transparente", Ed. Platense, La Plata, 2009; SOSA, Toribio E. "Reingeniería procesal por medios tecnológicos", en número especial 2009-III, sobre "Gestión Judicial", Revista Jurisprudencia Argentina del 26-8-09.

POLITICA CRIMINAL, DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y SOBORNO TRANSNACIONAL

VICTOR JIMMY ARBULÚ MARTINEZ[1]
Juez Superior de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla

I. PROBLEMA

Analizar la naturaleza de la conducta de soborno transnacional y su relación con el derecho internacional penal, la recepción en el sistema jurídico peruano y su justificación desde una política criminal contra la corrupción.

II. ANTECEDENTES:

El desarrollo de la economía mundial, la globalización ha permitido que se abran grandes posibilidades de inversión en diversos países lo que ha generado un escenario de corrupción más amplio, en los que intervienen empresas extranjeras y funcionarios corruptos, con la finalidad de beneficiarse con contratos de inversión en áreas diversas, energía, infraestructura, comercio, etc.

Según Transparencia Internacional que publica todos los años un índice sobre los países cuyas empresas son más propensas a pagar sobornos a funcionarios extranjeros. En año 2011, las empresas de China, Rusia y México se posicionan en los últimos lugares como las que pagan sobornos a funcionarios extranjeros, mientras que las empresas de Países Bajos y Suiza, son las menos propensas a estos actos ilegales[2].
En épocas recientes tenemos el escándalo de Wal-Mart de sobornos en México[3]. A la compañía no sólo se le imputa que violó la legislación mexicana, sino también la FCPA estadounidense. Aquí están involucrados los partidos Revolucionario Institucional (PRI) y de la Revolución Democrática (PRD), y el Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH), que presuntamente recibieron 2.1 millones de pesos por parte de la cadena de supermercados, para obtener permisos y facilitar la apertura de tiendas, como las de Teotihuacán, Estado de México. Otro caso es llevado por el Departamento de Justicia de EEUU investigan a la empresa Hewlett Packard por el probable pago de 10.9 millones de dólares en sobornos, entre 2004 y 2005, al Procurador General de Rusia para obtener una licitación pública.

Revolucionario Institucional (PRI) y de la Revolución Democrática (PRD), y el Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH), que presuntamente recibieron 2.1 millones de pesos por parte de la cadena de supermercados, para obtener permisos y facilitar la apertura de tiendas, como las de Teotihuacán, Estado de México. Otro caso es llevado por el Departamento de Justicia de EEUU investigan a la empresa Hewlett Packard por el probable pago de 10.9 millones de dólares en sobornos, entre 2004 y 2005, al Procurador General de Rusia para obtener una licitación pública.

Por conductas prohibidas ha tenido que responder a la justicia estadounidense Siemens AG, que sobornó en Argentina a funcionarios para ganar una licitación de impresión de documentos de identidad en 1996. Como consecuencia de una investigación realizada en los Estados Unidos, que hacía peligrar sus negocios en ese país, Siemens AG reconoció en el año 2008 que había realizado los referidos pagos ilegales e identificó a algunos de

los receptores de los mismos, incluyendo al ex presidente Carlos Saúl Menem y a su Ministro del Interior Carlos Corach, ambos del Partido Justicialista. Los involucrados, como es obvio, negaron haber recibido los sobornos. En Argentina hay una investigación sobre estos sobornos. Siemens AG tuvo que reconocer que esos pagos eran una práctica generalizada de soborno de funcionarios, pues lo había estado haciendo en otros países y en relación a casi 300 contratos.

Halliburton es una corporación estadounidense de Texas, dedicada a la prestación de servicios en yacimientos petroleros. Actualmente desempeña su actividad en más de setenta países, y posee cerca de 300 empresas subsidiarias, afiliadas, sucursales, marcas y divisiones en todo el mundo. Además de sobrefacturación en Irak y corruptelas en Kuwait, afronta una denuncia que involucra a Richard Cheney[4]– ex Vicepresidente en la Administración George. W. Bush. Cuando era CEO[5] del grupo, habría haber pagado sobornos en Nigeria, uno de los países más corruptos a nivel mundial.

Monsantoes una empresa que provee productos químicos para la agricultura, como herbicidas, insecticidas y transgénicos. Su historia no es muy santa pues si bien es una empresa que opera desde inicios del siglo XX, junto con otras empresas químicas fueron contratadas por el gobierno norteamericano para producir un herbicida llamado "agente naranja" para destruir la selva y las cosechas durante la Guerra de Vietnam, privando a los vietnamitas de alimentos y vegetación para esconderse. Este químico provocó 400,000 mil víctimas y nacimientos posteriores de niños con malformaciones y cáncer.
Ante una investigación federal Monsanto tuvo que admitir que un alto directivo de la empresa ordenó a una compañía consultora indonesia dar un soborno de US$ 50,000 a un funcionario del Ministerio del Medio Ambiente de Indonesia en el 2002, con la finalidad de evitar la evaluación del impacto ambiental sobre su algodón genéticamente modificado. El soborno fue disfrazado con una factura como "costos de consultoría".

AvonProducts Inc. La empresa de cosméticos es investigada por con la Comisión de Valores y Bolsa y el Departamento de Justicia de Estados Unidos por violaciones de la FCPA (Foreign Corrupt Practices Act) por haber pagado en China a funcionarios que levantaron una prohibición de las ventas directas en el 2006 y Avon fue una de las primeras empresas en obtener una licencia para vender los productos directamente a los consumidores que es el factor clave de su modelo de negocio. Está negociando el pago de una multa que podría ascender a 132 millones de dólares.[6]
Estos casosnos plantean la necesidad de punir el comportamiento de las empresas que sobornan a funcionarios públicos en los países que operan.

III. POLITICA CRIMINAL, DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y TRATADOS

A diferencia del **Derecho Penal Internacional** que tiene como sistema de fuentes los tratados internacionales y el derecho consuetudinario, el jus cogens, o la cláusula Martens, y sanciona los crímenes contra la Seguridad, Paz, y Bienestar[7] de la Humanidad como Genocidio, Lesa Humanidad, contra la Paz y contra el Derecho Humanitario; el Derecho Internacional Penal[8] tiene como sus fuentes los tratados y las leyes nacionales; y aborda delitos que pueden ir desde el terrorismo, tráfico de drogas, criminalidad organizada entre otros con características transnacionales. También se le da la denominación de **"Crímenes de Trascendencia Internacional"** respecto de los cuales el Derecho Internacional impondría únicamente obligaciones de implementación de la penalización de determinadas conductas conforme al derecho interno de cada Estado.[9]

Esto nos trae las siguientes interrogantes: 1)¿Hay necesidad de definir la política criminal teniendo como sustento la etiología de la corrupción transnacional? 2) ¿Es posible que los tratados internacionales sean la base para una política criminal internacional?
La relación entre criminología y política criminal tiene que ver con el acercamiento de lo empírico con la voluntad del legislador. Asi el profesor sanmarquino Solís Espinoza dice que para lograr que la legislación penal cumpla funciones preventivas de la criminalidad debe recurrir a fuentes sólidas y realistas, que como hemos visto sólo la pueden dar la investigación criminológica de cada realidad social, de este modo para que

la política criminal adquiera rigor y solidez debe partir de los conocimientos criminológicos que pueden dar indicios más objetivos de los factores de la criminalidad.[10] Esto nos permite responder la afirmativamente la primera pregunta, pues una política criminal sin basamento empírico, sólo nos puede llevar al fracaso de la misma, y más tratándose de políticos que en el Parlamento legislan demagógicamente para ganarse a la opinión ciudadana. Esta necesidad de estudios criminológicos a nivel internacional debe servir de fundamento para los tratados que como respuesta a la segunda interrogante deben servir de base para una política criminal internacional.

Si en una primera concepción, la política criminal es diseñada a partir del Estado y concretamente por el Poder Legislativo, en el ámbito internacional esta puede construirse a través de los acuerdos entre los Estados que se concretan en tratados o convenciones internacionales. Vicenzo Militello al reflexionar sobre este tópico en la Unión Europea dice:
"A tal propósito se muestra particularmente significativa la precisa asunción de responsabilidad en el campo de la política criminal, que se registra en el último decenio por parte de las instituciones europeas, en un primer momento con documentos programáticos y después con intervenciones destinadas a estimular respuestas adecuadas de los estados miembros. Y se muestran las «acciones comunes» que el Consejo Europeo ha adoptado a finales de 1998 en tema de lucha a los beneficios del delito, de extensión de la punibilidad a la corrupción en el sector privado, y, sobre todo, de punibilidad de la participación en una asociación criminal."[11]

En esta afirmación se reconoce que la política criminal también tiene una fuente de producción en las asociaciones internacionales conformadas por los Estados Partes, y en un derecho escrito que se plasma en los tratados. La repercusión,generalmente desde una perspectiva dualista en los sistemas nacionales, se da a través de procedimientos de transposición o de cumplimiento de obligaciones internacionales de diversa intensidad[12]. Allí radica la trascendencia de instrumentos contra la corrupción como el de Naciones Unidas, OEA o de OCDE.

IV. ANTECEDENTE DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES CONTRA LA CORRUPCION: LA LEY DE PRÁCTICAS CORRUPTAS EN EL EXTRANJERO DE LOS EE.UU.

El fenómenos de los sobornos a funcionarios extranjeros no es de data reciente, puesto que en la década de los setenta, durante la investigación Watergate, una comisión del Congreso norteamericano descubrió más de 300 sobornos que había sido pagados por empresas estadounidenses a funcionarios de países foráneos. La administración del presidente Jimmy Carter promovió una ley para sancionar estas conductas, aprobándose en el Congreso la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero en 1977 o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) Esta ley tiene dos grupos de disposiciones:
- Las disposiciones anti-corrupción, a cargo del Departamento de Justicia
- Las disposiciones contables, a cargo de la Comisión de Valores.

Existen tres tipos de entidades a quienes se les prohíbe hacer pagos indebidos:
Empresas Locales
Son las compañías que tienen valores registrados en los Estados Unidos que deben consignar informes a la Comisión de Valores.
Empresa y ciudadanos extranjeros
También pueden tener responsabilidad legal sobre cualquier acto que promueva un pago corrupto dentro de los Estados Unidos. Las empresas y ciudadanos extranjeros no son responsables de actos cometidos fuera de los Estados Unidos.
Terceros y agentes
Los terceros o agentes que actúen a nombre de una entidad emisora, o empresa o ciudadano extranjero tienen responsabilidad legal bajo los mismos términos que la entidad emisora, que les delegó representación.

Las conductas prohibidas y sancionadas son las siguientes:
"Será ilegal para cualquier empresa local que tenga una clase de títulos registrada de acuerdo con la sección 781 de este título o al cual se le requiere registrar informes bajo la sección 780 (d) de este título, o para cualquier funcionario, director, empleado o agente de ese emisor o sus accionistas, actuando en nombre del emisor,

hacer uso del correo u otros medios o conductos de comercio interestatal a fin de promover corruptamente el ofrecimiento, pago, promesa de pago o autorización de pago de cualquier moneda, u ofrecimientos, regalos promesas de entrega o autorización de entrega de cualquier cosa de valor a:

1. Cualquier funcionario público extranjero con el propósito de:
A) (i) influir sobre cualquier acto o decisión de tal funcionario extranjero en el ejercicio de su competencia oficial, o (ii) inducir a tal funcionario extranjero a hacer u omitir cualquier acto en violación de los deberes legales de tal funcionario, o
B) inducir a tal funcionario extranjero a usar su influencia con un gobierno u organismo extranjero a fin de modificar o influir sobre cualquier acto o decisión de tal gobierno u organismo, a fin de ayudar al citado emisor a obtener o conservar un negocio o dirigir un negocio hacia cualquier persona;
2. Cualquier partido político extranjero o funcionario de ese partido o cualquier candidato para un cargo político extranjero con el propósito de :
A) (i) influir sobre cualquier acto o decisión propios de la competencia oficial de tal partido, funcionario o candidato, o (ii) inducir a tal partido, funcionario o candidato a hacer u omitir cualquier acto en violación de los deberes legales de tal partido, funcionario o candidato,
B) inducir a tal partido, funcionario o candidato a usar su influencia con un gobiernou organismo extranjero para afectar o influir sobre cualquier acto o decisión de tal gobierno u organismo, a fin de ayudar al citado emisor a obtener o conservar un negocio o dirigir un negocio hacia cualquier persona;"

El acceso a la función pública se hace por dos vías, los concursos de méritos y los cargos de confianza a propuesta de los representantes de los partidos que han ganado la elección para dirigir los entes estatales, gobiernos regionales, municipalidades. Lo ideal es que esos cuadros partidarios propuestos tengan capacidad para realizar la función pública, pero esto no siempre es así. Entonces la vía indirecta para llegar a los funcionarios son los partidos políticos, que en muchos casos, bajo el pretexto de aportes para campañas, se convierten en instrumentos de corrupción. De allí que la FCPA considere acto de corrupción la entrega de dádivas a los dirigentes de los partidos políticos que impliquen decisiones para favorecerlos en negocios con Estados extranjeros. No sólo esta prohibida la entrega de beneficios o dádivas los partidos que ya están gobernando, sino a candidatos que potencialmente pueden llegar al poder. Esto trae la necesidad de controlar los aportes de campaña máxime si en el país se ha detectado financiamiento de partidos políticos, desde organizaciones dedicadas al narcotráfico, y ha generado el fenómeno denominado la narco política. Los estadounidenses con la FCPA,por propia experiencia estiman que los partidos pueden ser utilizados para actos de corrupción por lo que sanciona las conductas de ofrecimientos de beneficios a aquellos.

La FCPA sanciona también a aquellas personas que conocen que todo o una parte del dinero será entregado a funcionarios, partidos o miembros de éste, o candidato, con el propósito de obtener una decisión favorable en un negocio. El conocer sin adoptar una actitud de denuncia, es sancionada. Estamos frente a una suerte de encubrimiento.

"3.Cualquier persona, mientras esa persona sepa que todo o una parte del dinero o las cosas de valor serán ofrecidas, entregadas o prometidas, directa o indirectamente, a cualquier funcionario extranjero, a cualquier partido político extranjero o funcionario de ese partido o a cualquier candidato para un cargo político extranjero, con el propósito de :
A) (i) influir sobre cualquier acto o decisión propios de la competencia oficial de tal funcionario extranjero, partido político, funcionario del partido o candidato, (ii) inducir a tal funcionario extranjero, partido político extranjero, funcionario de ese partido o candidato a hacer u omitir cualquier acto en violación de los deberes legales de tal funcionario extranjero, partido político, funcionario del partido o candidato, o
B) inducir a tal funcionario extranjero, partido político, funcionario del partido o candidato a usar su influencia con un gobierno o con un organismo extranjero para afectar o influir sobre cualquier acto o decisión de tal gobierno u organismo, a fin de ayudar al citado emisor a obtener o conservar un negocio o dirigir un negocio hacia cualquier persona.

Frente a la imputación de prácticas corruptas, las empresas norteamericanas han ensayado como estrategia de defensa, que más bien ellas son las víctimas de funcionarios corruptos que las han extorsionado, cometiendo una suerte de concusión en su contra y que a ellos no les quedaba otra alternativa que realizar el pago. Hasta antes de la FCPA, los pagos eran declarados ante el fisco norteamericano para la correspondiente deducción de impuestos.

Por último, un aspecto que nos parece ilustrativo del carácter contradictorio de esta ley es la excepción siguiente:

C) "(b) Excepción para actos administrativos de rutina La Subsección (a) de esta sección no será aplicable a las autorizaciones o expediciones de pagos que sean hechos a un funcionario extranjero, partido político extranjero o funcionario de ese partido con el propósito de acelerar o asegurar la realización de actos administrativos de rutina por parte de un funcionario, partido político o funcionario de un partido político extranjero."

Podemos ver que si bien hay conductas prohibidas señaladas con bastante claridad, sin embargo se establece la excepción para los actos administrativos de rutina[13] que se diferencian de los actos de decisión. Por ejemplo si ya se realizó la prestación y hay demora en el pago, se faculta a las empresas para que puedan dar dinero a los funcionarios que tienen a su cargo el trámite. Esta figura en el Perú por ejemplo cae dentro de la figura del cohecho impropio, es decir cuando un funcionario recibe un soborno para cumplir con sus obligaciones. Aquí se puede apreciar la doble moral de este instrumento de los Estados Unidos, que si bien sanciona los sobornos vinculados a la toma de decisiones; sin embargo los acepta cuando se trata de lo que eufemísticamente denominan "actos administrativos de rutina", lo que es a nuestro entender simples actos de corrupción siendo indiferente si ya se tomó la decisión principal sobre el negocio internacional.

IV.1. SANCIONES A LOS INFRACTORES

La FCPA ha previsto sanciones penales y pecuniarias,así como indemnizaciones. Sólo recordemos las multas que actualmente negocia AVON con el Procurador Federal de los EE.UU. Las multas según los casos que hemos vistos pueden ser objeto de acumulación con penas privativas de libertad en los casos de personas individuales. Cuando se trata de personas jurídicas estas responden con multas y penalidades civiles.
"(g) Penalidades
1.A) Cualquier empresa local que violare la subsección (a) de esta sección será multada hasta un máximo de $ 2.000.000.
B) Cualquier empresa local que violare la subsección (a) de esta sección quedarásujeta a una penalidad civil hasta un máximo de $ 10.000 que será impuestamediante una acción promovida por el Procurador General.
2.A) Cualquier oficial o director de una empresa local o un accionista actuando en nombre de tal empresa local que deliberadamente violare la subsección (a) de esta sección, recibirá una sanción de multa hasta un máximo de $ 100.000 o una pena de prisión de hasta 5 años, o ambas. B) Cualquier empleado o agente de una empresa local que sea ciudadano de los Estados Unidos, nacional, residente o que de cualquier manera esté sujeto a la jurisdicción de los Estados Unidos (que no sean funcionarios, directores o accionistas actuando en nombre de la empresa local) que deliberadamente violare la subsección (a) de esta sección, recibirá una sanción de multa hasta un máximo de $ 100.000 o una pena de prisión de hasta 5 años, o ambas.
C) Cualquier funcionario, director, empleado o agente de una empresa local, o unaccionista actuando en nombre de tal empresa local que violare la subsección (a)de esta sección recibirá una penalidad civil de no más de $ 10.000 que seráimpuesta en una acción promovida por el Procurador General.
3.Cuando sea impuesta una multa bajo el párrafo (2) contra cualquier funcionario, director, empleado, agente, o accionista de una empresa local, tal multa no será pagada, directa ni indirectamente, por la empresa local."
En cuanto al pago, este es realizado directamente por la persona multada pues el párrafo tercero prohíbe que sea asumido por la persona jurídica donde ha intervenido como accionista, gerente o apoderado. La idea es evitar que los corruptores tengan la posibilidad, si son descubiertos, que sea la empresa, (beneficiaria de la práctica corrupta), la que asuma las responsabilidades de carácter civil. Deben responder con su patrimonio personal.

V. CONVENIO DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCION DE AGENTES PUBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES - OCDE - 1997

La **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)** es un organismo de cooperación internacional, compuesto por 34 Estados cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. La OCDE fue fundada en 1960 y su sede central se encuentra en el Château de la Muette, en París Francia.
En la OCDE, los representantes de los países miembros se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y colaborar en su desarrollo y por efecto, de los países no miembros.
También es conocida como "club de los países ricos", porque agrupa a países que proporcionan al mundo el 70% del mercado mundial y representan el 80% del PNB mundial. De AméricaLatina el único país que es parte es Chile. A Perú le falta cerrar dos brechas para poder ser considerado miembro de OCDE **la institucionalidad y la provisión de servicios**. El impacto de su ingreso en OCDE sería el convertirse en un imán para las inversionistas que buscan una seguridad jurídica para sus capitales, y el potenciamiento de nuestra economía. La brecha de fortalecimiento de la institucionalidad, como la estabilidad política, control de corrupción, estiman los analistas, requerirá una solución de largo plazo.

Las tareas que el país tiene pendientes son valor agregado de la manufactura, fuentes de agua mejorada, incremento del PBI per cápita, provisión de servicios como electricidad y agua; infraestructura portuaria, mejora de las exportaciones de bienes, servicios, carreteras.
Según el Ceplan[14], el país podría resolver en el corto plazo los problemas de valor agregado de la manufactura y las fuentes de agua mejorables, mientras que en el mediano se solucionarían las referidas al incremento del PBI per cápita y la provisión de servicios como electricidad y agua. La tarea es ardua y depende que la clase política mantenga al país en una dirección de crecimiento sostenido y el fortalecimiento institucional.

Fundamentos del Convenio

En el Preámbulo de este convenio firmado en Paris en 1997 podemos extraer los bienes jurídicos que buscan ser tutelados.
OCDE consideran que la corrupción es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico, y distorsiona las condiciones competitivas internacionales;

Buen Gobierno = Correcto funcionamiento de la Administración Pública

Sobre este aspecto que es coincidente en la doctrina;pero para algunos como Kindhauser estima que el concepto de capacidad de funcionamiento de la Administración Públicaresulta, a su vez, demasiado amplio para abarcar de forma exacta el bien jurídicoespecífico de los delitos de corrupción. Por ejemplo, a la capacidad de funcionamientode la policía pertenece también un equipamiento técnico que le permita una eficiente defensa ante los peligros y una eficiente persecución penal. Por lo tanto, los delitos de corrupción protegen solamente un sector de la Administración Pública, a saber, aquél que tiene por objeto el ejercicio jurídico-público del poder de decisión.[15] No es que quien no tenga poder de decisión no pueda cometer delitos, pero pueden encuadrarse en otros como tráfico de influencias o estafa.

Desarrollo económico

Es la capacidad de los países de para crear riqueza y mantener el bienestar económico y social de sus ciudadanos.La calificación de países desarrollados tiene que ver con los avances en la economía a la que han llegado los países, mientras que los países pobres, son calificados en "vías de desarrollo" como lo es el Perú. Este camino hacia el crecimiento económico es enturbiado por prácticas corruptas, y se erige en un bien de tutela jurídica.

Las condiciones competitivas Internacionales o competencia leal

Susan Rose-Ackerman, estudiosa del fenómeno de la corrupción dice que los incentivos surgen en los puntos de contacto entre el sector público y el sector privado, cuando los funcionarios públicos tienen el monopolio sobre la distribución de un valioso beneficio en tal área. El impacto de la corrupción no depende solamente de la magnitud del soborno, sino también de los efectos distorsionantes de los sobornos sobre la economía. Las más usuales invitaciones a la corrupción aparecen cuando el Estado es un comprador de bienes y servicios, o un proveedor de beneficios limitados. También son comunes los pagos para evitar los costos de la regulación estatal, para reducir las cargas impositivas o aduanales y para agilizar los servicios[16]. La empresa que tiene acceso directo a los centros de decisión de manera ilegal ya no compiten bajo reglas de igualdad con las otras, afectando la leal competencia. Este consideramos, que es el bien jurídico de real tutela de los países que tienen el mayor peso en la economía.

Los países firmantes de la Convención de OCDE están sujetos a cuatro ejes temáticos:

1. Penal: la convención establece la obligación de definir el soborno como delito y castigar el acto de soborno para obtener negocios internacionales.

2. Contable y financiero: enumera una serie de recomendaciones a las empresas para prevenir el encubrimiento, en sus estados contables, de ciertos gastos, pues es usual encubrirlos como "costos" e incluso para deducción de impuestos.

3. Asistencia legal mutua: como se usan canales financieros internacionales para ocultar o realizar el cohecho internacional, la convención obliga al apoyo legal mutuo entre países y al intercambio de información, en la línea de cooperación o asistencia judicial. Establece además reglas sobre la extradición.

4. Lavado de dinero: se podrá aplicar legislación relativa a lavado de dinero si se detecta el pago de un soborno en transacciones comerciales internacionales. Se sanciona los actos de lavado o blanqueo de dinero en las modalidades usuales como son colocación, intercalación e integración que como delito previo o fuentes el soborno.

VI. CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La Convención Interamericana contra la Corrupción fue aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996 y en ella estableció como obligación de los Estados Partes adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción y para facilitar la cooperación entre ellos. En esta línea en la Convención trae una propuesta de tipificación del delito de Soborno Transnacional en estos términos:

"Artículo VIII

Soborno transnacional

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan."

Observamos la exigencia de tipificar los actos de corrupción o en su defecto, brindar asistencia o cooperación en la medida que lo permitan las leyes nacionales. Uno de los requisitos tradicionales de la extradición que es una forma de cooperación, es la doble incriminación por lo que existe la obligación de tipificar, aunque la convención estima que aun cuando no haya tipificación nacional, dentro de los límites que la legislación lo permita se puede realizar asistencia o cooperación entre los Estados Parte, obviamente estos aspectos si no haya tipificación tienen que limitarse al envío de información, o de asistencia en actos de investigación.

VII. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

Esta Convención fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el 31 de octubre del 2003 y entró en vigor en diciembre del 2005. En el preámbulo se hace un recuento de todos los instrumentos internacionales sobre la lucha contra la corrupción como sus antecedentes como la de OCDE y OEA.
La finalidad de la Convención es:
a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;
b)Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;
c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

También trae consigo una propuesta de tipificación del delito de soborno transnacional de la siguiente forma:
"Artículo 167
Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionariosde organizaciones internacionales públicas
1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.
2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales."

Podemos observar que la Convención recoge el núcleo central del delito de soborno transnacional, es decir sancionar al sujeto activo que otorga dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas a funcionarios extranjeros para obtener una decisión en el ámbito de los negocios internacionales, atentando contra la libre competencia, y participando en una posición de ventaja en detrimento de sus competidores.

VIII. DERECHO COMPARADO

En España se realizó la modificación respectiva del Código Penal incorporando el delito de Soborno Transnacional así:
Artículo 445 CP
"Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos u promesas, corrompieren o intentasen corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de sus funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con penas previstas en el art. 423"

El sujeto activo o el agente de este delito son los nacionales españoles que corrompen a funcionarios públicos o de organizaciones internacionales para obtener un contrato, o conservarlo. Es un tipo eminentemente doloso.
En Colombia bajo la influencia del la Convención Interamericana contra la Corrupción fue aprobado por la Ley N° 412 de 1997 que establece en el Art. 433 lo siguiente:
"El nacional o quien con residencia habitual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo, ofrezca a un servidor público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que éste realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con

una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión de seis a diez años y multa de cincuenta a cien salarios mínimos mensuales vigentes".
El sujeto activo en esta tipificación no sólo es el nacional sino quien no siendo colombiano reside habitualmente en dicho país. Es una concepción amplia de agente corruptor.

IX. LEGISLACION NACIONAL

IX.1. Cohecho Activo Transnacional

Por Ley N° 29316 publicada el 14 de enero del 2009 se introdujo en el Código Penal bajo la denominación Cohecho Activo Transnacional y tiene la siguiente redacción:

"Artículo 397º- A.- Cohecho activo transnacional
El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue prometa directa o indirectamente a un funcionario servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en al de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años."

El tipo penal que sirve para sancionar a los nacionales en casos de actos de soborno o cohecho en actividades económicas internacionales, implica necesariamente desde el punto de vista empírico determinar, si tenemos la suficiente solidez empresarial como para realizar grandes inversiones en el extranjero o hacer negocios por esos lares. Ese estudio está pendiente. Por ejemplo hemos crecido en el área de exportaciones, y se debe determinar cuántas actividades de estas requieren permisos o licencias en países extranjeros, o determinar si empresas peruanas han participado en licitaciones públicas. No somos una potencia como los Estados Unidos o la Unión europea. Ni que decir de países sudamericanos como Brasil o Chile que sí tienen grandes inversiones en otros países. Es más, en estos campos la competencia se da entre empresas de gran envergadura. Siendo realistas, creemos que lo práctico está en el lado de nuestros funcionarios o servidores proclives a la corrupción y que pueden ser cubiertos con tipos genéricos de cohecho pasivo, tanto propio e impropio. Sin perjuicio de convertirnos en el futuro en una potencia económica ya tenemos el tipo penal incorporado en la legislación nacional que en el futuro sancione dichas conductas. Debemos aclarar que no hay una relación mecánica, es decir a mayor capacidad de inversión más soborno transnacional, sino que es el escenario para que emerjan estas conductas. Depende de la actitud de nuestra clase empresarial que está obligada a combatir estas prácticas delictivas.

IX.2. Soborno internacional pasivo

La iniciativa legislativa de este tipo penal provino de la Corte Suprema que presentó el proyecto de ley 4187-2010-PJ y que fue la base para la aprobación de la Ley N° 29703,que generó bastante polémica en su momento por otros tipos penales como el de Colusión; pero que incorporó el soborno internacional pasivo en el Art. 393 – A. En la exposición de motivos se funda esta propuesta en el artículo 16 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Allí también se proponía el soborno internacional activo pero no fue recogida en la ley pues ya existía un tipo similar en el Art. 397 A del Código Penal.

"Artículo 393-A. Soborno internacional pasivo
El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años." (Incorporado por la Ley Nº 29703, publicada el 10 junio 2011)

Veamos qué tan eficaz es este tipo penal. En principio se trata de funcionarios o servidores públicos de otros Estados o de organismo internacional, lo que implica problemas de jurisdicción. En otras experiencias internacionales como la norteamericana, no se ha podido accionar contra funcionarios extranjeros. Más han ido contra el corruptor, esto es, sus propios nacionales.

El sujeto activo foráneo debe aceptar, recibir o también solicitarcon su intervención o por tercero, donativo que pueda cuantificarse patrimonialmente, promesa de recibir algo, como ventaja o beneficio los cuales no necesariamente pueden ser de orden patrimonial. No es necesario que el funcionario tenga las dádivas en sus manos, basta la promesa, o también es típica la conducta de solicitar con lo cual se consuma el tipo. Qué se espera con estos actos, pues que el corruptor obtenga o retenga un negocio u otra ventaja en actividades económicas internacionales. El comportamiento del agente en este tipo de delitos puede considerarse como de infracción a sus deberes como funcionario público.
En las defensas de las empresas norteamericanas que planteaban que habían sido extorsionadas, las autoridades estadounidenses trataron de iniciar un procedimiento contra un alto funcionario africano; pero este no pudo prosperar. De allí que este tipo penal respecto de su aplicación es bastante complicado si es que no se establecen procedimientos sin tanta complejidad como para hacer viable rápidamente una extradición. Por ahora, la investigación y juzgamiento pueden ser llevadas en las jurisdicciones nacionales,en la medida que estas funciones con imparcialidad y firmeza.

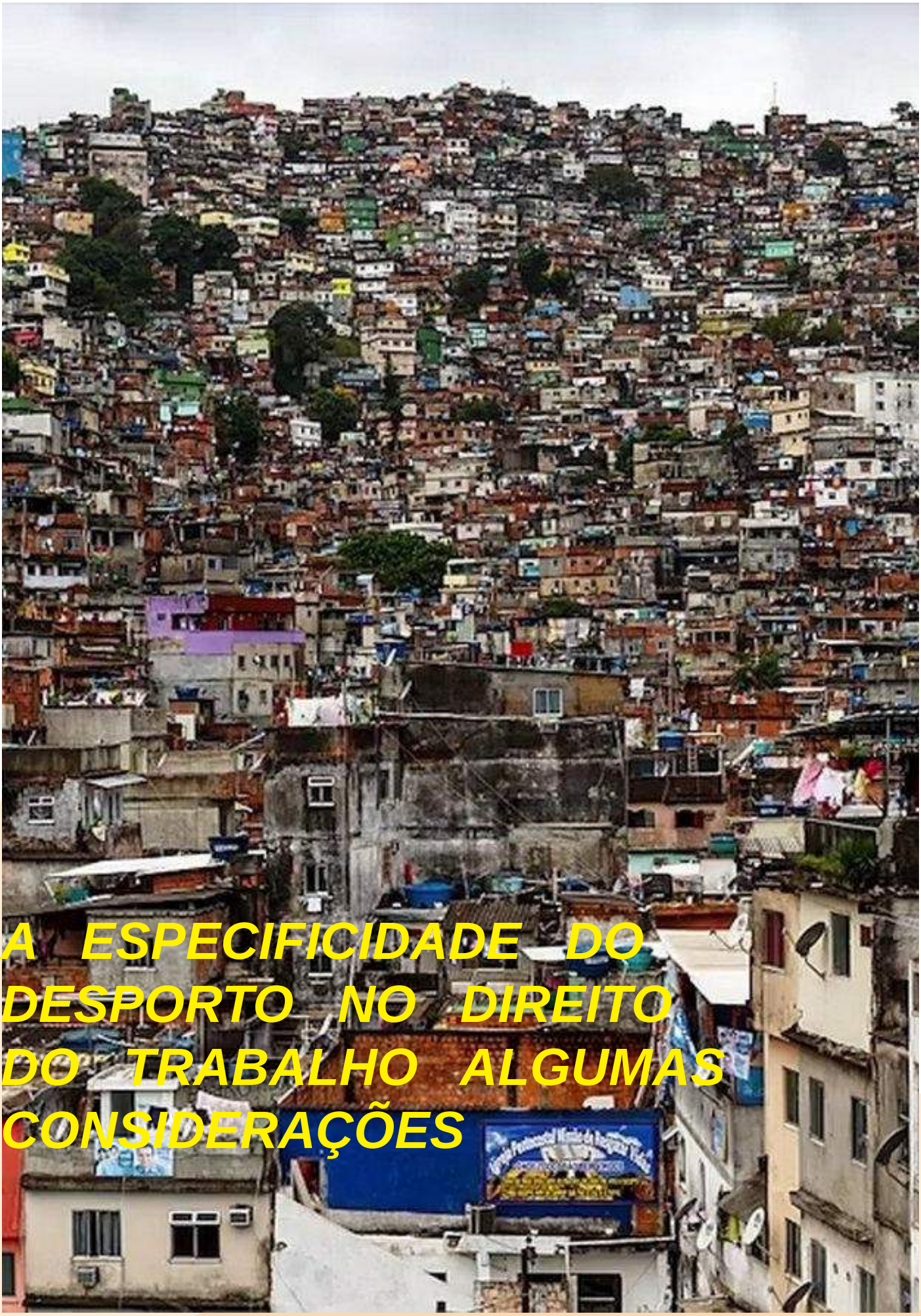
X. CONCLUSIONES

1.- El soborno transnacional en cuanto a incidencia afecta más a la administración pública nacional.
2.- No se tienen inversiones de envergadura en los que se pueda detectar sujetos activos nacionales como corruptores de funcionarios de Estados foráneos
3.- El soborno transnacional pasivo desde una perspectiva realista tiene es más viable combatirlo desde las jurisdicciones nacionales, y en todo caso simplificarse los procedimientos de cooperación internacional como la extradición.
4.- Desde una modernización de la Política Criminal es necesario recoger las obligaciones internacionales en el ámbito de la tipificación asi como de la cooperación judicial.

NOTAS

(1) Docente de la Facultad de Derecho de la UNMSM. Juez Superior de la Corte del Callao. Ponencia presentada en el XI Congreso Nacional de Derecho y Criminología. Huánuco 25 de Octubre del 2014
(2) http://www.multilatin.com/news/soborno-transnacional-y-su-combate.html. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2014]
(3) http://aristeguinoticias.com/1001/mexico/walmart/ [Fecha de consulta: 23 de octubre de 2014]
(4) Conocido también como "Dick" Cheney, ultra conservador, es considerado como el Vicepresidente más poderoso que haya existido en un gobierno de la Casa Blanca.
(5) Chief Executive Officer. Máxima autoridad en gestión y administrativa de una corporación
(6) http://www.elfinanciero.com.mx/empresas/avon-gastaria-132-mdd-en-investigaciones-por-soborno.html [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2014]
(7) WERLE, Gerhard. Tratado de Derecho Penal Internacional. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011, p, 82
(8) MEJIA AZUERO, Jean Carlo. Diferencias entre el derecho penal internacional y el derecho internacional penal. Prolegómenos. Derechos y Valores 2008, XI (Julio-Diciembre) : [Fecha de consulta: 23 de octubre de 2014] Disponible en:<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602212> ISSN 0121-182X
(9) MATUS A, Jean Pierre. La política criminal de los Tratados Internacionales. En revista Gaceta Procesal Penal. Tomo 25 Lima, Julio 2011, p, 357
(10) SOLIS ESPINOZA, Alejandro. Criminología. Panorama Contemporáneo. Eddili. Lima, 1984, p,64
(11) MILITELLO, Vicenzo. Dogmática penal y política criminal en perspectiva europea. CRÍTICA Y JUSTITIFICACION DEL DERECHO PENAL EN EL CAMBIO DE SIGLO. Universidad Castilla de la Mancha, Cuenca, 2003, p, 56
(12) Se reconoce que estas normas no son autoejecutables "Self execution". Ver MATUS A, Jean Pierre. Op. Cit, p, 358

(13) 4.A) Para los propósitos del párrafo (1), el término "acción administrativa de rutina" significa únicamente una acción que ordinariamente y comúnmente llevada a cabo por un funcionario extranjero para :
(j) obtener permisos, licencias u otros documentos oficiales para calificar a una persona para hacer negocios en el país extranjero; (ii) procesar papeles gubernamentales, tales como visas y órdenes de trabajo (iii) proveer protección policial, correo y entregas aceleradas u horarios de inspecciones vinculadas con la realización de contratos o bien inspecciones relacionadas con el tránsito de bienes a través del país; (iv) proveer servicio de teléfono, energía eléctrica y servicios de agua, cargas o descargas o protección de productos perecederos o mercancías que puedan deteriorarse, o (v) acciones de similar naturaleza
B) El término "acción administrativa de rutina" no incluye ninguna decisión adoptada por un funcionario extranjero si esos términos implican otorgar un nuevo negocio o continuar negocios con un particular o cualquier acción adoptada por el funcionario extranjero involucra en el proceso de decisión promover una decisión para otorgar un nuevo negocio o continuar negocios con un particular.
(14) Centro Nacional de Planeamiento Estratégico, adscrito a la PCM. http://www.ceplan.gob.pe/
(15) KINDHÄÜSER, Urs. "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán". Polít. crim. nº 3, 2007, A1, p.5 [http://www.politicacriminal.cl]
(16) ROSE-ACKERMAN, Susan ¿Una administración reducida significa una administración más limpia? NUEVA SOCIEDAD Nº 145. SEPTIEMBRE-OCTUBRE 1996, p, 1. [Fecha de consulta: 23 de octubre de 2014] http://nuso.org/upload/articulos/2533_1.pdf



A ESPECIFICIDADE DO DESPORTO NO DIREITO DO TRABALHO ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI [1]
Juez del Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região do Brasil.

O mundo do futebol, ao qual, pela sua proeminência e repercussão no cenário do desporto nacional, me voltarei, procurando, assim, melhor ordenar as ideias que pretendo, muito singela e modestamente, expor! O mundo do glamour! O mundo midiático do futebol! O mundo das grandes estrelas, dos salários astronômicos; mundo no qual todas as crianças querem ingressar, sendo, pois, o sonho dos nossos meninos (e de muitos pais também!), mormente os oriundos de famílias com menor poder aquisitivo (realidade que, no sistema em que vivemos, "define" muita coisa, o que afirmo à guisa de constatação, e não, absolutamente, de aprovação!). Enfim, um mundo único (maravilhoso para os atletas profissionais que integram-no), um oásis no grande deserto de dificuldades que assolam, a cada dia mais (e como!), os trabalhadores que aviam as outras mais diversas atividades!

E pelas maravilhas e especial realidade que oferece, rica em especificidades, não poderia/pode aceitar uma disciplina da relação entidade desportiva-atleta profissional, como e no modo em que a CLT regula as demais relações empregador-empregado, ainda que consideradas as variações existentes; ou seja, a CLT é para o universo comum dos trabalhadores, tidos como hipossuficientes, subordinados, com obrigações a cumprir, como, por exemplo, labutar em horários determinados e certa quantidade de horas diárias, devidamente controladas (com as poucas exceções legais, que muitos querem generalizar cada vez mais, vendo falta de controle onde esse controle existe, sendo, isso sim, mais sútil), um mundo no qual o dador de serviço determina como o labor há de ser aviado e pode repreender o obreiro que não atende às suas determinações, etc.

Não, no "mundo da bola" isso não se dá, ao menos com similitude e intensidade tais que aconselhem se estendam as normas celetistas aos atletas profissionais, suas especificidades não tolerariam/toleram essa que representaria, então, uma "promiscuidade" de regulação legislativa, a não ser em uma ou outra situação na qual o legislador infraconstitucional entendeu ser isso possível e/ou aconselhável, até para não ser acusado de se desviar, um tanto -e que tanto-, da Magna Carta, ou para ter uma prova de que não deixou o atleta profissional de futebol lançado à própria sorte, antes, reputou-o um trabalhador com direitos trabalhistas, apenas limitados às realidades da sua profissão, e com isso, a enxurrada de situações em que o Diploma Consolidado é tido como inaplicável a esse trabalhador, o atleta profissional de futebol, cria um clima de instabilidade e alimenta a discussão acerca da sua aplicabilidade ou não, a essa espécie de trabalhador.

Entretanto, estou em que, para um bom encaminhamento desse debate, há fixar dois pontos: primeiro, esse mundo, o do futebol profissional, é tão diferente assim, para os que integram-no, na condição de atletas profissionais? A Constituição Federal de 1988 não restaria/resta malferida com a exclusão, em boa e/ou larga medida dos atletas profissionais de futebol dos direitos que ela reconhece aos trabalhadores, de uma forma geral, e mais especificamente aos empregados? E, por fim, existe uma tão incontornável realidade que obste a aplicação da CLT aos atletas profissionais de futebol? As suas especificidades, que não se nega existam, impõem tal solução? Ou seja, o amparo legal ao atleta profissional de futebol há de ser buscado na Lei Pelé, e basicamente nela, com uma ou outra rara aplicação do diploma Consolidado, ou há de, em termos de legislação infraconstitucional, priorizando embora as disposições da aludida lex, específica, recorrer-se, valer-se, também, da Consolidação das Leis do Trabalho?

