



IUS ET
TRIBUNALIS

Cuadernos Jurídicos

Año 1, n.º 1 | enero-diciembre 2015
ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660

Facultad de Derecho

Ius et Tribunalis
Cuadernos Jurídicos de la Facultad de Derecho
Año 1, n.º 1 | enero-diciembre 2015

Comité Editorial

Director General

Halley Lopez Zaldívar (Universidad Continental)

Editor Responsable

Tony Vínologo Osorio (Universidad Continental)

Integrantes

Omar Sumaria Benavente (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Hugo Sologuren Calmet Ponte (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Paolo del Águila Ruíz de Somocurcio (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Julio Salomé Castro (Universidad San Martín de Porres)

Comité Consultivo

Dante Torres Altez (Universidad Continental)

Renzo Cavani Brain (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Luis Alfaro Valverde (Universidad Nacional Mayor de San Marcos)

Juan Manuel Sosa Sacio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos)

Roberto González Álvarez (Universidad Andina del Cusco)

Disponible a texto completo en <http://journals.continental.edu.pe/>

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2016-13514

ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660

Cuidado de edición

Jullisa del Pilar Falla Aguirre, Fondo Editorial

Diseño y diagramación

Yesenia Mandujano Gonzales, Fondo Editorial

Traducción

Paola Ninanya Vilcahuamán

Impresión

Obregón Impresores SAC

Jr. Arequipa 343, Huancayo

Contenido/Content

Acreditando investigación jurídica	7
Crediting legal research	9
<i>Halley Lopez Zaldívar</i>	

Estudios / Studies

El recurso de agravio constitucional, precedente Francisca Vásquez Romero (STC 009787-2014-PA/TC). ¿Un nuevo modelo? The Constitutional Tort Action, Vásquez Romero Francisca precedent (STC 009787-2014-PA/TC). A new model? <i>Omar Sumaria Benavente</i>	13
Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudenciais Formally binding normative precedent: formalization of jurisprudential sources <i>Hermes Zaneti Jr.</i>	31
Convenções sobre o processo e liberdade das partes Conventions on the process and freedom party <i>Pedro Henrique Nogueira</i>	51
Un agradecimiento y tres apologías: error, reflexión y pregunta An appreciation and three apologies: error, reflection and question <i>Fredie Didier Jr.</i>	67
Principio de informalismo Principle of informalism <i>Héctor Mujica Acurio</i>	73

Contexto de la salud y seguridad en el trabajo: Política de tutela en materia laboral. ¿Cómo interviene el Estado? Context of health and safety at the workplace: Protection policy in labor matters. How does the State intervene? <i>Paúl Yance Zamudio</i>	87
---	----

Comentarios a jurisprudencia

Algunas reflexiones a propósito de la ejecución de la hipoteca Some reflections on foreclosure <i>Jorge Alberto Beltrán Pacheco</i>	105
---	-----

Análisis del precedente vinculante en el caso Huatuco Huatuco y la responsabilidad administrativa funcional Binding precedent assay in the Huatuco Huatuco case and the functional administrative responsibility <i>Víctor Lizárraga Guerra</i>	121
---	-----

Requisitos y condiciones de redacción, y envío de artículo jurídico

135

Editorial

ACREDITANDO INVESTIGACIÓN JURÍDICA

El cumplimiento de estándares de calidad en la enseñanza universitaria se ha convertido (con la ayuda otorgada por el impulso del gobierno peruano) en un motivo para la adecuación y, en su caso, la reconfiguración de la prestación del servicio educativo.

Para el específico caso de la Universidad Continental, la exigencia de acreditación ha propiciado el inicio de un trabajo que tiene por meta el reconocimiento del compromiso y responsabilidad en la labor que ya se venía realizando.

Así es que la carrera de Derecho, en coordinación con la Dirección de Investigación, ha dado un nuevo impulso a la producción y publicación de contenidos jurídicos con este nuevo producto, los *Cuadernos Jurídicos lus et Tribunalis*.

Con este primer número de *lus et Tribunalis* damos cuenta a la comunidad jurídica y general de trabajos elaborados por destacadas figuras del ámbito jurídico con alcance local, nacional e internacional, quienes abordan temas de sumo interés y actualidad para los que se proponen cultivar una cultura adecuada del Derecho así como para los que buscan una respuesta a las incidencias que la práctica forense les presenta.

En este número se dan a conocer los trabajos de Omar Sumaria, Hermes Zaneti Jr., Pedro Nogueira y Fredie Didier Jr., realizados en el marco del I Congreso Internacional de Derecho Procesal y Arbitraje, llevado a cabo en Huancayo, en setiembre de 2015. Los autores abordan temas referidos al derecho procesal, constitucional y argumentación jurídica.

Asimismo, se identifican los artículos elaborados por connotados profesionales y allegados a la ciencia jurídica sobre el derecho administrativo, laboral, civil y procesal civil.

De esa forma, quienes hemos asumido esta difícil tarea de la investigación jurídica y publicación de contenidos, nos sumamos al proceso de acreditación de la carrera profesional de Derecho, brindando publicaciones de calidad para la adecuada forja de una cultura jurídica.

Para concluir, deseo agradecer a todos aquellos que con su trabajo permitieron la concreción de este nuevo producto de investigación, en particular a los integrantes de la Comisión Organizadora del I Congreso de Derecho Procesal y Arbitraje, al equipo del Comité Consultivo, al Comité de Arbitraje, a la Dirección de la Escuela Académico Profesional de Derecho, a la Dirección de Investigación de la Universidad Continental y a la estudiante de la carrera de derecho Paola Ninanya Vilcahuamán.

HALLEY LOPEZ ZALDÍVAR

Editorial

CREDITING LEGAL RESEARCH

Compliance with quality standards in higher education has become (with the support granted by the boost of the Peruvian government) in a reason for the adequacy and, where appropriate, reconfiguration of the education services.

For the particular case of the Universidad Continental, the demand for accreditation has meant the beginning of a work that aims at recognizing the commitment and responsibility in the work that has already been done.

So, the career of law, in coordination with the Department of Research, has given a new impulse to the production and publication of legal content with this new product, the Legal Papers *Ius et Tribunalis*.

With this first edition of *Ius et Tribunalis*, we account for the legal and general community work produced by leading figures in the legal field with local, national and international significance, who address topics of extreme interest and relevance to those who intend to cultivate a proper culture of law as well as for those seeking a response to the incidents that presents forensic practice.

This issue discloses the work of Omar Sumaria, Hermes Zaneti Jr., Pedro Nogueira and Freddie Didier Jr., made in the framework of First International Congress on Procedural Law and Arbitra-

tion, accomplished in Huancayo, in September 2015. The authors address issues related to procedural law, constitutional and legal argumentation.

In addition, the articles written by connoted professionals and people close to the legal science on civil administrative, labor, civil and procedural law are identified.

Thus, we, who have assumed this difficult task of legal research and content publishing, join the process of accreditation of the career of law, providing quality publications for proper forging of a legal culture.

To conclude, I want to thank all those whose work allowed the realization of this new product research, particularly the members of the Organizing Committee of the First Congress of Procedural Law and Arbitration, the Advisory Committee team, the Arbitration Committee, the Department of Professional Academic School of Law, the Investigation Department of the Universidad Continental and the law's student Paola Ninanya Vilcahuamán.

HALLEY LOPEZ ZALDÍVAR

Estudios

EL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL, PRECEDENTE FRANCISCA VÁSQUEZ ROMERO (STC 009787-2014-PA/TC). ¿UN NUEVO MODELO?*

**The Constitutional Tort Action, Vásquez Romero Francisca
precedent (STC 009787-2014-PA/TC). A new model?**

Omar Sumaria Benavente**

Pontificia Universidad Católica del Perú

Recepción: 20/08/2015

Aceptación: 29/04/2016

Resumen

El autor reflexiona sobre la modificación del régimen del proceso constitucional de amparo a raíz de la dación del precedente recaído en el caso de Francisca Vásquez Romero, además analiza el soporte jurisdiccional para la atención del ejercicio de dicha garantía constitucional.

Palabras clave: Proceso constitucional de amparo; precedente vinculante; supremacía constitucional; jurisdicción ordinaria; jurisdicción constitucional.

Abstract

The author reflects on the regime of amendment of the *writ of amparo* process as result of the relapsed precedent emission in the Francisca Vásquez Romero case, besides analyzes the jurisdictional support for the attention of the course of that Constitutional Guarantee.

Keywords: *The writ of amparo*, binding precedent, constitutional supremacy, ordinary jurisdiction; constitutional jurisdiction.

* Artículo basado en la ponencia dictada en el I Congreso Internacional de Derecho Procesal y Arbitraje, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Continental, en la ciudad de Huancayo del 2 al 5 de setiembre de 2015.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo por la Universidad de Medellín, Colombia. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, integrante de la Interamerican Bar Association, International Association of Procedural Law, International Conference of Evidence Law and Science Evidence, Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Instituto Vasco de Derecho Procesal, Instituto Colombo Venezolano de Derecho Procesal.

He postulado en trabajos anteriores al proceso como un espacio en el que se encuentra lo social y lo jurídico¹ y a través del cual se otorga un significado cultural jurídico a las conductas de las personas², además se resuelven las dicotomías relacionales sociales básicas³. Cualquier figura, toda noción, aun las tradicionalmente estimadas como estáticas, serán solo datos procesales si no quedan vinculadas por la idea fundamental del dinamismo, a través de normas dinámicas, que es la que enlaza la sucesión mediante un procedimiento como la previsión de conexiones.

En esta perspectiva del proceso, este ha servido en la historia de toda sociedad como mecanismo de comunicación y resolución de estas dicotomías relacionales sociales básicas, por un lado, y por otro, en donde se produce la semiosis⁴ procesal.

Desde el inicio del derecho, entendido este como una construcción propia del mundo occidental, en un principio fueron los pontífices quienes tendieron los puentes entre el Olimpo y el mundo terrenal, a través de la *jurisprudencia*, como los intérpretes del correcto mensaje de los dioses para los hombres que luego constituiría el derecho. Posteriormente, el proceso sirvió como el escenario para que se dramatizasen esos mensajes⁵. Cambiaron los dioses del Olimpo por la fe cristiana, luego sobrevino el culto a la ley, posteriormente la reverencia a la constitución negativa y ahora la veneración a la constitución programática basada en la ideología de los derechos humanos⁶.