Como já afirmei em outro trabalho[1], embora voltado para a questão da duração do trabalho do atleta profissional de futebol, mas plenamente aplicável ao que ora se cuida:

"À partida, devo esclarecer que entendo que o exame do tema atinente a duração do trabalho do atleta não pode ser, digamos assim, contaminado, pela paixão que cada qual sente pelo seu time, o que faz com que se seja benévolo em relação ao que diga respeito e seja melhor para a entidade desportiva, de modo a justificar tudo, a encontrar explicação para tudo, seja em relação aos seus atletas, ou no que tange aos seus negócios, as suas obrigações, as quais, das demais entidades se exige rigoroso cumprimento; bem pinta esse quadro a pena do preclaro Luis Fernando Veríssimo, ao apoiar a transparência dos clubes, nos seguintes termos:

'É muito saudável, portanto, que finalmente se investigue seriamente os negócios do futebol e se exija comportamento adulto dos seus responsáveis e correção fiscal e transparência dos clubes.

Desde, claro, que seja dos outros e não do Internacional ou do Botafogo'.

Aludido comportamento, conquanto compreensível, no espírito dos aficionados por uma agremiação esportiva, e não é por ser um operador do direito que uma pessoa deixa de sê-lo ou precisa deixar de sê-lo, reclama, deste último e numa situação assim, que se acautele, para que esse gostoso sentimento não seja de tal intensidade que chegue a turvar o olhar jurídico que deite sobre determinado tema; de minha parte, torço sempre para que o SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE consiga sempre aumentar, mais e mais, a sua já extensa e invejável relação de troféus, mas não que, para conseguir esse objetivo, deixe de cumprir suas obrigações, máxime quanto aos seus atletas".

Há reconhecer a dificuldade em separar o quanto se gosta de um clube, com o direito, não o que a entidade desportiva possui, mas o que cumpre-lhe observar; um eminente torcedor do inigualável SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE, uma vez assim se expressou:

"Para aqueles que, como eu, são apaixonados pelo esporte, pelo futebol e, em especial, por um Clube, tarefa das mais difíceis é imaginar que os 'jogadores' que vestem o manto sagrado tricolor possam, de par com esse invejável privilégio, exercer direitos inerentes ao trabalhador comum, exigindo-os justamente dessa entidade de prática desportiva que tanto amamos".[2] Todavia, tendo as vistas voltadas para a floresta como um todo, mesmo sabendo que nela se encontram algumas poucas árvores bem mais frondosas, que sobressaem, tendo raízes mais firmes e seguras e mais frutos também, não há obnubilar a real situação enfrentada pela "para lá" da esmagadora maioria dos atletas, o que levou o grande escritor uruguaio Eduardo Galeano, a asseverar que: "submetido a uma disciplina militar, sofre todo dia o castigo dos treinamentos ferozes e se submete aos bombardeios de analgésicos e infiltrações de cortisona que esquecem a dor e enganam a saúde. na véspera das partidas importantes, fica preso num campo de concentração onde faz trabalhos forçados, come comidas sem graça, se embebeda com água e dorme sozinho"[3].

Certamente, por não ter-lhe faltado essa percepção, observou o inesquecível Ministro Victor Mozart Russomano que:

"O atleta profissional que celebra um contrato com determinado clube esportivo obriga-se à execução de um trabalho contratualmente definido, com uma remuneração certa, submetendo-se a regras rígidas de disciplina, constantes, quase sempre, da legislação específica sobre prática do esporte.

Sob o ponto-de-vista da pessoa do atleta, portanto, não existe diferença, por pequena que seja, entre ele e os demais trabalhadores do comércio, da indústria ou da agricultura[4].

Prossigo, procurando sempre me prevenir para não deixar, como salientei, que meu gosto por esse esporte e, particularmente, pelo insuperável tricolor paulista, não me turve a vista, nem atrapalhe o raciocínio.

Monto praça na idéia de que o mundo do futebol, conquanto fantástico, atraente, envolvente, para os que apreciam-no, fonte de negócios e lucros para alguns (e que lucros!), de brilho para os que são tidos como grandes astros, os quais, por conta disso, têm até como impor com mais força, suas reivindicações/condições, para celebrar contrato com uma entidade desportiva (algumas das quais cometem até "loucuras" para contratar certo atleta, já sabendo das dificuldades ou mesmo inviabilidade de honrar o ajuste celebrado...), estrelas essas que, até sob certo aspecto (pois o valor dos salários não é, em verdade, critério para se fixar se a lei deve ser aplicada ou não), não estão/são tão necessitados de uma legislação obreira, até porque contam com assessoria, com empresário e toda uma estrutura, estão/vivem cercados de proteção, na prática, bem maior que a oferecida a um obreiro comum, pois nesses atletas se enxerga, não poucas vezes, os cifrões ($$$$

podem render, a certas pessoas, físicas e jurídicas, é dizer, em realidade, esses profissionais contam com uma proteção que a lei nem tem como conferir! O que é muito bom para eles e espero que esses atletas profissionais continuem assim protegidos!

Entretanto, não há esconder/ignorar, fingir que não se vê, que nesse universo não cabem muitas pessoas, não basta querer, para nele ingressar, como também não basta ser, como se diz comumente, "um craque"(a quantos atletas, que se tinha/apostava como craques, a vida negou entrada a esse especial universo?!), há uma série de outros fatores que atuam, como funil, estreitando a passagem, de modo que apenas um círculo reduzido possa atravessá-lo e se instalar dentro de seus limites e, vale realçar, um círculo não só reduzido, mas bem reduzido, se se levar em linha de consideração o elevado número de atletas profissionais que atuam nos mais diversos clubes, nas mais variadas divisões existentes!

Para esses últimos, como também já observei, em relação aos grandes astros, seu quadro retrata "situação inversa e de extrema dificuldade, vivida pela esmagadora maioria dos atletas profissionais, que entregam seu futuro na esperança de um dia se tornar um desses atletas mundialmente reconhecidos e com todas as boas coisas que a esses acontecem, não cuidando (e muitos não têm nem como enxergar: as lentes com que podem ver o mundo não estão preparadas para tanto!) para a realidade de que no mundo do futebol e da notícia sobre esse esporte não há espaço para muitos atletas, ao contrário, pois permite o ingresso de bem poucos"[5]

Em outras e mais reveladoras palavras, é como afirma o ilustre advogado Maurício de Figueiredo Correia da Veiga[6]:

"Quando se fala de atleta profissional de futebol a primeira imagem que vem à tona é daquele jogador famoso, garoto propaganda de marcas mundialmente conhecidas e que recebe verdadeiras fortunas decorrentes não só do salário, mas também da cessão do direito de uso de uso de sua imagem.

Contudo, esse é um universo extremamente reduzido e representa menos de 5% do universo de jogadores profissionais em nosso país, pois a grande maioria faz parte do quadro de jogadores anônimos que recebem módicos salários, a ensejar a necessidade de uma proteção especial".

Inúmeros são os exemplos que poderiam/podem ser evocados para ilustrar o que se vem de asseverar, relativamente a difícil (rectius: dificílima) situação enfrentada pela maioria dos atletas profissionais de futebol, limitar-me-ei a quatro, que, acredito, dão uma visão bem nítida dessa realidade.

O primeiro deles, diz com o transe vivido pelo zagueiro Mário Larramedi, que descobriu um tumor ósseo no femur da perna esquerda e, por conta disso, deu início a uma espécie de leilão da medalha que ganhou por conquistar o título da série D, do Campeonato Brasileiro, com o Botafogo-PB; pode-se ler numa reportagem sobre esse fato que:

"Dois meses após conquistar o título da Série D do Campeonato Brasileiro pelo Botafogo-PB, o zagueiro Mário Larramendi teve de se dsfazer de sua medalha de ouro. O uruguaio descobriu um tumor ósseo no fêmur da perna esquerda e precisa da ajuda da torcida botafoguense para juntar os R$ 30 mil exigidos para realizar uma cirurgia.

Na tarde desta quinta-feira, o defensor publicou uma foto em seu perfil na rede social Instagram para explicar o caso. Larramendi deu incío a uma espécie de leilão e afirmou que conta com o apoio de todos os fãs para conseguir o dinheiro necessário para o tratamento de risco.

'Coloco em leilão minha medalha de campeão brasileiro de 2013 para poder fazer minha cirurgia. É algo que preciso urgentemente. Minha cirurgia sai por R$ 30 mil. Agradeço todas as ofertas que vierem. Um grande abraço, Mário', desabafou o uruguaio". [7]

E por falar em Botafogo, mas agora o do Rio de Janeiro, não faz muito, seus atletas protestaram pelo atraso no pagamento dos estipêndios e dos direitos de imagem; se nesse tradicional e respeitado clube brasileiro, de tantas glórias, há alguns atletas profissionais mais conhecidos, nem todos estão no mesmo patamar, de maneira que, embora suportável (conquanto injusto) para alguns o atraso salarial, para outros, a questão assume proporções mais sérias e graves. Da respeitante reportagem consta:

"Entenda o caso – Os jogadores estão insatisfeitos não só com o atraso, mas também com a postura da diretoria botafoguense. Oficialmente, os dirigentes alegam que o clube deve um mês de salários, vencidos no último dia 20. Mas o elenco garante que são dois meses de atrasos na carteira e mais dois meses de direitos de imagem. Além disso, o Glorioso ainda não acertou a premiação pela vitória sobre o Deportivo Quito, que classificou o time para a fase de grupos da Libertadores.

O estopim para o protesto foi o descumprimento da promessa por parte da diretoria, que garantiu que pagaria os vencimentos antes do jogo desta quarta-feira, mas depois comunicou que não havia mais previsão para o acerto". [8]

Mais um caso, agora envolvendo o Comercial, clube do interior paulista, da cidade de Ribeirão Preto, cujo presidente, como consta em reportagem:

"O presidente do Comercial, Nelson Lacerda, confirmou nesse domingo, logo após o time ser rebaixado para a Série A2 do Campeonato Paulista, que não pagou o salário de alguns jogadores. Em entrevista à Rádio 79, disse que o atraso no pagamento foi proposital e não está ligado à falta de dinheiro. Segundo ele, o dinheiro não foi depositado na conta dos jogadores porque eles eram ruins. A maioria dos jogadores bons recebeu o pagamento no mês. Quanto a alguns jogadores, nós retivemos o pagamento. Eu falei que pagaria se o time ficasse na primeira divisão. Quer me enganar? Não me engana. Tentaram me sacanear, e eu também sacaneio. Eu prendi o último salário mesmo. E, mesmo com isso preso, não conseguiram ganhar. Eu aprendo a cada dia no futebol – comentou Nelson Lacerda, que culpou sua própria diretoria pelo rebaixamento". [9]

Com relação a esse caso, vale acrescentar que, conforme outra reportagem, do mesmo veículo de comunicação, a coisa não parou por aí, pois os atletas encontraram com o presidente do clube, após o mesmo ter dado a declaração retro-mencionada, e houve algum tumulto, tendo um segurança, segundo um atleta, que teria até ameaçou sacar uma arma; vale conferir:

"A crise entre os jogadores do Comercial e o presidente Nelson Lacerda chegou ao seu ápice na noite deste domingo, em um posto próximo ao município de Leme, na Rodovia Anhanguera. Houve um encontro inesperado e tenso entre as duas partes, no retorno após o empate por 1 a 1 com o XV de Piracicaba, que determinou o rebaixamento do time de Ribeirão Preto.

Ao avistar o carro do presidente alvinegro no estacionamento, alguns jogadores foram na sua direção para cobrar a declaração de que somente alguns bons jogadores haviam recebido salário e que o atraso havia sido proposital.

De acordo com um dos jogadores que estavam na confusão, um segurança saiu do banco traseiro do carro e ameaçou sacar uma arma (veja vídeo acima). A atitude irritou ainda mais o elenco, que passou a hostilizar o segurança.

'Você está armado? Então atira. Você tem 30 balas?' disse um dos jogadores.

Na sequência, o auxiliar técnico emerson, que trabalha com Vagner Benazi, conteve o segurança, que voltou para o carro – logo em seguida, o veículo foi embora, sentido Ribeirão Preto.

Em entrevista ao GloboEsporte.com, um dos jogadores, que estava na confusão – e não quis se identificar- relatou o fato.

'Fui um dos últimos a descer do ônibus. Os jogadores estavam p... da vida por causa da declaração que ele deu, dizendo que não pagou de propósito. De repente, surgiu esse segurança armado ameaçando a gente. Isso deixou os jogadores mais nervosos' comentou o atleta. Ninguém recebeu o salário de fevereiro, que deveria ser pago no dia 15 de março. Tem alguns jogadores, casos do Toscano, Xaves e Roger Guerreiro, que não receberam nem janeiro, nem fevereiro. Isso é uma vergonha".[10]

O R7-Esportes, em 11.08.2013, publicou o seguinte: "Jogadores da Francana enfrentam condições precárias e passam até fome. Clube que já disputou a primeira divisão, passa por momento ruim.

O futebol brasileiro cria astros milionários, mas eles são a grande minoria. A realidade do Francana, de São Paulo, é outra.

O clube já disputou até a primeira divisão do futebol paulista, mas hoje não oferece mínimas condições de trabalho aos seus jogadores. Trinta e cinco atletas vivem amontoados em uma casa onde caberia apenas quinze.

Panelas e geladeiras estão vazias. Antes do último jogo contra o Noroeste, o elenco teve que entrar em campo sem comer nada". [11]

Sobre o mesmo assunto, outro meio de comunicação, informou que:

"Vivendo uma crise sem precedentes, a Francana atravessa mais uma turbulência. Agora, o clube é acusado por maus tratos a jogadores e o caso já está no Ministério Público do Trabalho.

A reclamação das más condições de moradia, estrutura de trabalho e falta de salários, partiu dos jogadores da Francana que disputa a Copa Paulista. Devido falta às condições subumanas, os jogadores pediram ajuda do Sindicato dos Atletas profissionais de São Paulo. Com isso, um representante do Sindicato, Mauro Costa, que tem o cargo de diretor de relacionamento, está em Franca apurando as denúncias.

Mauro Costa visitou a casa do atleta (local onde moram os jogadores) nesta segunda-feira e ficou constatado a condições precárias que os jogadores estão vivendo. Ontem, o fiscal do Sindicato agendou uma reunião com a diretoria da Francana e teve dificuldades para que o encontro fosse realizado. 'Já estive na casa do atleta e registrei tudo. Realmente o que está acontecendo na Fracana é uma coisa

horrível. Os jogadores não têm o que comer e estão dormindo todos juntos, com colchões espalhados pela casa inteira, inclusive na cozinha. A situação é mesmo desumana', explicou Mauro Costa 'Esperamos que a diretoria possa resolver essa situação. O caso já está entregue ao Ministério Público de Franca e seu diretor (Jamil Leonardi) promete apurar essas denúncias', acrescentou Mauro, dizendo que a FPF-Federação Paulista de Futebol – também já está ciente do problema e a entidade pode punir o clube. 'São muitas as punições que podem ser aplicadas a Francana, incluindo o afastamento do time das competições', acredita o fiscal.

A situação da Francana, que já era crítica financeiramente, se agravou na gestão da atual diretoria que firmou parcerias malsucedidas para viabilizar as disputas da divisão A3 deste ano, da Copa Paulista e do Campeonato Paulista sub-20. Nas mãos de terceiros, os empresários não honraram compromissos e agora a agremiação terá que arcar com as despesas.

'Fomos abandonados aqui. Não estamos tendo alimentação adequada e dormindo um em cima do outro praticamente. Também não recebemos salários desde o início do campeonato. São mais de 40 jogadores dentro de uma casa. No último domingo não tínhamos o que almoçar antes da partida contra o Noroeste e comemos somente arroz que havia sobrado do dia anterior', disse um jogador ontem que preferiu ficar no anonimato.

'Quero que a torcida tenha paciência com esse time. Não estamos bem na competição, mas também não estamos tendo o que comer. Teve um dia que fomos para o jogo após comermos apenas arroz. Não estamo tendo condições de trabalho', acrescentou outro jogador.

O presidente da Francana, Fahin Youssef Neto, disse que não esperava que a empresa que assumiu o futebol do clube fosse criar problemas para o clube. 'Vamos acionar na Justiça a empresa que não cumpriu o compromisso com a Francana e de imediato tentar solucionar esse problema. Isso começou com alguns jogadores que foram dispensados e não quiseram deixar a casa do atleta', explicou ontem o dirigente.

A reportagem apurou que até ontem estavam treinando na Francana cerca de 45 jogadores. Normalmente uma equipe trabalha com um elenco de 27 a 30 atletas".[12] Esses poucos, mas eloquentes, exemplos, deixam firme, acredito, que desenhar o mundo do futebol profissional, para os atletas que nele exercem suas atividades, como sendo um mundo paradisíaco, o paraíso na Terra, abstração feita do debate acerca de se algo aqui, onde vivemos, poderia ter alguma porção do paraíso, não pinta a realidade, ao menos, se se quiser excluir desse retrato, os grandes astros, para a imensa (imensa mesmo!) maioria dos atletas profissionais, que enfrentam as maiores e mais sérias dificuldades na sua relação com a entidade desportiva a que estão ligados! E olhe que vários outros exemplos poderiam ser citados, que dizem com o drama dos atletas que disputam um campeonato regional, que dura uns poucos meses e depois, não-raro, ficam sem contrato e sem atividade para o resto do ano, sem contar os que se machucam seriamente, de modo a não poderem continuar sua profissão, ficando desamparados pelo clube cujas cores defendia quando do acidente que os inutilizou para a prática do futebol, além do rigoroso tratamento dispensado por vários clubes aos seus atletas (não famosos, está claro!), com exigências de legalida para lá de duvidosa! Por óbvio que esgrimir, nessas situações, com as especificidades do futebol, não pode alforriar as entidades desportivas do cumprimento das obrigações trabalhistas, mesmo porque -e isso é de extrema relevância- ter consciência de alguma especificidade é uma coisa, passar por cima, fingir que não há nada mais a proteger o empregado-atleta profissional é outra, completamente diferente.

Agora, tenho ser de interesse estabelecer se a Constituição Federal de 1988 e mesmo a Consolidação das Leis do Trabalho, ficariam/seriam malferidas com uma possível/pretendida segregação, ao menos em avantajada medida, do atleta de futebol profissional da proteção generalizadamente conferida aos empregados; é problematizar a seguinte situação: a especificidade da profissão de atleta de futebol, inviabiliza a proteção que a Magna Carta e o Diploma Consolidado querem seja garantida aos empregados em geral?

Conquanto alguns segmentos/setores queiram diminuir, a olhos vistos (e esbugalhados?), a relevância do valor social do trabalho na sociedade hodierna, há reputar míope a aludida visão, e com isso não se pretende, de forma alguma, diminuir o respeito devido a quem professe esse credo, apenas se o tem -o raciocínio em si, em sua essência, nada em relação aos que o divulgam- como de menor alcance e/ou incompleto e/ou insuficiente, pelo fato de – o que fica evidente em sua formulação – não considerar, com o peso devido, em sua engenharia, a dignidade da pessoa humana e o valor cuidado, além de procurar contornar (ou ignorar?) a estreita vinculação, iniludivelmente existente na Magna

Carta, entre essa dignidade – a da pessoa humana – e o valor social do trabalho, vínculação essa que não desaparece e/ou não tem razão para deixar de ser oservada no âmbito do desporto; aqui, de ceder o passo ao insignes Ministro Mauricio Godinho Delgado e a Professora Gabriela Neves Delgado, os quais, com pena de mestre, dilucidam:

"A vinculação feita pelo Texto Máximo de 1988 entre a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho é indissolúvel, por ser o trabalho um dos principais instrumentos assecuratórios da dignidade do ser humano na sociedade e na economia. À luz da Constituição Federal do Brasil, o trabalho tem status jurídico absolutamente diferenciado, por ser não apenas fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, IV), mas também, ao mesmo tempo, direito social (art. 6º), valor social (art. 1º, IV), primado da Ordem Social (art. 193), além de princípio que rege a Ordem Econômica (art. 170, caput, VIII: princípio da valorização do trabalho, especialmente do emprego).

O conceito normativo estruturante da constituição da República, consubstanciado no Estado Democrático de Direito, compõe-se, segundo Mauricio Godinho Delgado, de um tripé conceitual, em que a valorização do trabalho, especialmente do emprego, cumpre papel decisivo. Este tripé constitui-se dos seguintes elementos: a pessoa humana e sua dignidade; a sociedade política, democrática e inclusiva; e a sociedade civil, democrática e inclusiva.

Nesse tripé conceitual decisivo, o trabalho e especialmente o emprego cumprem função notável, por se inscreverem entre os instrumentos mais efetivos de garantia social da dignidade da pessoa humana, da busca da democratização da sociedade política, com seu direcionamento inclusivo, e da busca de uma sociedade civil também democrática e inclusiva.

Esse quadro constitucional dirigente do conjunto da vida brasileira naturalmente influencia todos os campos jurídicos, até mesmo, é claro, o segmento desportivo".[13]

É fato – e lamentável -, que exista essa tentativa de enfraquecer o trabalho no mundo em que vivemos, entendendo-o menos relevante e/ou partícipe nos e dos empreendimentos empresariais; com base nos ensinamentos do grande pensador contemporâneo Zygmunt Bauman, dá um retrato do quadro atual Leandro Augusto de Paula Santos, em interessante artigo doutrinário, no qual expõe:

"Apesar da independência do capital em relação ao trabalho ainda não ser completa, o nível de dissociação entre eles já se faz sentir na precarização das relações trabalhistas, que não são mais travadas a longo prazo e não mais (ou muito pouco) ostentam a característica da reciprocidade. São unilaterais e os empreendimentos não são mais comuns.

[...] Realmente, essa nova versão 'fluida' e desregulada da modernidade anuncia o advento do capitalismo leve e flutuante, marcado pelo desengajamento e enfraquecimento dos laços que prendem o capital ao trabalho e dá lugar a práticas desumanas e degradantes da saúde física e psicológica dos trabalhadores". [14]

Porém, esse modo de tratar (ou destratar?) o trabalho desconsidera o ensinamento do inigualável Padre Antonio Vieira, que, há séculos, já advertiu: "Quantos são os súditos que estão sujeitos ao superior, tantas são as almas de que está sujeito o superior a dar conta a Deus". [15]

Em realidade, na transcrita passagem, o padre Antonio Vieira, ressaltou, empregando vocábulos em voga atualmente, o valor cuidado.

À partida, de notar que não é fácil estabelecer, com contornos precisos, o significado de valor, não obstante sua importância!

E já que de valor estou tratando, de ceder o passo ao eminente Jacy de Souza Mendonça[16], para quem:

"Conceituar valor tem representado gigantesco desafio para os filósofos, o que levou HESSEN a afirmar que o valor não pode ser definido com precisão; pertence ao número daqueles conceitos supremos, como os de ser, existência etc., que não admitem definição. Tudo o que se pode fazer a respeito deles é simplesmente tentar uma classificação ou a revelação de seu conteúdo. Esta afirmação é bisada por DE FINANCE, segundo o qual o bem, para Santo TOMÁS, como para ARISTÓTELES, é um daqueles conceitos fundamentais que não se deixam definir em sentido estrito – por gênero próximo e diferença específica – mas somente apontar e caracterizar a partir de seus efeitos. CÂMARA, porém, ousou enfrentar a dificuldade conceitual e nos ensinou que o valor é o próprio ser, visionado racionalmente numa perspectiva teleológica, em livre posicionamento de conformidade dos seus dinamismos com seus fins. Destacou, de um lado, que é no ser que o pensamento humano vai encontrar o valor e é no ser (humano) que se dá a realização dos valores, e na sequência, o renomado jurista declinou, ao menos para a obra em que mencionou a dificuldade, de "enfrentar a temática conceitual, e optar, apenas para fins deste trabalho, pela mera descritiva fenomenológica dos

valores, ou seja, uma descritiva da forma como eles se dão em nossa vida"[17], e com esse desiderato, asseverou que: "O valor é o aspecto, a dimensão que nos atrai, como o pólo atrai a agulha da bússola e que pode-se dizer que o ser humano é axiotrópico, porque busca, fareja valores. A vida humana é uma caminhada cuja bússola aponta permanente para este norte, que são os valores"[18], ainda que: "Somos feitos para os valores e nossa realização como seres correspondem ao modo como os buscamos na existência, a tal ponto que faz profundo sentido a advertência do puritano inglês Oliver CROMWELL (1599-1658) de que, a partir do momento em que não aspiramos ser melhores, já deixamos de ser bons; ou seja, no momento em que deixamos ser atraídos pelos valores, não existimos mais".[19] [20]
De todo modo, como sugere José Carlos Bermejo[21], "poderíamos dizer com Gevaert que 'valor é tudo o que permite dar um significado à existência humana, tudo o que permite ser verdadeiro homem [...]. As coisas adquirem valor na medida em que se inserem nesse processo de humanização do homem".

Examinado o que seja um valor, há inferir que o cuidado é um valor que está presente -normalmente- em praticamente tudo o que uma pessoa faça, talvez mais apropriado afirmar que o cuidado está presente e direciona a vida de um homem, nos mais variados aspectos, seja quanto à sua sobrevivênvia, ao que lhe diz respeito, seja no seu relacionamento com o "outro", aí envolvendo a pessoa do "outro" e o seu modo de se relacionar com esse "outro", de maneira que possível afirmar que a Constituição e as demais leis de um País, são dimensões do cuidado, em relação a diversos fatos e situações, verbi gratia, o cuidado maior com a pessoa humana, sua vida e sua dignidade, enquanto cidadão, ou trabalhador, ou integrando uma família, ou contribuinte, ou proprietário, ou empresário, cuidado com o meio ambiente, e cuidado com outras facetas do mundo em que o homem se depara atualmente.

Um dos autores que mais se destaca quando de cuidado se trata, o culto Leonardo Boff, em bela passagem de uma de suas obras, diz[22]:

"O cuidado é exigido em praticamente todas as esferas da existência, desde o cuidado do corpo, dos alimentos, da vida intelectual e espiritual, da condução geral da vida até ao se atravessar uma rua movimentada. Como já observava o poeta romano Horácio, o cuidado é aquela sombra que sempre nos acompanha e nunca nos abandona porque somos feitos a partir dele".
Em outro livro seu, Leonardo Boff, com a simplicidade que só um grande conhecimento pode proporcionar, profere a seguinte sentença: "O cuidado entra na natureza e na constituição do ser humano".[23]

Outra grande pensadora que aborda o tema cuidado, também de forma brilhante, explica que[24]: "Ser é cuidar, e as várias maneiras de estar-no-mundo compreendem diferentes maneiras de cuidar. Para se tornar um ser de cuidado, um cuidador, o ser precisa, primeiro, ter experenciado o cuidado, ou seja, ter sido cuidado. A capacidade de cuidar está, portanto, relacionada ao quanto e como o ser foi cuidado. Através do cuidado, percebe-se a existência de outros além do que se é; o outro dá o sentido do Eu. Segundo Mayeroff (1971), o cuidado qualifica nossos relacionamentos com os outros e, o que é mais importante, permite que o outro cresça e se desenvolva."
Objetivando melhor expor seu sentir, a referida e ilustre Vera Regina, cita o afamado filósofo alemão Heidegger, esclarecendo que[25]:

"Para Heidegger (1969), o cuidado é a essência do ser humano. O ser humano existe no mundo, através do cuidado. Ele inclui uma dimensão ontológica –é um modo de ser, sem ele, deixa-se de ser humano. O ser humano é um ser que deve cuidar de si e dos outros.

Este mesmo autor também distingue o cuidado autêntico. Tal dimensão considera ajudar o outro ir além, ou seja, o outro é ajudado a cuidar de seu próprio ser. O oposto é o comumente ocorrido, em que há uso de poder, mantendo a dependência do outro. No caso, é fazer pelo outro quando este poderia fazer por si ou não prover meios para que isso ocorra".

Quanto a mais absoluta necessidade do cuidado para a vida (e não só da pessoa humana), de grande interesse a seguinte passagem da preclara Elma Zoboli[26]: "Cuidar constitui ato de vida, pois a vida que não é cuidada morre; plantas, animais e pessoas. Também as relações humanas, que constituem a própria vida humana, se não cuidadas fenecem: amizade, amor conjugal, relações familiares, relação entre profissional da saúde e paciente, relação de equipe multiprofissional.

Atento aos ensinamentos nas linhas transatas reproduzidos, quanto ao que seja valor e a relevância do cuidado para a vida, há inferir ser o cuidado um valor jurídico, o que foi bem apreendido e exposto por Jussara Maria Leal de Meirelles, verbis:

"O cuidado expressa, sem dúvida, uma forma responsável de se relacionar. É nesse sentido que assume o seu valor jurídico".[27]

Evidentemente, a passagem de um sistema que visava mais ao ter -e com isso sacrificava, em boa medida, o cuidado, em diversos de seus aspectos- para um que privilegie o ser, como se dá em terra pátria, confere uma maior relevância e/ou reconhecimento ao valor cuidado, como e enquanto valor jurídico, ou como superiormente dilucidado pela insigne Heloisa Carpena Vieira de Mello[28]: "A passagem de um direito patrimonialista, formalista e liberal para o 'novo', comprometido com os valores constitucionais de realização da pessoa humana, realiza-se a partir do reconhecimento de novos valores jurídicos como o cuidado".

A visão de cuidado, com os seus contornos próprios e naturais, que o tornam de acrescida importância para e na sociedade hodierna (embora tenha sempre existido, em épocas mais remotas), sem dúvida, conecta-o com os valores dignidade e solidariedade, que integram, enquanto princípios, a Magna Carta; instigante a seguinte passagem:

"a vida não é um bem a ser privatizado, muito menos um problema a ser resolvido nos circuitos digitais e eletrônicos da informática, mas um 'mistério' e dom a ser vivido prazerosamente e partilhado solidariamente com os outros".[29]

Aliás, como tão bem salientado por Heloisa Carpena Vieira de Mello[30]: "A 'reumanização' do direito privado pressupõe o reconhecimento de que todos os membros do grupo social possuem origem e destino comuns. Esta afirmação encontra eco em norma da Constituição Federal, em seu art. 225, a qual contempla a responsabilidade geracional. Nessa perspectiva, o princípio da solidariedade, compreendido no sentido de que somos todos responsáveis pelo bem-estar social, assume relevância. Um verdadeiro ressurgimento do princípio tem sido assim referido em doutrina:
'o princípio da solidariedade constitui um dos temas centrais para a elaboração de alternativas à nova conformação social, que vem ocorrendo neste milênio. Assim, da obscuridade em que foi deixado por séculos ressurge, com força, o valor solidariedade para se tentar resolver mais esse impasse da história deste 'novo' capitalismo", acrescentando tão ilustre jurista, que[31]: "Agir de forma solidária significa cuidar".

Ainda da eminente jurista Heloisa Carpena Vieira de Mello, se colhe a lição de que[32] : "Assim, contido na idéia de dignidade humana, princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, o cuidado como valor jurídico se apresenta como paradigma interpretativo, limite ao exercício de prerrogativas individuais e condicionante da intervenção do Estado, no sentido de proteção daqueles que dela necessitam: os vulneráveis".

E, de fato, uma Constituição como a nossa, que põe como valor do maior realce a dignidade da pessoa humana, encarecendo, outrossim, sobremaneira, a solidariedade, fazendo-os princípios reitores seus, ligados ao valor cuidado, que deles não tem como dissociar-se, há voltar seus olhos, de maneira direta e intensa, às pessoas mais vulneráveis que compõem a sociedade, até como uma maneira de torná-la mais saudável, e, com isso, viabilizar-se mais e de maneira consistente, lembrando que: "Ser humano e viver humanamente não são a mesma coisa"[33], cabendo recordar, aqui, a aguda observação de Torralba, no sentido de que[34]: 'quando a vida, a morte e o sofrimento do outro não me inspiram cuidado, então dificilmente se pode falar em humanidade" e, por óbvio, como os exemplos acima deixam firme, não deixa de ser vulnerável um atleta profissional, apenas por sê-lo!

Em sendo assim, como parece irrecusável que é, há mesmo existir a preocupação e a atitude em prol dos vulneráveis – aqui, dos inúmeros atletas profissionais que não são astros, nem recebem tratamento diferenciado e salários milionários, e não inúmeros, vários deles, sequer condições minimamente razoáveis para exercer seu ofício -, dos que têm menores condições de se manter, por si sós (ou nem isso têm), com a dignidade e condições que se espera presentes na vida de um homem: os valores cuidado, dignidade e solidariedade, estes presentes enquanto princípios constitucionais, todos, em uníssono, dão sustentação e mesmo reclamam que assim seja; vale reter: "a dignidade humana está em estreita relação com sua condição de vulnerabilidade"[35], e ainda que: "Cuidar significa respeito pelas diferenças, contemplação das

necessidades daqueles que, numa relação de poder, estão em desvantagem, em posição de submissão"[36], de modo que tudo isso resulta numa responsabilidade para com o 'outro", com aquele que se encontra limitado/ameaçado, pela vulnerabilidade que o ata, tolhe seus passos, é dizer, sua liberdade de escolher, de se posicionar[37].

Essas lições emprestam, penso, uma robustez ímpar ao que disse o padre Antonio Vieira, na passagem acima reproduzida e a mensagem que transmitem, no sentido de que não há, quando da análise de uma realidade, para se definir qual a tutela jurídica que o ordenamento jurídico há de dispensar para e/ou tem direito a pessoa nela envolvida e/ou por ela abarcada, de ignorar, nessa tarefa, os valores cuidado, dignidade e solidariedade, os últimos dois também como princípios constitucionais norteadores do ordenamento jurídico pátrio, indissoluvelmente ligados ao primeiro, ao valor cuidado, e todos, juntos, voltados para a vida, e que, no caso dos atletas profissionais de futebol, reclamam a observância, além, está claro, da lei Pelé, da CLT, para as situações do cotidiano que não possam ser tidas como específicas dessa atividade profissional, e também da Lei Maior, esta acima mesmo, como não se desconhece, e antes de qualquer incursão nas e pelas outras, sempre visando a adequada e devida proteção a esses trabalhadores que, em verdade, não são apenas a parte mais frágil, mais vulnerável, na sua relação com a entidade desportiva, como se encontram em estado de maior subordinação do que inúmeros trabalhadores de outras atividades!

É preciso compreender/reter que o atleta profissional, como qualquer outro trabalhador, que recebe parcos vencimentos, está numa situação de dependência muito grande para com o clube pelo qual atua, sem poder rebelar-se, na prática do dia a dia, contra as determinações que lhe são dadas, e esse aspecto não pode ser desconsiderado, quando se lança os olhos nas normas que disciplinam a situação do atleta, procurando delas extrair a interpretação que mais se ajuste aos fins que justificam a existência de um direito do trabalho, e que, desde logo, não admitem a pura e simples exclusão da proteção celetista o atleta profissional.

No que tange à maior subordinação a que me referi nas linhas transatas, vale mencionar o asserto de um dos grandes juslaboristas pátrios, José Affonso Dallegrave Neto, que, sem refolhos, diz: "Consoante se infere da leitura do art. 35, o atleta profissional mantém com o empregador uma relação de hipersubordinação, na medida em que se submete às estritas diretrizes do clube, dentro e fora do campo, em jogos, treinos e sessões preparatórias, assumindo o compromisso não só de treinar e jogar, mas de se dedicar ao máximo possível".[38]

Quanto às possíveis dificuldades de se enxergar uma entidade desportiva como empregadora de seus atletas profissionais de futebol, vale recordar os, como sempre muito claros e consistentes, ensinamentos do mestre de todos nós, o Prof. Amauri Mascaro Nascimento, ao dilucidar que:

"O clube esportivo, por sua vez, é uma pessoa jurídica que organiza as equipes, submetendo-as a um regime efetivo de treinamento, tendo em vista não somente a prática do esporte pelo esporte, mas, por meio dele, a realização de um espetáculo público, com fins lucrativos".[39]

Aliás, é de perguntar, o que impediria, qual o instransponível óbice, para a aplicação da CLT, ao atleta profissional de futebol, respeitadas/guardadas as disposições específicas da lei própria, que procura atender as peculiaridades da profissão, considerando que qualquer atividade lícita tem potencial, via de regra, para abrigar uma relação de emprego, desde que satisfeitos os requisitos do art. 3º, do Diploma Consolidado? Como observa Fernando Tasso:

"Independente da forma como o trabalho é prestado, para que se possa identificar o obreiro como um empregado, detentor de um típico contrato de trabalho e dos direitos que a lei lhe garante, é preciso que ele se enquadre na definição legal de empregado. Segundo o art. 3º da CLT: 'empregado é toda aquela pessoa física que presta serviços de natureza não eventual ao empregador sob a dependência deste mediante salário'. Então, diante dessa definição, não parece estranho que o jogador de futebol seja mesmo um empregado":[40] aliás, é esse mesmo autor quem pondera ainda que: "Entender o jogador de futebol como um empregado é reconhecer a realidade atual. Há que se superar a visão do futebol como um simples esporte, como uma atividade lúdica. Nem os clubes são mais associações sem fins lucrativos (alguns são até mesmo Sociedades Anônimas, com ações negociáveis na bolsa de valores) nem os jogadores são mais amadores, exercendo outras profissões e tratando o futebol apenas como esporte. Hoje o atleta joga para sobreviver e não para se divertir".[41]

Ainda, não há perder de vista o inescondível fato de que, "Como trabalho, o futebol pode se tornar o único meio de vida para quem joga, ou para quem explora quem joga".[42]

O argumento dos altos estipêndios não convence, à uma, porque essa realidade é a de um número reduzido de atletas profissionais, quando comparado com o universo dos que integram-no, e à duas, porquanto não é o importe percebido à guisa de salários que define se alguém é empregado ou não, mas sim o preenchimento dos pressupostos legais que caracterizam essa modalidade contratual.

A lei específica, leva em conta, deve levar em conta, as situações próprias da atividade de atleta profissional, como, por exemplo, a obrigação de se concentrar, a possibilidade do menor labutar após às 22:00 horas, quando de partidas realizadas após esse horário, o dever de ocupação efetiva, o que por tal se há de entender, seus limites, no campo desportivo, pois ocupação todo empregador deve dar, o que e qual o alcance, e condições de implementação dos acréscimos remuneratórios, a questão de servir a seleção nacional, as férias, para todos, num dado período, a exigência de que o respeitante contrato de trabalho seja por escrito e com prazo determinado, e outras, cabendo recorrer à lei geral, a conhecida CLT, para e nos casos em que não exista um quadro que justifique e/ou regulado com vistas, exclusivamente, as diferenças da profissão de atleta profissional de futebol; daí, de acatar as lições de Mozart Victor Russomano:

"As particularidades do contrato de trabalho esportivo, entretanto, pelas condições pessoais dos contratantes (atleta e clube) e pela originalidade das relações que entre eles se estabelecem, como resultantes da natureza do trabalho realizado, definem aquele como um contrato especial de trabalho.

Como ocorre com todos os contratos especiais de trabalho, nesse caso, o atleta profissional é regido por duas ordens de normas, que se superpõem: Ao lado das normas genéricas – comuns a todos os trabalhadores – existem as normas específicas, exigidas pelas peculiaridades do trabalho esportivo e que apenas se aplicam aos que o realizam".[43]

De sua parte, e com a habitual clareza (que torna irrespondíveis seus argumentos), observam o Ministro Maurício Godinho Delgado e a Profª Gabriela Neves Delgado, que g Os oTítulos I e II da Constituição, por outro lado, especialmente os artigos 6º e 7º, que tratam dos direitos sociais e trabalhistas, além do art. 3º, IV, que trata do princípio da não discriminação, impuseram, evidentemente, a extensão dos direitos trabalhistas aos atletas profissionais de futebol, resguardadas as peculiaridades da categoria e se seu sistema laborativo, conforme especificado em[44]

Pelas mesmas àguas navega Carolina Diniz Paniza:

"A profissão de atleta de futebol é uma das muitas atividades regidas por legislação específica, pois apresentam características bastante específicas.

A previsão legal das relações de trabalho do atleta profissional de futebol não se concentra somente na Lei 9.615/98 consolidada com alterações apresentadas pela lei 12.395/2011, pois se aplicam à referida categoria profissional além desta e de seu regulamento, as normas gerais da legislação trabalhista (Consolidação das Leis do Trabalho) e da seguridade social compatíveis com a espécie profissional em questão".[45]

Como se vê, dos ensinamentos reproduzidos nas linhas imediatamente anteriores, como profissional "da bola", como se diz, e nessa e por essa condição, defendendo (rectius: trabalhando pelas) as cores de alguma entidade desportiva, sujeito a cumprir as mais variadas determinações que esta lhe imponha, claro que esse profissional há de ver/ter reconhecida sua situação de empregado, tendo, é certo, celebrado um contrato especial de trabalho, pelas peculiares condições de sua atividade, mas empregado; como superiormente explicado pelo Professor Amauri Mascaro Nascimento:

"Sendo um profissional e, além disso, como profissional prestando serviços em virtude de haver celebrado um contrato de trabalho, o atleta é favorecido pelas normas genéricas de proteção ao trabalhador, de acordo com a lei interna de cada país.

As particularidades do contrato de trabalho esportivo, entretanto, pelas condições pessoais dos contratantes (atleta e clube) e pela originalidade das relações que entre eles se estabelecem, como resultantes da natureza do trabalho realizado, definem aquele contrato como um contrato especial de trabalho.

Como ocorre com todos os contratos especiais de trabalho, nesse caso, o atleta profissional é regido por duas ordens de normas, que se superpõem: ao lado das normas genéricas –comuns a todos os trabalhadores- existem normas específicas, exigidas pelas peculiaridades do trabalho esportivo e que apenas se aplicam aos que o realizam.