- 1 SUMARIA, Omar. *Introducción al derecho a la tutela jurisdiccional*. Lima: Ara, 2013. En parecido sentido LÓPEZ, Sergio. «El proceso como espacio de encuentro entre lo social y lo jurídico. Una aproximación de sociología del derecho». En *Libro Homenaje a Jorge Barrera Graf*. Volumen II. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1989; pp.1015-1038. También BOTTO, Hugo. *La congruencia procesal. Principio base para una teoría general del procedimiento civil*. Santiago: Editorial de Derecho, 2007.
- 2 Ibáñez de Aldecoa, Alfonso. *Meditaciones sobre la cientificidad dogmática del derecho procesal*. Buenos Aires: Ediciones Arayu, 1954, p. 26.
- 3 Es el engranaje entre la autonomía versus la integración, que es la dicotomía relacional moderna entre el individuo y la comunidad, y la separación versus la acomodación, que es la dicotomía relacional moderna entre los poderes públicos y de facto hacia la consecución de una pluralidad unitaria. SÁNCHEZ-BAYÓN, Antonio. *Manual de sociología jurídica estadounidense. Del poder, lo sagrado y la libertad en la Modernidad Occidental*. Madrid: Publicaciones Delta, 2009, p. 11.
- 4 En términos de Samaja por «semiosis» se entiende las consecuencias que tiene la «teoría del signo» sobre la «teoría del dato», en tanto, que el signo no es sólo un instrumento para hablar de los objetos, sino que los objetos mismos están integrados por signos. SAMAJA, Juan. *Semiótica y dialéctica: Seguido de la Lógica Breve de Hegel*. Buenos Aires: JVE Ediciones, 2000; p. 26.
- 5 Para Antoine Garapon, el proceso es como un espectáculo sujeto a las tres unidades del teatro clásico: espacio, tiempo y acción. GARAPON, Antoine. *L'Ane portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*. París: Le Centurion, 1985.
- 6 Señala Gregorio Robles «que el concepto "derechos humanos" es un concepto político y no técnico, y no puede ser otra cosa. Y como tal concepto político está en función de la

Por ello, la necesidad del proceso como espacio de encuentro entre lo social y lo jurídico se encuentra en ser un mecanismo adecuado de conexión de lo ideológico con lo pragmático cumpliendo esa función simbólica ritual⁷ en cada etapa de la sociedad y la cultura.

En el contexto actual, dominado por una ideología basada en derechos humanos que son el sustrato de las actuales constituciones, las altas cortes o tribunales constitucionales se convierten en los otroras intérpretes de los mensajes divinos, y a través de ellos se deben hacer valer las promesas que contienen estas «constituciones». Y para llegar a ellos deben existir los mecanismos adecuados que conecten esa «justicia ordinaria» de la corrección de la praxis, es decir, en donde se produce la semiosis procesal, con esa «justicia constitucional» basada en valores y principios en donde se resuelve la dicotomía de las relaciones sociales básicas.

En esta línea de ideas del proceso como fenómeno total o espacio de encuentro en lo social y jurídico, el análisis de sus instituciones no solo debe realizarse desde un punto de vista procesal tradicional o clásico, ya que resultaría parcial, tampoco desde un punto de vista sociológico, porque los resultados resultarían sesgados, sino que ambos deben conjugar para dar un sentido a este fenómeno total.

En las instituciones procesales como fenómeno total, la construcción de un modelo no es posible más que a partir del postulado esencial de que el fenómeno estudiado presenta las propiedades de un sistema, que presupone:

- que el fenómeno está constituido de elementos que tienen relación de interdependencia.
- que la totalidad del fenómeno no puede reducirse a la suma de sus elementos.
- que las relaciones de interdependencia entre los elementos y la totalidad que resulta están controlados por reglas que pueden expresarse en términos lógicos.

lucha política: sirve —o puede servir— para intentar transformar la realidad o para intentar conservarla, pero no para describirla o conocerla», por ello tienen una *funcionalidad política* para las ideologías en la lucha por el poder o para los sistemas de organización política ya establecidos. ROBLES, Gregorio. *Epistemología y derecho*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1982, p. 254.

7 Garapon propone que el ritual judicial podría ser explicado a través de sus símbolos y propone como estrategia reconstituir la cadena de asociaciones que hacen al símbolo signifiicante. GARAPON, Antoine. *Essai sur le rituel judiciaire*. Ob. cit.

Sobre dichos supuestos el pensamiento sistémico actual propone un enfoque de análisis que identifica elementos de un todo llamado sistema, que reconoce interacciones entre ellos e influencia entre sí (produce modificaciones). El producto del sistema implica efectividad de cada uno de los elementos y de sus interacciones⁸.

De esta manera se propone que en la evaluación de un mecanismo procesal se deben tener en cuenta tres elementos articulados entre sí:

- *El órgano* o el aspecto político, es decir, cómo se plasman las relaciones o adecuaciones del poder a través de este instituto. El poder es un factor a tener presente, dado que las formas procesales no son neutrales respecto a la competencia entre grupos sociales. Quién decide el conflicto y el medio a través del cual se resuelve beneficiará y perjudicará a diferentes sectores de la sociedad⁹. En otras palabras, en este estadio importa encontrar la unidad del derecho como producto y productor de política, que a través de este órgano y las prácticas del procedimiento intenta «analizar en el espacio lo que hace en el tiempo»¹⁰ que otros trabajos se ha denominado como la función sincrónica y diacrónica de los tribunales supremos¹¹.
- *El recurso*, o mecanismo de acceso, es el que organiza el espacio y tiempo, así como las prácticas asimilables a un ritual que se dan dentro del proceso. Determina los actos, conductas, prescripciones y símbolos cuyo cumplimiento, sancionado o no, se convierte en obligatorio por el derecho. Estas variables del procedimiento o del mecanismo se orientan en tres momentos: la constitución del proceso o entrada y define en función de qué o cuáles elementos y actores se establecen o constituyen el espacio del proceso. El debate o núcleo, que articula la estructura y el procedimiento. Y, finalmente, la decisión o salida, que implica las reglas de clausura del debate y salida del espacio del proceso¹².
- *El interés*, en tanto, que un diseño procesal puede penetrar solo aspectos individuales o particulares o enfocarse hacia el interés social en general, y que constituye el objeto mismo del proceso y le da su intensidad, tratando de establecer en función de quién o quiénes se define el

8 SUMARIA, Omar. Ob. cit. p. 269.

9 CHASE, Oscar. *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Trad. Fernando Martín. Madrid: Marcial Pons, 2013; p. 23.

10 GARAPON, Antoine y Ioannis PAPADOPOULOS. *Juzgar en Francia y Estados Unidos. Cultura jurídica francesa y common law*. Trad. Viviana Díaz. Bogotá: Legis, 2008; p. 19.

11 SUMARIA, Omar. Casación: Diacronía y sincronía en el derecho. En *Revista Peruana de Derecho y Literatura*. Lima: Grijley, 2009; p. 227.

12 LÓPEZ, Sergio. Ob. cit. p. 1034.

interés del asunto; cuál es su característica (económica, política, social, jurídica, etc.), cuál es su importancia relativa (en un proceso, en un conjunto de procesos o en la totalidad de los procesos de una sociedad en un momento dado) y si el interés es el objeto necesario de un proceso, o puede ser resuelto a través de otras instituciones¹³.

Planteado de esta forma el modelo del proceso como fenómeno total, se puede intentar revisar el mecanismo denominado «recurso de agravio constitucional» ante un órgano denominado «Tribunal Constitucional» y el «interés» que promueve este mecanismo. En palabras de Andrés de la Oliva, «el quehacer científico-jurídico debe establecer los conceptos, perfilados con precisión, de modo que cumplan una función de entendimiento de la realidad, de comunicación entre las personas interesadas en esa realidad y —esto ha de subrayarse— de instrumentos máximamente adecuados para resolver los problemas detectados»¹⁴.

Breve análisis de la naturaleza del recurso de agravio constitucional

La *Constitución de 1979* creó el Tribunal de Garantías Constitucionales y diseñó un mecanismo de casación para el acceso a este contra las resoluciones denegatorias en los procesos de amparo y *habeas corpus*¹⁵. Luego, en la *Constitución de 1993* fue reemplazado por el «recurso extraordinario»¹⁶. Finalmente, el *Código Procesal Constitucional* vigente desde el 2004 estableció como mecanismo de acceso al Tribunal Constitucional (en adelante, TC) al «recurso de agravio constitucional».

Este cambio de nomenclatura no solo es un cambio de rótulo, sino todo un cambio genético en la articulación de los tres componentes mencionados, con relación al determinado contexto cultural. Si la articulación cohesiona, pues funcionaría el recurso; por el contrario, si dichos elementos compiten o difieren entre sí, el mecanismo no cumplirá su función ritual simbólica como mecanismo de conexión entre la «justicia constitucional» y la «justicia ordinaria».

13 LÓPEZ, Sergio. Ob. cit., p. 1033.

14 DE LA OLIVA, Andrés. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Navarra: Thomson Civitas, 2005; p. 26.

15 Inciso 2 del artículo 298 de la *Constitución Política del Perú 1979*

Conocer en casación de las resoluciones denegatorias de la acción de *habeas corpus* y la acción de amparo agotada la vía judicial.

16 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La diferencia entre recursos extraordinarios y recursos de agravio u ordinarios ya la establece la doctrina procesal clásica. Así, Carnellutti¹⁷ diferencia los medios impugnativos, señala que en los ordinarios la decisión tiene una doble eficacia, por un lado negativa que produce la rescisión de la sentencia anterior, y por otro lado, una eficacia positiva que produce la sustitución de la resolución recurrida, mientras que en los medios impugnatorios extraordinarios se limitan a la rescisión, o eficacia negativa de la sentencia recurrida con el poder del *iudicium rescidems*.

Por su parte, Calamandrei¹⁸ hace la distinción entre medios de gravamen (que serían los ordinarios) y acciones impugnativas (recursos extraordinarios). Así, los medios extraordinarios o de impugnación tienden a quitar vigor al fallo ya formado en cuanto aparezca viciado por determinados defectos que lo hagan anulable. Con esta acción se lleva ante el juez la cognición de una diversa controversia referente a la existencia del vicio que es título para la anulación del fallo. Con la acción de impugnación un reexamen se puede lograr mediatamente, cuando se llegue a obtener la anulación de una sentencia precedente.