Estas, as normas específicas, dão a medida daquelas. Por outras palavras: aquelas, as normas genéricas, se aplicam aos trabalhadores desportistas enquanto não contradigam os preceitos peculiares ao contrato especial".[46]

Interessante, outrossim, saber da palavra do grande juslaborista português, o brilhante Professor João

Leal Amado, quanto ao assunto que ora nos ocupa, em especial, a acentuada subordinação para com a entidade desportiva em que se encontra o atleta profissional de futebol e a aproximação, também acentuada, do seu mister, com outros, observando que:

"O que caracteriza e contradistingue o contrato de trabalho é a forma de execução da prestação devida, ou seja, a circunstância de esta ser devida sob a autoridade e direção de outrem, que o mesmo é dizer, em regime de subordinação jurídica. Ora, a verdade é que na actividade desportiva se assiste, porventura devido ao ininterrupto e, dir-se-ia, infernal ciclo que a caracteriza (preparação-competição-recuperação), a um estado de subordinação particularmente acentuado por parte do praticante, colocado numa situação de quase permanente heterodisponibilidade. Nenhuma razão válida se vislumbra, portanto, para excluir semelhante contrato do âmbito do Direito do Trabalho, havendo mesmo quem entenda que as condições de trabalho do praticante desportivo 'se assemelham cada vez mais às de um trabalhador fabril: stress, acidentes de trabalho, doenças profissionais, ofensas à saúde (dopagem), fadiga física e mental, intensificação paroxística do trabalho, hierarquia, prémios de rendimento, produtividade.' (Économie Politique du Sport, dir. de Wladimir Andreff, Dalloz, Paris, 1989, p. 182) –nesta óptica, o praticante desportivo torna-se 'um trabalhador (quase) como os outros' (ob. Cit., p. 178)".[47]

Enfim, nada há, ao reverso, tudo recomenda (e os exemplos de situações vivenciadas por alguns atletas profissionais empregados mencionados neste singelo estudo bem comprovam isso), que, observando/aplicando, com precedência, a legislação específica, a Lei Pelé, com sua redação atual, logicamente pressupondo sua afinação com a Constituição Federal e na medida em que, efetivamente esteja, nas situações, várias, em que não houver uma disciplina na lei específica e atendendo a sua condição de empregado, com um contrato de trabalho especial, há observar, com todo vigor, as disposições contidas na CLT, e tanto na intertpretação de uma, com da outra, ou de todas, se se preferir, há fazê-lo sem olvidar dos valores, princípios e fins objetivados pela Constituição Federal, e pelo Direito do Trabalho, relativamente a situação dos que trabalham, máxime por conta de outrem, na condição de empregado, para que sua dignidade de pessoa humana, não se reduza a uma "estratégia" de interesses econômicos, sendo "chutada" ou "lançada", de um lado para o outro, conforme o desenrolar da partida, para empregar uma imagem, digamos assim, futebolística!

NOTAS

(1) Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, "Duração Semanal do Trabalho do Atleta, Trabalho Noturno e DSR: Tratamento Peculiar ou Geral?", organização e coordenação Ministros Alexandre Agra Belmonte, Luiz Philippe.

(2) José Carlos Ferreira Alves, "E Ainda Podem Ser Exigidas Horas Extras...", coordenação Rubens Approbato Machado, Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, Otávio Augusto de Almeida Toledo, José Carlos Ferreira Alves e Roberto Armelin, "Curso de Direito Desportivo Sistêmico", Editora Quartier Latin, 2007, página 106.

(3) Futebol ao sol e à sombra", L&PM Pocket, 2010, página 11.

(4) Mozart Victor Russomano, "Temas Atuais do Direito do Trabalho", RT, 1971, página 71.

(5) Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, "Organização sindical no futebol: limites e incidência das normas coletivas", organizador Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, "Atualidades sobre Direito Esportivo no Brasil e no mundo – IV Encontro Nacional sobre lgislação esportivo-trabalhista, promovido pelo E. TST, página 100.

(6) Mauricio de Figueiredo Correia da Veiga, "Direito constitucional do trabalho e as normas do futebol, organizador Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, "Atualidades sobre Direito Esportivo no Brasil e no mundo – IV Encontro Nacional sobre lgislação esportivo-trabalhista, promovido pelo E. TST, página 100.

(7) Gazeta Esportiva.net

(8) Gazeta Esportiva.net

(9) Globoesporte.com

(10) Globoesporte.com

(11) R7 – Esportes, visto em 16.04.2014.

(12) Diário da Franca, ano 41, nº 12525, visitado virtualmente em 16.04.2014.

(13) Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, "A Matriz do Trabalho na Constituição de 1988 e o Atleta Profissional de Futebol", organizadoras Rúbia Zanotelli de Alvarenga e Érica Fernandes Teixeira, "Novidades em Direito e Processo do Trabalho – Homenagem aos 70 anos da CLT", Ltr, 2013, página 20.

(14) Leandro Augusto de Paula Santos, "Assédio moral – Da sua indefinição no contexto globalizante à violência perversa no cotidiano", Revista Fórum Trabalhista -RFT, ano 02, n. 05, março/abril 2013, página 78.

(15) Padre Antonio Vieira, "Sermão da Primeira Dominga do Advento", "Sermões", Três Livros e Fascívulos, 1984, páginas 106/107.

(16) Jacy de Souza Mendonça, "Curso de Filosofia do Direito – o Homem e o Direito", Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, páginas 260/261.

(17) Jacy de Souza Mendonça, "Curso de Filosofia do Direito – o Homem e o Direito", Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, página 261.
(18) Jacy de Souza Mendonça, "Curso de Filosofia do Direito – o Homem e o Direito", Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, página 261.
(19) Jacy de Souza Mendonça, "Curso de Filosofia do Direito – o Homem e o Direito",
(20) A dificuldade de se conceituar valor fica, outrossim, muito nítida com um passar de olhos pelos léxicos, é conferir:
"valor (lat. valor) Literalmente, em seu sentido original, 'valor' significa coragem, bravura, o caráter do homem, daí por extensão aquilo que dá a algo um caráter positivo. A noção filosófica de valor está relacionada por um lado àquilo que é bom, útil, positivo; e, por outro lado, à de prescrição, ou seja, à de algo que deve ser realizado.
Do ponto de vista ético, os valores são fundamentos da moral, das normas e regras que prescrevem a conduta correta. No entanto, a própria definição desses valores varia em diferentes doutrinas filosóficas. Para algumas concepções, é um valor tudo aquilo que traz a felicidade do homem. Mas trata-se igualmente de uma noção difícil de se caracterizar e sujeita a divergências quanto à sua definição. Alguns filósofos consideram também que os valores se caracterizam por relação aos fins que se pretendem obter, a partir dos quais algo se define como bom ou mau. Outros defendem a idéia de que algo é um valor em si mesmo. Discute-se assim se os valores podem ser definidos intrínseca ou extrinsecamente. Há ainda várias outras questões envolvidas na discussão filosófica sobre os valores, p. ex., se os valores são relativos ou absolutos, se são inerentes à natureza humana ou se são adquiridos etc.
Juízo de valor. Juízo que estabelece uma avaliação qualitativa sobre algo, isto é, sobre a moralidade de um ato, ou a qualidade estética de um objeto, ou ainda sobre a qualidade estética de um objeto, ou ainda sobre a validade de um conhecimento ou teoria. Juízo que se estabelece se algo deve ser objeto de elogio, recomendação ou censura. Valor de uso/valor de troca: em um sentido econômico, o trabalho humano produz um valor de uso, ou seja, um objeto que possui uma utilidade determinada. No entanto, a divisão social do trabalho introduz a noção de valor de troca, já que alguém pode produzir algo que é de utilidade para outro, e com isso pode trocar o objeto produzido por outro objeto que é, por sua vez, de utilidade para ele" - Hilton Japiassú e Danilo Marcondes, "Dicionário Básico de Filosofia", 3ª Edição, Jorge Zahar Editor, página 268.
"Valor. Reconhecer um certo aspecto das coisas como um valor consiste em levá-lo em conta na tomada de decisões ou, em outras palavras, em estar inclinado a usá-lo como um elemento a ter em consideração na escolha e na orientação que damos a nós próprios e aos outros. Os que vêem os valores como 'subjetivos' consideram essa situação em termos de uma posição pessoal, adotada como uma espécie de escolha e imune ao argumento racional (embora, muitas vezes, e curiosamente, merecedora de um certo tipo de reverência e respeito). Os que concebem os valores como algo objetivo supõem que por alguma razão -exigências da racionalidade, da natureza humana, de Deus ou de outra autoridade- a escolha pode ser orientada e corrigida a partir de um ponto de vista independente" - Simon Blackburn, "Dicionário Oxford de Filosofia", Jorge Zahar Editor, 1997, página 399.
"Valor/Valores: no sentido mais antigo e comum do termo, valor é preço, sendo que esse sentido é primeiramente ligado aos bens materiais. Hobbes, muitos séculos depois, usa esse conceito para falar dos homens, afirmando que o valor de um homem é o seu preço, é aquilo que ele vale. Esse sentido, embora ainda usado, não é o que prevalece na filosofia, mas, sim, o sentido de valor como aquilo sobre o qual devemos pautar nossa existência (e assim dizemos valores morais, valores humanos e sociais etc.). Em termos especificamente morais, os valores são critérios de avaliação, 'as tábuas' com as quais julgamos o que é bom ou mau, belo ou feio, o que vale ou não vale. De fato, este conceito só começa a ser utilizado com relação à moral estoica, em que o bem é pensado de modo subjetivo. Nesse caso, o valor é apresentado como sinônimo de virtude e, assim, os valores seriam nossos bens morais mais preciosos. O ser virtuoso é, portanto, um ser valoroso, o que significa dizer, em outras palavras, que é um homem de valor ou, simplesmente, um homem de valores superiores. No mundo contemporâneo, foi Nietzche quem apontou a questão dos valores como um dos pontos mais fundamentais da filosofia, exatamente porque são eles que determinam nossa maneira de ser e de agir, são eles que nos constituem. Eis por que Deleuze afirma que a filosofia de Nietzche é uma filosofia de valores ou, mais exatamente, uma filosofia crítica e criativa que se assenta na necessidade e tresvaloração ou transmutação de todos os valores. Afinal, para Nietzche, o que até agora se chamou de homem e de virtude oculta a verdadeira face de uma doença chamada niilismo (cf. Niilismo), pois todos os valores dito eternos são, no fundo, uma ficção que tende a falsear a realidade: ficção esta criada por uma moral ressentida que há milênios governa o mundo humano (cf. Ressentimento e moral). Não se trata, como se pensa equivocadamente sobre a filosofia de Nietzche, de simplesmente destruir a moral e cair num niilismo de valores. Muito pelo contrário: trata-se de criar novas tábuas de valores, novos modos de sentir e viver, trata-se de libertar a vida dos falsos valores e recuperar o 'sentido da Terra', o prazer de estar vivo, o prazer de existir" - Regina Schöpke, "Dicionário filosófico – conceitos fundamentais", editora Martins Fontes, 2010, páginas 242/243.
(21) José Carlos Bermejo, "Humanizar a Saúde – Cuidado, relações e valores", Editora Vozes, 2008, página 44.
(22) Leonardo Boff, "O Cuidado Necessário", Editora Vozes, 2012, página 27.
(23) Leonardo Boff, "Saber Cuidar – Ética do humano e compaixão pela terra", Editora Vozes, 10ª edição, 2004,

página 34.
(24) Vera Regina Waldow, "O Cuidado na Saúde – As relações entre o eu,o outro e o cosmos", Editora Vozes, 2004, página 19.
(25) Vera Regina Waldow, "O Cuidado na Saúde – As relações entre o eu,o outro e o cosmos", Editora Vozes, 2004, página 20.
(26) Elma Zoboli, gO cuidado: no encontro interpessoal o cultivo da vida", coordenadores, Luciana Bertachini e Leo Pessini, "Encontro e Responsabilidade no Cuidado da Vida – lidando com desafios éticos em situações críticas e de final de vida", Paulinas/Centro Universitário São Camilo, 1ª edição, 2011, página 58.
(27) Jussara Maria Leal de Meirelles, "Ambiente propício a perturbações mentais: o valor jurídico do cuidado ante a vulnerabilidade social", coordenadores Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, obra coletiva "Cuidado & Vulnerabilidade", Editora Atlas, 2009, página 62.
(28) Heloisa Carpena Vieira de Mello, "Consumo e sustentabilidade. O cuidado com o superendividado idoso e a proteção da família", organizadores Tânia da Silva Pereira, Guilherme de Oliveira e Alda Marina de Campos Melo, "Cuidado e Sustentabilidade", Editora Atlas, 2014, página 196.
(29) Luciana Bertachini e Leo Pessini, em sua introdução ao livro que coordenam, "Encontro e Responsabilidade no Cuidado da Vida – lidando com desafios éticos em situações críticas e de final de vida", Paulinas/Centro Universitário São Camilo, 1ª edição, 2011, página 10.
(30) Heloisa Carpena Vieira de Mello, "Consumo e sustentabilidade. O cuidado com o superendividado idoso e a proteção da família", organizadores Tânia da Silva Pereira, Guilherme de Oliveira e Alda Marina de Campos Melo, "Cuidado e Sustentabilidade", Editora Atlas, 2014, páginas 196/7. A reprodução feita pela autora é de trabalho de Edneia de Oliveira Matos, "Princípio da solidariedade: estado, socedade e direitos fundamentais", Academia Olimpia, 2012, página 57.
(31) Heloisa Carpena Vieira de Mello, "Consumo e sustentabilidade. O cuidado com o superendividado idoso e a proteção da família", organizadores Tânia da Silva Pereira, Guilherme de Oliveira e Alda Marina de Campos Melo, "Cuidado e Sustentabilidade", Editora Atlas, 2014, página 197.
(32) Heloisa Carpena Vieira de Mello, "Consumo e sustentabilidade. O cuidado com o superendividado idoso e a proteção da família", organizadores Tânia da Silva Pereira, Guilherme de Oliveira e Alda Marina de Campos Melo, "Cuidado e Sustentabilidade", Editora Atlas, 2014, página 198.
(33) José Carlos Bermejo, "Humanizar a Saúde – cuidado, relações e valores", Editora Vozes, 2008, página 117.
(34) F.Torralba, "Lo ineludiblemente humano – Hacia uma fundamentación de la ética del cuidar", apud José Carlos Bermejo, "Humanizar a Saúde – Cuidado, relações e valores", Editora Vozes, 2008, página 36.
(35) José Carlos Bermejo, "Humanizar a Saúde – Cuidado, relações e valores", Editora Vozes, 2008, página 65.
(36) Heloisa Carpena Vieira de Mello, "Consumo e sustentabilidade. O cuidado com o superendividado idoso e a proteção da família", organizadores Tânia da Silva Pereira, Guilherme de Oliveira e Alda Marina de Campos Melo, "Cuidado e Sustentabilidade", Editora Atlas, 2014, página 197.
(37) Daí a consistência da seguinte lição: "Responsabilidade é o cuidado reconhecido como dever pelo outro ser e que, devido à ameaça da vulnerabilidade, se converte em preocupação – Hans Jonas" - Luciana Bertachini e Leo Pessini, em sua introdução ao livro que coordenam, "Encontro e Responsabilidade no Cuidado da Vida – lidando com desafios éticos em situações críticas e de final de vida", Paulinas/Centro Universitário São Camilo, 1ª edição, 2011, página 09.
(38) José Affonso Dallegrave Neto, "Dano Praticado por Atleta Profissional", organização e coordenação Ministros Alexandre Agra Belmonte, Luiz Philippe Vieira de Mello e Guilherme Augusto Caputo Bastos, Ltr, 2013, página 231.
(39) Amauri Mascaro Nascimento, "Curso de Direito do Trabalho", 10ª edição, Saraiva, página 230.
(40) Fernando Tasso, Blogextracampo.wordpress.com/2008/09/02/oatleta-um-profissional, página 08.
(41) Fernando Tasso, Blogextracampo.wordpress.com/2008/09/02/oatleta-um-profissional/ página 08.
(42) Márcio Túlio Viana, Luís Felipe Lopes Boson e Marcelo Santoro Drummond, "Driblando as Regras: Um Ensaio sobre Fraudes no Futebol", organizadoras Rúbia Zanotelli de Alvarenga e Érica Fernandes Teixeira, "Novidades em Direito e Processo do Trabalho – Homenagem aos 70 anos da CLT", Ltr, 2013, página 33.
(43) Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, "A Matriz do Trabalho na Constituição de 1988 e o Atleta Profissional de Futebol", organizadoras Rúbia Zanotelli de Alvarenga e Érica Fernandes Teixeira, "Novidades em Direito e Processo do Trabalho – Homenagem aos 70 anos da CLT", Ltr, 2013, página 22
(44) Mozart Victor Russomano, "Temas Atuais do Direito do Trabalho", RT, 1971, página 72.
(45) Carolina Diniz Paniza, "Os Atletas Profissionais de Futebol e o Assédio Moral no Trabalho", Revista de Direito do Trabalho – RDT, nº 142, 2011, página 255.
(46) Amauri Mascaro Nascimento, "Curso de Direito do Trabalho", 10 ªedição, Saraiva, páginas 230/231.
(47) João Leal Amado, "Contrato de Trabalho Desportivo Anotado", Coimbra Editora, 1995, página 13.

Aplicación del Nuevo Código Procesal Penal en el Subsistema Anticorrupción Una experiencia positiva

Dra. Susana Ynés Castañeda Otsu (*)
Presidenta de la Sala Penal de Apelaciones y Coordinadora del Subsistema Anticorrupción que aplica el Nuevo Código Procesal Penal -Distrito Judicial de Lima

El nuevo Código Procesal Penal, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957 del 29 de julio de 2004 (en adelante NCPP) constituye en nuestro país la culminación de un proceso de reforma iniciado hace muchos años, cuyos esfuerzos empezaron a concretizarse en 1984, a partir de la Ley N° 23859[1] que facultó al Poder Ejecutivo para que promulgue mediante Decreto Legislativo los Códigos Penal y de Procedimientos Penales, y a la vez conformó una Comisión Revisora con la finalidad de que introduzca las reformas que estime pertinentes en el plazo de un año. Plazo que fue ampliado por la Ley N° 24911, en la cual se dispuso la conformación para cada uno de los Códigos de una Comisión Revisora.

A partir de los trabajos de la Comisión Revisora del Código de Procedimientos Penales y de diversos intentos por dotar al país de un Código que sustituya al Código de Procedimientos Penales de 1940, y sin dejar de considerar las pautas del Código Modelo para Iberoamérica, el Congreso promulgó el 25 de abril de 1991 el Decreto Legislativo N° 638 que estableció el Código Procesal Penal de 1991, el cual debió entrar en vigencia el 01 de mayo de 1992, salvo lo referente a determinados artículos los que entraron en vigencia al día siguiente de su publicación, como son: el principio de oportunidad, mandato de detención preventiva, queja por detención no fundamentada, comparecencia, libertad provisional e incondicional. Sin embargo, luego del golpe de estado de 05 de abril de 1992, la fecha de entrada en vigencia de modo total se postergó hasta el 01 de mayo de 1994[2], lo que no ocurrió.

Mediante Ley N° 26299 de 30 de abril de 1994, se estableció la suspensión de la vigencia del Código Procesal Penal, hasta que el denominado Congreso Constituyente apruebe las propuestas de la Comisión Especial Revisora. Comisión que presentó el Proyecto de 1995 que, si bien fue aprobado por el Congreso en julio de 1995, fue observado por el Presidente de la República. El tema de la reforma procesal no volvió a ser abordado debido a la coyuntura política hasta el año 2000 en que se inició el período de transición para normalizar la vida democrática e institucional del país.

En el plano procesal, desde el 21 de diciembre de 2000 hasta febrero de 2003, se dictaron un conjunto de leyes que solo sirvieron para dar respuesta a concretas deficiencias legislativas, en especial las referidas a afrontar graves hechos de corrupción en el ámbito de la criminalidad organizada[3]. En el año 2003, se dio un nuevo intento de reformar íntegramente el proceso penal, expidiéndose el Decreto Supremo N° 005-2003-JUS, de 12 de marzo de 2003, que dispuso la constitución de una Comisión Especial de Alto Nivel encargada de proponer las modificaciones y mecanismos legales para la implementación del Código Procesal Penal[4]. Mediante Decreto Legislativo N° 958, de 22 de julio de 2004 se estableció normas aplicables al proceso de implementación del NCPP, así como las aplicables al período de transición entre el actual régimen procesal penal y el nuevo código adjetivo.

Como ya se dijo, con el Decreto Legislativo N° 957 se promulgó el NCPP, implementación que se ha venido llevando a cabo de modo progresivo, lo que ha determinado que a la fecha se aplique de modo total en 23 distritos judiciales del país. Sin embargo, el proceso de implementación progresiva de modo total en los 08 distritos judiciales restantes fue modificado al disponer el Congreso la implementación progresiva y de modo parcial para los delitos cometidos por funcionarios públicos, iniciándose su aplicación en el Distrito Judicial de Lima a partir de 15 de enero de 2011 y en los distritos judiciales restantes a partir del 1 de abril y 1 de junio del mismo año, como se detalla luego.

Mediante Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto de 2013[5] nuevamente se modificó el proceso de implementación progresiva, esta vez para adelantar la vigencia de 8 artículos del NCPP en los 8 distritos judiciales. Artículos referidos a: principio de oportunidad (artículo 2) la confesión (artículos 160 y 161) los presupuestos de la prisión preventiva y audiencia para resolverla (artículos 268 a 271) y desalojo preventivo (artículo 311). Disposiciones que también rigen en el Distrito Judicial de Lima Este, que entró en funcionamiento a partir del 05 de mayo de 2014[6], en el cual también se aplica el NCPP de modo total para los delitos cometidos por funcionarios públicos. De modo que a la fecha contamos con 9 distritos judiciales, en los cuales se aplican las disposiciones del NCPP para las instituciones anotadas.

El presente trabajo analiza el modo en que se vienen aplicando algunas disposiciones del NCPP por parte de los Jueces que integran el Subsistema Anticorrupción en el Distrito Judicial de Lima, a más de tres años de su puesta en vigencia, lo que implica un proceso de interpretación de sus disposiciones, la que estimamos es conforme a la Constitución y los principios rectores del citado Código, por lo que en nuestras reflexiones finales consideramos que se trata de una experiencia positiva. Interpretación que se sustenta además en la especialización de sus Jueces, quienes en su mayoría han formado parte del Subsistema Anticorrupción desde su creación en el año 2000, el cual conoció y viene liquidando graves casos vinculados a la corrupción de funcionarios, sensibles para la sociedad y de gran trascendencia por los compromisos internacionales asumidos por el Estado.[7]

NORMATIVA SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL EN EL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN

El 30 de abril de 2010, el Poder Ejecutivo presentó con carácter de urgencia el Proyecto de Ley N° 4002/2009-PE, mediante el cual propuso adelantar la vigencia del NCPP en los distritos judiciales restantes, pero sólo para los delitos contra la Administración pública previstos en los artículos 382 a 401 del Código Penal. Propuesta que además contenía la modificatoria de los artículos 34 y 47 de la Ley N° 29227, Ley de Carrera Judicial y el numeral 2 del artículo 94 del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público[8].

Finalmente, se promulgó la Ley N° 29574, "Ley que dispone la entrada en vigencia del Código Procesal Penal para delitos cometidos por funcionarios públicos", de 15 de septiembre de 2010, la que si bien dispuso su aplicación inmediata a la vez estableció una vacatio legis de 120 días de publicada la misma, lo que implicaba su puesta en vigencia a partir de 15 de enero de 2011.

Posteriormente, se emitió la Ley N° 29648, publicada el 01 de enero de 2011, mediante la cual se estableció un cronograma de implementación y aplicación con las siguientes fechas: En el Distrito Judicial de Lima, el 15 de enero de 2011; en los Distritos Judiciales de Lima Norte, Lima Sur y Callao, el 1 de abril de 2011; y en los demás distritos judiciales, el 1 de junio de 2011.

En el Distrito Judicial de Lima, los jueces del Subsistema Anticorrupción aplican las disposiciones del NCPP de modo exclusivo, lo que constituye un aspecto positivo en relación a los 09 distritos judiciales restantes, en que los Jueces desempeñan esta tarea en adición a sus funciones, pues si se trata de los otros delitos que contempla el Código Penal conocen de los procesos con el modelo procesal vigente desde 1940.

EL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA

Como se recordará, a raíz de la difusión del video Kouri-Montesinos fue necesario implementar un sistema especializado de lucha contra la corrupción que, en el ámbito de la justicia penal, determinó la creación de órganos jurisdiccionales, fiscales, y Procuraduría Ad-hoc[9].

En lo que concierne al Poder Judicial se crearon 6 Juzgados Penales Especializados y de modo progresivo 6 Salas Penales Especiales. El Subsistema Anticorrupción ha logrado sentenciar diversos casos de especial trascendencia vinculados al ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, altos mandos militares, entre otros[10]. Sus decisiones han establecido una importante jurisprudencia especializada en la materia permitiendo nuevos enfoques en relación a los tipos penales de su competencia. Por otro lado, ha logrado la repatriación de importantes sumas de dinero depositadas en el extranjero por los imputados, dinero que inclusive ha permitido que el Poder Judicial construya el edificio "Zavala Loayza", donde funcionan los órganos jurisdiccionales del Subsistema Anticorrupción desde febrero de 2013. Con la promulgación de las Leyes N° 29574 y N° 29648, a la que hemos hecho

referencia, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió la Resolución Administrativa N° 390-2010-CE-PJ[11], con la finalidad de adaptar el Subsistema Anticorrupción a las nuevas competencias otorgadas a los órganos jurisdiccionales.

El NCPP crea los Jueces de Investigación Preparatoria y otorga una competencia material y funcional distintas a los Jueces Especializados en lo Penal, quienes dejan de ser jueces de instrucción en los procesos ordinarios para pasar a ser jueces de Juzgamiento en todos los procesos -que se clasifican en comunes o complejos- en los que se emite sentencia luego de un juicio oral público, en el cual rigen los principios de inmediación, concentración, oralidad, contradicción, entre otros.

En lo que concierne a los órganos jurisdiccionales que interpretan y aplican el NCPP, se encuentra integrado a la fecha por los siguientes órganos jurisdiccionales: 2 Juzgados de Investigación Preparatoria, 3 Jueces Unipersonales que a su vez conforman el Juzgado Penal Colegiado para los casos que la ley señala, y la Sala Penal de Apelaciones.

Para el conocimiento y juzgamiento del "Proceso por razón de la función pública", atribuido a jueces y fiscales de primera instancia y Jueces de Paz Letrado y Fiscal Adjunto Provincial, previsto en el numeral 4 del artículo 454, el Juez superior menos antiguo de la Sala Penal de Apelaciones ejerce las funciones de Juez Superior de la Investigación Preparatoria. La Sala Penal Especial, encargada del juzgamiento se integra por los otros 2 Jueces de la Sala Penal de Apelaciones y el Juez superior menos antiguo de la Segunda Sala Penal del Subsistema en Liquidación[12].

SALA PENAL NACIONAL ESPECIAL ANTICORRUPCIÓN

Es preciso mencionar que, desde que se creó el Subsistema Anticorrupción ha dependido administrativamente de la Corte Superior de Justicia de Lima, con competencia nacional en los casos en que la entidad directamente agraviada tenga competencia nacional, regional o provincial, en mérito a lo dispuesto por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial[13]. Sin embargo, con motivo de la presentación del Proyecto de Ley N° 4002/2009-PE ya referido, el mencionado órgano de gobierno del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 177-2010-CE-PJ, del 20 de mayo de 2010, dispuso la creación de una Sala Penal Nacional Especial encargada del juzgamiento de los delitos cometidos por funcionarios públicos, con las misma competencia que se otorgó en su oportunidad al Subsistema Anticorrupción, la que debía entrar en funcionamiento cuando se expida la norma legal que disponga la aplicación del NCPP en el Distrito Judicial de Lima, respecto a los delitos de su competencia.

La Sala Plena de la Corte Suprema, casi de modo paralelo, en sesión del 8 julio de 2010, aprobó el Proyecto de Ley[14] que dispone la aplicación adelantada del Código Procesal Penal para delitos cometidos por funcionarios públicos o relacionados con el crimen organizado. Propuesta legislativa que se basó en tres orientaciones: a) para garantizar la viabilidad y eficacia de la implementación del NCPP, propuso circunscribir los delitos a aquellos cometidos a través de organizaciones delictivas, o que produzcan repercusión nacional; b) la vigencia del NCPP debe adelantarse a las formas de criminalidad organizada bajo los lineamientos del artículo 24 del mencionado Código[15]; y, c) limitar la aplicación a determinadas figuras delictivas graves, bajo los dos elementos anotados, con la finalidad de configurar, por razones de una mejor gestión y reducción de inversiones, un subsistema judicial centralizado de carácter nacional, similar al de la Sala Penal Nacional[16] .

Proyecto de ley que no obtuvo ningún resultado, por el contrario como se ha señalado, el 15 de enero de 2011 entró en vigencia el NCPP para delitos cometidos por funcionarios públicos en el Distrito Judicial de Lima, pero sin competencia nacional. Por tal motivo y conforme a lo que acordó el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, el 20 de mayo de 2010, mediante Resolución Administrativa N° 136-2012-CE-PJ -publicada el 13 de julio del mismo año- dispuso que la Sala Penal Nacional Especial encargada del juzgamiento de los delitos cometidos por funcionarios públicos se constituya al interior de la Sala Penal Nacional, con la siguiente conformación: 01 Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, 03 Juzgados Penales Unipersonales Nacionales, del que se formará 01 Juzgado Penal Colegiado Nacional cuando corresponda, y 01 Sala Penal de Apelaciones.

A mérito de las dos resoluciones administrativas detalladas, cuando se trate de los delitos cometidos por funcionarios públicos que generen repercusión nacional y el proceso sea complejo, la competencia la deben asumir los órganos jurisdiccionales antes citados. A la fecha, su competencia se ha ampliado a las disposiciones del NCPP puestas en vigencia por la Ley N° 30076 y en especial por el contenido de la

Ley N° 30077.

APLICACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL EN EL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN

La gestión de los procesos a más de 3 años de aplicación del NCPP en un subsistema especializado sin duda alguna es una experiencia positiva, debido a que constituye un plan piloto que suministra información relevante para la implementación total del NCPP en el Distrito Judicial de Lima, que permite advertir aciertos y errores, y además permite establecer mediciones, tipologías de delitos de funcionarios que delinquen, eficacia de las investigaciones fiscales, índices de corrupción, etc.

En cuanto a la gestión de los procesos, el primer dato a corroborar es el aumento de la carga procesal en relación al primer año, dato que ha sido una constante en todos los distritos judiciales donde se empezó a aplicar de modo total el NCPP. Ello, porque el Ministerio Público inicia las diligencias preliminares, luego emite la Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, y al término de la misma decide si formaliza un requerimiento de sobreseimiento o de acusación

En lo que corresponde a la interpretación y aplicación de las disposiciones del NCPP, se debe considerar que el artículo 27 del NCPP establece que la Sala Penal de Apelaciones asume competencia para el conocimiento de los recursos de apelación que se interponen contra los autos y sentencias que emiten los Jueces de Investigación Preparatoria y los Jueces de Juzgamiento, conforme al reparto de competencias establecido por el artículo 28 del NCPP. La disposición 27 del NCPP debe ser concordada con el artículo 409 de este texto, que otorga a la referida Sala competencia para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad de oficio, en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

Y es que a diferencia del modelo del Código de Procedimientos Penales de 1940, la Sala Penal de la Corte Suprema ya no constituye una tercera instancia, sino una Corte de Casación[17], lo que determina que el derecho fundamental a la pluralidad de la instancia se agote con el recurso de apelación ante la Sala Penal de Apelaciones. El sistema de recursos otorga a este órgano jurisdiccional la tarea de ir delineando las líneas interpretativas que se constituyen en parámetros de interpretación para los jueces de la Investigación Preparatoria y los de Juzgamiento; y también para sus integrantes, quienes se encuentran vinculados por sus decisiones. De allí la exigencia de efectuar una interpretación conforme a las disposiciones de la Constitución, cuyos postulados han sido recogidos en el Título Preliminar del NCPP, produciéndose lo que se ha denominado la Constitucionalización del proceso penal[18].

Esto implica que el órgano jurisdiccional de segunda instancia en el respectivo distrito judicial, se constituya en el referente de las líneas interpretativas del NCPP, las que deben ser acordes a una interpretación conforme a sus postulados y en especial a las la Constitución. Es en base a esta normativa y jurisprudencia establecida por las Salas Penales de la Corte Suprema en las Casaciones y líneas jurisprudenciales trazadas en los Acuerdos Plenarios, que la Sala Penal de Apelaciones del Subsistema Anticorrupción viene aplicando las disposiciones del NCPP, fijando líneas interpretativas, entre las cuales, por razón de espacio detallamos las siguientes.

1. Aplicación de medidas cautelares requeridas por el Fiscal de la Investigación Preparatoria

Respecto a los requerimientos de prisión preventiva, se ha confirmado que el Ministerio Público requiere en menor número el dictado de prisión preventiva, optando por la comparecencia por restricciones. En el primer supuesto, lo solicita generalmente cuando se presenta una situación de flagrancia delictiva o por la gravedad de la pena. Este dato también se ha corroborado en los Juzgados Penales de Turno, que desde el 20 de agosto de 2013, aplican los artículos del NCPP referidos a la prisión preventiva. En efecto, los requerimientos de esta medida cautelar han disminuido en relación a las denuncias fiscales en las cuales no se motivaba el pedido de prisión preventiva y era el Juez Instructor quien con la sola lectura de los medios probatorios determinaba qué medida cautelar correspondía la denunciado. Ahora el mayor número corresponde a comparecencia con restricciones o simple.

Los Jueces del Subsistema Anticorrupción han asumido como líneas interpretativas, la excepcionalidad y aplicación del principio de proporcionalidad al aplicar esta medida[19], habiéndose accedido a la petición fiscal generalmente cuando el imputado ha sido encontrado en flagrancia delictiva y ello se ha debido en gran medida al rol del denunciante, quien arriesgando inclusive su integridad personal ha acudido a los lugares donde ha sido citado por el imputado y ha grabado la solicitud o la entrega de dinero. Flagrancia delictiva a la que ha unido el peligro procesal de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria, en base a los indicadores establecidos en los artículos 269 y 270 del NCPP.

Esto ha determinado que el mayor número de medidas que se dicten sean las de comparecencia con restricciones, en las cuales se ha dictado la medida de caución en el menor número de casos, al haberse considerado la necesidad de un requerimiento motivado del Fiscal Provincial para su imposición, es decir, debe cumplirse con lo dispuesto en los artículos 288.4 y 289 del NCPP.

Por otro lado, se ha determinado que el Fiscal Provincial al comunicar la formalización de la investigación preparatoria no solicita al Juez la imposición de medida cautelar alguna, y pese a ello, se ha dictado de oficio la comparecencia simple. La Sala Penal de Apelaciones ha interpretado que no corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria dictarla de oficio, ya que toda medida cautelar de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar y disposiciones especificas del NCPP debe ser solicitada por el órgano legitimado, en este caso, por el Ministerio Público. Y además porque este Órgano constitucional autónomo está facultado para dictar la conducción compulsiva del omiso en caso de inconcurrencia a una citación debidamente notificada, conforme lo dispone el artículo 66.1 del NCPP.

En cuanto a los requerimientos de prolongación de prisión preventiva, la Sala Penal de Apelaciones tiene en cuenta que según la regulación procesal penal se han establecido plazos máximos de duración de la prisión preventiva, en atención a uno de los principios que la rige, el de temporalidad, lo que no excluye la posibilidad de realizar un análisis acerca de la razonabilidad del plazo solicitado por el titular de la acción penal.

El plazo de la prisión preventiva según los numerales 1 y 2 del artículo 272 del NCPP no durará más de 9 meses tratándose de procesos comunes y de 18 meses tratándose de procesos complejos, plazos que son los máximos y que pueden ser prolongados en los límites que se establece en el numeral 1 del artículo 274 del citado Código, dispositivo que ha sido modificado por la Ley N° 30076, siempre que: Concurran circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso; y el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria. Como la modificatoria determina que los plazos de prolongación además puedan cubrir la duración de la etapa intermedia y un eventual juicio oral, se tiene especial diligencia al evaluar los presupuestos de la prolongación de esta medida cautelar.

En lo que concierne a la suspensión preventiva de derechos, los presupuestos para su dictado se encuentran previstos en el artículo 297 del NCPP. Es una medida que no viene siendo utilizada por el Ministerio Público, pese a que en los casos en que se ha dictado comparecencia con restricciones contra el funcionario o servidor público este continúa laborando en la institución pública y su presencia en ella puede constituir un factor objetivo de entorpecimiento de la actividad probatoria. En los años de vigencia del NCPP solo se ha presentado una suspensión preventiva de derechos, sobre suspensión temporal en el ejercicio de un cargo, empleo o comisión de carácter público, prevista en el literal b) del numeral 1 del artículo 298 del NCPP. Medida denegada por los órganos jurisdiccionales del Subsistema Anticorrupción porque en el contradictorio no se determinó la necesidad de imponer esta medida.

Finalmente, en cuanto a la medida de detención domiciliaria prevista en el artículo 290 del NCPP, es una medida que hasta la fecha no ha sido solicitada por el Ministerio Público. Este dato es interesante ya que contrasta con las decisiones jurisdiccionales dictadas en el Subsistema Anticorrupción en liquidación, en las cuales varios imputados afrontaron sus procesos con arresto domiciliario, inclusive luego de haberse vencido el plazo máximo de la prisión preventiva; decisiones que en un principio determinaron problemas de interpretación

en cuanto al plazo máximo del arresto domiciliario, no previsto en el artículo 143.1 del Código Procesal Penal de 1991, y luego en relación a la redención de los días efectivamente arrestados en el cómputo de la pena privativa de libertad[20].

En conclusión, consideramos que si no se ha solicitado esta medida de coerción procesal personal, es porque el Ministerio Público ha considerado que no ha tenido un caso en el cual haya sido necesaria su aplicación, pues deben cumplirse en estricto los presupuestos del artículo 290 del NCPP.

2. Aplicación de medidas que implican restricciones de derechos distintos a la libertad personal

La Sala Penal de Apelaciones ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación a las medidas que implican restricciones de derechos como la intimidad personal. Así, en cuanto a la intervención de control de las comunicaciones, ha establecido la diferencia entre la intervención de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación en tiempo real; y el requerimiento de los reportes históricos de las llamadas y mensajes de textos que obran en poder de las empresas de telefonía o de internet. Ha señalado que en el segundo caso, el requerimiento debe ser tramitado según lo establecido en los artículos 202 y 203 del NCPP previa audiencia con citación al presunto afectado, al no verificarse riesgo fundado y serio de pérdida de la finalidad de la medida[21]; en cambio en la intervención en tiempo real por su naturaleza se dispone sin intervención del presunto afectado, a la brevedad posible, y aplicando estrictamente el principio de proporcionalidad.

3. Aplicación de la tutela de derechos

La Sala Penal de Apelaciones tiene establecido que la institución de la tutela de derechos, prevista en el artículo 71.4 del NCPP, es una garantía de específica relevancia procesal penal que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos en el artículo 71 del acotado Código, entre ellos, el derecho de defensa, la exclusión de prueba prohibida. De este modo, se faculta al imputado a acudir al Juez de la Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales[22].

El mencionado órgano jurisdiccional ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación a diversos pedidos de tutela. Por ejemplo, se ha pronunciado en relación a la expedición de copias gratuitas solo a los defensores de los imputados de escasos recursos económicos en una interpretación del numeral 7 del artículo 84 del NCPP de conformidad con la Constitución[23]. Dispositivo que consagra como uno de los derechos del defensor, el acceder al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso, con las limitaciones que prevé la Ley, y obtener copias simples de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.

Para resolver se tuvo en consideración lo dispuesto por el numeral 16 del artículo 139 de la Constitución, que establece el principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos y en los casos que la ley señala. Que la Norma Fundamental consagra en principio, un derecho de alcance general a favor de todas las personas de escasos recursos, que comprende dos aspectos: poder litigar sin tener que adelantar lo que técnicamente se llaman costas, y contar con un abogado patrocinante gratuito. [24]Gratuidad que podría comprender a todos los que intervienen en un proceso si las leyes de desarrollo constitucional así lo establecen[25].
Considera que el mandato constitucional ha sido desarrollado por el artículo I del Título Preliminar del NCPP, que consagra que la justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales[26] y por la Ley Nº 29360 -Ley del Servicio de Defensa Pública- cuyo artículo 5 prescribe como una de las principales funciones de este servicio, el brindar asesoría y defensa gratuita a quienes no cuenten con recursos para contratar una defensa privada, que el Tribunal Constitucional ha interpretado que en el ámbito judicial, el mandato constitucional mencionado se traduce en asegurar, a las personas de escasos recursos, el acceso, el planteamiento y la obtención de un fallo judicial que resuelva sus diferencias dentro de un proceso judicial gratuito[27].

Teniendo en cuenta que el NCPP viene siendo implementado de modo progresivo en el país, precisamente por motivos presupuestarios, ha establecido como criterio interpretativo que al defensor público de un imputado que no cuente con recursos económicos debe otorgársele copias simples gratuitas del expediente fiscal y judicial, las que en atención al principio de razonabilidad deben ser las necesarias para facilitar el ejercicio del derecho de defensa.

Podemos concluir entonces, que la interposición de la tutela de derechos fundamentales y legales del imputado, sí es utilizada por la defensa de los imputados, habiendo obtenido en los casos que correspondía una medida protectora y/o correctiva de los derechos.

4. Aplicación del control del plazo de las diligencias preliminares

El plazo razonable de la duración de los procesos penales no se encuentra previsto de modo explícito en la Constitución, lo que no impide su protección si se lleva a cabo una interpretación de este derecho de conformidad con lo establecido en los tratados de derechos humanos[28]. Así lo dispone la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Norma Fundamental, la que nos obliga a recurrir a lo que estas normas internacionales consagren.