Señala el mismo autor que mientras que el medio ordinario o de gravamen es un instituto exclusivamente procesal, vinculado con el principio de pluralidad de instancias que provoca el examen inmediato de la misma controversia en una nueva fase procesal, cuya apertura impide que el pronunciamiento emitido en la fase precedente pase en cosa juzgada. El medio típico ordinario es la apelación. El juez de apelación está llamado a juzgar de inmediato *ex novo*.

Otros autores sostienen la diferencia en los medios impugnatorios en virtud de su finalidad, por cuanto, los recursos extraordinarios tienden más a salvaguardar el interés público o la primacía del derecho objetivo que proteger el interés particular del recurrente que corresponde a los recursos ordinarios.

Vescovi¹⁹ por su parte define al recurso extraordinario como:

- El medio impugnativo extraordinario que solo se concede en casos extremos.
- Tiene formalidades especiales.

17 CARNELLUTI, Francesco. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952; p. 182.

18 CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945; pp. 439 y siguientes.

19 VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1988; p. 217.

- Se refieren a causales taxativamente enumeradas.
- Determina en el órgano decisor facultades excepcionales.

El gravamen o agravio existe cuando se presenta una diferencia entre lo pedido al juez y lo que este nos concede, y cuando esta diferencia nos perjudica. Este gravamen no solo es material o se refiere a la distinta manera de entender la aplicación de la norma al caso concreto, sino que existe gravamen cuando la diferencia de lo pedido y de lo conseguido se concreta a cuestiones o peticiones de orden procesal²⁰.

En términos de De la Oliva, la apelación de la sentencia respecto al objeto del proceso de primera instancia tiene ciertas particularidades en cuanto no es ni puede ser enteramente diferente del objeto de la primera instancia y, por otro, que tampoco es exactamente el mismo objeto. «Porque, para el objeto del procesal de segunda instancia, es de reconocer que las pretensiones son principalmente impugnatorias de la resolución judicial recurrida en apelación. No son pretensiones directas de tutela, sino pretensiones de tutela moduladas por expresarse una sentencia anterior»²¹.

Así, el objeto necesario del proceso en segunda instancia está constituido por la pretensión impugnatoria del apelante frente a una sentencia total o parcialmente absolutoria o condenatoria recurrida por el primitivo demandante o demandado para que se le otorgue lo que se ha negado en primera instancia o se revoque los pronunciamientos de condena. En ambos casos, salvo que la apelación se funde en infracciones procesales cometidas en la sentencia, no es atendible la variación de los sujetos y de la causa de pedir respecto de lo que fue el objeto procesal de la primera instancia. Sin embargo, es atendible una variación (innovación) en el aspecto fáctico de la causa de pedir en el caso de hechos que no hubieran podido hacerse valer en primera instancia. Y si tales hechos resultan subsuimibles en normas que no se alegaron en primera instancia, cabrá también una variación en la faceta jurídica de la *causa petendi*²².

En tal sentido, la mayor relevancia práctica entre medio de impugnación o de gravamen radica en la constitución del agravio y los poderes que se otorgan al órgano judicial a quien se somete el conocimiento y decisión del recurso, dado que en estos últimos las sentencias sometidas a un medio de gravamen la parte que interpone el recurso solicita una nueva sen-

20 CORTES, Valentín. «El problema de la instancia única. Presentación o no de nuevas excepciones y pruebas en segundo grado de jurisdicción». *Acta del I Congreso Nacional de Derecho Procesal*. Madrid; 1950.

21 DE LA OLIVA, Andrés. Ob. cit. p. 30.

22 DE LA OLIVA, Andrés. Ibid. p. 31.

tencia ajustada a sus pretensiones, por considerar que la que es objeto de impugnación le causa un perjuicio. Por eso el juez que conoce del medio de gravamen debe tener los mismos poderes frente a la sentencia recurrida, que los poderes que tuvo el juez de instancia; solo así podrá dictarse una sentencia más justa, sin que ello comporte un agravio comparativo respecto de quien adopta la posición de recurrido²³.

De esta forma el cambio de «recurso extraordinario» que por definición es limitado en cuanto a las resoluciones revisables, los poderes del superior y materias a revisar, es modificado por un «recurso de agravio», es decir, ordinario, ilimitado sobre todo en cuanto a los poderes del juez que promueve inclusive una revisión de hechos en materia «constitucional» y convierte al Tribunal Constitucional en «última y definitiva instancia» tal como se han autodefinido²⁴, muy distinto a un órgano casatorio.

El «recurso de agravio constitucional» y el precedente Francisca Vásquez Romero (sentencia recaída en el expediente n.º 009787-2014-PA/TC) ¿un nuevo modelo?

En el precedente Francisca Vásquez Romero (sentencia recaída en el expediente n.º 009787-2014-PA/TC), el Tribunal Constitucional ha establecido cuatro motivos específicos para la procedencia del recurso de agravio constitucional, que a saber son a) cuando la supuesta vulneración que se invoca carezca de fundamento; b) cuando la cuestión de derecho contenida en el recurso «no sea de especial trascendencia constitucional»; c) cuando el pedido contradiga un precedente del TC, y d) si ha sido rechazado en casos sustancialmente iguales.

Si bien no es la primera vez que el TC ha desarrollado requisitos procesales para la admisión y procedencia de dicho recurso, más allá de lo previsto por el artículo 18º del *Código Procesal Constitucional*, tal como fue en la sentencia recaída en el expediente n.º 2887-2005-PHC, nuevamente el TC amplía dichos requisitos de la siguiente manera:

49. El Tribunal Constitucional emitirá sentencia interlocutoria denegatoria cuando:

23 SOLE, Jaime. *El recurso de apelación civil*. Barcelona: Bosch, 1993; p. 14.

24 El magistrado Blume Fortini, en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente n.º 009787-2014-PA/TC, emitió voto singular señalando que «[u]na vez abierta la puerta de acceso al Tribunal Constitucional vía la concesión del recurso de agravio constitucional, lo cual significa acceder a una **instancia de grado**, que, además es última y definitiva en la jurisdicción nacional (...).» (El énfasis es propio.)

- a) Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque;
- b) La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional;
- c) La cuestión de derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional;
- d) Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

La citada sentencia se dictará sin más trámite

- 50. Existe una cuestión de especial trascendencia constitucional cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental.
- 51. De este modo, el Tribunal Constitucional, a la luz de su jurisprudencia, cumplirá adecuada y oportunamente con su obligación de garantizar la supremacía de la Constitución y el efectivo respecto de los derechos fundamentales. Preservará así, la autoridad que le ha confiado el pueblo a través del Congreso de la República.

Más allá de la discusión, pero no menos importante, si el TC podía por sí mismo y vía jurisprudencial modificar o ampliar los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso de agravio constitucional, estos requisitos agregados por el TC en esta sentencia para la procedencia del recurso de agravio constitucional son materia de debate por distintos motivos. Sin embargo, el supuesto que ha despertado mayor polémica es aquel que rechaza el recurso de agravio constitucional cuando «no sea de especial trascendencia constitucional» inspirado obviamente en la reforma de la LOTC del TC de España, que ya bastantes debates ha generado²⁵.

En este sentido, Abad²⁶ relata que en el escenario peruano algunos lo entienden como «un *certiorari* criollo y *sui generis*»²⁷, y dentro del mismo TC

25 Por citar algunos ejemplos CRUZ, Pedro. «El recurso de amparo constitucional. El juez y el legislador». En CRUZ, Pedro, JIMÉNEZ, Javier, LÓPEZ, Luis y PABLO PÉREZ. *Los procesos constitucionales* (Segundo Simposio de Derecho Constitucional). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992; p. 119; FIGUERUELO, Ángela. *El recurso de amparo: estado de la cuestión*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001; p. 73 y SENÉS, Carmen. *La vía judicial previa al recurso de amparo*. Madrid: Civitas, 1994, nota al pie 112; pp. 67-71; PÉREZ Pablo. *El recurso de amparo*. Ob. cit., pp. 262-263 y REQUEJO, Juan. *Hacia la objetivación del amparo constitucional* (Comentario al Auto de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 19 de septiembre de 1994). En *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 42, 1994; pp. 159-160.

26 ABAD, Samuel. «El acceso al Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional. Un balance necesario: diez años después». En GRÁNDEZ, Pedro (coordinador). *El debate en torno a los límites al recurso de agravio constitucional*. Lima: Palestra, 2014; p. 35.

27 GARCÍA, Domingo. «Entre la Constitución y la Ley. Una delgada línea divisoria que rara vez se aprecia». En *V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. A diez años*

entienden «que no se trata del ejercicio de una abierta discrecionalidad que, por ejemplo, es más propia del modelo anglosajón»²⁸, lo que implica que se estaría ante un nuevo modelo si no impreciso por lo menos ambiguo.

En el análisis de este presupuesto, en principio se debe tener en cuenta que en nuestro sistema jurídico la tutela de los derechos ha sido encomendada tanto a los jueces y tribunales ordinarios como al TC, lo que es denominado «tutela multinivel»²⁹ y que la articulación entre sus respectivas competencias sobre la materia se rige por el principio de subsidiariedad. En consecuencia, es lógico que las propuestas de reforma estuvieran dirigidas tanto al recurso de amparo y sus mecanismos de acceso al TC, así como a los mecanismos de tutela judicial de los derechos.

Luego, la idea de la confluencia de una multiplicidad de catálogos de derechos y de órganos jurisdiccionales encargados de su fiscalización puede resultar muy atractiva desde la perspectiva de la efectiva protección de los derechos del particular. Sin embargo, los riesgos han sido siempre manifiestos. La eficacia de una especie de sistema de tutela multinivel de los derechos pasa necesariamente por el cumplimiento de sus funciones por cada uno de los actores implicados. Un inadecuado reparto de papeles pondría en peligro la eficacia de la aplicación práctica de la tan reivindicada *multilevel protection of human rights*.