Al respecto, existe abundante doctrina jurisprudencial de parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha establecido que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable y que la falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales[29].

La Corte Interamericana al desarrollar este derecho ha establecido que son 4 los elementos para determinar la afectación o no del plazo razonable: complejidad del asunto, actividad procesal del interesado, conducta de las autoridades judiciales y la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso[30]. Siguiendo a este órgano jurisdiccional internacional, el Tribunal Constitucional en precedentes vinculantes y doctrina jurisprudencial ha consagrado estos 4 elementos, los que son analizados por los Jueces del Subsistema Anticorrupción cuando se trata de determinar la afectación o no del plazo razonable de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria.

Al respecto, es necesario indicar que el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N° 5228-2006-PHC/TC, ha establecido como criterio jurisprudencial que una petición por la presunta afectación del plazo razonable debe analizarse teniendo en cuenta 2 elementos: Subjetivo, referido a la actuación del investigado y del fiscal; y, objetivo, referido a la naturaleza de los hechos de investigación fiscal. Sentencia que los Jueces del Subsistema Anticorrupción tienen en cuenta en las audiencias en las que se debate la razonabilidad del plazo de las actuaciones fiscales, tanto en las diligencias preliminares como en la investigación preparatoria. Y en igual sentido respecto al plazo máximo establecido por el NCPP para dichas actuaciones.

En relación al control del plazo de las diligencias preliminares, el artículo 334.2 del NCPP en su versión primigenia estableció que su plazo era de 20 días salvo que se produzca la detención de una persona[31], facultando al Fiscal a fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación. En el segundo caso, se advierte que no se estipula un plazo, ya que se alude a uno razonable, lo que determinó un problema interpretativo en función a que el Fiscal a cargo de las diligencias preliminares consideró que el plazo inicial de las diligencias preliminares de una investigación considerada compleja debe ser de 8 meses más 8 meses de prórroga; y no el de 120 días fijado en la Casación 02-2008- La Libertad, el que a su criterio correspondía a una interpretación del plazo de las diligencias preliminares de una investigación simple.

La Sala Penal de Apelaciones consideró que, a diferencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, el NCPP establece plazos a la investigación preparatoria conducida por el Ministerio Público y que si bien no se señalan plazos para la conclusión del juicio, una vez formulada la acusación debe resolverse en un plazo razonable, ya que así lo dispone el artículo I del Título Preliminar del NCPP. En mayoría interpretó que del texto literal del numeral 2 del artículo 344 concordado con los numerales 1 y 2 del artículo 342, que regula el plazo de la investigación preparatoria en casos comunes y complejos, se pueden extraer 04 sentidos interpretativos, optando por la siguiente norma: "El plazo distinto de las diligencias preliminares según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación, no puede ser mayor del plazo de la investigación preparatoria en casos comunes, esto es, de 120 días naturales"[32].

A criterio del mencionado órgano jurisdiccional es el sentido interpretativo que más se adecúa al nuevo modelo procesal penal, entre otras razones, porque ante los problemas de retardo en la tramitación de los procesos se incorporó como principio de interpretación, el derecho al plazo razonable tanto de las diligencias preliminares, investigación preparatoria y medidas limitativas de derechos. La base normativa lo constituye el artículo 139.3 de la Norma Fundamental, que consagra el debido proceso, habiendo interpretado los órganos jurisdiccionales y el Tribunal Constitucional que el plazo razonable constituye una manifestación implícita del debido proceso. Y también por la naturaleza de las diligencias preliminares[33], en relación a las que se deban actuar en la investigación preparatoria, criterio de diferenciación que se estableció en la Casación N° 02-2008, La Libertad, entendiendo las diligencias preliminares como excepcionales.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República se pronunció en la Casación N° 318-2011-Lima, de 22 de noviembre de 2012, considerando que resulta innecesario establecer un plazo distinto en casos que evidencien ser complejos, compartiendo los criterios interpretativos de la Sala Penal de Apelaciones. Sin embargo, la misma Sala Suprema ha establecido en la Casación 144-2012-Ancash, que el plazo máximo de las diligencias preliminares de procesos complejos es de 8 meses.

Esta línea interpretativa permitirá que tratándose de investigaciones fiscales por delitos perpetrados por organizaciones delictivas, el plazo máximo sea de 80 meses. Ello en atención a la modificatoria introducida por la Ley N° 30077, que modificó plazo de la investigación preparatoria para los delitos cometidos en el marco de la criminalidad organizada a 36 meses, con una prórroga por igual plazo, es decir por 72 meses. Y si a este plazo máximo prorrogado le agregamos los 8 meses según la interpretación de la Sala Penal Permanente, el resultado es un plazo de 80 meses. Por lo que cabe preguntarse si este plazo constituye un plazo razonable bajo los estándares de la Corte Interamericana antes mencionados.

Finalmente, en relación al control de plazos de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria, a los 3 años de aplicación del NCPP se advierte que el número de pedidos de control de plazos ha disminuido; habiéndose resuelto en algunos pedidos que los plazos de las diligencias preliminares o la prórroga de las investigaciones preliminares no son justificados por irrazonables, por lo que deben cesar debiendo el Ministerio Público proceder a emitir la disposición que corresponda.

5. Aplicación del principio acusatorio

La Constitución otorga al Ministerio Público dos importantes atribuciones en materia procesal penal, consistentes en la conducción de la investigación del delito y el ejercicio de la acción penal. Estas atribuciones consagradas en los numerales 4 y 5 del artículo 159 no habían sido cumplidas de modo cabal no obstante que el Constituyente de 1979 le otorgó a los Fiscales que lo integran estas mismas atribuciones cuando lo independizó del Poder Judicial[34]. El NCPP las desarrolla, conforme es del verse del contenido del artículo IV del Título Preliminar y sus diversas disposiciones, las que garantizan el cumplimiento del principio acusatorio.

Respecto a este principio, la Sala Penal de Apelaciones ha establecido que una de sus notas esenciales es la división de roles entre el Ministerio Público[35] y el órgano jurisdiccional, lo que determina que la función de investigación se encuentre a cargo del Ministerio Público, como titular de la acción penal y de la carga de la prueba[36]. El Juez de la Investigación Preparatoria, concebido como un juez de garantías, ejerce los actos de control de las partes procesales y las demás atribuciones que el legislador le ha concedido según el artículo 29 del Código Adjetivo. De este modo, el juzgamiento escenario fundamental del proceso, se encuentra a cargo de los jueces Unipersonales o Colegiados (artículo 28.3 del NCPP).

Ha considerado además, que constituye una obligación del Fiscal tener en cuenta lo relativo a la imputación necesaria o suficiente, al momento de emitir la Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, imputación necesaria que constituye una manifestación implícita del derecho fundamental de defensa y cuyo contenido esencial debe ser interpretado en un sentido amplio, como la obligación de todos los poderes públicos de informar oportunamente de los hechos y cargos de imputación (penales, disciplinarios, administrativos sancionatorios, etc.) que pesan en contra del ciudadano. Tratándose de una investigación preparatoria dicha obligación corresponde al Ministerio Público, y no solo tiene su alcance correctivo a partir de dicha imputación, basado en el principio de legalidad material y de los derechos de defensa y motivación de las resoluciones, sino también en el control del requerimiento de acusación.

Imputación necesaria que inclusive sirve como correctivo en el pronunciamiento de la sentencia, cuando el "Juez de Control ha inobservado la incorporación de un hecho nuevo en la acusación no previsto en la formalización"[37], esto último se condice con el principio de congruencia procesal[38]. Derecho que precisa que el imputado conozca los hechos considerados punibles por la denuncia o la acusación lo antes posible o en el momento procesal oportuno, de tal manera que pueda estructurar razonablemente su defensa con arreglo a esa inculpación, pues no es posible defenderse de lo que no se conoce[39].

Otras de las manifestaciones del principio acusatorio implica que el órgano jurisdiccional no puede devolver al Ministerio Público la Disposición de formalización y continuación de la Investigación preparatoria a fin que subsane alguna omisión, toda vez que las irregularidades en que se hayan incurrido en ella pueden ser evaluadas en todo caso, por un Fiscal Superior al interior del propio Ministerio Público, pues es un Órgano constitucional autónomo y jerárquicamente organizado.

Asimismo, teniendo en cuenta que una de las notas esenciales de este principio, es que el objeto del proceso lo fija el Ministerio Público y la función de acusación es privativa de este órgano constitucional[40], la Sala Penal de Apelaciones ha determinado que otra de las acepciones de este principio es que debe existir correlación entre la Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria y el requerimiento de acusación, conforme lo precisa el artículo 349.2 del CPP[41]. Sin embargo, la identidad debe ser parcial, toda vez que la finalidad de la investigación preparatoria es que el Fiscal recabe nuevos elementos de convicción o incorpore nuevas circunstancias que rodean al injusto penal.

En conexión a este principio, la Sala Penal de Apelaciones ha reiterado que conforme al artículo 352.2 del NCPP, en la etapa intermedia, el Fiscal pueda efectuar las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención

los recurrentes[42]. Si no hay observaciones, se tendrá por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio en los términos precisados por el Fiscal. Control sustancial y formal de la acusación que ha sido interpretado por el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116.

Finalmente, otra de las manifestaciones del principio acusatorio, consiste en que el Juez de la Investigación Preparatoria no puede cuestionar los hechos y la tipicidad expuestos en la acusación fiscal. A este órgano jurisdiccional se le reserva la facultad de dictar el sobreseimiento de oficio, pero respetando los hechos que constituyen el supuesto fáctico de la imputación (artículos 344.2 y 352.4 del NCPP). Y al Juez de Juzgamiento se le ha reservado la facultad de desvinculación de la calificación jurídica de los hechos propuesta por el Ministerio Público en la postulación de su acusación, para lo cual deberá respetar el procedimiento establecido en la ley (artículo 374.1 NCPP). Desvinculación que puede ser de oficio o derivar de un pedido expreso que efectúe el abogado defensor al Juzgador en juicio oral solicitando se aplique la norma que desde su perspectiva jurídica resulte más favorable a los intereses de su patrocinado, pues como se ha establecido la acusación contiene un titulo de imputación o calificación siempre provisional.

CONCLUSIÓN

La Ley N° 29574 dispuso la entrada en vigencia del NCPP para delitos cometidos por funcionarios públicos en el Distrito judicial de Lima, a partir del 15 de enero de 2011. Si bien modificó sorpresivamente el calendario oficial, la experiencia adquirida en la implementación del NCPP en el Distrito Judicial de Lima, sin duda servirá para la implementación en forma total del Código, en un distrito judicial que se ha caracterizado por ser el que registra el mayor número de procesos penales y los casos más graves, especialmente vinculados a delitos comunes de gran violencia.

La experiencia en la aplicación de las disposiciones del NCPP ha resultado positiva, ya que se viene efectuando una interpretación de sus postulados de conformidad con lo establecido por la Norma Fundamental y los principios y derechos consagrados en el Título Preliminar del NCPP. Los criterios interpretativos fijados en las instituciones que se han analizado así lo confirman. Por otro lado, se vienen cumpliendo los principios que inspiran el nuevo modelo procesal, en especial, el transparencia a través del sistema de audiencias, que a su vez materializa el principio de publicidad en los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, consagrado en el numeral 4 del artículo 139 de la Norma Fundamental. Publicidad que a la vez permite el control ciudadano sobre el accionar no solo de los jueces sino de todas las partes del proceso.

El sistema de audiencias permite también la materialización de los principios de contradicción y de inmediación, desarrollándose un amplio debate de los requerimientos fiscales y pedidos de las partes procesales, los que en su mayoría se resuelven en ese acto, garantizando la solución de los problemas planteados dentro de un plazo razonable. Dada la trascendencia de los casos vistos en el Subsistema Anticorrupción, es obligación del órgano jurisdiccional satisfacer con prontitud la expectativa social en los casos de mayor sensibilidad, lo que estimamos se viene cumpliendo.

NOTAS

(*) Presidenta de la Sala Penal de Apelaciones y Coordinadora del Subsistema Anticorrupción que aplica el Nuevo Código Procesal Penal -Distrito Judicial de Lima. Magíster en Derecho, mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Especialista en Derechos Humanos y estudios concluidos de Doctorado en Derecho Constitucional, ambos por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora Principal de la Academia de la Magistratura, y de la Maestría en Derecho Procesal de las Universidades San Martín de Porres y Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) De 05 de junio de 1984.

(2) Por Decreto Ley N° 25461, de 29 de abril de 1992.

(3) Por citar las Leyes N°s: 27378 y 27379 , ambas del 21 de diciembre de 2000. La primera, dispuso beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, mientras que la segunda estableció que la Fiscalía realice investigaciones preliminares antes del ejercicio de la acción penal y solicite medidas excepcionales limitativas de derechos. Además, citamos las Leyes N°s. 27686, 27411, 27697, 27454, 27553, 27652, 27664, 27753, 27834, 27934 y 27939.

(4) En relación a la reforma del proceso penal peruano, véase a SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio.

"La Reforma Procesal Penal Peruana: Evolución y Perspectivas". En: Anuario de Derecho Penal 2004. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2004_05.pdf.

(5) Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana.

(6) Resolución Administrativa N° 101-2014-CE-PJ, del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, de fecha 19 de marzo de 2014.

(7) Convención Interamericana contra la Corrupción, del 29 de marzo de 1996. Aprobada por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa Nº 26757 de 13 de marzo de 1997 y ratificada por Decreto Supremo N° 012-97-RE, publicado el 24 de marzo de 1997. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada mediante Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003. Aprobada por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa Nº 28357, de 5 de octubre de 2004 y ratificada por Decreto Supremo Nº 075-2004-RE, de 19 de octubre de 2004.

(8) La primera modificatoria se relacionaba con los deberes de los jueces, tipificando un nuevo supuesto de falta grave. En cuanto a la segunda modificatoria, con el deber por parte de Jueces y Fiscales de cumplir con los plazos procesales y de remitir un informe a sus respectivos órganos de control si incurrían en retardo. Modificatorias que a nuestro criterio no eran necesarias, como se hizo notar en su oportunidad. Cfr. CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes. "Vigencia del Código Procesal Penal para delitos contra la Administración Pública: Ensayo sobre su conveniencia y repercusiones en el Subsistema Anticorrupción". En: Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima, años 6-8, 7-9, 2010, diciembre de 2010, pp. 539 a 575.

(9) Véase al respecto JUSTICIA VIVA. Balance del Subsistema Anticorrupción a seis años de su creación (2000-2006), Lima, 2007.

(10) Otras sentencias pueden ser consultadas en: BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto y NOLASCO VALENZUELA, José Antonio. Jurisprudencia Penal Generada en el Subsistema Anticorrupción, Tomos I y II, Palestra editores, Lima, 2006.

(11) De fecha 02 de diciembre de 2010, publicada en el diario oficial El Peruano, el 14 del mismo mes y año.

(12) Resolución Administrativa N° 059-2011-P-CSJLI/PJ, modificada por la Resolución Administrativa N° 135-2013-P-CSJLI/PJ. Esta última en su artículo cuarto dispone que la Sala Penal Especial se conforme con carácter permanente, con el primer y segundo magistrado de la Sala Penal de Apelaciones y se complete con el magistrado menos antiguo de la Segunda Sala Penal Liquidadora.

(13) Resolución Administrativa N° 154-CE-PJ, de 13 de agosto de 2004, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de agosto de 2004.

(14) A través de la Resolución Administrativa Nº 015-2010-SP-CS-PJ.

(15) Artículo 24 del NCPP: Los delitos especialmente graves, o los que produzcan repercusión nacional cuyos efectos superen el ámbito de un Distrito Judicial, o los cometidos por organizaciones delictivas, que la ley establezca, podrán ser conocidos por determinados jueces de la jurisdicción penal ordinaria, bajo un sistema específico de organización territorial y funcional, que determine el Órgano de Gobierno del Poder Judicial. Los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos; y, los delitos de secuestro y extorsión que afecten a funcionarios del Estado, podrán ser de conocimiento de los jueces de la Capital de la República, con prescindencia del lugar en el que hayan sido perpetrados.

(16) Que se encarga del Juzgamiento de los delitos de Terrorismo, Tráfico ilícito de drogas, violación de Derechos Humanos, Tráfico ilícito de drogas, Lavado de activos, Delitos aduaneros y Tributarios y otros.

(17) El recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario que encuentra sustento en el artículo 141 de la Constitución Política y cuyo conocimiento corresponde exclusivamente a las Salas Especializadas de la Corte Suprema. En el ámbito penal ha sido desarrollado de manera específica en los artículos 427 al 436 del NCPP, disposiciones que deben ser interpretadas teniendo en cuenta los preceptos generales de la impugnación establecidos en los artículos 404 al 414 del acotado código. La Casación, como correctamente sostiene San Martín Castro, tiene una finalidad eminentemente defensora del ius constitutionis, del ordenamiento jurídico, a través de dos vías: a) la función nomofiláctica, que importa la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico; y, b) la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. Derecho Procesal Penal, 2da. edición, Tomo II, Grijley, Lima, 2006, p. 991.

(18) Al respecto, ver: BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal: fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio, Universidad Externado de Colombia, 5ta. edición, Bogotá, 2004.

(19) Al respecto, ver: CÁCERES JULCA, Roberto y LUNA HERNÁNDEZ, Luis. Las medidas cautelares en el proceso penal, Jurista Editores, Lima, 2004.

(20) Sentencia del Exp. N.° 0019-2005-PI/TC, de 21 de Julio de 2005, que resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República

contra la Ley N.º 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47 del Código Penal. Además, la sentencia del Exp. N.º 6201-2007-PHC/TC, de 10 de marzo de 2008. Caso Moisés Wolfenson Woloch.

(21) Exp. N° 000047-2011-1-1826-JR-PE-01, Juez Superior ponente Ramiro Salinas Siccha.

(22) Institución procesal que ha sido interpretada por el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, de 16 de noviembre de 2010. Asunto: Audiencia de tutela. Y posteriormente, por el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116, ya mencionado.

(23) Exp. N° 00027-2011-1-1826-SP-PE-01, Resolución N° 3, de 19 de mayo de 2011. Juez Superior ponente Castañeda Otsu.

(24) ARIANO DEHO, Eugenia. "Artículo 139 Gratuidad en la Administración de justicia". En el Colectivo: La Constitución Comentada-Análisis artículo por artículo, Director Walter Gutiérrez, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pp. 592 a 595

(25) Regulación distinta de otros ordenamientos constitucionales, como el caso de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo artículo 17 prescribe que el servicio de administración de justicia será gratuito, "quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales"

(26) En los artículos 497 al 507 del NCPP se regula las costas, las que serán impuestas al imputado cuando sea declarado culpable. Se establece también la exoneración de la imposición de costas a quien obtiene auxilio judicial.

(27) Exp. Nº 0048-2004-PI/TC. Interpretación a nuestro criterio acorde con lo estipulado por el artículo 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual toda persona acusada por delito tiene entre otros derechos, el que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

(28) Donde se encuentran consagrados, según es de verse de los artículos 14.1 y 8.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, respectivamente. Tratados que forman parte de nuestro derecho interno, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución Política.

(29) Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia del 21 de junio de 2002.

(30) Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, sentencia del 27 de noviembre de 2008 y, Caso Garibaldi vs. Brasil, sentencia del 23 de setiembre de 2009, entre otras.

(31) Plazo que ha sido ampliado a 60 días conforme a la Ley N° 30076.

(32) Exp. N°s. 00100-2011-1-1826-JR-PE-01 y 00100-2011-2-1826-JR-PE-01. Juez superior ponente Susana Ynes Castañeda Otsu.

(33) Su finalidad inmediata es realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente.

(34) Artículo 250 de la Constitución: El Ministerio Publico es autónomo y jerárquicamente organizado. Le corresponde: 5.- Vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial, y promover la acción penal de oficio o a petición de parte.

(35) Según Mauricio Duce, el hecho histórico que la etapa de instrucción se haya engullido al juicio y que, en la práctica del sistema inquisitivo reformado, los jueces asuman un rol protagónico en la producción de la prueba en el juicio, relegó también al Ministerio Público a un papel secundario en esta etapa. Ver: DUCE J. Mauricio: "El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del Estado de los cambios". EN: El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. Palestra, Lima, 2005, p. 93. Por otro lado, en el nuevo modelo, el Fiscal es el primer funcionario dentro del sistema jurídico penal que tiene en sus manos la facultad de decidir el futuro de la persona que podría ser expuesta al sistema procesal penal. Cfr. QUIÑONES VARGAS, Héctor. Principios Generales para la comprensión de la Reforma Procesal Penal en la República Dominicana, Derecho Procesal Penal, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, 2007, p. 255.

(36) Al respecto, Cfr. Casación N° 54-2009-La Libertad, de fecha 20 de julio de 2010.

(37) Fundamento 30 de la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Exp. 00001-2011-4, Lima, 27 de enero de 2012, en la que se consigna: "En cuanto al tercer hecho imputado, consistente en poseer cuentas corrientes en distintas entidades bancarias y financieras, el Colegiado precisa que es una imputación genérica e incierta que afecta el principio acusatorio y el derecho de defensa (…) Imputación que no ha sido considerada en la Disposición de formalización y continuación de la investigación Preparatoria; sin embargo, aparece en el requerimiento de acusación fiscal y auto de enjuiciamiento, infringiéndose lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 349 del NCPP". Juez Superior ponente Susana Castañeda Otsu.

(38) Artículo 349.2 del NCPP "La acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de formalización y continuación de la Investigación Preparatoria, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica"; y numerales 1 y 2 del artículo 397 del NCPP.

(39) SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Estudios de Derecho procesal penal. Grijley, Lima. 2012, pp. 445-446.

(40) Según lo ha establecido la Sala Penal Permanente de

la Corte Suprema en la Queja N° 1678-2006-Lima, de 13 de abril de 2007; y Casación N° 54-2009-La libertad, de 20 de julio de 2010, fundamento quinto.

(41) La acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de formalización y continuación de la Investigación Preparatoria, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.

(42) Se trata por tanto, de aclaración de circunstancias, que vienen a ser aquellas situaciones que rodean a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del agente. Conforme sostiene Víctor Prado, se denomina circunstancias a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuricidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del quantum de la pena aplicable al hecho cometido. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. La Reincidencia, Habitualidad y Concurso Real de Delitos: Nuevos Problemas en la Determinación Judicial de la Pena, Lima, Centro de Investigaciones Judiciales, 2008. p. 551.

FEMINICIDIO

Gabriel Espiño
Psicólogo.
Psicoanalista.
Miembro de la Asociación Argentina de Psiquiatras
AAP.

Estamos, sino hartos, al menos saturados de informaciones de múltiples asesinatos de mujeres, además de aquellas que son golpeadas, violadas, violentadas de las diversas formas que hacen al ser tratadas como "objetos" de las pasiones desatadas, de las diversas formas de violencia, de denigración, de descalificaciones de género, que entran
dentro de lo que en forma general se denomina "machismo", término éste que acarrea no pocas dificultades, ya que parece decir mucho y en realidad dice bastante menos de lo que parece.

El machismo es una estructura compleja e histórica de consideración, valoración y adjudicación de lugares, para la mujer en clara subsunción, sometimiento o inferioridad en relación al hombre, que entonces puede hacer de ellas lo que le parezca, tratándolas como posesión o parte de sus posesiones, con las cuales puede hacer lo que le plazca.
Seguro que hay leyes, que intentan acotar estos desbordes que pueden llegar al asesinato o transformar la vida de las víctimas en un verdadero calvario cronificado en el tiempo.; pero el fenómeno, va más allá de las leyes o al menos de sus administradores, que a veces muestran claros y a la vez oscuros, manejos absolutorios o justificadores de las conductas homicidas masculinas.

Así, en algunos lugares, hacer una denuncia por agresión física, que es siempre psicofísica, de parte de la pareja de alguien, si la agredida es una mujer, presenta las características de otra agresión, en este caso institucional, ya que se descalifica y destrata a la víctima sometiéndola a interrogatorios entre idiotas y pueriles, que intentan culpabilizarla o justificar al agresor. Es algo del famoso "algo habrá hecho " la víctima para provocar una golpiza, una violación o la reiteración de episodios violentos padecidos; así se desdibuja el rol del agresor, casi hasta licuar su responsabilidad en el hecho.

En otros casos, cínicamente, la persona encargada de recibir la denuncia, puede decirle "¿ y por qué no se va o se separa del golpeador ? ", semejante nivel de idiocia, pasa por alto, el hecho de que la golpeada puede estar impedida por diversas causas : económicas, afectivas,miedo,etc. de actuar tan directamente. Hay otros casos o situaciones, donde directamente no se le recibe la denuncia, remitiéndola a otras instancias interminables, más propias de Kafkianos procesos interminables.

Entonces, una punta de explicación, acerca de cómo se llega al feminicidio y la aparición de manera creciente de este tipo de hechos, es clara por su tenebrosidad, no hay una clara conciencia social y cultural, de lo que está pasando, por más que se publiquen centenares de notas acerca de estos temas, porque quedan en la superficie, en la noticia que se va y vendrá otra luego...en lo profundo no se puede hasta ahora dimensionar el problema crucial que es el machismo y las conductas que de él derivan, incluso las criminales.

Y no sirve la excusa de algunos victimarios de que "la maté porque la amaba ", es una mentira vil, el amor no mata, en todo caso la mató porque era un psicópata, un violento, un enfermo, un sádico o lo que fuere, lo que lejos de exculparlo, debería ser un agravante, ya que estos sujetos con estas características no suelen casi nunca sentir culpa y viven natural o naturalizadamente sus violencias. Razón por la cual, jamás las modificarán en un gran porcentaje de casos.

Sabemos, que cada crimen oculta una trama secreta y multifactorial de razones, pero seguramente hay una englobadora que podríamos llamar machismo (vuelvo a insistir,con las limitaciones del término), verdadera lacra sociocultural que cobija, ampara y justifica lo aberrante de la descalificación de género o la calificación de "objeto" masculino de la mujer.

MEIO AMBIENTE DE TRABALHO.PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO.
PRINCÍPIOS NORTEADORES DE UM NOVO PADRÃO NORMATIVO

Tereza Aparecida Asta Gemignani [1]
Daniel Gemignani [2]

A vida é curta demais para ser pequena

Benjamin Disraeli

...a vida líquida é uma vida precária, vivida em condições e incerteza constante,em que há envelhecimento rápido, obsolescência quase instantânea e veloz rotatividade.

Zygmunt Bauman

Resumo Num mundo pautado pela lógica do descarte, que assim tenta enquadrar o próprio ser humano, surge uma nova questão social, marcada por acirradas controvérsias em relação a segurança, saúde e integridade física no meio ambiente de trabalho. Neste contexto é preciso que o binômio dever ser/sanção, que estruturou o sistema jurídico da modernidade, passe a revestir-se de uma nova conotação, incorporando os princípios da precaução e prevenção como norte de um novo padrão normativo, a fim de manter sua eficácia na contemporaneidade e resguardar a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas postos pela Constituição de 1988.

Palavras chave: Meio ambiente de trabalho. Princípio da precaução. Princípio da prevenção. Inversão do ônus da prova. Teoria da menor desconsideração.

Sumário: 1- Introdução; 2-A lógica do descarte; 3- Repristinação da questão social ?; 4-As consequencias; 5- A função promocional do Direito; 6-O princípio da precaução e o princípio da prevenção; 7- Da responsabilidade. Teoria da menor desconsideração; 8-Do ônus da prova; 9- A edificação de um novo padrão normativo trabalhista; 10- A importância da perspectiva preventiva; 11- A atuação proativa do Poder Judiciário. A experiência de Cuiabá; 12- Conclusão. 13- Referências Bibliográficas

1-Introdução

O ordenamento jurídico da modernidade foi edificado sob o binômio dever ser/sanção. As normas de conduta estabelecem determinados comportamentos. Se violados, ensejam a aplicação de certa penalidade. O Estado-juiz atua somente quando provocado, em caso de ameaça concreta ou após a ocorrência de lesão.

A intensificação do conflito social, que marcou as últimas décadas, veio demonstrar que isso não era suficiente para que o Direito pudesse cumprir seu objetivo de dirimir conflitos e obter a pacificação social com justiça.

Nestes tempos de sociedade líquida, como define o sociólogo Zygmunt Bauman, a estratégia de obsolescência programática, que num primeiro momento foi engendrada para estimular a atividade econômica, chegou a um impasse.

Com efeito, o que se convencionou denominar "obsolescência programada" surgiu como alternativa na primeira metade do século passado, visando estimular a atividade industrial para superar a grande depressão causada pelo crash de 1929. Consistia na prática de reduzir a vida útil dos equipamentos para poder vender mais e, assim, impulsionar a retomada econômica. Com o tempo, consertar o que estava quebrado ficou tão caro, que era melhor jogar fora e comprar um novo. Jogar fora o velho produto e comprar a última novidade tecnológica devia ser estimulado, porque se as pessoas continuassem a comprar, a atividade econômica permaneceria aquecida e todos teriam emprego.

Entretanto, a intensificação deste processo de troca do velho (embora ainda passível de conserto) pelo novo, também levou ao desperdício de grandes quantidades de matéria-prima, água e energia, não só das utilizadas na produção dos que estão sendo jogados fora, mas também dos que são freneticamente produzidos para durar pouco, o que vem causando sérias preocupações quanto ao esgotamento dos bens da natureza, provocando danos ao ecossistema e ao meio ambiente, e comprometendo as condições de vida das próximas gerações.

Neste sentido o documento intitulado O futuro que queremos, recentemente divulgado pela ONU-Organização das Nações Unidas[3], chamando atenção para a importância de uma governança ambiental, diretriz que serve de referência também para o ambiente onde o trabalhador passa grande parte de sua vida produtiva.

Mas não é só.

Esse "modus operandi marcado pela lógica do descarte, calcado na idéia matriz de que tudo tem que ser substituído rapidamente, vem gerando uma mentalidade que passou a ser aplicada também em relação à própria pessoa do trabalhador, sua segurança, saúde, integridade física e mental.

Este artigo se propõe a examinar tais questões, focando a análise em seus desdobramentos no meio ambiente de trabalho e os efeitos que provoca na formação de um novo padrão normativo.

2-A lógica do descarte

O intercâmbio comercial trouxe muitos benefícios para a humanidade. A troca de produtos, serviços e informações sempre se constituiu num importante motor de desenvolvimento.

Entretanto, na contemporaneidade, a lógica da compra/venda passou a monitorar os demais atos da nossa vida, aniquilando o conceito de valor e substituindo-o pela idéia de preço. Assim, pouco importa o valor, basta saber qual é o preço.

O mais assustador é que essa mentalidade vem sendo aplicada também ao ser humano, destituindo-o da condição de sujeito e transformando-o num objeto passível de troca, cujo "preço" é aferido pela possibilidade "de uso". Nesta toada, pouca importância se dá às condições de segurança e saúde no meio ambiente de trabalho pois, quando um trabalhador fica incapacitado, é mais fácil descartálo e substituí-lo por um novo.

Se durante todo o século XX lutamos bravamente para impedir que o trabalho fosse reduzido a situação de mercadoria, no início deste novo século nosso desafio é maior ainda: impedir que a própria pessoa do trabalhador seja reduzida à condição de mercadoria, num momento em que a descoberta de novas tecnologias e a exigência de intensificação dos ritmos das tarefas tem precarizado o meio ambiente de trabalho, aumentando os acidentes e provocando o surgimento de novas doenças.

Neste contexto, se revela cada vez mais insuficiente a singela resposta até hoje oferecida, consistente no pagamento de um adicional pela prestação laboral em condições de insalubridade e periculosidade, seguida de um rápido "descarte" do ser humano quando perde seu " uso". Tal situação nos desafia a encontrar novas respostas, a fim de evitar a fratura que poderá provocar o desmoronamento do edifício normativo em relação ao meio ambiente do trabalho.

3- Repristinação da questão social ?

A chamada questão social começou a aflorar com maior intensidade em meados do século XIX, em decorrência das penosas e adversas condições de trabalho, que provocavam lesões cuja reparação não encontrava resposta no direito comum.

A necessidade de construir um novo direito que olhasse além das teóricas categorias jurídicas codificadas, prestasse mais atenção à realidade da vida e dos fatos cotidianos, teve que percorrer um longo caminho até conseguir a edificação de uma nova base axiológica, que lhe desse suporte para a autonomia, tarefa para a qual, na América do Sul, tanto Cesarino Junior[4] quanto Américo Plá Rodriguez[5] contribuíram de forma significativa para a consolidação do Direito do Trabalho como ramo autônomo, regido por conceitos próprios, assim passando a regular o mundo peculiar das relações trabalhistas.

Entretanto, as décadas finais do século XX registraram mudanças significativas, inclusive na maneira de trabalhar e na organização dos núcleos produtivos. A grande fábrica fordista deu lugar a conglomerados autônomos, marcados por atuação interrelacionada e pela intensificação do ritmo de trabalho.

A utilização do telefone celular e do computador transformaram as ferramentas de trabalho, aumentando as horas à disposição do empregador e invadindo os tempos da vida privada, criando de maneira camuflada e sub-reptícia novas formas de servidão.

O estímulo à atividade econômica, mediante a generosa concessão de financiamentos por longo prazo, veio formatar aquilo que o sociólogo Zygmunt Bauman[6] define como vida à crédito. Explica que antes, na sociedade dos produtores, o "adiamento da satisfação costumava assegurar a durabilidade do esforço do trabalho", por isso era preciso sacrificar o presente para poder gozar no futuro. Hoje, na sociedade dos consumidores, é preciso garantir a "durabilidade do desejo", gozar acelerada e exaustivamente o presente, vivendo "de crédito", cuja amortização se dará posteriormente, obrigando o ser humano a trabalhar intensamente para poder pagar o extenso rol dos débitos que assumiu, na pretensa satisfação de desejos que nunca terminam, gerando novas situações de servidão, que vão formar o caldo de cultura para o ressurgimento da questão social.

Embora se apresente com nova roupagem, na verdade o que ocorre é uma repristinação da questão social do século passado, que volta com força ante a dimensão da lesão que se avizinha, exigindo novas formas de proteção jurídica para evitar que o estado de constante servidão transforme o ser humano num objeto descartável.

Ao lado de um movimento de ascensão do individualismo, marcado pelo mote nietzschiano[7] "devo completar-me de mim mesmo", e de rejeição do solidarismo, que tem reduzido a participação dos trabalhadores na vida sindical, observa-se uma preocupante intensificação das macro lesões, notadamente no meio ambiente de trabalho, trazendo para o foco da discussão a questão dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, colocando em cheque o modelo de acesso à Justiça pela categorização de interesses e direitos.

Por isso Cássio Scarpinella Bueno[8] chama atenção para a necessidade de aprimorar, ampliar e otimizar a eficiência do acesso coletivo à Justiça, superando a baliza da categorização. Ressalta "que os direitos e interesses difusos, tanto quanto os coletivos e os individuais homogêneos, não são classes ou tipos de direitos preconcebidos ou estanques, não interpenetráveis ou relacionáveis entre si. São- é esta a única forma de entender, para aplicar escorreitamente,a classificação feita pela lei brasileira- formas preconcebidas, verdadeiros modelos apriorísticos, que justificam,na visão abstrata do legislador, a necessidade da tutela jurisdicional coletiva. Não devem ser interpretados, contudo, como realidades excludentes umas das outras, mas, bem diferentemente, como complementares."

O meio ambiente de trabalho, pela dimensão e importância que apresenta, congrega direitos

difusos, coletivos e individuais homogêneos, cuja análise deve ser feita sob a perspectiva constitucional.

Com efeito, a constitucionalização dos direitos trabalhistas é a resposta que vem sendo apresentada pelo sistema normativo à nova questão social surgida na contemporaneidade, apontando para a edificação de um novo padrão axiológico, que a doutrina vem sedimentando na aplicação dos direitos fundamentais também às relações entre particulares, superando o antigo modelo que os restringia às relações do cidadão com o Estado.

Conforme já ressaltamos em outro artigo[9], uma "das características mais expressivas da pós-modernidade, que marca a época contemporânea, é a intensificação das relações de poder entre os particulares". Num momento de fragilidade das instituições, o sistemático descumprimento da lei causado pelo descrédito em sua atuação coercitiva, tem acirrado as disputas de poder nas relações privadas, entre as quais as trabalhistas". Quando se trata de meio ambiente de trabalho, essa relação entre particulares se reveste de especial importância, porque gera efeitos ainda mais amplos, em decorrência das consequências que pode provocar em seu entorno social.

4- As consequências

O direito de trabalhar num ambiente saudável e seguro, disposto no inciso XXII do artigo 7º da Constituição Federal ao garantir a "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança" alberga direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Além disso se reveste de inequívoca socialidade, por ser evidente o predomínio do interesse social sobre o meramente individual, assim ensejando a aplicação dos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato, função social da empresa e função social da propriedade, pois os efeitos provocados não atingem apenas as pessoas dos contratantes, de modo que se revela insuficiente a alternativa de apenas pagar um adicional (de insalubridade ou periculosidade) ao invés de melhorar, de forma efetiva, as condições do meio ambiente do trabalho.

O trabalhador acidentado, "descartado do processo produtivo", vai engrossar a legião dos excluídos, passando a ser sustentado pela previdência, num momento em que o modelo conhecido como Estado do bem estar social se desintegra a olhos vistos. Neste contexto, qual a função do Direito ?

5- A função promocional do Direito

Como bem ressaltou Norberto Bobbio[10] não "se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados".

Assim sendo, em relação ao meio ambiente de trabalho, o direito contemporâneo não pode esgotar sua capacidade de atuação apenas na apresentação de resposta às situações de ameaça concreta, ou na função reparatória da lesão já ocorrida. A intensificação da função promocional do Direito e o estímulo à atuação preventiva mais abrangente se tornam cada vez mais importantes.

Em relação ao trabalhador, assegurar meio ambiente de trabalho seguro e saudável evita lesões incapacitantes ainda na idade produtiva, diminuindo os custos da previdência social com afastamentos por doenças e aposentadorias precoces.

Também evita inegável dano à sociedade, pois um trabalhador acidentado ou doente, que é "encostado", leva para a exclusão social toda sua família. A queda da renda prejudica os filhos, que tem sua formação profissional comprometida, porque precisam entrar mais cedo no mercado de trabalho, a fim de contribuir para o próprio sustento.

A intensificação do ritmo das obras de construção civil, premidas pelos curtos prazos de entrega e conclusão em virtude da Copa do Mundo, a ser realizada no Brasil em 2014, vem delinear um quadro preocupante, pois leva à inequívoca precarização das regras de segurança, o que pode aumentar, e muito, o número de acidentes e doenças profissionais.

Portanto, é chegado o momento de ponderar que, para garantir meio ambiente saudável e equilibrado no local de trabalho não basta efetuar pagamentos por danos já ocorridos, cujos efeitos via de regra são irreversíveis e a restitutio in integrum impossível. É preciso agir antes. Nesta perspectiva, as idéias de precaução e prevenção entram no ordenamento como princípios reitores da edificação de um novo

modelo de normatividade, pois tem o escopo de evitar que o dano ocorra.

Apesar de já ter adotado uma Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PNSST), o Brasil ainda não ratificou a Convenção nº 187 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prevê a adoção de medidas mais efetivas para preservação da segurança e saúde, por constatar que a maioria dos danos ambientais de grande proporção está relacionada ao desempenho de uma atividade econômica e exercício de um trabalho.

No entanto a Convenção 155 da OIT, que trata da segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, foi aprovada pelo Brasil (Decreto Legislativo nº 2/1992). O disposto em seu artigo 3º, alínea "e", estabelece que a saúde não pode ser definida apenas como "ausência de doenças", abrangendo também os "elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene no trabalho". Em seu artigo 4º, item 2, determina que a política estatal deve ser direcionada para "prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem conseqüência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida em que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho."

A Convenção 161 da OIT , também aprovada pelo Brasil (Decreto legislativo 86/1989), caminha neste mesmo sentido, ao priorizar em seu artigo 1º, I e II as funções essencialmente preventivas dos serviços de saúde no trabalho, que devem orientar o empregador, os trabalhadores e seus representantes na empresa sobre os "requisitos necessários para estabelecer e manter um ambiente de trabalho seguro e salubre, de molde a favorecer uma saúde física e mental ótima em relação com o trabalho; e a adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhadores, levando em conta seu estado de sanidade física e mental".

Assim, o antigo critério de limitar a atuação da norma à exigibilidade do pagamento de um adicional pela precarização das condições de saúde e segurança, provocada pela prestação laboral em condições adversas de insalubridade e periculosidade, a execrada monetização do risco, não pode mais subsistir.

Desde o julgamento do RE 466.343-SP, o STF vem adotando as razões de decidir exaradas no voto do Ministro Gilmar Mendes, apontando para uma nova hermenêutica no sentido de que, em conformidade com o disposto no parágrafo 2º, do artigo 5º, da CF/88, os preceitos internacionais ratificados pelo Brasil antes da EC 45 entram no ordenamento jurídico nacional como norma supralegal.

Portanto, a alusão à "lesão ou ameaça de direito", constante do inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, no que se refere ao meio ambiente de trabalho, deve ser interpretada sob a ótica de uma nova mentalidade. Ao invés da atuação restritiva, como resposta a ameaça concreta ou lesão já consumada, deve prioritariamente evitar a ocorrência da lesão, diretriz calcada nos princípios da precaução e da prevenção, que passam a ser aplicados e ter efeitos irradiantes também no direito trabalhista.

Neste sentido a reflexão de Norma Sueli Padilha[11], ao ressaltar que "quando a Constituição Federal, em seu art.225 fala em meio ambiente ecologicamente equilibrado, está mencionando todos os aspectos do meio ambiente. E, ao dispor, ainda, que o homem para encontrar uma sadia qualidade de vida necessita viver neste ambiente ecologicamente equilibrado, tornou obrigatória também a proteção do ambiente no qual o homem, normalmente, passa a maior parte de sua vida produtiva, qual seja, o do trabalho."

A leitura da matriz constitucional deve atentar para os novos tempos vividos neste início de século, em que a "economia capitalista produz uma enorme instabilidade, que ela é incapaz de dominar e controlar... e muito menos de evitar- assim como é incapaz de corrigir os danos perpetrados por essas catástrofes" como alerta Zygmunt Bauman[12], o que gera efeitos relevantes quando se trata de saúde e segurança no trabalho.

6- O princípio da precaução e o princípio da prevenção.

Tanto o princípio da precaução, como o da prevenção, atuaram decisivamente na formação do direito ambiental. Com o tempo a doutrina, que os reputava sinônimos, evoluiu no sentido de constatar

e demonstrar que se tratavam de conceitos distintos.

Explica Germana Parente Neiva Belchior[13] que o princípio da prevenção exsurge expressamente do constante dos incisos II,III,IV e V do parágrafo 1º do artigo 225 da CF/88. Consiste na adoção antecipada de medidas definidas que possam evitar a ocorrência de um dano provável, numa determinada situação, reduzindo ou eliminando suas causas, quando se tem conhecimento de um risco concreto.

Já o princípio da precaução consiste na adoção antecipada de medidas amplas, que possam evitar a ocorrência de possível ameaça à saúde e segurança. Aponta para a necessidade de comportamento cuidadoso, marcado pelo bom senso, de abrangência ampla, direcionado para a redução ou eliminação das situações adversas à saúde e segurança.

Assim, enquanto o princípio da prevenção tem o escopo de evitar determinados riscos, o princípio da precaução aponta para a adoção de condutas acautelatórias gerais, considerando o risco abstrato e potencial como esclarece Paulo Affonso Leme Machado[14].

Cristiane Derani[15] ressalta que a aplicação do princípio da precaução objetiva "garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo" e, por isso, antecede a sua manifestação. É um comportamento de cautela, que visa precaver-se para evitar um possível risco, ainda que indefinido, procurando reduzir o "potencial danoso oriundo do conjunto de atividade". Precaução é atitude de cuidado, in dubio pro securitate, que assim surgiu como linha mestra do direito ambiental, cuja aplicação passa a ter importância cada vez maior, inclusive em se tratando de meio ambiente do trabalho, notadamente após a promulgação do Código Civil de 2002, que no parágrafo único do artigo 927 agasalhou a teoria do risco na fixação da responsabilidade objetiva.

Marcelo Abelha Rodrigues[16] esclarece que, enquanto "a prevenção relaciona-se com a adoção de medidas que corrijam ou evitem danos previsíveis, a precaução também age prevenindo, mas antes disso, evita-se o próprio risco ainda imprevisto"

Neste contexto se torna imprescindível proceder à leitura constitucional dos preceitos, como enfatiza José Afonso da Silva[17], de modo que tais princípios encontram fértil campo de aplicação também no meio ambiente de trabalho. O empregador que deixa de garanti-lo em condições equilibradas de saúde e segurança viola também o princípio da boa fé objetiva e desatende à função social do contrato de trabalho, cujos efeitos vão muito além da pessoa dos contratantes, atingindo o entorno social em que estão envolvidos.

Em escala mundial, o desafio de se criar uma "economia verde", eleito pela ONU como tema central da Rio + 20, está imbricado com o meio ambiente de trabalho, por implicar na adoção de um novo tipo de sistema produtivo, marcado pela eficiência no uso dos recursos naturais e garantia de inclusão social pelo solidarismo, a fim de construir um modelo de desenvolvimento sustentável para todos.

O tema é abordado pelo Programa das Nações Unidas para o meio ambiente (Pnuma) desde 2008, quando foi lançada a iniciativa para uma economia verde, questão que notoriamente espraia seus efeitos para as relações trabalhistas.

Isto porque a preservação do meio ambiente, incluído o do trabalho, exerce forte influência na quantificação do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), cuja aferição considera, além da média de desenvolvimento, as diferenças nos indicadores de renda, educação e saúde entre a população. O relatório divulgado em novembro de 2011 pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) mostra o Brasil em 84º entre 187 nações[18], marca que não se revela aceitável.

7- Da responsabilidade. Teoria da menor desconsideração

No que se refere à responsabilidade é necessário tecer algumas reflexões.

O artigo 50 do Código Civil de 2002 adotou a teoria da maior desconsideração, que admite a desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso, quando há desvio de finalidade ou confusão patrimonial, imputando à pessoa física dos sócios a responsabilidade pelos débitos inadimplidos da pessoa jurídica.

Entretanto o direito ambiental vem trilhando outra vertente, para tanto considerando a teoria da menor desconsideração explicitada no artigo 4º da Lei 9.605/1998, estabelecendo que poderá "ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente", conceito que também encontra guarida nas questões afetas ao meio ambiente de trabalho.

Importante registrar que critério inverso vem sendo adotado em situações contrárias. Há decisões recentes aplicando a teoria inversa de desconsideração da personalidade física, também com fundamento no artigo 50 do Código Civil, atribuindo à pessoa jurídica a responsabilidade pela quitação dos débitos contraídos pela pessoa física, a fim de impedir o desvirtuamento de bens em prejuízo do credor, quando ocorrer abuso por desvio de finalidade e confusão patrimonial, raciocínio que também encontra guarida quando se trata de meio ambiente do trabalho.

Nestes casos haverá desvio de finalidade quando a personalidade jurídica for utilizada com fins diversos daqueles para os quais foi constituída. A confusão patrimonial ocorrerá quando houver dificuldade para saber de quem é determinado patrimônio, se do sócio ou da empresa, quando aquele se utiliza reiteradamente do patrimônio desta, sem haver qualquer tipo de controle.

8- Do ônus da prova

A inversão do ônus da prova pode decorrer de lei (ope legis), ou de determinação judicial (ope judicis). A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando seu comportamento processual conforme o ônus atribuído a cada uma delas(aspecto subjetivo).

A diretriz, até então adotada de forma majoritária, no sentido de que a inversão ope judicis ocorreria por ocasião do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo Tribunal (acórdão), vem sendo cada vez mais questionada, pois o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), que assim atuam na fase de instrução

Previsão neste sentido consta do art. 358 parágrafo 1º do novo Projeto de Código de processo Civil- PL 166/2010

Em julgamento proferido no Resp 802832/MG- Recurso Especial 2005/0203865-3 -STJ 2ª Seção- 13/04/2011- publicado DJE 21/09/2011, o Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino- ressaltou ser preciso estabelecer uma diferenciação entre duas modalidades de inversão do ônus da prova :

Quando ope legis, a própria lei, atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica, excepciona a regra geral de distribuição do ônus da prova estabelecido nos artigos 818 da CLT e 333 do CPC. Nessas hipóteses, não se coloca a questão de estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova, pois a inversão foi feita pelo próprio legislador e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei.

Quando ope judicis, ou seja, a inversão decorre da determinação do magistrado, a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução nas questões afetas ao meio ambiente de trabalho respalda a inversão do ônus e sua imputação ao empregador, não só porque é ele quem tem maior aptidão para produzir a prova, mas também porque cabe a ele a adoção e a efetiva implementação das condutas de prevenção e precaução.

Nestes casos, qual o momento processual mais adequado para que o juiz, verificando a presença dos pressupostos legais, determine e inversão da distribuição do ônus probatório?

Não se desconhece que as normas relativas ao ônus da prova constituem, também, regra de julgamento, a fim de evitar o non liquet, pois as consequencias da falta de comprovação de fato ou circunstância relevante para o julgamento da causa devem, quando da decisão, ser atribuídas à parte a quem incumbia o ônus da sua prova. Trata-se do aspecto objetivo do ônus da prova, que é dirigido ao juiz.

No entanto o aspecto subjetivo da distribuição do ônus da prova mostra-se igualmente relevante norteando, como uma verdadeira bússola, o

comportamento processual das partes. Com efeito, participará da instrução probatória com maior empenho a parte sobre a qual recai o encargo probatório de determinado fato controvertido no processo. Portanto, como a distribuição do encargo probatório influi decisivamente na conduta processual das partes, elas devem ter exata ciência do ônus atribuído a cada uma delas para que possam, com vigor e intensidade, produzir oportunamente as provas que entenderem necessárias.

Portanto, como o empregador é o responsável por adotar condutas de precaução e prevenção para garantir meio ambiente de trabalho seguro, detém melhor aptidão para a produção da prova, de modo que quando a inversão se opera ope judicis, assim deve ser explicitado pelo juiz na fase de instrução,a fim de conferir maior certeza às partes acerca dos seus encargos processuais, preservando o devido processo legal e evitando a insegurança jurídica.

9- A edificação de um novo padrão normativo trabalhista.

Além do artigo 5º já ter incluído no sistema as Convenções internacionais que tratam do meio ambiente do trabalho, os artigos 6º e 7º, inciso XXII, considerarem a saúde e a redução dos riscos inerentes ao trabalho como direito fundamental, a Constituição Federal do Brasil estabeleceu no inciso VIII, do artigo 200, que ao sistema único de saúde compete colaborar na proteção do meio ambiente "nele compreendido o do trabalho", enquanto o artigo 225 atribui a todos o direito ao meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, assim incluindo o meio ambiente do trabalho.

As novas formas de trabalhar e os diferentes modos de organização produtiva provocaram o surgimento de uma nova questão social. Em conhecido filme, que foi sucesso de público[19] por retratar a complexidade dos novos desafios contemporâneos, ao se deparar com uma situação em que o personagem interpretado por Edward Norton é tratado como objeto descartável, igual "aos sachês de adoçante servidos com o café", além de suportar constante pressão no trabalho para entregar inúmeros relatórios com rapidez, apresentando dificuldades para dormir, o ator Brad Pitt manifesta veemente inconformismo com estilo de vida que obriga a trabalhar em situações adversas, com o objetivo de ter dinheiro e poder trocar incessante e desnecessariamente carros, móveis e utensílios da casa, além de comprar objetos que não precisa, para garantir um espaço de inclusão e evitar ser descartado da vida em sociedade.

No século XXI a questão social surge imbricada com a conscientização de ser preciso evitar, que a disseminação da perversa lógica do descarte seja aplicada ao próprio ser humano no ambiente de trabalho,de sorte que a precaução e a prevenção, princípios que inicialmente atuaram na formação do direito ambiental, passam a permear também a edificação de um novo padrão normativo trabalhista, pois é impossível dissociar o envolvimento e comprometimento da pessoa do trabalhador com a prestação do trabalho, submetido a certas condições, num determinado local.

A intensificação da violência na sociedade e seus reflexos no ambiente de trabalho, onde pessoas tem que conviver por longos períodos num local em que via de regra há elevado nível de stress, vem desencadeando novas doenças e lesões, que comprometem a integridade física e mental, levam ao absenteísmo elevado e decréscimo de produtividade, causando prejuízo a todos os envolvidos. Neste contexto, pautar normas de conduta pelos princípios da precaução e prevenção fortalece a efetividade e confere ao Direito do Trabalho musculatura mais vigorosa para lidar com os novos desafios, fazendo valer o princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais. Como destaca Cristina Queiroz[20], os direitos fundamentais "devem ser compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva. Proclamam uma cultura jurídica e política determinada, numa palavra, um concreto e objetivo sistema de valores"

Esta interpretação encontra amparo em nossa Carta Política, que fixa diretriz assentada em um tripé formado pela interrelação entre o crescimento econômico, a proteção ambiental dos recursos naturais do planeta e a garantia de ambiente seguro, saudável e equilibrado no local da prestação laboral, a fim de preservar a saúde física e mental do trabalhador, padrão axiológico que imputa ao direito de propriedade e ao contrato de trabalho uma função social, além de exigir a observância da boa fé objetiva.

Importante registrar que na seara trabalhista já há um arcabouço infraconstitucional para sustentação deste modelo. Com efeito, o inciso I, do artigo

157 da CLT, imputa às empresas a obrigação de "cumprir e fazer cumprir" as regras de segurança, enquanto o item II, do mesmo artigo, a de "instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais", e o artigo 158 atribui aos empregados o encargo de "observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções" acima referidas.

A instituição da CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes de Trabalho (NR 5) SESMT -Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho- (NR 4), o PPRA- Programa de Prevenção de riscos ambientais (NR 9) e o PCMSO Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (NR 7) foram iniciativas pioneiras que demonstraram a importância da conduta de prevenção e precaução para evitar lesão à saúde do trabalhador, abrindo uma nova senda quanto a edificação do padrão normativo destinado a disciplinar o meio ambiente de trabalho.

O Decreto 7.602 de 7 de novembro de 2011, que dispoe sobre Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho – PNSST, prioriza as ações de promoção, proteção e prevenção sobre as de assistência, reabilitação e reparação, apontando para a necessidade de eliminação ou redução dos riscos nos ambientes de trabalho.

Estabelece a inserção de tais disposições num Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho, estruturado sobre as seguintes diretrizes:
a)inclusão de todos trabalhadores brasileiros no sistema nacional de promoção e proteção da saúde;
b)harmonização da legislação e a articulação das ações de promoção, proteção, prevenção, assistência, reabilitação e reparação da saúde do trabalhador;
c)adoção de medidas especiais para atividades laborais de alto risco;
d)estruturação de rede integrada de informações em saúde do trabalhador;
e)promoção da implantação de sistemas e programas de gestão da segurança e saúde nos locais de trabalho;
f)reestruturação da formação em saúde do trabalhador e em segurança no trabalho e o estímulo à capacitação e à educação continuada de trabalhadores; e
g)promoção de agenda integrada de estudos e pesquisas em segurança e saúde no trabalho.

Em relação aos trabalhadores expostos à agentes nocivos à saúde, desde 2004 o empregador é obrigado a entregar na rescisão contratual o documento denominado perfil profissiográfico previdenciário (em lugar do anterior DIRBEN- 8030), que deve conter as informações referentes a atividade exercida e ao meio ambiente de trabalho, conforme prevê o artigo 58 da Lei 8213/91 e a IN INSS/DC 96/2003. O parágrafo 2º do artigo anteriormente referido consigna que deste documento deve constar se é adotada no local de trabalho "tecnologia de proteção coletiva ou individual, que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre sua adoção pelo estabelecimento respectivo", o que denota a importância dos princípios da precaução e da prevenção.

Conforme dados apresentados pelo TST[21] há mais de 700 mil acidentes de trabalho por ano no Brasil e a média de sete mortes por dia, sendo que a Previdência Social gasta R$ 10,4 bilhões por ano com acidentes de trabalho

Investir na melhoria das condições de trabalho, para que o ambiente seja saudável e seguro, cria um circulo virtuoso em beneficio de todos os envolvidos. Traz vantagens para o empregador, que não perde o tempo e dinheiro investidos no treinamento e pode contar com um empregado sadio e bem treinado. Reduz o número de acidentes e doenças profissionais, diminuindo os gastos previdenciários com auxilio-doença e aposentadorias precoces, evita o comprometimento da empregabilidade futura do trabalhador, a desagregação familiar e os casos recorrentes de alcoolismo e violência doméstica.

Além disso, há outra consequência importante. O artigo 120 da Lei 8213/91 prevê o ajuizamento, pela previdência, de ação regressiva contra os responsáveis, quando constatada "negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva". Em observância a tal diretriz, a Recomendação 21/2011 expedida pela CGJT, estabelece que Desembargadores e Juízes do Trabalho encaminhem à Procuradoria da Fazenda Nacional cópias de sentenças/acórdãos que reconheçam a conduta culposa do empregador em acidente de trabalho, assim possibilitando o ajuizamento dessas ações regressivas.

Por causa do alto número de acidentes no Brasil, responder a tais ações regressivas implicará no gasto de valores expressivos pelo empregador, que deverá incluir o pagamento de despesas médicas, previdenciárias e indenização aos dependentes das pessoas vitimadas ou mortas.

10- A importância da perspectiva preventiva

No início do século passado o médico Oswaldo Cruz atuou intensamente para vencer resistências e propagar a idéia de que era melhor prevenir doenças, do que tentar curar as que podiam ser evitadas. A conhecida guerra da vacina lhe trouxe muitos dissabores, mas deixou seu nome ligado a importante mudança de paradigma, que conferiu um salto de qualidade na vida do brasileiro.

Este desafio está sendo apresentado ao Direito um século depois.

As obras afetas à Copa do Mundo de 2014, Olimpíadas de 2016, exploração do petróleo em águas profundas com o trabalho a ser desenvolvido em plataformas e unidades de perfuração, num modelo que atribui à Petrobrás a situação de operadora de todas as reservas do pré-sal, suscita questionamentos importantes quanto a segurança e condições de saúde no meio ambiente de trabalho, por ser inevitável o enfrentamento de problemas provocados por novas tecnologias, que certamente advirão.

Neste contexto, ante a evidente insuficiência da regulação jurídica meramente reparatória da lesão já ocorrida, chega com força a idéia de ser necessário atuar com precaução e bom senso na prevenção dos conflitos, mediante a formatação de um novo padrão de normatividade em relação às questões que tratam do meio ambiente de trabalho.

Esta nova perspectiva demonstra que, enquanto a reparação do dano já ocorrido é prejuízo, como um número expressivo de acidente de trabalho é evitável, o que se gasta na prevenção é investimento e não custo, pois traz mais segurança para o exercício da atividade econômica e melhor qualidade de vida ao trabalhador. Ademais, garantir condições de trabalho decente confere seriedade ao marco institucional do país e consequente up grade no cenário internacional, além de propiciar inestimáveis benefícios à sociedade brasileira como um todo, ao reduzir a conflitualidade e aumentar os níveis de bem estar dos atores sociais.

Como ressalta o constitucionalista peruano Omar Cairo Roldán[22] "a conduta dos órgãos públicos e dos cidadãos deve ser coerente com os fins colimados pelo estado Democrático. Dentro deste esquema, a economia deve orientar-se pelo desenvolvimento, garantindo sempre a dignidade e a liberdade das pessoas, para que o desenvolvimento econômico ocorra em conjunto com o bem-estar geral"

11- A atuação proativa do Poder Judiciário. A experiência de Cuiabá.

Esta mudança de eixo torna insustentável a antiga configuração de um Judiciário inerte, que só age quando provocado, exigindo que assuma postura proativa, como um dos agentes de transformação do marco normativo.

Nesta senda, o TST organizou nos dias 20 e 21/10/2011 um Seminário sobre Prevenção de Acidentes de Trabalho, atento aos sinais que demonstram a possibilidade de intensificação da ocorrência dos acidentes nesta fase de aceleração das obras de construção civil para a Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016. A taxa atual de trabalhadores acidentados na construção civil é de 17,8% por 100 mil habitantes, enquanto a taxa geral é de 6,1% por 100 mil habitantes[23], o que vem demonstrar a importância da implementação dos princípios da prevenção e precaução em relação ao meio ambiente de trabalho neste setor de atividade.

Consciente disso, Osmair Couto, então presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Mato Grosso, organizou uma audiência pública em novembro de 2011, em que proferi palestra de abertura na condição de desembargadora, ressaltando a necessidade de adotar e divulgar boas práticas, prevenir litígios, reduzir os acidentes de trabalho e estimular o trabalho decente, destacando a importância da atuação proativa do Direito na obtenção da pacificação com justiça e diminuição dos níveis de conflito, através do estimulo à prevenção e à precaução.

O evento contou com a participação de representantes da Secretaria Regional de Trabalho e Emprego (SRTE) do Ministério do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, sindicatos, Prefeituras de Cuiabá e Várzea

Grande, Assembléia Legislativa de Mato Grosso, OAB-MT, Associação dos Advogados Trabalhistas (Aatramat) e Associação dos Magistrados do Trabalho de Mato Grosso (Amatra 23).

Durante as discussões, os participantes ressaltaram a necessidade de se adotar medidas para evitar que, ao fim das obras realizadas para a Copa de 2014 , não fique para trás um contingente de trabalhadores acidentados ou mesmo sem receber direitos trabalhistas básicos.

Representantes das entidades envolvidas na realização e fiscalização das obras da Copa do Mundo de 2014 na região assinaram a Carta de Compromisso de Cuiabá.

Entre os onze compromissos firmados, os subscritores destacaram a importância da observância dos deveres pertinentes à higidez do meio ambiente do trabalho, a responsabilização solidária do empregador e do tomador dos serviços pela observância das normas atinentes ao meio ambiente do trabalho. Ressaltaram que eventual alegação de necessidade de cumprimento de prazos na realização de grandes obras, inclusive em relação à Copa do Mundo de 2014, não poderá ser aceita como justificativa para o descumprimento das normas de proteção da saúde e segurança dos trabalhadores. Destacaram que apesar das controvérsias jurídicas a respeito da responsabilidade trabalhista do dono da obra, todos os que atuam na execução de empreendimentos na construção civil (donos da obra, empreiteiras e empresas especializadas subcontratadas) devem envidar esforços para o cumprimento de todos os deveres referentes à segurança dos trabalhadores, considerando que todos são responsáveis pelo meio ambiente de trabalho saudável.

Por fim, comprometeram-se em manter aberto um canal permanente de interlocução com os diferentes atores sociais, visando estimular a adoção concreta de boas práticas para prevenir litígios, reduzir acidentes de trabalho e construir uma cultura de precaução e prevenção, a fim de garantir a prestação de trabalho decente.

12- Conclusão

O conceituado sociólogo Zygmunt Bauman esclarece que vivemos numa sociedade líquida, assim classificada pela sua intensa mutabilidade, já que "líquidos mudam de forma muito rapidamente, sob a menor pressão. Na verdade, são incapazes de manter a mesma forma por muito tempo e, por isso, no atual estágio os líquidos são deliberadamente impedidos de se solidificarem."

Nesta sociedade invertebrada, a questão social ressurge com a mesma força de séculos atrás, porém com maior poder de destruição, por tentar incutir nas relações de trabalho a lógica do descarte, corroendo de forma insidiosa os pilares de sustentação do direito trabalhista.

Neste cenário cresce de importância a atuação dos sindicatos, que conhecem mais de perto os locais de trabalho e os riscos existentes. Também se revela significativa a atuação do Ministério Público do Trabalho, seja na celebração dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) que detém força executiva conforme dispõe o artigo 876 da CLT, seja no ajuizamento de Ação Civil Pública nos termos do artigo 83 III da LC 75/93.

O padrão normativo da Era Moderna foi edificado com base no pensamento do filósofo Parmênides, mas os novos tempos da posmodernidade contemporânea são de Heráclito, que apostou na constante mutação.

Neste contexto, a função promocional do Direito indica a necessidade de intensificar a atuação preventiva, formando uma nova mentalidade com o escopo de evitar a ocorrência da lesão, por considerar que assegurar meio ambiente equilibrado no local de trabalho constitui direito fundamental, albergado pela Constituição de 1988.

Por isso é preciso que o binômio dever ser/sanção, que previa a adoção de medidas meramente reparatórias, adote uma nova perspectiva, incorporando os princípios da precaução e prevenção, que vão atuar como marcos de resistência, preservando o núcleo inalienável que garante ao trabalhador a condição de sujeito, impedindo a precarização provocada pela lógica que o reduz a objeto de descarte, assim atuando como norte de um novo padrão normativo, a fim de preservar a funcionalidade do sistema jurídico e manter a eficácia do Direito na contemporaneidade.

13 -Referencias Bibliográficas

1-Bauman, Zygmunt- Modernidade Líquida- Tradução Plínio Dentzien-Jorge Zahar Editor- Rio de Janeiro 2001
2-Bauman, Zygmunt- Vida à crédito- conversas com Citlali Rovirosa Madrazo- Tradução de Alexandre Werneck- Rio de Janeiro – Editora Zahar- 2010
3-Bobbio, Norberto- A era dos direitos- Tradução Carlos Nelson Coutinho - Editora Campus- Rio de Janeiro – 1992-
4-Bueno, Cássio Scarpinella- Tutela Coletiva em Juízo: uma reflexão sobre a alteração proposta para o artigo 81, parágrafo único, inciso III, do CDC in Revista do Advogado n.114-dezembro de 2011
5-Cesarino Junior –Direito Social Brasileiro 1ª edição 1940
6-Gemignani, Daniel e Gemignani, Tereza A. A. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, nº. 35, julho/dezembro. Campinas. 2009-
7- Padilha, Norma Sueli- Do meio ambiente do trabalho equilibrado- Editora LTR- São Paulo 2002-
8- Plá Rodriguez, Américo- Princípios de Direito do Trabalho- Editora LTr- SP-3ª edição- 2004
9- Queiroz, Cristina- O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais- princípios dogmáticos e prática jurisprudencial- Coimbra Editora limitada- 2006.-
10-Roldán, Omar Cairo- Escritos Constitucionales- Communitas- Cuadernos Jurídicos- vol 1- Editorial Cordillera S.A.C- Lima- Peru-
11-Neiva Belchior, Germana Parente- Hermenêutica Jurídica Ambiental- Editora Saraiva 2011- São Paulo-
12-Leme Machado, Paulo Affonso- Direito Ambiental Brasileiro- Malheiros Editores 2006-
13-Derani, Cristiane- Direito Ambiental Econômico- Editora Saraiva – 3ª edição- 2008
14-Rodrigues,Marcelo Abelha- Elementos de Direito Ambiental- parte geral- Editora Revista dos Tribunais, 2005-
15- Afonso da Silva, José- Direito Ambiental Constitucional- 6ª edição- São Paulo- Malheiros 2007-
16- Nietzsche, Friedrich Wilhelm- Assim falava Zaratustra- tradução Ciro Mioranza- Editora Escala- São Paulo-

NOTAS

(1) Tereza Aparecida Asta Gemignani é Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas- 15ª Região- Doutora pela USP- Universidade de São Paulo- nível de pós graduação stricto sensu - Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho- ANDT- cadeira 70 e Membro da REDLAJ- Rede Latino Americana de Juízes
(2) Daniel Gemignani é Auditor Fiscal do Ministério do Trabalho.
(3) www.onu.org.br
(4) Cesarino Junior, Antonio Ferreira –Direito Social Brasileiro 1ª edição 1940
(5) Plá Rodriguez, Américo- Princípios de Direito do Trabalho- Editora LTr -SP- 3ª edição- 2004
(6) Bauman, Zygmunt- Modernidade líquida- tradução Plínio Dentzien- Jorge Zahar Editor- Rio de Janeiro- 2001- págs 183 e seguintes
(7)Nietzsche, Friedrich Wilhelm- Assim falava Zaratustra- tradução Ciro Mioranza- Editora Escala- São Paulo-pag.147
(8) Bueno, Cássio Scarpinella- Tutela Coletiva em Juízo: uma reflexão sobre a alteração proposta para o artigo 81, parágrafo único, inciso III, do CDC in Revista do Advogado n.114- dezembro de 2011- págs 18 a 30
(9) GEMIGNANI, Daniel e GEMIGNANI, Tereza A. A. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, nº. 35, julho/dezembro. Campinas. 2009- pag 70
(10) Bobbio, Norberto- A era dos direitos- Tradução Carlos Nelson Coutinho - Editora Campus- Rio de Janeiro – 1992- pag 25
(11) Padilha, Norma Sueli- Do meio ambiente do trabalho equilibrado- Editora LTR- São Paulo 2002- pag 32
(12) Bauman, Zygmunt- Vida à crédito- conversas com Citlali Rovirosa Madrazo- Tradução de Alexandre Werneck- Rio de Janeiro – Editora Zahar- 2010.
(13) Neiva Belchior, Germana Parente- Hermenêutica Jurídica Ambiental- Editora Saraiva 2011- São Paulo- págs 208 e seguintes
(14) Leme Machado, Paulo Affonso- Direito Ambiental Brasileiro- Malheiros Editores 2006- pag 65 e seguintes
(15) Derani, Cristiane- Direito Ambiental Econômico- Editora Saraiva- 3ª edição- 2008- pags. 149 a 152
(16) Rodrigues,Marcelo Abelha- Elementos de Direito Ambiental- parte geral- Editora Revista dos Tribunais, 2005- pag. 207
(17) Afonso da Silva, José- Direito Ambiental Constitucional- 6ª edição- São Paulo- Malheiros 2007- pag 22
(18) www.pnud.org.br
(19) Clube da Luta- Fight Club- 1999- dirigido por David Fincher
(20) Queiroz, Cristina- O princípio da não reversibilidade

dos direitos fundamentais- princípios dogmáticos e prática jurisprudencial- Coimbra Editora limitada- 2006.- pag 119

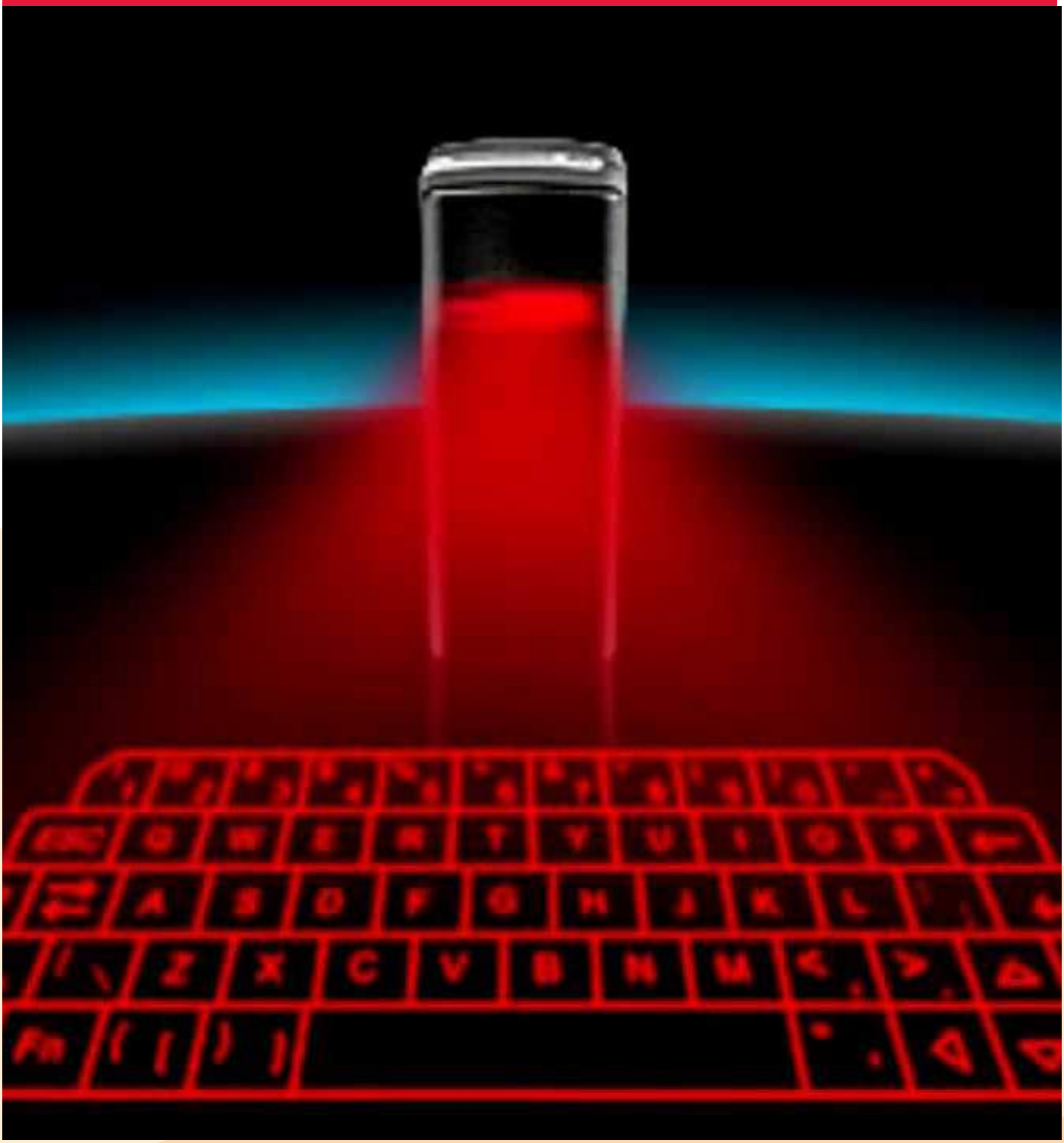
Ademais, além da imputação de responsabilidade subjetiva ao empregador "quando incorrer em dolo ou culpa" como prevê o inciso XXVIII do artigo 7º da CF/88, o artigo 927 do Código Civil trouxe a baila a questão da responsabilidade objetiva "quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar,por sua natureza, risco para os direitos de outrem"

A configuração do que é atividade de risco tem gerado muita controvérsia, não só doutrinária mas também jurisprudencial. A Convenção 155 da OIT em seu artigo 11, inciso b, imputa às autoridades competentes o dever de controlar "as operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização", assim como "a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho", devendo "ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exploração simultâneas a diversas substâncias ou agentes", o que demonstra a importância de adotar no ambiente de trabalho condutas e procedimentos em conformidade com os princípios da precaução e prevenção.

O artigo 21 A da lei 8.213/91 prevê a caracterização da natureza acidentária da incapacidade apresentada quando constatado nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e a lesão, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças – CID. Para afastá-lo,conforme preceituado nos parágrafos 1º e 2º, cabe ao empregador o ônus de demonstrar a inexistência do nexo, o que inclui a comprovação de que tomou todas as providencias necessárias para a precaução e a prevenção da ocorrência da lesão.

(21) www.tst.jus.br
(22) Roldán, Omar Cairo- Escritos Constitucionales- Communitas- Cuadernos Jurídicos- vol 1-Editorial Cordillera S.A.C- Lima- Peru- pag. 142
(23) www.tst.jus.br

La Reforma del Inciso 3 del Artículo 1996 del Código Civil Desde la Jurisprudencia: “La Interrupción de la Prescripción por la Interposición de la Demanda”



Ramiro Antonio Bustamante Zegarra
Juez Superior de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa
Diego Fernando Angel Angulo Osorio
Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa María, Arequipa - Perú

I. Interrupción del plazo prescriptorio extintivo por la citación con la demanda:

La interrupción de la prescripción es el acto que evita la consumación de la misma. Su efecto es que el derecho vuelve a tener plena eficacia, y por ello, el tiempo debe volver a comenzar a contarse de nuevo para dar lugar a una nueva prescripción. Cuyo cómputo empieza al día siguiente en que termina el acto interruptivo.
La naturaleza jurídica de la causal de interrupción del plazo prescriptorio por la notificación de la demanda al deudor, contenida en el inciso 3 del artículo 1996 del Código Civil de 1984 "es interpelativa, es decir, que opera porque el acreedor realiza algún acto que implica la cautela de sus derechos."[1]
Tal es así, que dicho inciso contiene, a juicio de Ariano Deho, que es"[…] el acto interruptivo por excelencia, aquél que llena de serenidad a los que sostienen que el objeto de la prescripción es la "acción" (o la "pretensión"): la citación con la demanda. […] Ahora, lo importante de esta causa interruptiva no está en el acto de interposición de la demanda per se sino en la citación con ella, vale decir en el que el demandado tome conocimiento de la existencia de la demanda en su contra. […]"[2].
Lo cual concuerda perfectamente con el inciso 4 del artículo 438 del Código Procesal Civil, el cual establece claramente que es un efecto del emplazamiento con la demanda al sujeto pasivo de la relación jurídica sustantiva, y en adelante procesal, la interrupción de la prescripción extintiva de la acción.

II. Criterios por los que debe aceptarse que la interrupción del plazo prescriptorio extintivo sea por la interposición de la demanda:

Son dos los criterios en los que se fundamenta la propuesta reformadora del inciso 3 del artículo 1996 del Código Civil: la equidad como fuente de derecho y la externalidad producida por la demora judicial en calificar la demanda y notificarla al demandado.
En primer lugar, Messineo al referirse a la equidad en una triple dimensión, apunta que:

"[…] la equidad es fuente de derecho objetivo, sólo en casos excepcionales […] es decir, en aquellos casos en que no existiendo normas preestablecidas, se encomienda al juez que se confíe a la equidad, para encontrar el principio a aplicar […] la equidad, por lo regular, se le confía un cometido diverso; el de templar la rigidez de la norma escrita. En tales casos la equidad no es fuente de derecho: es criterio de aplicación […] Otra cosa es que, en determinados casos se pueda buscar en la equidad el fundamento de algunos institutos jurídicos; en tal sentido la equidad no es ni criterio de interpretación ni fuente de derecho […]"[3].

Es así, que como se verá a continuación, en el análisis jurisprudencial que ocupa a este trabajo, a través de la equidad como criterio de aplicación de la ley, se estableció que los plazos prescriptorios se interrumpieron por efecto de la interposición de la demanda; por lo que, nada obstaría para que se emplee el mismo principio de equidad, ahora como fuente de derecho objetivo, para reformar el inciso bajo comentario y por consiguiente la norma procesal concordante.
En segundo lugar, es una realidad palpable la demora de los órganos jurisdiccionales al momento de calificar la demanda y notificarla al demandado, por la excesiva carga procesal que ostentan; lo que constituye una externalidad que no debe ser asumida

por el demandante, pues escapa a su diligencia; es así, que el tratadista Carlos Montoya Castillo sostiene:

"Pese a la gran influencia del Derecho Constitucional en el proceso actual a nivel de tutela jurisdiccional, es la regulación existente alrededor del rechazo in limine de la demanda civil, que se manifiesta como verdaderas barreras legales impuestas al actor que funcionan como requisitos insubsanables".[4]

Es discutible, que el inciso 3 del artículo 1996 del Código Civil, le haga soportar al demandante las consecuencias de la demora judicial en la calificación de la demanda y su notificación, teniendo en cuenta que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva constituye un derecho fundamental.
Por último, debe tenerse presente que no se generaría un estado de inseguridad jurídica para el deudor al reformularse el inciso 3 del artículo 1996 del Código Civil; puesto que, al igual que la prescripción adquisitiva de dominio, el solo transcurso del tiempo es constitutivo de derechos, en un caso se adquiere la propiedad y en el otro se extingue el derecho a accionar.

III. Derecho comparado:

El Código Civil español, establece en su artículo 1973 textualmente: "La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.".
El tratadista O'Callaghan Muñoz sostiene, comentando el precitado artículo del ordenamiento jurídico español, lo siguiente:

"La acción que interrumpe la prescripción puede plantearse no sólo por medio de demanda, sino también por reconvención, siempre que una u otra sea admitida a trámite: No produce la interrupción si es denegada su admisión ad limine. La interrupción se produce en el momento de la presentación de la demanda con la conditio iuris de que sea admitida"[5].

En este mismo sentido, se ha pronunciado la Sala en lo Civil del Tribunal Supremo Español, en la resolución N° 1760/1999 de fecha 16 de marzo de 2006:
"[…] Se confunde la interrupción de la prescripción con la suspensión de la misma. La primera está recogida en el artículo 1973 del Código Civil y es el acto – uno de los cuales es el ejercicio de la acción ante los tribunales - que evita la consumación de la prescripción y su efecto es que el derecho vuelve a tener plena eficacia. […]".
Por otro lado, el Código Civil argentino en su artículo 3986, prescribe: "La prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor o deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio.". El cual es concordante con el artículo 3987 del mismo cuerpo normativo, el cual establece: "La interrupción de la prescripción, causada por la demanda, se tendrá por no sucedida, si el demandante desiste de ella, o si ha tenido lugar la deserción de la instancia, según las disposiciones del Código de procedimientos, o si el demandado es absuelto definitivamente.".
De igual manera en el Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, establece en el artículo 2546:
"Que el curso de la prescripción se interrumpe por toda petición del titular del derecho ante autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo. […] Los efectos interruptivos del curso de la prescripción permanecen hasta que deviene firme la resolución que pone fin a la cuestión con calidad de cosa juzgada formal.".
Por último, el artículo 2539 del Código Civil colombiano, establece que la interrupción civil de la prescripción extintiva opera por "la demanda judicial".

1. Análisis jurisprudencial de Casaciones que establecen que la notificación de la demanda interrumpe el plazo prescriptorio:

La Casación N° 2191-99-TACNA, establece que efectivamente es la notificación de la demanda, el acto interruptivo y no la simple interposición:
"La sola interposición de la demanda no interrumpe el plazo de la prescripción extintiva, sino que se requiere el emplazamiento válido con la demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo cuatrocientos treinta y ocho inciso cuarto del Código adjetivo."
Puesto que, como lo señala la Casación N° 28-96-LIMA: "La interrupción de la prescripción consta de dos elementos: a) la manifestación de voluntad de conservar el derecho con la interposición de la demanda, y b) la notificación de esa voluntad al deudor.".
Por consiguiente, como lo ha establecido la Casación

N° 2883-97-LIMA, "no basta plantearse una demanda para interrumpir el término prescriptorio sino que es necesaria la citación al deudor, pues para éste el término corre mientras no sea emplazada, correspondiendo por tanto al demandante activar la diligencia de notificación, y asegurar que ella se realice bajo sanción y responsabilidad del secretario cursor.".

Asimismo, en las Casaciones N° 2366-99 y 3287-2001 ya se establece que la prescripción se interrumpe con la citación de la demanda, haciendo mención a que se abrió instrucción contra los demandados por los delitos de estafa y contra la fe pública, y habiéndose requerido en un proceso penal el pago de la reparación civil derivada del delito imputado, respectivamente.

2. Análisis jurisprudencial de Casaciones que establecen que la interposición de la demanda interrumpe el plazo prescriptorio:

a. Casación N°774-2011-Huanuco[6]:

En el proceso de indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual por denuncia calumniosa,seguido por Juan Quiñonez contra Carlos Guzmán, fue materia de casación la resolución de vista que revocó la resolución de primera instancia que declaró infundada la excepción, y reformándola la declaró fundada.

La excepción se sustentó en que la notificación de la demanda de indemnización fue notificada el 25 de marzo de 2010, cuando ya se habría agotado el plazo prescriptorio extintivo de la acción indemnizatoria de dos años. Dado que, el demandante tenía expedito su derecho para demandar la indemnización en vía civil desde el 10 de diciembre del 2007, fecha en que fue notificada la resolución N° 081-2007, que dejaba firme el archivo de la denuncia penal.