En consecuencia, se trata de contrastar si en una especie de sistema de tutela multinivel entre justicia constitucional y justicia ordinaria, todos y cada uno de los actores implicados desempeñan las funciones que naturalmente les corresponden en la protección jurisdiccional de los derechos del par-

de vigencia del Código Procesal Constitucional. Arequipa: ADRUS, 2013; p. 30. Cit. ABAD, Samuel. Ob. cit. p. 35.

28 ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. «Acceso a los jueces y juezas constitucionales y ejercicio de sus competencias en los procesos de constitucionalidad de la libertad dentro de las pautas previstas por el Código Procesal Constitucional. Reflexiones al amparo de lo resuelto en la sentencia emitida en el caso Francisca Vásquez Romero». En *V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. A diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional*. Arequipa: ADRUS, 2013; p. 106. cit. ABAD, Samuel. Ob. cit. p. 35.

29 Indica Santiago Martínez-Vares García como tutela multinivel de los derechos fundamentales que «La garantía de los derechos fundamentales en el moderno Estado constitucional se encuentra esencialmente asegurada a través de la inserción en el propio texto constitucional de un catálogo de derechos fundamentales y a través del establecimiento y previsión de mecanismos de garantía de los mismos por parte de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción constitucional». Sin embargo, en los últimos tiempos, la garantía de derechos también se viene promoviendo a través de la incorporación de los diversos Estados a nuevos procesos de integración, que han dado lugar a catálogos distintos de derechos fundamentales con su correspondiente sistema de garantía. MARTÍNEZ-VARES, Santiago. «La tutela multinivel de los derechos fundamentales». En *XVI Reunión trilateral de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*. Santiago de Compostela, del 16 a 18 de octubre de 2014.

ricular en el nivel nacional. De esta manera, la nueva regulación del recurso de amparo constitucional a través del precedente Francisca Vásquez Romero (sentencia recaída en el expediente n.º 009787-2014-PA/TC) ha iniciado un objeto de intenso debate.

En nuestro caso, la tutela —digámoslo así—, visible de los derechos y libertades fundamentales, ha correspondido principalmente al TC desde la puesta en funcionamiento del sistema constitucional democrático. Sin embargo, en respuesta a ello se ha producido una manifiesta saturación de dicho Tribunal generada por la llamada «crisis de éxito» en la protección de los derechos debido al excesivo protagonismo de este órgano en esta función, en tanto, se toma como presupuesto que los jueces y tribunales nacionales no desempeñan de forma eficaz el rol que les corresponde como garantes naturales de los derechos.

Por esta razón, la fase de admisión o acceso al TC es, sin duda, determinante en la configuración del recurso. Al fin y al cabo, las posibilidades de éxito de una demanda dependen en buena medida del carácter más o menos estricto del contenido de las condiciones de admisión. Por tanto, se pretende, por un lado, determinar las consecuencias prácticas para el particular de las reformas de la regulación del trámite de admisión del recurso de agravio constitucional con el fin último de concretar, y, por otro lado, si la articulación de las interconexiones procesales entre dichos mecanismos garantizan una efectiva tutela multinivel de sus derechos y libertades fundamentales en nuestro espacio.

En el caso concreto del recurso de agravio constitucional, la polémica suscitada en torno al nuevo requisito de la *especial trascendencia constitucional*, se verifica la ausencia de un trabajo exhaustivo y de carácter eminentemente práctico sobre las demandas de amparo y el volumen de asuntos pendientes en el TC. En definitiva, el objetivo sería analizar qué se ha perseguido con la reforma³⁰, cuáles pueden ser los resultados y qué consecuencias puede tener para la efectiva protección jurisdiccional de los derechos desde la perspectiva del acceso del particular a estas concretas garantías.

Se podría inferir que la *Constitución de 1979* atribuyó al TC en principio su función de garante de los derechos con carácter subsidiario respecto de

30 Que muy escuetamente se precisa en el precedente en cuestión «51. De este modo, el Tribunal Constitucional, a la luz de su jurisprudencia, cumplirá adecuada y oportunamente con su obligación de garantizar la supremacía de la Constitución y el efectivo respecto de los derechos fundamentales. Preservará así, la autoridad que le ha confiado el pueblo a través del Congreso de la República».

la protección dispensada por los órganos de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, en la *Constitución de 1993*, el TC ha sido el protagonista indiscutible en cuanto a la protección jurisdiccional de los derechos desde su puesta en funcionamiento. A esta situación contribuyeron diversos factores que acabaron por relegar a un segundo plano a quienes fueron concebidos como garantes naturales de los derechos de las personas, es decir, los jueces y tribunales ordinarios.

La continuidad en la abusiva utilización del recurso de amparo tras la entrada en vigor de la Ley n.º 23506 y del posterior *Código Procesal Constitucional* no tardó en abrir el debate sobre la conveniencia o no de su objetivación. Así con el fin último de aliviar la insostenible carga de trabajo del TC, ésta estuvo encaminada a restringir el acceso a la jurisdicción constitucional de quienes de la misma pretenden la reparación de presuntas vulneraciones de sus derechos y libertades fundamentales. Se trata así de determinar si este precedente ha supuesto un cambio en el modelo de recurso de amparo constitucional y las consecuencias prácticas para la efectiva protección de los derechos del particular.