Debe tenerse presente que en este proceso fueron declarados nulos dos actos de notificación de la demanda, previos a la notificación definitiva el 25 de marzo de 2010; los cuales no interrumpieron el plazo prescriptorio conforme al inciso 1 del artículo 1997 del Código Civil concordante con el inciso 3 del artículo 439 del Código Procesal Civil y por consiguiente demoraron la notificación de la demanda casi dos años.

El juez de primera instancia declara infundada la excepción, al considerar que la interposición de la demanda, el 11 de julio de 2008, interrumpió el decurso del plazo prescriptorio. La cual fue revocada, puesto que la notificación de la demanda se realizó el 25 de marzo de 2010.

La sala suprema en el considerando cuarto, hace suyo el razonamiento del juez de primera instancia y mantiene como fecha de inicio del cómputo del plazo prescriptorio extintivo de la acción indemnizatoria, el 10 de diciembre de 2007; y establece que hasta la fecha de interposición de la demanda, el 11 de julio de 2008, no se habría agotado dicho plazo.

Esta decisión es sustentada en el quinto considerando, donde la suprema sala, establece que si dentro del plazo prescriptorio no se ha dado ningún supuesto de suspensión o interrupción, es válido considerar que la interposición de la demanda es un acto válido de interrupción del plazo prescriptorio.

Puesto que, como lo considera con justa razón la sala suprema, en el caso de que la citación con la demanda no se lleve a cabo el mismo día en que ésta se interpone, reduce el plazo prescriptorio con el que cuenta el accionante y por consiguiente conculca su derecho de acción.

En esta casación, la sala suprema parece intentar realizar un control difuso, pero no inaplica el inciso 3 del artículo 1996 del Código Civil . Por el contrario, se puede identificar el uso de la equidad como criterio de aplicación, por el cual se aplicó el inciso 3 del artículo 1996 del Código Civil, adecuándolo al caso concreto.

Y en segundo lugar, bajo un criterio protector del derecho fundamental a la acción del demandante, se considera que no puede reducirse el plazo prescriptorio por la demora del juzgado en notificar la demanda; sin embargo, se debe anotar, que éste criterio es propio del análisis económico del derecho, a través del postulado de la internalización de las externalidades.

b. Casación N°2982-2010-Huaura[8]:

El proceso por indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractualiniciado por Guillermo Pimentel y Pilar Blas en contra de Minera Barrera S.A.; donde es materia de la presente casación el auto de vista que confirma la resolución de primera instancia que declara fundada la excepción de prescripción extintiva propuesta por la parte demandada.

Se fundamenta el auto que declara fundada la excepción de prescripción y su confirmatoria en que no está acreditada la existencia del proceso penal al momento de interponer la demanda y que entre la fecha del accidente y el emplazamiento con la demanda han transcurrido en exceso los dos años del plazo prescriptorio de la acción indemnizatoria

por responsabilidad extracontractual.

La sala suprema conjuntamente con el voto en minoría de la jueza suprema Aranda Rodríguez, reproducen el criterio de la casación anteriormente desarrollada, en el sentido que si dentro del plazo prescriptorio no se ha dado ningún supuesto de suspensión o interrupción, es válido considerar que la interposición de la demanda es un acto válido de interrupción del plazo prescriptorio.
Y lo sustentan en el criterio por el cual resultaría agraviante para el demandante, puesto que se le perjudicaría al restringírsele su derecho de acción. Añade el voto en minoría, que éste criterio es necesario puesto que la demanda no es notificada al demandado el mismo día en que ésta es interpuesta, y muy por el contrario, puede el juzgado demorarse en citar con la demanda al demandado.
Por este motivo, se encuentra nuevamente el razonamiento propio de la escuela normativa del análisis económico del derecho, por el cual se busca evitar que la externalidad producida por la demora en la notificación agravie al accionante.

NOTAS

(1)M. RUBIO, Prescripción y Caducidad. Biblioteca para Leer el Código Civil. Volumen VII. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1997, p. 58.

(2)GACETA JURÍDICA, Código Civil Comentado. Tomo X. Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2007, p. 221.

(3) F. MESSINEO, Manual de Derecho Civil y Comercial. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires 1979, p. 80.

(4) C. MONTOYA, Problemas más Frecuentes en la Calificación de las Demandas Judiciales. Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2013, p. 5.

(5) X. O'CALLACHAN, Código Civil: Comentado y con Jurisprudencia. Editorial La Ley. Madrid 2006, p. 2104.

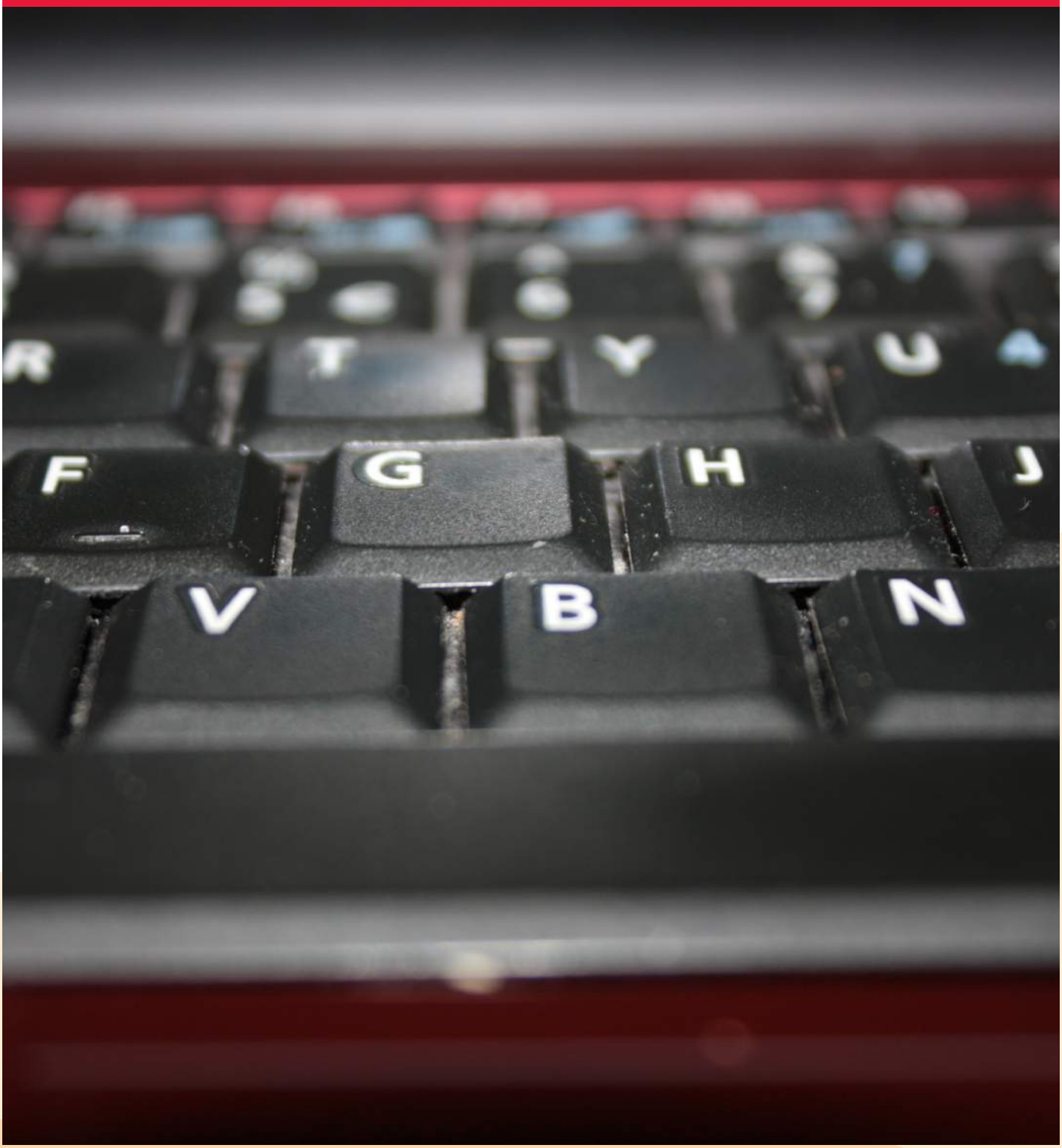
(6) Expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República el 27 de enero de 2012. Publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de noviembre de 2012.

(7) Cfr. A. TORD, "¿El Plazo de prescripción extintiva se interrumpe con la interposición de la demanda?" en Gaceta Civil y Procesal Civil, 2 (2013), p.203-207.

(8) Expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República el 30 de enero de 2012. Publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de abril de 2013.

El ABC del Debido Proceso

Epígrafe de Cuestiones Fundamentales.



NESTOR SEBASTIÁN PARISI
Especialista en Derecho de Daños.
Doctorando en Derecho Civil
Cursando Especialización en Derecho Constitucional
Profesor de Derecho - República de Argentina

No son pocas las sentencias de nuestros tribunales que echan mano a principios jurídicos que suelen darse por sobreentendidos, sin indagar siquiera acerca de su verdadera génesis o significación. La magistratura pretende forjarlos como "muletillas" o "cartabones" cuando en verdad cualquier tipo de generalización -mucho más aun en la ciencia del derecho- es cuanto menos riesgosa.

El magnífico y recordado maestro ibérico PUIG BRUTAU ya esbozaba "...sí generalizar es omitir, y legislar es generalizar, juzgar es volver a añadir parte, cuando menos, de lo omitido.."[1]. Riesgosas aseveraciones jurisprudenciales que envalentonan conceptos de sobrepique e imprevistamente invocándolos tan solo para pretender justificar aquello que pareciera no comprenderse.

El desafío es plantear una cuestión tan ardua, con un sinnúmero de derivaciones conceptuales, de una amplitud notable como lo es el eje del "debido proceso" en unas pocas líneas y sin una ramificación conceptual que le reste efectividad.

Por caso vale una anécdota para desandar este camino. Se cuenta que en cierta reunión en la que se discutía sobre los Derechos del Hombre, causo admiración la poca dificultad de formular una lista de tales Derechos, aceptada sin discrepancias por los defensores de las ideologías mas opuestas. Si!, contestaron ellos. Estamos de acuerdo sobre estos derechos, pero a condición de que no se nos pregunte por qué. Con el por qué comienza la disputa.[2] Con la garantía del debido proceso sucede algo más o menos similar: todos concuerdan en que existe y debe respetarse, pero son menos los que comprenden su verdadera significación y su raíz ontológica haciendo un uso indiscriminado de su exegesis.

Así pues un gran paradigma de lo expuesto lo constituye el llamado "debido proceso legal" ciertamente de raíces forales entroncadas en el derecho penal pero donde ya no cabe duda alguna que ha extendido sus aires por sobre cualquier visión de la ciencia jurídica. Ahora, como poder garantizarlo si su invocación se constituye solo en una simple premisa plasmada de bellos aires y simpática pronunciación que por fuera resulta un seductor atractivo lirico pero interiormente solo es una cascara vacía?

Linares Quintana cita un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, dictado ya en el año 1885 que otorgaba una primera aproximación del tema en la causa "Barbier vs. Connolly", en donde, interpretando la Enmienda XIV, ha dicho que "por el debido proceso legal se garantiza igualdad de protección y garantías para todos ... que se debe tener igual acceso a los tribunales, ... que no se opondrán impedimentos a la demandas de nadie, ..."- Y agrega el fallo que "la igualdad ante la ley significa la igualdad no meramente en relación con la sustancia de los derechos humanos sino en relación con la protección a ser acordada cuando el derecho es violado por los demás".[3]

Por su parte el recordado Bidart Campos ponía de resalto que el derecho constitucional argentino conoce ampliamente, a la manera del americano, el desdoblamiento de la garantía del debido proceso; en sentido material como el principio de razonabilidad y en sentido formal como rito legal de tramitación de procedimientos.[4] Dado el íter temporal para desarrollar estas breves ideas nos inclinaremos por un desarrollo más profuso de este último punto de vista.

En este encuadre los fundamentos de la sentencia son tan inherentes a la justicia como la resolución misma, por lo que el desafío de comprender el sinalagma del debido proceso deviene fuertemente en una circunstancia fáctica que no puede ser soslayada; mucho menos aun cuando están involucrados valores constitucionales y supranacionales en juego.

En este parangón lo ha entendido el Supremo Tribunal cuando ante las particularidades de determinados casos a resolver en los que puede tornarse arbitraria

una sentencia -debiendo esta asegurar la defensa en juicio y el debido proceso- se exige que las mismas resulten fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa.[5]

A la par los instrumentos internacionales parecieron resultar un buen puntapié para la trama que pretendemos desentrañar entregando un marco normativo básico que no ha poder omitirse. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 inciso 3[6], la Convención Americana sobre Derechos Humanos articulo 8 en el mismo sentido que el anterior, las Reglas Mínimas para la administración de justicia de Menores conocidas como Reglas de Beijing y adoptadas en 1985 también contienen previsiones al respecto, cada una con sus propias particularidades pero apuntando a la ultima ratio que pretende el debido proceso: el valor justicia. En efecto nuestra Corte Suprema ha sido celosa en el cuidado del debido proceso legal en el que se ven involucrado menores, dejando entrever de una interpretación contraria de la sentencia que cabria decretar la nulidad de lo actuado cuando no interviniera el Ministerio Publico de Menores por conculcarse las garantías de defensa en juicio, debido proceso legal, acceso igualitario a la justicia.[7]

El concepto de acceso igualitario a la justicia constituye per se y aunque resulte paradójico un principio del debido proceso aunque propiamente no estemos en presencia de un diferendo suscitado sino evaluando solo el acceso a la jurisdicción. El Supremo ha señalado que el derecho constitucional de defensa en juicio supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos una sentencia útil[8]. Y tal postulado resulta lógico por cuanto, al haberse prohibido la Justicia por mano propia y haberse delegado en el Estado la Jurisdicción, ello tiene como correlativo el derecho reconocido a los individuos para solicitar la protección jurisdiccional (derecho de acción). Por ende el acceso a la Jurisdicción constituye una garantía básica del Estado de derecho[9]. Y por el contrario, si no existe la posibilidad de acceder ante un tribunal de justicia, el habitante se encuentra en un supuesto de privación de justicia.[10] En el sendero apuntado ha de seguirse en causas donde se ponen sobre el tapete derechos relativos a la capacidad de las personas, debiendo apreciarse su disminución volitiva con carácter restrictivo. Aquí más que nunca las reglas del debido proceso han de constituir el horizonte mismo del debate con una sujeción que no permite el mas mínimo desvió de ese principio.[11]

En ocasiones suele confundirse el derecho a un "debido proceso" con el derecho del individuo a la "interposición de un recurso"[12], significación conceptual errónea de trazo grueso que no puede concebirse pues el primero de los mencionados se erige como una faceta de mucha mayor envergadura comprendiendo al segundo, donde incluso el individuo puede ampararse en el en procedimientos contra particulares como contra el propio Estado.

Desde su conceptualización que es lo que debiera entenderse por debido proceso? La CIDH ha dado jurisprudencialmente -incluso mediante opiniones consultivas- una serie de elementos que permiten prima facie otorgarle a esta garantía un marco conceptual a partir del cual desarrollar algunos parámetros básicos.

Por caso se dio por sentado que el proceso "es un medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia", a lo cual contribuyen el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal[13]. Estos sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho y son condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial[14], suponiendo el conjunto de requisitos que deben consagrarse en las instancias procesales[15].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos puntualizo que el debido proceso se refiere al "conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier... acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal".[16]

El artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos se distancia de la metodología seguida por Vélez cuando éste sostenía que las definiciones eran impropias de los Códigos y por ello omitió darlas en el Código Civil, mientras que la norma supranacional pareciera otorgar las bases para identificar el concepto básico del derecho al debido proceso dentro del capítulo de las garantías judiciales.[17]

El concepto entonces de la garantía de debido proceso pareciera estar más definida en sus especies que por el género mismo.

Este derecho con que cuenta el justiciable posee dentro de su raíz una serie de especies que se erigen como pilares fundamentales de su expresión conceptual: en primer lugar resulta una garantía judicial -pues así ha sido inscripto dentro de ese capítulo en el Pacto- por lo que surge una primera incógnita: conceptualizado de esta forma, el debido proceso puede y debe extenderse al ámbito de las actuaciones administrativas? Cierto es que la respuesta pareciera afirmativa mas la inclusión especifica dentro de las garantías "judiciales" podría hacer presumir su exclusión de ese ámbito.

En efecto el criterio rector lo ha marcado la Corte Interamericana donde expresamente ha decidido que las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención no se limitan a los recursos judiciales, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales[18].

Una recta interpretación de la Convención en aras de la defensa del individuo contra todo tipo de abuso procesal incluso en litigios contra el Estado nos inclina a pensar que efectivamente el derecho al "debido proceso legal" debe entenderse incorporado a aquellas actuaciones administrativas donde de sobremanera el particular confronta con el propio sistema estatal.[19]

Sin ir más lejos GORDILLO explica que el debido proceso adjetivo "...supone el descargo y la prueba, la publicidad, la transparencia, la vista y el acceso irrestricto a las actuaciones, la motivación de los actos y el cumplimiento de los procedimientos especiales requeridos por la ley para determinados actos y decisiones. En cualquier caso, no resultan admisibles interpretaciones que proponen restringir o limitar indebidamente el alcance de esta garantía,[20] por lo que evidentemente también es aplicable al ámbito administrativo.

La estructura de los artículos 14 del PIDCP y 8 de la Convención Americana es parecida en tanto ambos contienen un primer párrafo que establece los requisitos aplicables a todo proceso judicial seguido por varios párrafos concernientes a los juicios penales. En rigor de verdad los requisitos se refieren no al proceso mismo sino a las características del juzgador. Tanto el artículo 14.1 como el artículo 8.1 reconocen el derecho genérico a ser oído con las debidas garantías. Esta cláusula abre una puerta para la aplicación a procesos civiles y/o administrativos a las que son por ende trasladadas las garantías de los procesos penales.

Tal es así que en el famoso precedente Ives Morael v. France, el Comité de Derechos Humanos dejo sentado el principio del debido proceso en un asunto civil.[21] Se dejó en claro que durante el procedimiento, los medios de prueba presentados habían sido examinados de manera que se garantizara un juicio justo, que permitiera a los jueces apreciar el fundamento de la acción de extinción del pasivo ejercida por el síndico. En estas circunstancias, se observará que se respetaron los derechos de la defensa, que el interesado compareció en dos audiencias, que el proceso se desarrolló ante jurisdicciones que ofrecían todas las garantías de independencia e imparcialidad que impone el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto..." "...Además, en lo atinente al respeto del principio del juicio contradictorio, el Comité observa que en los hechos de los que tiene conocimiento relativos al desarrollo del proceso nada muestra que el actor no haya tenido la posibilidad de presentar los medios de prueba a su disposición, o que el tribunal haya basado su decisión en pruebas admitidas sin contradicción de las partes...".

Ya no cabe duda que esta garantía nominada como debido proceso escapa a la estructura pura del derecho penal para aplicarse en cuestiones ajenas al objetivo punitivo estatal.

Una exegesis contraria sería tanto como presumir que el debido proceso legal podría quedar fuera del ámbito civil, laboral, de familia, etc., por la interpretación estricta de "en la sustanciación de cualquier acusación penal...". Tal como hemos referido con suficiencia en párrafos anteriores este tipo de análisis contraría el más mínimo sentido de justicia al que debe aspirar todo Estado de Derecho.[22]

EL maestro itálico Francesco Carnelutti enseñaba que el perfil de justicia solo se dibuja netamente sobre el fondo de la certeza. He aquí por que al derecho como justicia le conviene la estructura del proceso o del juicio, para mejor decir. La estructura del juicio debe garantizar el derecho o debería garantizar por lo menos la función de la justicia[23]. Es al fin de cuentas lo que se pretende avalar con el debido proceso: no solo el acceso a la justicia sino un temperamento que permita recorrer ese sendero con imparcialidad, derecho de defensa, posibilidad de ser oído y porque no decirlo, la revisión en determinados casos de la sentencia dictada.

La verdad a la que se pretende arribar de una u otra parte no debe serlo a cualquier costo, aniquilando las etapas procesales y mucho menos enarbolando la bandera del "vale todo", avasallando el ejercicio de los derechos de los que no puede prescindirse si pretende enarbolarse el valor justicia como cúspide

de todo diferendo. La verdad jurídica objetiva en sí constituye uno de los objetivos fundamentales de la garantía nominada del debido proceso mas no puede invocarse pasando por alto transversalmente el sendero que permita arribar a ella.

En efecto el Alto Cuerpo Colegiado ha efectuado una serie de consideraciones extremando los criterios rigoristas en conflictos con derechos colectivos en juego en lo concerniente a medidas cautelares. Por caso recientemente considero que "...cuando la medida cautelar es tomada en procesos colectivos, resulta imprescindible acentuar la apreciación de los parámetros legales exigidos para su procedencia ya que las garantías del debido proceso y la igualdad ante la ley se ven particularmente comprometidas..."[24]

En nuestra época hemos de destacar que una de las fattiespecies mas promovidas desde el debido proceso resulta el "principio de bilateralidad". El maestro Palacio destacaba que el principio de contradicción es aquél que prohíbe a los jueces dictar alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella.[25] Sin dudas esta idea también ha de ser inmiscuida en los albores del debido proceso, a esta altura situado como una luminaria que esparce sus efectos sobre el derecho todo sin discriminación de especie alguna.

Pedro J. Bertolino por su parte esboza que el debido proceso surge como más general y extenso que la de la defensa en juicio, "que contendría, precisamente como específica y menos extensa, más notas particulares circunscribientes". Añade, "sin embargo, y en todo caso, para nosotros lo fundamental sería siempre esto: ambas en su integración y complementación mutua, tienden a aprisionar con pretensión correcta el mayor espectro posible de situaciones que, por un lado, nieguen el proceso que al ciudadano le es debido como institución exigida constitucionalmente y, por el otro, no se corresponden con el proceso que debe estar realizado como es debido según las leyes procedimentales conforme a la Constitución.[26]

Con independencia del nomen iuris que se le otorgue, la expresión "debido proceso legal" ha sido adoptada incluso por centenares de fallos a nivel Interamericano, donde se ha plasmado el criterio de "debido proceso legal" como una terminología mas aceptada y acorde que la de garantía judicial.

En un recordado precedente la CIDH ha dicho que "... este artículo -el 8.1 referido a las garantías judiciales- cuya interpretación ha sido solicitada expresamente, es denominado por la Convención "Garantías Judiciales", lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención. El debido proceso legal abarca las condiciones que deben cumplir para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial..."[27]

El plazo razonable constituye sin duda alguna otra de las ramas constitutivas del debido proceso legal. En efecto la dilación inusitada de las causas judiciales se constituyen en un contrasentido irremediable y plenamente incompatible con el valor justicia. Tardías indemnizaciones, conductas procesales que pecan de abusivas sin sanción, etc., etc. no son más que alguno de los ejemplos más comunes que atentan contra la finalización del proceso que pareciera volverse in eterna.[28]

La Corte Suprema ha tenido oportunidad de expedirse en este sentido confrontando la necesidad de una decisión judicial con el dilatado tramite que alarga el proceso sine die. El Alto Tribunal fijo que la adecuada preservación de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso que asisten a las partes en cuanto comprenden la necesidad de obtener una decisión judicial que ponga fin a la controversia.[29]

Si bien no puede establecerse de manera taxativa el lapso temporal a partir del cual ha de violentarse el llamado "plazo razonable" el Alto Tribunal revoco una sentencia en un proceso que, irrisoriamente conllevaba más de 25 años de instancias judiciales sentenciando que "...corresponde revocar la sentencia que confirmó las sanciones aplicadas por presuntas infracciones al régimen financiero si fue vulnerada la garantía de la defensa en juicio de los recurrentes y su derecho a obtener una decisión en el plazo razonable al que alude el art. 8, inc. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos teniendo en cuenta el análisis global del procedimiento, que comprende tanto el sumario llevado a cabo en la órbita del Banco Central, como la instancia judicial de revisión cumplida ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y que se prolongó hasta casi veintiséis años después de ocurridos los hechos investigados, extensión que resulta injustificada, máxime al no advertirse que se trate de un asunto de especial complejidad o que haya sido la actuación procesal de los sancionados la que haya interferido

en el normal desarrollo de los procedimientos..."[30]
Por su parte, el derecho a ser oído tiene su praxis fundamental entrañada y ligada inevitablemente a la defensa en juicio, consagrada normativamente por la Constitución Nacional y los diversos tratados internacionales. Jurisprudencia reciente no ha hecho más que fundamentar esta idea en lo que concierne a la aceptación de los recursos interpuestos por una de las partes y el análisis de su procedencia formal. Se fijo la postura que en lo referente a la procedencia formal de los recursos deducidos, es preciso señalar que si bien esta Corte ha resuelto que el valor disputado en último término debe ponderarse en forma autónoma para cada apelante, sin tener en cuenta la eventualidad del progreso del recurso ordinario de la otra parte[31], también ha reconocido que, excepcionalmente, cuando se presentan determinadas particularidades, aplicar con estrictez la regla general importaría un excesivo rigor formal incompatible con el adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio[32].
Dentro de este panóptico el debido proceso está integrado irremediablemente por el juzgamiento del individuo por un tribunal imparcial y competente. Este es uno de los elementos que podría calificarse axiológicamente como una subespecie dentro del marco genérico de la garantía judicial.
De hecho así lo hizo saber la Corte Suprema en un reciente fallo que involucraba un recurso deducido por un individuo que había sido destituido de su cargo de magistrado por un procedimiento en el que los miembros que intervinieron en su acusación también determinaron su expulsión del poder judicial.
El Alto Tribunal dijo taxativamente que "...en autos existe cuestión federal suficiente puesto que la defensa pone en discusión el alcance de la garantía de juez imparcial reconocida dentro de los derechos implícitos del art. 33 de la Constitución Nacional, o, más estrictamente, arraigada en las garantías de debido proceso y de la defensa en juicio establecidas en el artículo 18 de dicha Ley Suprema, y consagrada expresamente en los artículos: 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad federal en virtud de la incorporación expresa que efectúa el arto 75, inciso 22 de la Constitución Nacional[33].
Sin ir más lejos la responsabilidad internacional del Estado pareciera estar comprometida ante el incumplimiento de la garantía del debido proceso. Ello se desprende de las propias palabras de la Corte Interamericana cuando ya en el año 1988 aseguraba que "esta obligación -la del debido proceso- implica el deber de los estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar públicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. [...] La obligación de garantizar [...] no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía de pleno y libre ejercicio de los derechos humanos.[34]
Pareciera acertado sostener que la mera enunciación de la garantía procesal no representa para el Estado argentino la suficiencia que torne inocua su responsabilidad frente al Pacto de San José de Costa Rica, sino que desde la praxis debe garantizar su efectividad.
Resulta lógico que el debido proceso no concluya con la sentencia misma, sino que abarque un decisorio razonado, basado en normas vigentes y que no pueda ser descalificado como acto jurisdiccional valido. Por caso en un tema de distribución de costas causídicas la CSJN sentó premisa en este sentido y sostuvo que la sentencia recurrida contiene solo una fundamentación aparente, de modo que se configura un supuesto de arbitrariedad que deriva en una indebida distribución de los gastos del proceso con el consiguiente menoscabo de las garantías constitucionales de propiedad y defensa en juicio[35].
El agotamiento del debido proceso debe abarcar la propia motivación y justificación de la sentencia que evite tornarla arbitraria privando a la parte incluso de ejercer su derecho recursivo de manera eficaz.
La forma en que se aprecia el material probatorio suele ser una de las cuestiones más reñidas donde generalmente los litigantes pretenden echar mano a la violación del debido proceso cuando la interpretación que de ellas se efectúa no es favorable. Creemos menester traer a colación una sentencia de lo que quizás sea el Tribunal Constitucional más prestigioso de América -el colombiano- donde en cuanto a este tópico se dejo sentado que no toda irregularidad procesal que involucre la obtención, recaudo y valoración de una prueba implica la violación del debido proceso[36]. Los defectos

procesales relativos a la prueba pueden ser de diversa índole y distinta intensidad y es claro que no todos tienen la potencialidad de dañar el debido proceso del afectado. La Corte Constitucional ha establecido como regla inicial que la simple transgresión de las normas procesales que regulan la inclusión de pruebas en las diligencias no implica afectación del debido proceso. Estas irregularidades menores se refieren a la afectación de las formas propias de los juicios, pero dada su baja intensidad en la definición del conflicto pero no afectan las normas constitucionales.

Diversa suerte desde ya, corre la prueba ofrecida que es obtenida mediante un medio ilegitimo, pero cabe destacar que ello no torna de por si nulo el procedimiento mismo sino solo la inclusión de ese medio probatorio -y su consiguiente ineficacia- debiendo resultar inocuo para la resolución del pleito. Independientemente de la fuente de la ilegitimidad de la prueba, lo que importa resaltar por ahora es que cuando se verifica la violación del debido proceso por parte de una prueba ilegítima, dicha prueba es nula en el contexto del proceso dentro del cual pretende aducirse. Esta precisión permite mostrar el otro aspecto de la argumentación y es que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho, pero no por ello es nulo de pleno derecho el proceso en el que se inserta. En efecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en reconocer que la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso no implica necesariamente la nulidad del proceso que la contiene.[37]

Al fin de cuentas será como enseñaba el recordado Calamandrei "...todas las libertades son vanas si no se pueden reivindicar y defender en un juicio, si el individuo no encuentra ante si jueces capaces de darle la razón..."

Es notable la conjunción de estos dos elementos que otrora han transcurrido de manera inocua. El debido proceso para resultar útil al justiciable no puede anclarse solo en declamaciones conceptuales y establecimientos normativos de antología que coronen la coraza de una decisión judicial. Si desde la magistratura no se acompaña la aplicación lisa y llana de estos preceptos, con hombres y mujeres capacitados para concientizarse de la creación de un deber social con sus fallos, iremos por el buen sendero. Como bien señalo Couture cuando afirmo que el derecho por tanto no quedara entonces sujeto a la merced del proceso y sucumbir por la ausencia o insuficiencia de este, -o por la habilidad de los litigantes añadimos-.

Se cumplirá de esa forma el designio del pensamiento Aristotélico: "...siempre que hay una contienda se busca el amparo del juez. Ir al juez es ir a la justicia. Porque el juez nos representa a la justicia personificada y viva. S e busca un juez que ocupe el medio entre las partes y a veces se da a los jueces el nombre de mediadores, como si estuviésemos seguros de haber encontrado la justicia una vez que hemos hallado el justo medio. Lo justo es, pues, un medio puesto que el mismo juez lo es. El juez iguala las cosas y podría decirse que teniendo delante de si una línea cortada en partes desiguales y cuya porción mayor excede la mitad, el juez es quien quita la parte que excede y la añade a la porción pequeña...".

Esperemos así sea.-

NOTAS

(1) José Puig Brutau en la jurisprudencia como fuente del Derecho, Bosch, Barcelona, pág. 179.

(2) Les droits de l" homme. Problemes, vues et aspects. Textos originales publicados por la Unesco, con prefacio de Jacques Maritain, Paris, 1948, pagina 2.

(3) LINARES QUINTANA, Segundo V.: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado", tomo 4, pág. 277, n° 3271.

(4) Bidart Campos, Germán; La Corte Suprema (el Tribunal de las Garantías Constitucionales), Buenos Aires, Ediar, 1984, pagina 117.

(5) (Fallos: 301:978; 311:948 y 2547; 313:559; 315:28 y 321:1909)

(6) ..."durante el proceso toda persona tenga derecho a las siguientes garantías mínimas..."

(7) CSJN 28/11/13, in re Recurso de Hecho en Juncos Esteban y Otro c/ Limache Raúl Emilio s/ ds y ps. En otro reciente pronunciamiento la Corte confirmo este criterio al sostener que si el ministerio Publico de la Defensa y Pupilar no ha tenido participación en el curso del litigio, debe declararse de forma expresa la nulidad de todo lo actuado partir del momento en el que debió dársele intervención (causa Lucero viuda de Aguirre María Jacqueline c/ Liberty ART SA s/ indemnización por muerte de 24/6/14). Por su parte la SCBA estableció desde esta misma perspectiva que el acceso a la justicia, en términos generales, de igual modo que el concepto de debido proceso, ha desembocado en algo mas abarcador, más intenso que es derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (SCBA Crédito para todos SA c/ Estanga Pablo s/ ejecutivo del 3/9/2014).

(8) CSJN, 28-3-85, Fallos 307:282; Id., 20-2-86, Fallos 308:155; Id., 7-10-75, Fallos 293:106; Id., 10-12-96, J.A. Rep. J.A. 1999-744, n° 226; SAGÜÉS, Néstor P.: "Elementos de Derecho Constitucional", Bs. As., Astrea, tomo 2, 1993, págs. 330/331. La garantía constitucional de la defensa en juicio supone la posibilidad de ocurrir

ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, la que no debe ser frustrada por consideraciones procesales insuficientes (CSJN, 8-2-74, Fallos 288:55).

(9) VALCARCE, Arodín: "El Derecho a la Jurisdicción y el Acceso a la Justicia", J.A. 1996-I-737, ap. VI.

(10) CSJN, 18-6-85, Fallos 307:966; SAGÜÉS, Néstor P.: "Elementos de Derecho Constitucional", Bs. As., Astrea, tomo 2, 1993, págs. 330/331, n° 1062.

(11) En efecto, en los procesos donde se plantea una internación psiquiátrica involuntaria o coactiva, es esencial el respeto a la regla del debido proceso en resguardo de los derechos fundamentales de las personas sometidas a aquélla (CSJN en in re Tufano, Ricardo A. s/ internación del 27/12/2005). El art. 8 de la CADH prescribe que "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

(12) Ello en nada empece a dejar de lado los criterios adoptados por la CSJN en cuanto a que la inteligencia de normas de naturaleza federal se encuentra inescindiblemente unida a las cuestiones fácticas y probatorias discutidas en el pleito, por lo que corresponde que la Corte atienda los agravios de la parte recurrente con la amplitud que exige la garantía de defensa en juicio. In re Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN - Sec. Transporte - dto. 104/01 y otros s/ amp. proceso sumarísimo (art. 321, inc. 2°, CPCC) del 24/6/14.

(13) Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC- 9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 117. Sin embargo pareciera aquí centrarse en la propia finalidad del debido proceso sin ingresar propiamente a su entera conceptualización.

(14) Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 118.

(15) Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 27.

(16) (Corte IDH, caso "Baena, Ricardo y otros. Excepciones preliminares", sent. del 2/2/2001 [serie C, n. 72, párr. 124]; caso "Baruch Ivcher Bronstein v. Perú. Interpretación de la sentencia de fondo [art. 67 Ver Texto , CADH)", sent. de 6/2/2001 [serie C, n. 74, párr. 102]; caso del Tribunal Constitucional "Aguirre Roca, Rey Terry y Revorero Marsano v. Perú", sent. de 31/1/2001 [serie C, n. 71, párr. 69]; Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, opinión consultiva OC-9/1987, de 6/10/1987 [serie A, n. 9, párr. 27]).

(17) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

(18) Caso "Ivcher Bronstein" del 06/02/2001.

(19) Por caso este criterio ha sido sostenido por la Corte Suprema norteamericana a principios de siglo en el caso Reetz v. Michigan, 188 US (1903), 505, 47, L. ed. 563 cuando asevero que el debido proceso legal no significa necesariamente un proceso judicial dando lugar a la convalidación de la teoría que luego sería usufructuada por el resto de los tribunales norteamericanos, ingleses y que llegaría a estas tierras: la citación y la audiencia. Esta concepción fue tomada en el sentido de un necesaria notificación o comunicación de carácter general y una oportunidad razonable para hacerse presente en el procedimiento, otorgándole al demandado una ocasión procesal para exponer y hacer valer sus derechos. Respecto a esta circunstancia la Corte Suprema de Justicia ha principado que no puede válidamente sostenerse una cualquier solución normativa que reglamente el instituto del proceso en ausencia -rebeldía o eventualmente la garantía del debido proceso en otros términos a los consagrados en el orden nacional pues importa de por si violentar los principios de derecho público consagrados por la Constitucional Nacional (considerando IX en autos: Meli, José Osvaldo s/ infracción ley 1612 del 4/5/2000"). Sin ir más lejos el propio derecho comparado establece que la propia falta de citación en un caso concreto a las partes apareja la nulidad del procedimiento.

(20) GORDILLO, Agustín, Procedimiento Administrativo, 1era Edic., Buenos Aires, Depalma, 2003,p. 43. En efecto el art. 1 inc. f) apart. 3) de la LNPA reza: "Derecho a una decisión fundada: que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.

(21) Ives Morael v. France, Comunicación No. 207/1986, U.N. Doc. CCPR/C/36/D/207/1986 (1989).

(22) En una memorable cita afirma D Aguanno: "...el sentimiento de justicia es tanto más elevado, cuanto mayor simpatía hacia los demás, pero al mismo tiempo es tanto más elevado cuanto más desarrollado se halle el amor propio cuanto mayor es la conciencia de los propios derechos, cuanto más se siente el propósito de hacerlos respetar..." D Aguanno José, en la Génesis y la Evolución del Derecho Civil, Ed. Española corregida por el autor, Madrid,, La España Moderna, pag. 162.

(23) Carnelutti Franceso en La Crisis del Derecho, Ed. Jurídicas Europa América, Bs As, con traducción de Marcelo Cheret, 1953, pag. 341 y 341

(24) CSJN en Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión SA s/ amparo del 23/9/2014.

(25) PALACIO, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1975, pág. 263. Alsina dice que de acuerdo con el principio constitucional que garantiza la defensa en juicio, nuestro código procesal ha establecido el régimen de bilateralidad, según el cual todos los actos de procedimiento deben ejecutarse con intervención de la parte contraria (ALSINA, Hugo: "Tratado...", Buenos Aires, Ediar, tomo I, 1963, pág. 457.

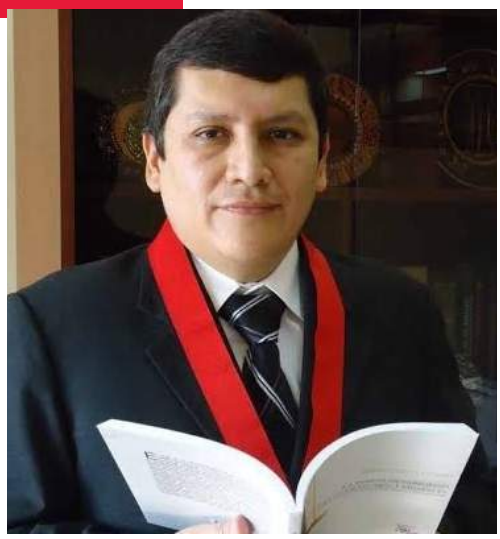
(26)"El Debido Proceso Legal", pág.134 y ss.; Librería Editora Platense, 1986.

(27) Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC 9/87, párrafos 27-28. el precedente foráneo dictado en los autos SECO RAFAEL RAMON /s RECURSO DE CASACION (EN GALVAN SERGIO DANIEL) del 18/12/2012 destaco que "...cabe apartarse del criterio de que la interposición de recursos y su admisibilidad no suscita cuestión federal, cuando lo decidido resulto de una consecuencia que frustro la garantía de defensa en juicio y privó al imputado del derecho la revisión de la condena que le fuera impuesta (arts. 18 de la Constitución Nacional; 8.1, 8.2.d, 8.2.h 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.3.d 14.5 del Pacto Internacional de Derechos

Civiles Políticos).
(28) Esta perspectiva ha tenido como punto de partida los pronunciamientos que sobre el particular se dieron en Tribunal Europeo de derechos humanos, concretamente en el caso "Rigiesen" del 16 de julio de 1971, donde se estableció que para determinar si la duración de un proceso había sido razonable o no, se debía atender a la complejidad del caso, el comportamiento del demandante y la manera en que el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales.
(29)"Barry, María Elena c/ Anses", Fallos: 319:2151; "Migoya, Carlos Alberto c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios" del 20/12/20101.
(30) BONDER AARON (EMPERADOR COMPAÑIA FINANCIERA S.A.) Y OTROS /s B.C.R.A. S/ RESOL 178/93 del 19/11/2013. Ver en este sentido CSJN, 19-11-1968 "Mattei, Ángel, s/ contrabando de importación", Fallos 272:188
(31) Fallos: 199:538; 210:434; 305:1874; 308:917 y 319:1688.
(32) "Rizikow, Mauricio c/ EN —Mº de Justicia y DDHH— s/ daños y perjuicios" del 8/11/2011. En una reciente sentencia el voto de la mayoría fijo su postura en un proceso acusatorio contra un magistrado donde destaco que el juez denunciada pudo ejercer en plenitud su derecho defensa si en la oportunidad procesal prevista expresamente por las normas de derecho público local se presentó personalmente a actuar por derecho propio y, con la asistencia del patrocinio letrado de dos profesionales, evacuó por escrito y también en forma verbal el traslado de la acusación que se le formulaba y también pudo eficazmente pronunciarse sobre la prueba instrumental que sirvió de sustento al pronunciamiento que la removió de su cargo, decisión que fue dictada por el órgano en cuyas manos la ley suprema local puso el ejercicio exclusivo de dicha atribución y que, tras contar con la mayoría calificada exigida, estimó acreditadas las causales contempladas en el ordenamiento provincial -por las cuales la enjuiciada fue acusada y oída- de falta de cumplimiento de los deberes del funcionario público y de la comisión del delito de prevaricato en el ejercicio de sus funciones. Las disidencias de los jueces Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay pusieron de resalto que las expresiones del tribunal superior provincial que rechazó el recurso de casación contra la decisión que destituyó a la recurrente como magistrada no constituyen una respuesta judicial suficiente ya que no contienen ningún análisis orientado a establecer si la garantía del debido proceso otorga al acusado la posibilidad de defenderse en todas las instancias del procedimiento, inclusive aquellas que se desarrollan por ante el órgano de acusación y si, en caso afirmativo, la ley local que rige el procedimiento admite una interpretación en ese sentido. En CATELLA MARTA SUSANA /s SOLICITUD DE JUICIO POLITICO POR LUIS ANIBAL BENITEZ de fecha 4/6/2013.
(33) Frois, Mauricio s/ causa no B8/2011", para decidir sobre su procedencia del 7/10/14. En similar veanse fallos causas 'Llerenaf I Fallos: 328: 1491 y "Dieser" I Fallos: 329:3034. es interesante confrontar la mencionada sentencia con la dictada el 15/5/2014 en Reuter Javier Enrique s/ legajo de evaluación numero 10/09 CM donde se pretendió la alegación del debido proceso por la no intervención de dos ministros del alto tribunal provincial -Chubut- aunque aquí el Cimero Órgano puso de manifiesto que no existía vulneración del debido proceso pues parece disputable que el caso difiere por completo de aquel que dio pie al precedente aludido, no se trata aquí de la falta de intervención de los miembros del tribunal en el acuerdo que dio lugar a la sentencia, sino de la ausencia de la firma de dos de ellos redactada con posterioridad; proceder que, por lo demás, se encuentra autorizado por la regla que fija el arto 331 del código procesal penal local aplicable al caso.
(34) Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafos 166 y 167.
(35) RUGO MARCELA LUCILA /c ESKENAZI SEBASTIAN Y OTROS /s SIMULACION Y FRAUDE del 10/4/12. Asimismo se tuvo dicho que si bien las cuestiones relacionadas con la admisibilidad de los recursos locales -por su carácter fáctico y procesal- resultan ajenas a esta instancia de excepción; tal circunstancia no resulta óbice decisivo para la procedencia del recurso extraordinario cuando, como en el caso lo resuelto frustra la vía utilizada por el justiciable sin la debida fundamentación idónea suficiente que se trasluce en una violación del debido proceso tutelada en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Fallo Pilquiman, Crecencio c/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural s/ amparo de 7/10/2014.
(36) Es interesante destacar la concepción normativa de la Constitución de los Estados Unidos que protege a los imputados de una condena basada en pruebas dudosas, otorgándoles medios para persuadir a los jurados de que no las tomen en cuenta porque no resultan fidedignas, pero sin prohibir la presentación de las mismas. Solo en los casos en que la prueba es "tan extremadamente improcedente (unfair) que su admisión violaría los principios de justicia fundamentales" (Dowling v. United States,493 U.S. 342, 352 -1990-), la Cláusula del Debido Proceso obsta a su admisión.
(37) La Suprema Corte ha declarado que los argumentos probatorios y de hecho que aparecen recién al apelar la sentencia de primera instancia deben considerarse fruto de una reflexión tardía, que impiden a la parte opositora la prueba de su descargo, quebrando el derecho de defensa en juicio y debido proceso (arts. 354 inc 2 y 484 del CPCC y 15 de la La Suprema Corte ha declarado que los argumentos probatorios y de hecho que aparecen recién al apelar la sentencia de primera instancia deben considerarse fruto de una reflexión tardía, que impiden a la parte opositora la prueba de su descargo, quebrando el derecho de defensa en juicio y debido proceso (arts. 354 inc 2 y 484 del CPCC y 15 de la Constitucion provincial) por lo cual deben ser desechados. SCBA in re Molina Juan c/ Valles Nelson s/ ds y ps del 18/6/2014.

ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA: UN REPLANTEAMIENTO DE SU VALOR MATERIAL[1]

Edwin Figueroa Gutarra [2]
Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, Perú



Sumario

Introducción 1. Actuación inmediata de sentencia y concepto 2. Tutela jurisdiccional efectiva vs. el derecho a la doble instancia 3. Presupuestos de la actuación inmediata de las sentencias estimatorias 4. Una comparación con la medida cautelar. Ideas finales

Introducción

El régimen procesal de la actuación inmediata de sentencia dispuesto por el Código Procesal Constitucional de Perú de 2004, constituye aún un reto de efectividad para nuestro ordenamiento constitucional, en la medida que su utilización por parte de la judicatura en nuestro país, prevalentemente aquella que concierne al Poder Judicial como primer bastión de defensa de los derechos fundamentales, aún no es significativa.

¿Razones para ello? Ciertamente la propia presteza de la naturaleza de los procesos constitucionales exige respuestas de tutela urgente real, inmediata y célere. Y si ello es llevado a un plano comparativo de efectividad pronta de las pretensiones constitucionales, las medidas cautelares, otro mecanismo de relevancia procesal determinante, excluyentes con relación a la actuación inmediata de sentencia, han implicado en la práctica judicial, la no necesidad de esperar hasta la sentencia propiamente dicha para demandar la realización de aquella prestación que dispone la sentencia.

Sin embargo, es necesario, desde la perspectiva de una real consolidación de los derechos fundamentales así como su efectiva vigencia, poner de relieve la propuesta de fortalecimiento de esta institución, de discurrir por su evolución jurisprudencial y de destacar su valía como una herramienta que requiere algunos ajustes procedimentales para una mejor eficacia de sus contenidos.

La utilidad procesal del instituto de la actuación inmediata de sentencia es innegable. Se acerca a la dimensión material de una vigencia efectiva de los derechos fundamentales, pues derechos sin vigencia se convierten en derechos nominales, apenas semánticos, o disfraces lejanos del concepto real de Constitución, como enunciaba Loewenstein. En esa línea de razonamiento, instituciones de esta naturaleza trabajan por la restitución pronta de derechos fundamentales conculcados.

1. Actuación inmediata de sentencia y concepto

La actuación inmediata de sentencia ha sido delimitada por el artículo 22[3] del Código Procesal Constitucional y sus caracteres principales se orientan por una efectividad célere de la decisión de primera instancia a efectos de que no deba esperarse, dado el contexto de urgencia de todo proceso constitucional, hasta la decisión estimatoria de segunda instancia.

La precisión que efectuamos es importante: si la determinación es de una prestación de dar, hacer o no hacer, advertimos unos caracteres de condena que es necesario atender optando por la ejecución inmediata de la sentencia de primer grado.

A este respecto, la diferencia entre sentencia definitiva y sentencia firme es relevante. La primera implica la conclusión de una primera etapa de la controversia, siendo susceptible aún de impugnación ante una instancia superior. La segunda, supone el cumplimiento de los requisitos de cosa juzgada formal y material, catalogado el primer aspecto como la imposibilidad de interponer recurso impugnatorio alguno, y la noción adicional, en relación a que el

juez optó por el examen del fondo del asunto.

Ahora bien, sin el propósito de restar eficacia a la cosa juzgada formal y material, tengamos en cuenta que el Tribunal Constitucional ha optado por perfilar la institución de la cosa juzgada constitucional,[4] la cual es necesario tener en cuenta en medio del tratamiento de esta importante institución. En efecto, mientras que la actuación inmediata de sentencia traduce una urgencia de tutela, la cosa juzgada constitucional representa el último estadío de interpretación en materia de efectivización de derechos pues ella no existirá mientras no sea observada una interpretación vinculante del Tribunal Constitucional. Nos encontramos así antes dos polos opuestos: la actuación inmediata de sentencia representa una materialización célere de la tutela de urgencia. En la orilla opuesta, la cosa juzgada constitucional indica que es posible aún una actuación conforme con la Constitución si eventualmente se contradice una interpretación vinculante del supremo intérprete de la Norma de Normas.

La STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas, determina, desde data más reciente, cuál es el tratamiento material del régimen de actuación inmediata de sentencia, posición jurisprudencial que desarrollo el concepto lato y poco trabajado, hasta la dación de este fallo, del artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

El Tribunal Constitucional aporta una definición de actuación inmediata de sentencia recurriendo a Caballol,[5] concepto del cual extraemos una similitud manifiesta con la figura de ejecución provisoria[6] que aporta la doctrina del Derecho Procesal Civil, [7] o como el mismo Tribunal señala, se trataría de una técnica de aceleración del proceso o de tutela urgente.[8]

Otra definición de interés es aportada por Arce Cárdenas,[9] quien se refiere a esta institución desde el concepto de ejecución provisional de sentencia para indicar que "es la institución procesal por la que se atribuye plena eficacia a una sentencia estimatoria de primer grado que aún no ha adquirido la autoridad de cosa juzgada y cuyo uso en un proceso judicial permite brindar una auténtica tutela procesal efectiva".

El supremo intérprete de la Constitución desarrolla una estrecha vinculación entre el régimen de actuación inmediata de sentencia y el proceso de amparo,[10] y señala respecto a este régimen procesal que "se revela entonces como una herramienta de primerísimo orden para la materialización de aquella tutela urgentísima y perentoria que aquel proceso debe representar; lo que, a su vez, se halla en consonancia con aquel "recurso sencillo y rápido" para la defensa de los derechos al que alude el artículo 25.1[11] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos." (F.J. 35).
Esta acepción es de primer orden de importancia: si no existe un recurso sencillo y rápido que satisfaga prontamente la necesidad de evitar la arbitrariedad de poderes estatales o privados, respecto a los derechos fundamentales de los ciudadanos, entonces no existe un real Estado constitucional. De ahí nace la necesidad de configurar en los sistemas procesales de los países herramientas que permitan una pronta defensa de los derechos tutelados por la Carta Fundamental.

A nivel de Derecho Comparado, ha sido Eto Cruz[12] quien ha desarrollado una importante referencia de esta institución procesal en países como Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, Uruguay, Costa Rica y Venezuela, destacando como rasgo distintivo en estos ordenamientos que los recursos no suspenden la ejecución de sentencia si ésta acoge la pretensión del amparado.
Aquí es importante advertir un detalle relevante: la impugnación de la decisión asume un carácter de no suspensión del sentido de la decisión, en cuanto importe una sentencia de condena. Y si la impugnación ocurriere y eventualmente revocare el fallo de primera instancia, solo en el caso de decisión desestimatoria se producirá la suspensión de los efectos de la decisión tutelar.

En la doctrina comparada, los afianzamientos de un tipo de tutela cautelar han sido defendidos por la doctrina alemana a través de la antizipirten Zwangsvollstreckung,[13] en vía de un concepto de tutela cautelar como anticipación de la ejecución forzada; o bien como azione assicurativa,[14] desde la doctrina italiana, la cual recoge inclusive ideas de Chiovenda respecto al pensamiento alemán. Afirma el pensador italiano que "toda ejecución material donde el derecho material no fue definitivamente decidido, en donde hay ejecutabilidad sin fuerza de cosa juzgada (vorläufige Vollstreckbarkeit nichtrechtskräftiger Urteile) constituye una forma

de tutela jurídica provisional."15

2. Tutela jurisdiccional efectiva vs. el derecho a la doble instancia

Nos parece pertinente poner de relieve la contrastación material que desarrolla el fallo 607-2009-PA/TC en la acepción que denomina el Tribunal como "el juego de la ponderación: el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva vs. el derecho a la doble instancia." (F.J. 42-43). En este aspecto, se oponen dos derechos fundamentales de vertiente distinta: de un lado, la tutela jurisdiccional efectiva conduce a una realización del "derecho justo", a una materialización de la tutela que exige el derecho de quien resulta afectado ostensiblemente en sus derechos fundamentales y por consiguiente, a evitarle el penoso tránsito de la formal espera hasta un pronunciamiento final de segunda instancia.
En el ámbito opuesto a esta pauta, advertimos la configuración del derecho fundamental a la doble instancia. Ciertamente, constituye un supuesto de ejecución de sentencia que el debate procesal en sus vertientes formal y material, haya concluido. Deviene pues necesario ejecutar la prestación del mandato de una sentencia siempre que la controversia hubiere llegado a su fin.

Estos son los dos planteamientos base respecto a los derechos en cuestión. Y sin embargo, es importante advertir que de esa ponderación necesaria a desarrollar, surge un elemento habilitante que bien podemos calificar como un aporte de la doctrina alemana: el deber especial de protección[16] o Schutzpflicht[17], noción que a su vez traduce un matiz de tutela extraordinaria si se trata de derechos fundamentales.
Ergo si ocurre que existe necesidad de tutela urgente respecto a derechos especialmente protegidos, como lo son los derechos fundamentales, entonces se justifica que aquella dispensa en positivo que otorga la justicia constitucional respecto a un derecho tutelado por la Constitución, se vea restituida lo antes posible, sin que exista necesidad de diferir hasta el final de una segunda instancia el marco de protección que se demanda.

A propósito de estos desencuentros entre derechos fundamentales cabe la interrogante: ¿Podemos hablar de desfases entre el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional, como sugiere García Belaúnde?[18] Por cierto que sí, ambas disciplinas construyen materialmente la defensa de los derechos fundamentales mas no siempre advertimos una marcha al mismo ritmo. El Derecho Procesal Constitucional tiende a ser más activista cuando los tribunales se comprometen en la defensa férrea de los derechos fundamentales y delimitan incesantemente nuevas reglas aplicables a los procesos constitucionales, lo cual se traduce en un activismo judicial necesario. El Derecho Constitucional si bien presenta avances, esboza lenta pero progresivamente esquemas conceptuales, abstractos por naturaleza en fase de construcción, respecto a los derechos a tutelar por parte de la Constitución. Su aporte es valioso, ciertamente, pero su ámbito exige la delimitación abstracta de las instituciones sustantivas relacionadas con derechos fundamentales.

3. Presupuestos de la actuación inmediata de las sentencias estimatorias

La STC 607-2009-PA/TC, caso John Lojas, ha merecido un desarrollo relevante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo referido a los presupuestos de la actuación inmediata de las sentencias estimatorias, fijando el supremo intérprete diversos criterios para su materialización. La importancia de este caso reside en la delimitación propia de este instituto, respondiendo así a esa responsabilidad de un alto Tribunal de fijar líneas directrices para los jueces de instancias inferiores. Hay una suma de hecho positiva en este aspecto: esta determinación de líneas materiales hace más predictible el derecho, crea uniformidad y perfila líneas de mayor certeza y seguridad en la resolución de controversias jurídicas, más aún si éstas atañen a derechos fundamentales. El Derecho, de ese modo y desde una perspectiva argumentativa, se universaliza y se torna más confiable.
Entre los criterios fijados por el Tribunal, figuran las ideas de un sistema de valoración mixta,[19] concepto que confiere al juzgador un rango de discrecionalidad para o bien adoptar el criterio de actuación inmediata de una sentencia, o bien adoptar la decisión de preferir otra opción, la más usual, a criterio nuestro, entendida como la figura regular de derivar la controversia a una instancia superior luego de una apelación formal, luego de cuya decisión recién podrá optarse por la ejecución del mandato firme.

En relación al concepto de juez competente,[20] la previsión técnica es que actúe inmediatamente la sentencia el juez que dictó la sentencia de primer grado o juez A quo. Es la alternativa más razonable y evidentemente más lógica. No lo debe hacer el juez Ad quem, o de revisión, pues éste debe emitir un pronunciamiento célere tan pronto llegue la controversia a su conocimiento. Y en propiedad, resulta el juez A quo el juez natural para conocer la figura de la actuación inmediata.
La premisa de forma de otorgamiento[21] conlleva algunos matices: goza de legitimidad para el pedido de actuación inmediata de sentencia, por regla general, la parte afectada, y sin embargo, esta regla general se relativiza cuando el juez constitucional aprecia un contexto de urgencia y dispone, vía la decisión, no de exhortación sino de cumplimiento de un deber, de que la prestación ordenada por la sentencia se cumpla en modo inmediato. Advertimos aquí, por el principio de suplencia de queja deficiente,[22] que el juez constitucional debe convertirse en un defensor activo de los derechos fundamentales y si observa una actuación deficiente de la parte afectada en la tutela del derecho cuya vulneración se denuncia, pues debe suplir esa ausencia de actividad de la parte solicitante. En rigor, suple el juez esa deficiencia de actuación de la defensa.

En relación a la idea de sujetos legitimados,[23] se expresa una noción clausus en tanto resultan con interés para obrar tanto el beneficiario de la sentencia estimatoria como quien acredite poder en su representación. No se extiende esta potestad a terceros.

En relación a los alcances de la actuación inmediata de sentencia,[24] goza al juez constitucional de la potestad de modular los efectos de su decisión respecto a la actuación inmediata de una sentencia, en relación a las prestaciones que determina la sentencia. Puede fijar el juez la extensión de lo otorgado en forma total o parcial, atendiendo a la naturaleza de la pretensión. La consecuencia es directa: formulada la petición de actuación inmediata de sentencia, corresponde al juzgador evaluar los presupuestos procesales de concesión y de acuerdo al cumplimiento de los mismos, fijar la extensión de su decisión.

Respecto al tipo de sentencia[25] que involucra esta figura, el Tribunal delimita que la formulación del pedido de actuación respecto de esta sentencia, tendrá lugar en relación a sentencias apeladas como no apeladas, característica que le confiere un status especialísimo a este instituto, pues inclusive ejercido el acto impugnatorio respectivo, no devendrá en restricción manifiesta el pedido de actuación inmediata.

El concepto de mandato preciso[26] se refiere a la exigibilidad de una determinabilidad del alcance de la decisión, es decir, debe gozar el mandato de especificidad a efectos de que tenga lugar su actuación.

Se constituyen en presupuestos procesales para la actuación inmediata de sentencias,[27] la no irreversibilidad, la proporcionalidad y la no exigencia de la contracautela.

En cuanto a la irreversibilidad, es necesario que el juez valore la no conveniencia de un estado de cosas, valga la redundancia, irreversible, es decir, la medida de actuación inmediata de sentencia deberá implicar, de corresponder ante una eventual revocatoria, la figura de retorno del estado de cosas a una situación anterior. Junto a esto tiene lugar la proporcionalidad de la medida, en tanto queda proscrita la arbitrariedad de la decisión si ésta resulta excesiva en su otorgamiento. Finalmente, no es exigible la contracautela, aunque el juez excepcionalmente la puede solicitar.

En cuanto a la apelación,[28] es de observarse una condición de inimpugnabilidad tanto de la actuación de la sentencia como de su denegatoria. En posición crítica de este aserto, reviste mayor razonabilidad la viabilidad de la función correctora y nomofiláctica de las instancias correctoras, dado el margen de falibilidad que puede tener lugar respecto de la decisión del juez A quo.

En cuanto concierne a los efectos de la sentencia de segundo grado[29], advierte el Tribunal que puede ocurrir un caso especial: que exista revocatoria pero al ocurrir que se mantienen los presupuestos con los cuales fue concedida la medida, que la ejecución provisoria siga manteniendo sus efectos. Sin duda éste es un caso especial pero se atiende a lo que hemos denominado una condición especial de determinados institutos procesales constitucionales, como por ejemplo sucede con el artículo 16[30] del Código Procesal Constitucional respecto a la medida cautelar. En este último caso, tiene lugar la cancelación de la medida mas solo una vez que

exista sentencia con autoridad de cosa juzgada. Ello simplemente informa que la medida cautelar pudiera eventualmente ser revocada, mas ello, en el aspecto procesal constitucional, no necesariamente conduce a su cancelación, figura distinta a lo civil, escenario en el cual la revocatoria de una medida cautelar, conlleva la extinción de ésta.

Finalmente, en la relación con la medida cautelar,[31] aspecto que desarrollamos a continuación, esta institución fija un carácter de exclusión una vez emitida la sentencia de primera instancia: o se actúa inmediatamente la sentencia o se ejercita la medida cautelar, resultando en exclusión la utilización de una respecto de la otra. Creemos que aquí la estructuración del concepto no ha sido integral pues una vez emitida la sentencia de primera instancia, no es propio solicitar una medida cautelar.

4. Una comparación con la medida cautelar

Ciertamente corresponde nos interroguemos, como cuestión vital en este estudio, por qué las estadísticas arrojan resultados aún exiguos respecto a la utilización de la actuación inmediata de sentencia en comparación a la aceptabilidad, preferencia y recurrencia de las partes con relación a la medida cautelar.
Las razones parecen ser muy puntuales: de un lado, si de eficacia se trata y además se persigue obtener un resultado inmediato respecto a una pretensión, observemos que desde la misma interposición de la demanda, existe ya la alternativa de recurrir a una medida cautelar en relación a la parte demandante. Es más, nada obsta, desde una perspectiva procesal válida, que sean postuladas al mismo tiempo la demanda y la medida cautelar vinculadas al proceso propiamente dicho.

Es cierto que debe ser admitida la demanda y en acto cuasi simultáneo, sería despachada la medida cautelar, la misma que es conocida en la práctica procesal, como sentencia anticipada, siempre que concurran los requisitos de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y pertinencia de la medida cautelar.

Entonces la observación de tiempos procesales es relevante: la medida cautelar puede ser propuesta al juzgador desde la misma postulación de la demanda. Tiene lugar y efecto material en cuanto haya sido admitida a trámite la demanda.

Una estadística referencial es la que puede aportar desde la praxis la Sala Constitucional de Lambayeque, órgano de segunda instancia de especialidad constitucional, la cual en el año 2014, hasta el mes de setiembre, ha resuelto 253 medidas cautelares,[32] y ninguna impugnación, de forma, fondo o extraordinaria o vinculada indirectamente a la situación de actuaciones inmediatas de sentencia.

Distinto es el caso, podemos apreciar entonces, de la institución procesal asumida como actuación inmediata de sentencia, pues exige todavía un pronunciamiento que se categoriza como definitivo al referirnos al fallo de primera instancia. No puede ocurrir antes de la sentencia misma y en este aspecto, la defensa de una pretensión constitucional no puede verse desligada de las etapas procesales respectivas, las cuales informan que la sentencia como tal, solo puede tener lugar después de un iter procesal regular que implica la demanda y la absolución de la misma por parte de la emplazada.

Y cierto es que una sentencia constitucional, elegible para el régimen de actuación inmediata de sentencia, puede tener lugar hasta como la tercera resolución[33] en el proceso, lo cual es un valioso referente de celeridad. Sin embargo, observemos que la tutela de urgencia aspira a ser inmediata, no mediata, y en esta determinación de características procesales, la medida cautelar implica una inmediatez mayor con relación a la sentencia. Ésta puede actuarse igualmente en modo inmediato pero veamos que es prioridad su previa dación. ¿Querrá decir que la sentencia inmediata, a pesar de lo expresado, se vuelve mediata en su pedido? Si apreciamos esta figura en función a la celeridad de la medida cautelar, la respuesta es positiva. No olvidemos, en esos mismos conceptos, que la exigencia de respuestas prontas y céleres, deviene necesaria y atendible en materia constitucional y ello es una característica manifiesta de este tipo de procesos.

Ideas finales

Un balance a modo de conclusión nos refiere el importante desarrollo material de la institución de la actuación inmediata de sentencia. El Tribunal Constitucional ha cumplido una responsabilidad pedagógica de importancia en el desarrollo de esta figura procesal. Desde el proceso STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas, advertimos una estructuración de relevancia pues los elementos conceptuales de

esta noción procesal aparecen delimitados en rangos, valía y alcances.

Y sin embargo, ¿cómo camina la utilización de esta figura en la práctica profesional de los abogados en la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos? Las cifras expresadas supra nos dicen, con objetividad, que el uso de la medida cautelar, por diversas razones, es una alternativa procesal mucho más utilizada, en tanto se permite su pedido desde el propio inicio del proceso, a diferencia de la actuación inmediata de sentencia, la cual debe aún esperar hasta la dación del fallo de primera instancia para que tenga lugar el pedido de su formulación.

Y en esa perspectiva de urgencia, es determinante que mientras la tutela sea más urgente, más debe optarse en la defensa de los derechos fundamentales por el uso de los medios que mejor satisfagan las peticiones iusfundamentales, y en ello desempeña un valioso rol la actuación inmediata de sentencia.

Sin perjuicio de ello, queda como reto seguir implementando, reforzando y asignándole valor procesal, en la jurisprudencia, a este régimen de actuación inmediata de sentencia, más aún cuando los derechos fundamentales reclaman una pronta atención a sus exigencias en el seno de las controversias constitucionales y piden, con creces, una judicatura que responda en modo inmediato la atención de controversias vinculadas a los derechos tutelados por la Carta Fundamental.

NOTAS

(1) Ponencia presentada al V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional. Arequipa, Perú. 2014.

(2) Doctor en Derecho. Juez Superior Titular Lambayeque, Perú. Profesor Asociado Academia de la Magistratura del Perú. Profesor Visitante de la Universidad de Medellín, Colombia. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo, Lambayeque, Perú. Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional por su participación en los cursos Procesos de tutela de derechos fundamentales, Montevideo, Uruguay, 2011; La garantía internacional de los derechos humanos y su impacto en el Derecho Constitucional de los Estados. Montevideo, Uruguay, 2010; y La Constitucionalidad de las Leyes, Cádiz, España, 2009. Becario del curso de DD.HH. en la Washington College of Law de la American University, Washington D.C., EE.UU., 2009. estudiofg@yahoo.com

(3) Código Procesal Constitucional. Artículo 22.- Actuación de Sentencias
La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.
La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.(…)

(4) STC. 006-2006-CC/TC. Caso Casinos Tragamonedas
70. (…) lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139º, inciso 2, es la cosa juzgada constitucional, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales.

(5) STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas
22. Dentro del contexto del proceso civil, suele entenderse por "actuación inmediata de la sentencia estimatoria" (o "ejecución provisional") aquella institución procesal a través de la cual se atribuye eficacia a una resolución definitiva sobre el fondo, pero carente de firmeza, cuyos efectos quedan así subordinados a lo que resulte del recurso interpuesto o por interponer. (CABALLOL ANGELATS, Lluís: La ejecución provisional en el proceso civil, Barcelona, Bosch, 1993, p. 47)

(6) MONROY GALVEZ, Juan. La Actuación de la Sentencia Impugnada. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima: Estudio Monroy Abogados. N° V. 2002. pp. 201.

(7) GOZAINI, Osvaldo. La ejecución provisional en el proceso civil. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. N° III, Lima, 1999. p. 81.

(8) STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 26

(9) ARCE CARDENAS, Yuliana. Actuación inmediata de sentencia impugnada. GACETA CONSTITUCIONAL No. 4. Abril 2008. p. 83.

(10) STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 35-41

(11) Convención Americana de Derechos Humanos.

Artículo 25. Protección Judicial
1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
(12) ETO CRUZ, Gerardo. ¿Existe actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional peruano? GACETA CONSTITUCIONAL No. 4. Abril 2008. p. 27-29.
Vid también sobre una visión de este instituto procesal en el Derecho Comparado CAIRO ROLDAN, Omar. La actuación de las sentencias de los procesos constitucionales de protección de derechos. GACETA CONSTITUCIONAL No. 4. Abril 2008. p. 38-40.
(13) MITIDIERO, Daniel. Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria. Traducción de Renzo Cavan. Marcial Pons. Madrid, 2013. p. 27
(14)MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p. 28.
(15)MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p. 29
(16)STC 0858-2003-AA/TC. Caso Eyler Torres.
7. (…) la constitucionalización del "deber especial de protección" comporta una exigencia sobre todos los órganos del Estado de seguir un comportamiento dirigido a proteger, por diversas vías, los derechos fundamentales, ya sea cuando estos hayan sido puestos en peligro por actos de particulares, o bien cuando su lesión se derive de otros Estados. Se trata de una función que cabe exigir que asuma el Estado, a través de sus órganos, cuando los derechos y libertades fundamentales pudieran resultar lesionados en aquellas zonas del ordenamiento en los que las relaciones jurídicas se entablan entre sujetos que tradicionalmente no son los destinatarios normales de esos derechos fundamentales.
(17) Cfr. KLEIN, Eckart. Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, en Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 42. Jahrgang, Heft 27, 5. Juli 1989. p. 1633. En FERNANDEZ SEGADO, Francisco. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. algunas cuestiones dogmáticas. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Año 7, Nº 2, 2009, p 21.
(18) GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Ejecutabilidad de las sentencias constitucionales. En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° VIII. Palestra, Lima, 2005. p.149.
(19) STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas
63. Por ende, para la aplicación de la figura de la actuación inmediata de sentencia estimatoria de primer grado, el juez debe observar algunos principios y reglas procesales, como los que se mencionan a continuación:
i. Sistema de valoración mixto: si bien la regla general debe ser la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, el juez conservará, empero, cierto margen de discrecionalidad para tomar una decisión ajustada a las especiales circunstancias del caso concreto
(20) STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63
ii. Juez competente: será competente para resolver la solicitud de actuación inmediata y, de ser el caso, para llevarla a cabo, el juez que dictó la sentencia de primer grado.
(21) STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63
iii. Forma de otorgamiento: si bien como regla general la actuación inmediata procederá a pedido de parte; ello no impide que el juez pueda ordenarla de oficio cuando exista el riesgo de un perjuicio irreparable para el demandante, ello, en virtud de la obligación del juez constitucional de proteger de modo efectivo los derechos constitucionales, conforme a lo dispuesto por el artículo II del Título Preliminar del C.P.Const.
(22) STC 5761-2009-PHC/TC. Caso Carmen Pisfil.
19. (…) dentro de nuestra jurisprudencia constitucional dichos principios han recibido tratamiento individualizado pues por un lado el Colegiado Constitucional ha señalado que: "…la suplencia de la queja deficiente… se trata de la facultad que tienen los jueces constitucionales para adecuar las pretensiones de los quejosos, a fin de otorgarles la protección que sus derechos fundamentales requieran en el supuesto que se advierta un error o una omisión en el petitorio de su demanda…". Y sobre el principio de iura novit curia ha señalado que: "…dicho aforismo, literalmente significa "El Tribunal conoce el derecho" y se refiere a la invocación o no invocación de las normas jurídicas que sirven de fundamento a las pretensiones esgrimidas por las partes dentro de un proceso…"
(23) STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63
iv. Sujetos legitimados: tendrá legitimación activa para solicitar la actuación inmediata el beneficiado con la sentencia estimatoria de primer grado o, en su caso, el representante procesal, según lo dispuesto por el artículo 40 del C.P.Const.
(24) STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63
v. Alcance: por regla general, la actuación inmediata ha de ser otorgada respecto de la totalidad de las pretensiones estimadas por el juez a quo; sin embargo, el juez podrá conceder también la actuación inmediata de forma parcial, es decir, sólo respecto de alguna o algunas de las referidas pretensiones, cuando ello corresponda según las circunstancias del caso concreto y teniendo en consideración los presupuestos procesales establecidos en el punto viii. No serán ejecutables por esta vía los costos y costas del proceso, ni los devengados o intereses.
(25) STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63
vi. Tipo de sentencia: podrá concederse la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, tanto de sentencias que no hayan sido apeladas pero que aún puedan serlo, como de sentencias que ya hayan sido apeladas. La actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado se entiende sólo respecto de sentencias de condena.
(26)STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63
vii. Mandato preciso: la sentencia estimatoria de primer grado debe contener un mandato determinado y específico (mandato líquido), de acuerdo a lo establecido

por el inciso 4 del artículo 55 del C.P.Const., en el cual debe sustentarse el mandato contenido en la actuación inmediata.

(27) STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

viii. Presupuestos procesales:

1. No irreversibilidad: la actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse más adelante; en caso contrario, no procederá la actuación inmediata.

2. Proporcionalidad: no obstante que, por regla general, el juez debe conceder la actuación inmediata; al momento de evaluar la solicitud, éste deberá tener en cuenta también el daño o perjuicio que puede causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso; de manera que la actuación inmediata no aparezca en ningún caso como una medida arbitraria, irracional o desproporcionada.

3. No será exigible el otorgamiento de contracautela. Sin embargo, de modo excepcional el juez puede solicitarla cuando las pretensiones amparadas posean algún contenido patrimonial, y siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad.

(28) STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

ix. Apelación: la resolución que ordena la actuación inmediata, así como aquella que la deniega, serán inimpugnables.

(29) STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

x. Efectos de la sentencia de segundo grado:

1. Si la sentencia de segundo grado confirma la decisión del juez a quo que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución se convertirá en definitiva.

2. Si la sentencia de segundo grado revoca la decisión del juez a quo que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución provisional podrá seguir surtiendo efectos en tanto se mantengan los presupuestos en atención a los cuales fue inicialmente otorgada; lo que se justifica en la finalidad esencial de los procesos constitucionales que, de acuerdo a lo previsto en el artículo II del Título Preliminar del C.P.Const., es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

(30) Código Procesal Constitucional. Artículo 16.- Extinción de la medida cautelar

La medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada. (…)

(31) STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

xi. Relación con la medida cautelar: una vez emitida la sentencia estimatoria de primer grado, el demandante podrá optar alternativamente entre la actuación inmediata o la medida cautelar; sin embargo, la utilización de una excluirá la de la otra.

(32) Sala Constitucional de Lambayeque, Perú. Medidas cautelares resueltas en el año 2014: enero, 25; marzo, 20; mayo, 49; junio, 31; julio, 49; agosto, 38 y setiembre, 41. No obra información sobre impugnaciones respecto a actuación inmediata de sentencia.

(33) Un aporte significativo de la urgencia de un proceso constitucional es que un primer proveído respecto a un proceso constitucional, corresponda a la admisión de la demanda; el segundo, a la contestación de la demanda: y el tercero, previsiblemente a la sentencia. Esto no sucede en todas las causas constitucionales naturalmente, pero es importante advertir que la ausencia de etapa probatoria sin duda permita un desarrollo más célere del proceso.

“La creación de la Escuela Nacional para la Judicatura: una necesaria Reforma Constitucional”

Alberto Rivera Acuña-Falcón (*)
Abogado graduado en la Universidad de Lima, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

I. Introducción

El sistema de selección y nombramiento de los jueces y fiscales tiene una gran repercusión en la política, la economía y la sociedad en su conjunto. Desde los orígenes del constitucionalismo hispanoamericano, han estado en funcionamiento los sistemas "políticos" de reclutamiento de jueces, con nefastas consecuencias, producto de la ingerencia de la clase política en el nombramiento de aquellos que tienen la sagrada misión de administrar justicia. Sin embargo, desde mediados del siglo XX han aparecido en Europa y América los llamados procedimientos "profesionalizados" de selección y nombramiento. Nestor Pedro Sagüés explica los tres engranajes básicos que proponen estos procedimientos:

a) La Escuela Judicial: como ente de formación y de entrenamiento de los futuros jueces, y de especialización de los cuadros en actividad;
b) Los concursos: etapa en la que los candidatos deben competir en términos de paridad, para demostrar sus cualidades;
c) El Consejo de la Magistratura: ente de preselección y nombramiento, según los casos, para operar como jurados de tales concursos.

Con estos mecanismos se ha intentado disminuir la discriminación y el favoritismo. Sin embargo, como veremos en este ensayo, la incorporación del primero de los tres engranajes básicos a nuestra legislación constitucional, no ha sido suficiente para coadyuvar a una verdadera independencia del juez ni del Poder Judicial[2].

II. Planteamiento del problema

El Poder Judicial, en un Estado constitucional según señala Luís López Guerra "… aparece como una organización que presta un servicio, la tutela judicial y como toda organización en cuanto colectivo, se encuentra en la necesidad de resolver los problemas típicos de una estructura compleja: la selección de sus miembros, su promoción, la elaboración de un código de conducta y unas reglas de trabajo, el control e inspección de su cumplimiento, y la imposición de eventuales sanciones por la infracción de sus códigos y reglas"[3]. Pero quizá el problema mas álgido al momento de efectuar la selección de los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público, es el relativo a su idoneidad, toda vez que este servicio se debe prestar por personas que cuenten con probidad, capacidad y técnica para administrar justicia.

En el caso peruano, el desempeño de la función judicial ha mostrado históricamente una significativa falta de probidad, capacidad y técnica. Muchos de los magistrados del Poder Judicial tienen una notoria conducta irregular, adolecen de vicios y costumbres que menoscaban el decoro y la respetabilidad del cargo que ejercen. Las encuestas de opinión son inequívocas al señalar que la población tiene una alta desconfianza de su sistema judicial; lo conciben como un sistema lento y corrupto, y critican la forma como los jueces resuelven las causas. Existe, además, la sensación generalizada que los jueces no solucionan adecuadamente los conflictos que se someten a su decisión y que son dóciles a la presión política o económica.

Esta situación representa un problema real para la sociedad, pues, como lo señaló hace casi noventa años Amadeo Rivera Sandoya: "Puede un país dormir en el atraso de sus instituciones políticas; puede tener una pésima y deficiente legislación, un cuerpo administrativo enmohecido en buena labor y presentar, en fin, el aspecto más triste y lamentable por sus vicios y malos gobiernos; mas nada de eso afectará profundamente su existencia y ese país se habrá salvado si una sola de sus instituciones estuviera exenta de la corrupción y del atraso. Esta

institución es del Poder Judicial"[4].
La trascendencia del problema debe ser medida en su exacta dimensión pues, como sabemos, al resolver conflictos y declarar derecho los jueces disponen del patrimonio, del honor, de la libertad y de la vida misma de los hombres. Resulta evidente la importancia que tiene la formación de aquellos que aspiran a ejercer la delicada función de administrar justicia.

La problemática de una verdadera reforma del Poder Judicial no requiere solo reformas de ese poder del Estado, sino de todo el sistema judicial en su conjunto, pero con especial énfasis en la formación de los aspirantes a juez y fiscal.

Ahora bien, ¿qué tan trascendente es la formación de los aspirantes a magistrados de un sistema judicial?. A nuestro criterio, la adecuada formación de los aspirantes a magistrados constituye parte fundamental del éxito de toda reforma del sistema judicial. Resulta evidente que la institucionalidad del Poder Judicial --altamente cuestionada según las encuestas de opinión pública-- así como la pérdida de confianza en el sistema judicial, inciden en la gobernabilidad del Estado y en su nivel de desarrollo. La situación se agrava porque ello significa altos costos, tanto en lo que se refiere a la inversión privada (la falta de credibilidad en el sistema judicial retrasa la inversión), como en lo que corresponde al presupuesto público, pues se distraen recursos que pueden ser orientados para un mayor y mejor acceso a los servicios de justicia.

Por lo antes expuesto, es de suma importancia abordar lo relativo a la formación de los aspirantes a magistrados. En tal sentido, el problema se plantea de la siguiente manera: ¿cuál es la forma más eficaz de lograr que la formación ética y técnica de los magistrados se traduzca en conductas judiciales probas y acertadas?.

Antes de proponer una posible solución al problema planteado, nos aproximaremos brevemente a la actual regulación constitucional sobre la materia.

III. Regulación constitucional actual.

Hasta 1993 no se había consagrado constitucionalmente en el Perú a un órgano independiente del poder político, encargado de la selección y nombramiento de jueces y fiscales, como tampoco a un órgano encargado de la formación y capacitación de los magistrados. Ciertamente, es con la dación de la Constitución de 1993 que se crean el "Consejo Nacional de Magistratura" y la "Academia de la Magistratura". A nuestro juicio, las funciones de esta última son todavía insuficientes. El artículo 151º de la Constitución vigente señala:

"La Academia de la Magistratura, que forma parte del Poder Judicial, se encarga de la formación de jueces y fiscales en todos sus niveles, para los efectos de su selección.

Es requisito para el ascenso la aprobación de los estudios especiales que requiera dicha Academia".

Como se desprende claramente de la lectura de este artículo constitucional, no es requisito para el nombramiento de jueces y fiscales la aprobación de los estudios que imparte de Academia de la Magistratura. En tal sentido, resulta evidente que el constituyente de 1993 le puso énfasis al ascenso de los magistrados, pero desatendió lo concerniente a la formación de los aspirantes a juez y fiscal.

Por lo demás, la experiencia de los denominados "estudios especiales" que ha venido impartiendo la Academia de la Magistratura no se ha caracterizado por aportar una verdadera formación para aquellos que actualmente ejercen la magistratura.

A su turno, el artículo 147º de la Constitución de 1993 señala:

"Para ser Magistrado de la Corte Suprema se requiere:

1. Ser peruano de nacimiento;
2. Ser mayor de cuarenta y cinco años;
3. Haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años".

En tal sentido, queda claro también atendiendo a esta disposición constitucional que para ser Magistrado de la Corte Suprema no se requiere formación judicial especializada, como tampoco se requiere para quienes pretenden acceder a los niveles judiciales inferiores.

Por lo expuesto en estas líneas, consideramos que el tratamiento constitucional referido a la formación de aspirantes a juez y fiscal resulta notablemente inadecuado. Por ello, postulamos la reforma constitucional que esbozamos a continuación.

IV. Esbozo de una solución: la reforma constitucional

En nuestra opinión, la forma más eficaz de lograr que la formación ética y técnica de los jueces y fiscales se traduzca en conductas probas y acertadas requiere que se consagre constitucionalmente la Escuela Nacional para la Judicatura, dedicada exclusivamente a formar a los aspirantes a juez y fiscal. Asimismo, planteamos que la Academia de la Magistratura quede encargada de la capacitación y actualización de los cuadros en actividad.

La Escuela Nacional para la Judicatura debería tener, básicamente, las siguientes características:

A) Estar premunida de la categoría de Escuela de Post Grado y otorgar el grado académico a nivel de maestría;
B) Dedicarse exclusivamente a la formación de los aspirantes a juez y fiscal;
C) Contar con una plana docente de primer nivel que incluya expertos nacionales y extranjeros;
D) Contar con una currícula básica multidisciplinaria, para ser impartida a todos los aspirantes; y
E) Contar con una currícula en materias jurídicas, para ser impartida a los grupos de aspirantes de acuerdo a la especialidad en la que se desempeñarán.

Así entonces, proponemos que se modifique el artículo 151° de la Constitución de 1993, el cual quedaría con el siguiente tenor:

"La Academia de la Magistratura, que forma parte del Poder Judicial, se encarga de la capacitación y actualización de jueces y fiscales en todos sus niveles.

Es requisito para el ascenso la aprobación de los estudios especiales que requiera dicha Academia".

Así también, proponemos que se incorpore el siguiente texto constitucional:

"La Escuela Nacional para la Judicatura, que forma parte del Poder Judicial, se encarga de la formación de aspirantes a jueces y fiscales en todos sus niveles, para los efectos de su selección. Su creación y organización se regularán por ley, la que deberá prever su funcionamiento con nivel de maestría.

Es requisito para ser nombrado juez o fiscal, haberse graduado en dicha Escuela".

Creemos, además, que no debe existir una carrera judicial cerrada. Los abogados deben poder tener acceso a cualquiera de las instancias judiciales sin necesidad de haber ejercido la magistratura en niveles inferiores, pero habiéndose formado y graduado en la Escuela Nacional para la Judicatura.

Consideramos que con lo antes expuesto, se coadyuvará al logro de cinco ventajas significativas:

A) La existencia una entidad dedicada exclusivamente a formar a los futuros jueces y fiscales;
B) La profesionalización y tecnificación de la carrera judicial;
C) La prestación de un servicio judicial eficiente;
D) La necesaria estabilidad institucional; y
E) La recuperación de la confianza de la colectividad en el sistema judicial.

Sabemos que si bien tenemos a nivel nacional un sinnúmero de escuelas de leyes (Facultades de Derecho), en ninguna de ellas se imparte de manera sistemática una formación dirigida a los futuros magistrados. Como es conocido, los profesionales probos y bien capacitados para ejercer la magistratura son escasos. Por ello, la formación de un aspirante a juez o fiscal debe concebirse como verdaderamente autónoma, multidisciplinaria en lo científico, sólida en lo axiológico, con nivel de maestría, con la garantía de impartir las técnicas más avanzadas para el ejercicio de la función jurisdiccional y otorgando una sólida especialización jurídica.

Por ello, resulta pertinente citar a Amadeo Rivera Sandoya, quien a principios del siglo pasado describió la realidad judicial peruana --su análisis lamentablemente, sigue vigente en la hora actual--: "… si nos faltan hombres de conciencia recta y segura, de escrupulosa imparcialidad, de carácter verdaderamente independiente, de visión clara, impersonal y severa de lo justo y de lo injusto, es indudable que ello depende de la ausencia de una verdadera orientación educativa en todas las manifestaciones de la enseñanza"[5]. El jurista piurano redondeó su apreciación señalando: "Si a eso se agrega que nuestras universidades tienen un carácter enteramente profesional, por decirlo así, y no obstante ello preparan deficientemente para la vida del foro y sobretodo para la práctica de la administración de justicia…, tenemos que convenir en que palpablemente se nota que hay vacíos que llenar"[6].

Qué necesario y oportuno resulta, pues, promover una formación del más alto nivel para los aspirantes a jueces y fiscales, llenando el vacío antes aludido con la creación de la Escuela Nacional para la Judicatura.

Así, con jueces y fiscales cuya formación se traduzca en conductas probas y acertadas, la verdadera

solución del problema se irá haciendo efectiva de manera gradual y, paulatinamente, se reducirá el descrédito del sistema judicial. Así también la colectividad irá percibiendo un clima de confianza y credibilidad, viabilizando la gobernabilidad de nuestro Estado.

NOTAS

(*) Abogado graduado en la Universidad de Lima, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Juez Superior de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa Coautor Estudiante de Derecho de la Universidad Catolica de Santa María

(1) SAGUES, Nestor Pedro. Ética y Justicia. En: Abogados N° 8, p 126

(2) Para distinguir entre independencia del juez y del Poder Judicial, véase: MONROY GÁLVEZ, Juan. La independencia del Juez y del Abogado. En: Poder Judicial y Democracia, Comisión Andina de Juristas. Centro para la independencia de Jueces y Abogados. Lima, 1991, p 49.

(3) LÓPEZ GUERRA, Luis. El Poder Judicial en el Estado Constitucional. Lima, Editorial Palestra, 2001, p. 28; el subrayado es nuestro.

(4) RIVERA SANDOYA, Amadeo. De la Función Judicial. Reformas indispensables para que llene debidamente su misión en nuestra legislación. Tesis Doctoral. Universidad de La Libertad, Trujillo (1920). p. 9

(5) RIVERA SANDOYA, Amadeo. Op. Cit. p. 28

(6) RIVERA SANDOYA, Amadeo. Op. Cit. p. 29

SUSTENTABILIDADE HUMANA: LIMITAÇÃO DE JORNADA, DIREITO À DESCONEXÃO E O DANO EXISTENCIAL

Lorena de Mello Rezende Colnago[1]
Mestre em Direito Processual pela UFES. Pós Graduada em Direito do Trabalho, Individual e Coletivo, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela UNIVES - Brasil

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é um dos países com maior índice de acidente de trabalho formal, sem contar o número de pessoas falecidas ou inválidas não contabilizadas pelas estatísticas oficiais, por causa do trabalho informal ou da não emissão da Comunicação de Acidentes do Trabalho – CAT.

Uma das hipóteses para os números alarmantes é a violação aos direitos fundamentais ao trabalho atinentes à jornada, sendo este o objeto de análise deste estudo. Afinal, quais são as conseqüências da violação à jornada de trabalho? O que uma jornada acima dos limites legais pode ocasionar aos trabalhadores?

Na tentativa de responder aos questionamentos propostos, analisaremos os direito fundamentais, a origem e evolução da jornada de trabalho no mundo e no Brasil, e as conseqüências quanto ao descumprimento dessas normas, abordando aspectos doutrinários e jurisprudenciais recentes, como o chamado dano existencial.

O método científico utilizado será a análise de dados, legislações e doutrina, sob o aspecto descritivo e dedutivo.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Partindo da premissa de que os direitos fundamentais estão vinculados ao necessário reconhecimento e positivação dos direitos humanos por um ordenamento jurídico, em especial em sua Constituição (lei fundamental), para que os direitos conferidos ao homem (direito à vida, à liberdade, à expressão, à propriedade, à dignidade, ao meio ambiente sadio, etc.) sejam tuteláveis é necessária a passagem deles pelo processo de constitucionalização, a fim de receber todo um instrumental de garantia e proteção jurídica, permitindo a sua permanência em caso de colisão ou violações.

É importante destacar que nem todo direito positivado em uma Constituição pode ser classificado como "fundamental", pois há uma grande diferença entre um direito fundamental (positivação do direito humano) e os demais direitos que foram incluídos em uma Constituição pelo poder constituinte originário ou reformador.[2]

A existência de direitos fundamentais em um Estado pode decorrer da positivação de um direito humano no texto constitucional, mas também da interpretação dos Tribunais Constitucionais[3], uma vez que o sistema de direitos fundamentais não se encontra encerrado somente no texto constitucional. Como exemplo, no Brasil há o §2º do art. 5º da Constituição Federal[4] que reflete uma cláusula de abertura constitucional, permitindo o reconhecimento de um direito fundamental por meio de interpretação inclusiva realizada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre um direito de conteúdo fundamental, encontrado em uma norma do ordenamento interno ou internacional. Com relação à norma internacional, essa deve ser proveniente de um instrumento internacional (tratado, convenção, pacto, etc.) devidamente ratificado pelo Brasil.

Uma norma constitucional é considerada um direito fundamental, positivado de forma direta ou indireta (2º do art. 5º da CF), quando o seu conteúdo reflete um valor de dignificação da convivência humana em sociedade, conquistado pela historicamente pela humanidade. Nesse contexto, pode-se afirmar que o conteúdo de um direito fundamental tem <u>um caráter material</u>, pois consiste na somatória de valores considerados pela humanidade como fundamentais; <u>um caráter formal</u>, pois necessita de legitimação por meio de sua inclusão na Constituição ou nas leis internas de um Estado Nacional; e <u>um caráter procedimental</u>[5] quando é inserido no ordenamento jurídico de um Estado por meio da interpretação realizada pela Corte Constitucional, quando na resolução de um case (conflito judicial marcado por um problema de difícil solução, que ao ser resolvido pela Corte Constitucional constitui um paradigma para o ordenamento jurídico).

Essa posição doutrinária contemporânea, com inspiração em no professor português J. J. Gomes Canotilho[6] e nos ensinamentos de Gregório Peces-Barba[7], sobre a natureza dos direitos fundamentais, traz uma ampliação da materialidade e da estrutura da norma jurídica eminentemente fundamental, pois engloba todas as dimensões dos direitos humanos, em oposição à doutrina reducionista, que fixa o conteúdo dos direitos fundamentais na primeira dimensão dos direitos humanos[8], ou seja, nos direitos do homem livre, "[...]y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado.[...]

Derechos fundamentales em sentido proprio son tan solo los derechos liberales de la persona humana individual"[9], incluindo como fundamental o direito de um indivíduo em face de outro indivíduo, circunscrevendo sua estrutura à regra jurídica[10].

Por fim, com relação à estrutura da norma de direito fundamental, seguimos a posição do mestre português Canotilho, que defende a existência de direitos fundamentais inseridos em duas categorias: regras e princípios. Em síntese, as regras são espécie de norma jurídica que possuem uma aplicação direta no caso concreto por serem normas vinculativas com conteúdo funcional e menor grau de abstração. Pelo maior grau de concretude, as regras contém fixações normativas definitivas, sendo insustentável diante do sistema a validade simultânea de regras contraditórias.[11]

Por outro lado, os princípios, como espécie normativa, são constituídos de maior grau de abstração, uma vez que consagram valores (liberdade, democracia, dignidade, igualdade), por isso, ao serem aplicados necessitam de mediações concretizadoras do intérprete.

Os princípios também são considerados standards jurídicos vinculantes e normas de natureza estruturante, com hierarquia superior sobre as regras, uma vez que as fundamentam ao mesmo tempo em que fornecem a conexão sistêmica do ordenamento jurídico.

Os casos de conflito entre princípios, diferente das regras, suscitam o problema de peso entre os valores jurídicos neles consagrados. A solução desse conflito não produz a validade de um princípio em detrimento de outro, mas a prevalência em importância social do valor consagrado num princípio sobre outro, no caso concreto.[12]

É necessário enfatizar que as normas constitucionais são consideradas o resultado da interpretação das leis, enunciados normativos, sendo a Constituição um projeto jurídico composto por um sistema aberto de regras e princípios, influenciados por valores.[13]

Dessa forma, Canotilho fala em direitos fundamentais constitucionais e extra-constitucionais, pois a partir do momento em que a Corte Constitucional se pronuncia sobre um direito fundamental extra-constitucional, não existem direitos não enumerados, mas direitos constitucionais concretizados.[14]

Portanto, os direitos fundamentais são normas jurídicas positivadas ou interpretadas que se inserem num contexto constitucional.

3. ORIGEM E EVOLUÇÃO DA LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

A limitação da duração do trabalho é luta e conquista histórica dos trabalhadores, sendo a Constituição Mexicana de 1917 a primeira a versar sobre a limitação da jornada diária para 8 horas, e noturna para 7 horas[15].

Poucos anos depois da Constituição Mexicana, com o fim da I Guerra Mundial, na Conferência da Paz das Nações Unidas foi criada a OIT – Organização Internacional do Trabalho, na Parte XIII do Tratado de Versalhes[16], de 1919, sendo importante observar que esse foi um marco para a inserção dos direitos dos trabalhadores nos Estados Nacionais. Nos considerandos do Tratado de Versalhes o primeiro direito mencionado foi a regulamentação das horas de trabalho por dia e por semana[17].

O fator biológico dessa reivindicação explica a preocupação com a submissão do homem a tempo de esforço incompatível com sua natureza física, e também o fato de ser uma das primeiras reivindicações trabalhistas, ao lado da estipulação de um mínimo salarial.

No Brasil, seguindo a tendência da Convenção OIT n. 5 de 1919, em vigor em 13 de junho de 1921[18], uma das primeiras normas referentes ao trabalho livre e à limitação da jornada dos menores, por meio do art. 4º do Decreto 1313/1891:

Art. 4º Os menores do sexo feminino de 12 a 15 annos e os do sexo masculino de 12 a 14 só poderão trabalhar no maximo sete horas por dia, não consecutivas, de modo que nunca exceda de quatro horas o trabalho continuo, e os do sexo masculino de 14 a 15 annos até nove horas, nas mesmas condições. Dos admittidos ao aprendizado nas fabricas de tecidos só poderão occupar-se durante tres horas os de 8 a 10 annos de idade, e durante quatro horas os de 10 a 12 annos, devendo para ambas as classes ser o tempo de trabalho interrompido por meia hora no primeiro caso e por uma hora no segundo[19].

A limitação da jornada para trabalhadores adultos veio a ser publicada apenas na década de 30 do séc. XX. Como exemplos mais marcantes temos a limitação de jornada para o comércio (Dec.21.175/1932), a indústria (Dec.21.364/32), farmácias (Dec.23.084/1933), casas de penhores (Dec.23.316/1933), bancos (Dec.23.322/1933), entre outras[20], sendo a Constituição de 1934 a primeira, do Brasil, a inserir em seu bojo a limitação diária e

genérica de 8 horas de jornada para os trabalhadores, norma repetida na Constituição Federal de 1937.[21]
Pouco tempo depois o Estado, no governo de Getúlio Vargas, decidiu reunir essas leis em uma consolidação, o Decreto n. 5452, de 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho, separando o Capítulo II para as normas de duração do trabalho.
Até o advento da Constituição Federal de 1988 a jornada diária era de 8 horas com a limitação semanal de 48 horas, passando para 44 horas semanais apenas em 10 de outubro de 1988[22], salvo negociação coletiva (art. 7, XIII), sendo esse o atual regramento da matéria.
Nesse mister, diversas legislações estrangeiras têm passado por reformas quanto à jornada de trabalho. Na Espanha, após a reforma trabalhista de 1984, convencionou-se que a jornada normal de trabalho poderia ser flexibilizada ao longo do ano, respeitando-se o máximo de 9 (nove) horas.[23]
Assim, na primeira semana de trabalho a jornada seria de 8 (oito) horas, na segunda semana haveria uma diminuição para 5 (cinco) horas, na terceira semana a redução seria ainda maior 4 (quatro) horas de trabalho, e finalmente, na quarta semana o trabalhador praticaria uma jornada de 9 (nove) horas. Toda essa flexibilização somente poderia ocorrer por meio de negociação coletiva entre os sindicatos e a empresa.[24]
Em Portugal, a flexibilização da jornada de trabalho teve início com a permissão de elastecimento das 8 horas de trabalho diárias para 10 horas, sendo que a duração normal do trabalho semanal passaria de 40 horas para 50, tudo mediante negociação coletiva. [25]
No entanto, o Código do Trabalho vigente até fevereiro de 2009, instituído pela Lei n.º 99, de 27 de agosto de 2003, ampliou para 12 horas a jornada de trabalho e para 50 horas a duração semanal durante o máximo de dois meses, mediante negociação coletiva com os sindicatos, nos termos do art. 164:

Artigo 164.º - Adaptabilidade
1 - Por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, o período normal de trabalho pode ser definido em termos médios, caso em que o limite diário fixado no n.º 1 do artigo anterior pode ser aumentado até ao máximo de quatro horas, sem que a duração do trabalho semanal exceda sessenta horas, só não contando para este limite o trabalho suplementar prestado por motivo de força maior.
2 - O período normal de trabalho definido nos termos previstos no número anterior não pode exceder cinquenta horas em média num período de dois meses.[26]

Nesses termos, a legislação portuguesa previu a majoração da jornada de trabalho para dez horas diárias, sem a limitação anterior de dois meses, para os casos da chamada "adaptabilidade" das normas de duração normal de trabalho entre trabalhadores e empregadores (art. 165[27]), ou seja, mediante negociação direta do trabalhador com o empregador, sem a importante intervenção sindical.
Em 12 de fevereiro de 2009, o Presidente da República de Portugal promulgou a Lei Nº 7/2009 [28] , revogando a Lei Nº 99/2003. A nova lei manteve o tempo normal do trabalho (jornada) de 8 horas, sendo a duração semanal fixada em quarenta horas (art. 203), mantendo ainda a flexibilização da jornada em quatro horas.
Muito embora tenha sido mantida a conquista dos trabalhadores quanto à limitação da jornada de trabalho, a lei atual autorizou no art. 204[29], a flexibilização da duração semanal do trabalho de 60 (sessenta) horas, por meio de negociação coletiva entre entidades sindicais e empregadores, o que foi prognosticado por José Augusto Ferreira da Silva, quando esteve no Brasil antes mesmo da reforma de 2003.[30]
Voltando à legislação brasileira, em momento algum a autorização concedida pelo legislador constituinte autorizou o aumento da jornada máxima diária superior a 10 horas, o que implicaria em lesão à saúde do obreiro.[31]
Pode-se afirmar que a negociação coletiva é um espaço público de realização do Estado Democrático de Direito[32], uma vez que pressupõe a existência de manifestação volitiva bilateral de entes coletivos (entidades sindicais profissionais/econômicas e empresas) na construção do Direito, visando a harmonização do conflito capital-trabalho, devendo pautar-se pelo princípio do não retrocesso social (art. 1, III, art. 3, II e III, art. 4, II, art. 5, §2º, art.7, caput, todos da CF), da limitação às normas de ordem pública (art. 8 CLT), da probidade e da boa-fé contratual (art. 421 do CC) como limites às alterações lesivas (art. 468 da CLT por analogia quanto às relações coletivas).

4. CONSEQUÊNCIAS QUANTO AO DESCUMPRIMENTO DA LIMITAÇÃO À JORNADA: A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS (DANO EXISTENCIAL)

Feitas essas considerações sobre a negociação coletiva, é necessário reafirmar a importância do tema para a saúde do trabalhador, no seu triplo aspecto: físico, social e psíquico (conceito da OMS)[33], vez que um indivíduo submetido a jornada superior a dez horas trabalha com redução de sua capacidade de concentração, fica sujeito às desatenções que causam acidentes de trabalho, face ao stress corporal e mental a que é submetido.

Segundo o Ministério da Previdência Social, apesar do número global de acidentes ter diminuído em 2010, sendo registrados 701.496 acidentes de trabalho contra 733.365 acidentes em 2009, a maior incidência encontra-se no setor das doenças laborais, com aumento significativo para o número de transtornos mentais e comportamentais, a CID "reações ao estresse grave e transtornos de adaptação", por exemplo, apresentou 5.919 casos só no último ano, sendo o maior número de acidentes encontrado no setor de serviços.[34]

Conforme as estatísticas e estudos do IPEA – Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, nos últimos anos o trabalho tem acompanhado o trabalhador ocupando cada vez mais seu tempo livre:

De acordo com a análise feita pelo Instituto, para um grupo dos entrevistados – de 30% e 50% deles – há uma percepção comum da relação entre o tempo de trabalho e o tempo livre: a de que o tempo de trabalho remunerado afeta de modo significativo, crescente e negativo o tempo livre. Isso, segundo o pesquisador, é um fenômeno preocupante, porque gera uma série de conseqüências negativas para a vida desses trabalhadores, como cansaço, estresse e desmotivação, além de prejuízo das relações familiares e de amizade, das atividades esportivas, educacionais etc.

Para André Gambier, não deixa de ser contraditório observar que a percepção desse grupo de entrevistados conflita com a leitura que se fez dos dados da PNAD/IBGE, os quais mostram uma aparente redução da importância do tempo de trabalho na vida cotidiana da população brasileira. Ele disse que parte da explicação pode ser uma "diluição" das fronteiras entre tempo de trabalho e tempo livre, já que para quase metade dos entrevistados, mesmo quando é alcançado o limite da jornada diária, o trabalho continua a acompanhá-los, até mesmo em suas casas. (...) O SIPS ouviu 3.796 pessoas residentes em áreas urbanas, das cinco regiões do país. (grifo nosso)[35]

Em outra pesquisa, realizada em 2011 pelo IPEA[36], das 3.709 pessoas ouvidas, sendo 42, 25% no setor de serviços e 30,82% no setor de comércio, pelo menos 1 (um) a cada 5 (cinco) profissionais já sofreu algum tipo de doença ocasionada pelo trabalho excessivo, chegando a 17,7% o índice de adoentados pelo trabalho.

Entre os entrevistados, 41,6% perceberam que realizavam atividades que antes eram exercidas por mais de uma pessoa (...).O percentual de profissionais que não consegue se desligar totalmente do trabalho durante o período de folga chegou a 45,6%. Desse índice, 26% afirmaram que ficam de prontidão, pois podem ser acionados par alguma atividade, 7,9% planejam ou desenvolvem atividades referentes ao trabalho via celular ou computador, 7,2% procuram aprender coisas sobre o trabalho e 4,2% exercem outra atividade remunerada[37].

Como se pode observar estatisticamente o tempo de trabalho tem ultrapassado os limites das empresas e invadido o repouso ou o tempo livre dos trabalhadores, que estão cada vez mais estressados pelo acúmulo de atividades.

Esse acúmulo ocorre não só dentro das empresas, mas também no tempo de lazer quando o trabalhador é acionado pelos meios telemáticos de comunicação (celular, ipad, ifone, notebook...) e das mais variadas formas, desde uma ligação para solução de problemas ligados ao trabalho fora da jornada até o trabalho a domicílio não computado na jornada.

No total, estima-se que o indivíduo passe mais tempo com o trabalho do que com sua família ou consigo mesmo. Por esse motivo, o legislador ordinário alterou o art. 6º da Consolidação (Lei 12.551/2011), equiparando a subordinação realizada indiretamente e estrutural pelos meios telemáticos à subordinação direta.

Essa alteração no conceito de subordinação jurídica do texto celetista foi realizada com o intuito de proteger o trabalhador em sua dignidade e integridade física quanto ao limite constitucional de jornada, que tem por escopo a proteção da integridade física e psíquica do obreiro.

Em atenção a esse novo fenômeno, o Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul manifestou-se favoravelmente à configuração de lesão moral, do tipo existencial, a uma trabalhadora submetida sistematicamente à jornada extraordinária, considerando o prejuízo sofrido em suas relações sociais e afetivas.[38]

Nesse sentido, a imposição de pagamento das horas com o adicional mínimo de 50% (art. 7, XVI, CF/88) não tem gerado o esperado efeito inibitório e

reeducativo no empregador, a fim de impedir essa violação a um dos aspectos da dignidade humana (art. 1, III, CF/88).
O chamado dano existencial é aquele que priva o indivíduo de colocar em prática o seu projeto de vida[39]. Contudo, esse projeto de vida precisa ser possível, razoável e concretizável, considerando-se o indivíduo como um ser inserido num contexto social com real possibilidade de coexistência entre as individualidades.[40]
[...] Ao participar do mundo com os outros, o ser-aí se liga aos demais seres-aí e se torna um ser-no-mundo-com-os-outros: está no mundo, morada em que vive em indispensável coexistência e ao qual atribui sentido constantemente. Ser-no-mundo, conhece o mundo, nele sabe se movimentar e se orientar, nele encontra a sua morada. Ser-com-os-outros, consciente da presença dos demais, a qual lhe é necessária, sem a qual não se completa.[41]

O homem é um ser social, já dizia Hobbes[42], por isso parcela de sua dignidade está intrinsecamente relacionada com o tempo potencial de convívio em sociedade – família, amigos e membros da comunidade mais próxima -, ao trabalhar o homem é naturalmente ceifado deste convívio, agregando-se ao mundo ou comunidade do trabalho, que é outra parcela de sua dignidade humana.
Assim, para considerar-se completo ele deve ter ao menos em potencial tempo para o trabalho e tempo para a desconexão do trabalho, possibilitando o convívio social extramuros da "fábrica". Se esse tempo não lhe é concedido, ou seja, se o empregador não respeita o tempo de desconexão concedido legalmente para esse fim, por exemplo, as onze horas interjornada (art. 66 da CLT), ele viola parcela da dignidade humana do trabalhador, afetando aspectos de sua existência, ou coexistência social, daí o chamado dano existencial.
O dano existencial é uma subespécie de lesão aos bens imateriais do indivíduo que está intimamente relacionado à jornada de trabalho praticada e à sua elasticidade, em violação às normas trabalhistas.
Essa violação tem como primeira conseqüência o pagamento da hora acrescida do adicional mínimo de 50%. E, caso essa violação torne-se sistemática e extenuante, o ordenamento pátrio previu a tipificação da conduta do empregador como crime – art. 149, caput, do Código Penal, alterado pela Lei 10.803, de 11 de dezembro de 2003:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003). Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803 , de 11.12.2003)[43]

Assim, no atual conceito de trabalho em condições análogas a escravo, que ultrapassa os limites do trabalho forçado previsto nas Convenções 29 e 105 da OIT, o legislador pátrio inseriu a jornada extenuante que viola a dignidade humana do indivíduo, sendo esse um outro aspecto ou conseqüência legal da jornada exaustiva.
Por fim, surge no direito civil a reprimenda com fins pedagógicos a essa prática nociva à saúde do trabalhador, que é a configuração do dano existencial causado pela jornada extenuante, como uma faceta da lesão individual causada pelo empregador em violação e abuso às normas do trabalho referentes à limitação de sua duração (art. 7, XIII e XVI, CF, art. 2, art. 58, 59, 157 da CLT).
Essa conduta, no âmbito civil atrai a incidência do art. e art. 186, 187 e 422 do CC, que versam sobre o ato ilícito ou abusivo e a função social do contrato, sendo o contrato de trabalho um tipo especial de contrato, deve seguir sua regulamentação, observando os princípios gerais contratuais quando houver compatibilidade (art. 8, parágrafo único, da CLT).
Nesse mister, a violação aos limites da duração do trabalho quando sistemática e extenuante pode afetar o ser humano como cidadão e ser social, em seus projetos de vida. E para coibir essa prática degradante surge na doutrina pátria o chamado dano existencial.
O dano existencial distingue-se do dano moral na medida em que atinge um aspecto público do indivíduo, ou seja, sua relação com outros seres, com o mundo social, enquanto o dano moral consiste na lesão ao patrimônio imaterial interno da pessoa.
Pode-se afirmar que a Lei Maior abarca tanto o dano moral como o existencial no art. 5, V e X.
Também não se pode confundir o dano estético, que é a proteção concedida aos aspectos físicos da pessoa em sua integralidade (art. 5, V, CF e Súmula 387 do STJ).

Assim, essa nova categoria de dano vem agregar-se

às demais para imprimir um caráter pedagógico à conduta lesiva ao patrimônio imaterial e interpessoal do indivíduo, na tentativa de restabelecer o equilíbrio do ser social, em atenção ao novel aspecto do direito à saúde e à participação equilibrada do homem junto ao meio ambiente, a sustentabilidade humana.

No aspecto dos direitos fundamentais, a sustentabilidade humana advém da eficácia horizontal do direito que todo indivíduo tem de ser respeitado como pessoa inserida na biota, ou seja, como destinatário de direitos humanos reconhecidos na lei fundamental. No caso do objeto deste estudo o direito a não mercantilização de seu trabalho (dignidade humana no aspecto trabalhista), ao respeito à sua integridade físico, psíquica e social (conceito ampliativo do direito fundamental à saúde), bem como ao respeito a cada um dos direitos fundamentais sociais inseridos no art. 6º da Constituição Federal, que inclui o lazer como forma de desconexão ao trabalho, e a própria condição de ser social (efetivação real de seus projetos afetivos e de vida, aspecto existencial da dignidade humana).

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são aqueles inerentes à própria condição de ser humano, reconhecidos no âmbito internacional e positivados na Lei Fundamental de um país. Eles refletem as conquistas da humanidade, e por isso têm um núcleo duro, que em eventual conflito não pode ser violado, daí o método da ponderação de bens.

A limitação da jornada de trabalho, a proteção da saúde do indivíduo no tríplice aspecto (físico-mental-social) e de sua dignidade humana, são direitos humanos positivados pela Constituição Federal Brasileira, ao lado da livre iniciativa.

Em eventual conflito entre esses direitos o núcleo duro de cada um deles, sob a influência do princípio da interpretação pro homine deve prevalecer. Assim, eventual violação da jornada de trabalho deve ser combatida sob a égide do Direito do Trabalho, com a dação do adicional de horas extras e da inibição dessa prática no âmbito do Direito do Trabalho Administrativo; do Direito Penal do Trabalho, por meio da tipificação dessa conduta como crime de redução a condição análoga a de escravo, se a jornada for caracterizada como exaustiva; mas também, no âmbito civil, para que o a integridade do obreiro como ser social seja preservada, é o chamada sustentabilidade humana, que uma vez violada gera o dano existencial.

Esse dano ao aspecto do ser afetivo, em seus projetos de vida, merece ser combatido por meio de indenizações de caráter pedagógicos, que visem a reeducação do empregador para a eliminação da prática nociva de adoção de jornada exaustiva, mas também para incentivar o respeito ao direito do trabalhador à desconexão de toda e qualquer atividade laboral nos seus intervalos interjornada, semanais e também anuais, a fim de preservar a vida em sociedade (sustentabilidade humana) e evitar um retrocesso social como retorno da mercantilização do trabalho, em que o homem era tratado como uma peça das engrenagens da fábrica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 1 ed. 3 reimp. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002

BENGOECHEA, Juan Antonio Sagardoy. Flexibilização no direito do trabalho espanhol: garantias mínimas ao trabalhador. Flexibilização no direito do trabalho. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004

BRASIL. Congresso Nacional. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 1 jul.2012

BRASIL. Constituição (1988). In Vade mecum Saraiva. 3 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Dedicação ao trabalho invade tempo livre das pessoas. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13515&catid=10&Itemid=9 >. Acesso em: 1 jun.2012

BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Portal G1 (RJ): Um em cada 5 profissionais já ficou doente por trabalhar demais, diz Ipea. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13415&catid=159&Itemid=75 >. Acesso em: 1 jun.2012.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. Anuário estatístico da Previdência Social (AEPS 2010). 2010. Disponível em: <http://www.mpas.gov.br/vejaNoticia.php?id=44331>. Acesso em: 1 jun. 2012.

BRASIL. Senado Federal. Decreto n. 1313 de 17 de janeiro de 1891. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=48692&norma=64469> . Acesso em: 02 maio 2012

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª

Região. Acórdão em recurso ordinário processo n.º 105-14.2011.5.04.0241. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 1 jul.2012
BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) — breves considerações. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 26-29, jan. 2009.
BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003
COSTA, Casimiro Armando. História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2011
COLNAGO, Lorena de Mello Rezende, SCATOLIN, Levi. O respeito à jornada de trabalho como medida de saúde e segurança do trabalho. LTr. Suplemento Trabalhista, v.46, p.363 - 370, 2010.
FERRAZ, Flavio Carvalho; SEGRE, Marcos. O conceito de saúde. Revista de Saúde Pública. São Paulo, vol. 31, n. 5, out./ 1997. Disponível em:< http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101997000600016>. Acesso: 1 jun. 2012
FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O fundamento filosófico do dano existencial. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n.2653, 6 out. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17564>. Acesso em: 28 jun. 2012
HOBBES, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Primeira Parte: do homem. nsº 13 e 14. Martin Claret: São Paulo, 2007.
LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Constituição e direitos sociais dos trabalhadores. São Paulo: LTR, 1997
LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana do Direito. Revista de Filosofia – UFES, ano VII, nº 7, janeiro a junho: 2001.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Curso de derechos fundamentales: teoría generale. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1999.

PORTUGAL. Lei n.º 7/2009. Diário da República. 1. série, n.º 30, 12 de Fevereiro de 2009

QUEIROZ, Cristina M. M.. Direitos fundamentais: teoria geral. s. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2002

SCHMITT, Carl. Teoria de la constitucion. Trad. Francisco Ayala. s. ed. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1996

SILVA, José Augusto Ferreira da. Flexibilização no direito do trabalho em Portugal. Flexibilização no direito do trabalho. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo. Convenções da OIT. 2. ed.São Paulo: Ltr, 1998.
TRATADO DE VERSALHES, 28 July 1919. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/versailles_menu.asp>. Acesso em: 2 maio 2012.

NOTAS

(1) Mestre em Direito Processual pela UFES. Pós Graduada em Direito do Trabalho, Individual e Coletivo, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela UNIVES. Professora de Direito Processual do Trabalho. Juíza do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho do Paraná – Brasil . Membro da REdLaj – Rede Latino Americada de Juízes (lor.colnago@gmail.com)
(2) ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 1 ed. 3 reimp. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002, p.63.
(3) QUEIROZ, Cristina M. M.. Direitos fundamentais: teoria geral. s. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2002, p.89.
(4) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte. (BRASIL. Constituição (1988). In Vade mecum Saraiva. 3 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p.10).
(5) O modelo regra/princípio/procedimento leva em consideração não apenas as regras, enunciados dotados de um grau maior de concretude ou os princípios, enunciados normativos dotados de um grau maior de abstração em consideração para a classificação de um direito constitucional como fundamental, mas também o procedimento utilizado para a aplicação desse direito. Por exemplo, a interpretação realizada pelos juízes que compõem a Corte Suprema, no Brasil, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, guardiões do ordenamento jurídico pátrio. (QUEIROZ, Cristina M. M.. Direitos fundamentais: teoria geral. s. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2002, p.141).
(6) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
(7) MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Curso de derechos fundamentales: teoría generale. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1999.
(8) Cf. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 571-572.

(9) SCHMITT, Carl. Teoria de la constitucion. Trad. Francisco Ayala. s. ed. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 190.
(10) ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 1 ed. 3 reimp. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 64-65.
(11) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159-1162.
(12) Ibid., p. 1160-1164
(13) CANOTILHO, Ibid., p. 1162-1163.
(14) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 379 et seq.
(15) LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Constituição e direitos sociais dos trabalhadores. São Paulo: LTR, 1997, p.19.
(16) SUSSEKIND, Arnaldo. Convenções da OIT. 2. ed.São Paulo: Ltr, 1998, p. 17-19.
(17) TRATADO DE VERSALHES, 28 July 1919. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/versailles_menu.asp>. Acesso em: 2 maio 2012.
(18) SUSSEKIND, Arnaldo. Convenções da OIT. 2. ed.São Paulo: Ltr, 1998, p.75.
(19) BRASIL. Senado Federal. Decreto n. 1313 de 17 de janeiro de 1891. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=48692&norma=64469> . Acesso em: 02 maio 2012.
(20) COSTA, Casimiro Armando. História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 145.
(21) LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Constituição e direitos sociais dos trabalhadores. São Paulo: LTR, 1997, p.17.
(22) Cf. COSTA, Casimiro Armando. História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 149.
(23) BENGOECHEA, Juan Antonio Sagardoy. Flexibilização no direito do trabalho espanhol: garantias mínimas ao trabalhador. Flexibilização no direito do trabalho. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 139.
(24) Ibid.
(25) SILVA, José Augusto Ferreira da. Flexibilização no direito do trabalho em Portugal. Flexibilização no direito do trabalho. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 125.
(26) PORTUGAL. Lei n.º 7/2009. Diário da República. 1. série, n.º 30, 12 de Fevereiro de 2009.
(27) Artigo 165º Regime especial de adaptabilidade

1 - Por acordo, o empregador e os trabalhadores podem definir o período normal de trabalho em termos médios, observando o disposto nos números seguintes.

2 - O acordo a que se refere o número anterior pode ser obtido mediante proposta dirigida pelo empregador aos trabalhadores, presumindo-se a sua aceitação pelos trabalhadores que, no prazo de 21 dias a contar do respectivo conhecimento, incluindo os períodos a que se referem os nºs 2 e 3 do artigo 173º, não se oponham por escrito.

3 - O período normal de trabalho diário pode ser aumentado até ao máximo de duas horas, sem que a duração do trabalho semanal exceda cinquenta horas, só não contando para este limite o trabalho suplementar prestado por motivo de força maior.

4 - Nas semanas em que a duração do trabalho seja inferior a quarenta horas, a redução diária não pode ser superior a duas horas, mas as partes podem também acordar na redução da semana de trabalho em dias ou meios dias, sem prejuízo do direito ao subsídio de refeição.

5 - O regime previsto nos números anteriores mantém-se até ao termo do período de referência em execução à data da entrada em vigor de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que incida sobre a matéria. (PORTUGAL. Lei n.º 7/2009. Diário da República. 1. série, n.º 30, 12 de Fevereiro de 2009)

(28)PORTUGAL. Lei n.º 7/2009. Diário da República. 1. série, n.º 30, 12 de Fevereiro de 2009.
(29) Artigo 204. Adaptabilidade por regulamentação colectiva

1 — Por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, o período normal de trabalho pode ser definido em termos médios, caso em que o limite diário estabelecido no nº 1 do artigo anterior pode ser aumentado até quatro horas e a duração do trabalho semanal pode atingir sessenta horas, só não se contando nestas o trabalho suplementar prestado por motivo de força maior.

2 — O período normal de trabalho definido nos termos previstos no número anterior não pode exceder cinqüenta horas em média num período de dois meses.
3 — Constitui contra -ordenação grave a violação do disposto neste artigo. (PORTUGAL. Lei n.º 7/2009. Diário da República. 1. série, n.º 30, 12 de Fevereiro de 2009)

(30) SILVA, José Augusto Ferreira da. Flexibilização no direito do trabalho em Portugal. Flexibilização no direito do trabalho. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 125.
(31) COLNAGO, Lorena de Mello Rezende, SCATOLIN, Levi. O respeito à jornada de trabalho como medida de saúde e segurança do trabalho. LTr. Suplemento Trabalhista, v.46, p.363 - 370, 2010.
(32) Sobre a manifestação da democracia em espaços públicos de discussão cf. LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana do Direito. Revista de Filosofia – UFES, ano VII, nº 7, janeiro a junho: 2001, p. 175-200.
(33) FERRAZ, Flavio Carvalho; SEGRE, Marcos. O conceito de saúde. Revista de Saúde Pública. São Paulo, vol. 31, n. 5, out./ 1997. Disponível em:< http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101997000600016>. Acesso: 1 jun. 2012.

(34) BRASIL. Ministério da Previdência Social. Anuário estatístico da Previdência Social (AEPS 2010). 2010. Disponível em: <http://www.mpas.gov.br/vejaNoticia.php?id=44331>. Acesso em: 1 jun. 2012.
(35) BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Dedicação ao trabalho invade tempo livre das pessoas. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13515&catid=10&Itemid=9 >. Acesso em: 1 jun.2012.
(36) BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Portal G1 (RJ): Um em cada 5 profissionais já ficou doente por trabalhar demais, diz Ipea. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13415&catid=159&Itemid=75 >. Acesso em: 1 jun.2012.
(37) Ibid.
(38) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão em recurso ordinário processo n.º 105-14.2011.5.04.0241. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 1 jul.2012.
(39) BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) — breves considerações. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 26-29, jan. 2009
(40) FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O fundamento filosófico do dano existencial. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n.2653, 6 out. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17564>. Acesso em: 28 jun. 2012.
(41) Ibid.
(42) HOBBES, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Primeira Parte: do homem. nsº 13 e 14. Martin Claret: São Paulo, 2007.
(43) BRASIL. Congresso Nacional. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.Acesso em: 1 jul.2012.

PROGRAMA JUSTICIA EN TU COMUNIDAD
TALLER DE JUSTICIA PREVENTIVA PARA ADOLESCENTES
CENTRO EDUCATIVO 5093 ANTONIO RAYMONDI
SE ABORDARON LOS TEMAS: “ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA NORMA LEGAL” Y “BULLYNG EN EL PERÚ“ - DICIEMBRE 2014

I ENCUENTRO INTERNACIONAL DE PROYECCIÓN SOCIAL DE LOS PODERES JUDICIALES DEL PERÚ, BRASIL, ECUADOR Y COLOMBIA Y DEL III ENCUENTRO NACIONAL DE PRESIDENTES DE CORTES SUPERIORES DE JUSTICIA Y RESPONSABLES DEL PROGRAMA NACIONAL JUSTICIA EN TU COMUNIDAD

La Corte Superior de Justicia de Ventanilla estuvo representada en esta importante evento, por la Señora Presidenta (e) Dra. Jackeline Yalán Leal y por el Dr. Fernando Espinoza Jacinto, Juez del Juzgado Civil de Ventanilla

LORETO

LORETO

ODECMA - MESA DE TRABAJO POR LA TRANSPARENCIA JUDICIAL
I CURSO TALLER REALIZADO EN EL AUDITORIO PRINCIPAL DE LA MUNICIPALIDAD DE "MI PERÚ

Dra. Ana Mirella Vásquez Bustamante, jefa de la Oficina de Control de la Magistratura-ODECMA, trató "Los derechos y obligaciones de los ciudadanos" y "La labor de la ODECMA"

Participación activa de la población

NAVIDAD 2014
ACTIVIDAD PARA LOS HIJOS E HIJAS DE LOS MAGISTRADOS Y TRABAJADORES JUDICIALES LA SEÑORA PRESIDENTA (E) DRA. JACKELINE YALÁN LEAL DIO SUS SALUDOS EN ESTA FECHA ESPECIAL Y AGRADECIÓ A LOS MAGISTRADOS POR SU COLABORACIÓN ASÍ COMO AL PERSONAL ADMINISTRATIVO POR SU ORGANIZACIÓN

rn-Churros
Prosim
noque S.R.L.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE

Feliz
Navidad

JURAMENTACIÓN DE MAGISTRADOS
22 DE DICIEMBRE DE 2014

DOCTOR CARLOS ROGER RODRÍGUEZ ROSALES
JUEZ DEL SEGUNDO JUZGADO DE PAZ LETRADO DE VENTANILLA

DOCTOR RENÉ HOLGUÍN HUAMANÍ
JUEZ DEL JUZGADO DE TRANSITO Y SEGURIDAD VIAL TRANSITORIO

INAUGURACIÓN DE TRES SEDES JUDICIALES DESCONCENTRADAS DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE VENTANILLA, POR EL SEÑOR PRESIDENTE DEL PODER JUDICIAL, DOCTOR ENRIQUE JAVIER MENDOZA RAMÍREZ, Y LA PRESIDENTA (E) DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE VENTANILLA, DOCTORA JACKELINE YALÁN LEAL.

Órganos Jurisdiccionales Sede Mi Perú

Órganos Jurisdiccionales - Sede Juzgados Civiles

Órganos Jurisdiccionales - Sede Juzgados Crimen Organizado

EXTINTOR