En principio se debe tener en cuenta que el recurso de amparo constitucional no es un elemento consustancial a un sistema de justicia constitucional, concentrado o no. En el caso del ordenamiento jurídico peruano, la presencia de este mecanismo es resultado de la fuerte concepción garantista con la que el constituyente dio cabida a los derechos en la *Constitución de 1979* y posterior *Constitución de 1993*, y a la generalizada desconfianza frente a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria en el periodo de la transición democrática y de una cierta «cultura de amparo» y «constitucionalismo» que, importada del constitucionalismo latinoamericano y europeo, se introdujo en nuestra propia tradición histórica, a través de la *Constitución española de 1978*.

Así, mientras que la «hipótesis de la imitación» y la tradición histórica ayudan a entender el porqué de la inclusión del recurso de amparo, la razón que justifica jurídicamente su presencia en nuestro ordenamiento es, sin duda, la posición dominante que los derechos y libertades fundamentales vinieron a ocupar en la Constitución democrática. Sin embargo, la finalidad última del recurso de amparo no es la depuración del ordenamiento jurídico en el sentido apuntado y, por tanto, su presencia no es exigida para garantizar la efectividad de la *Constitución*.

Citando a Bellamy³¹, respecto de este fenómeno de «constitucionalismo» y justicia constitucional:

31 BELLAMY, Richard. *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Trad. Jorge Urdanu y Santiago Gallego. Madrid: Marcial Pons, 2010; p. 17.

La tesis crecientemente dominante establece que las constituciones consagran y aseguran los valores fundamentales de una sociedad democrática, lo cual es entendido como el Constitucionalismo Legal, en donde la Constitución se entiende como un documento escrito que es superior a la legislación ordinaria y que se encuentra protegida contra cambios legislativos, que ha de ser interpretada por el Poder Judicial o una Alta Corte o un Tribunal Constitucional, y que es parte integrante del sistema legal y político, y se asume que es la base para que los ciudadanos sean tratados de un modo democrático, como merecedores de igual preocupación y respeto.

Pero, las constituciones hacen mucho más que proteger derechos, no obstante, nada ha sido tan decisivo para que el constitucionalismo transite por el pensamiento legal y no por la del político como la plasmación de derechos en un documento constitucional, su interpretación o elaboración por parte de un Tribunal Supremo o Constitucional y el constante énfasis en ellos.

El comprometerse con los derechos no quiere decir que su protección requiera plasmarlos en una declaración de derechos que deba ser supervisada por un Tribunal Constitucional; sin embargo, esta posición se halla sustentada en los siguientes argumentos: a) se afirma que fijar ciertos derechos sujetos a revisión judicial protege contra la tiranía e incompetencia de la mayoría; b) la integridad de la ley depende de los derechos y, en ese sentido, se asume que los derechos proveen de los principios necesarios para que los jueces orienten su criterio hacia una decisión consistente con los valores básicos que subyacen a todo el sistema legal; c) se dice que ciertos derechos se hallan implícitos en el proceso democrático.

De esta manera el recurso de amparo nace como un mecanismo adicional de protección de los derechos y libertades, de carácter extraordinario y subsidiario. A pesar de estas características, parecen haber hecho caso omiso tanto sus beneficiarios como el propio TC. Las consecuencias eran previsibles. El abuso del recurso de amparo constitucional ha situado al TC al borde del colapso y, frente a esta situación, una de las soluciones más factibles era, sin duda, limitar el acceso por esta vía a la jurisdicción constitucional limitando el recurso de agravio constitucional.

En el caso del derecho comparado, el desarrollo normativo del amparo mexicano puso de manifiesto, hace ya casi un siglo, las dificultades que en términos de carga de trabajo supondría la inclusión en su objeto de actos judiciales. Por su parte, el originario Tribunal del Imperio austriaco practicó la inadmisión de la demanda cuando de un examen *a limine* se pudiera deducir una insuficiente expectativa de éxito o el insuficiente interés del

caso para resolver una cuestión de alcance constitucional. Como se verá, el recurso de amparo frente a actos y omisiones de los jueces y tribunales ordinarios ha supuesto uno de los principales desafíos para el TC. Además, la inadmisión de la demanda *a limine* por falta de expectativa de éxito fue la primera vía a través de la que se pretendió limitar el acceso del particular al recurso de amparo en la tradición de la democracia española que luego hemos heredado.

En este orden de ideas, la cuestión de la obstaculización del acceso en base al interés del recurso para resolver una cuestión de alcance constitucional es de la mayor importancia pues, al menos en teoría, ésta fue la opción por la que se decantó el legislador español de 2007 para reducir el volumen de trabajo del Alto Tribunal español y que ha tomado como fuente el TC peruano.

En cualquier caso, y sobre todo por una cuestión de contextualización histórica, resulta de interés un somero repaso a la evolución de la regulación de cada uno de estos modelos.

Durante sus primeros años de vida, el TC estuvo determinado en su actividad por los recelos suscitados por una judicatura viciada por su pasado y por la necesidad de inyectar contenidos constitucionales a un sistema democrático en ciernes. Sin embargo, a mediados de la década de los ochenta, comenzó a evidenciarse el riesgo de una muerte por éxito. El desafío resultaba todavía asumible y tanto el legislador como el propio TC se mostraron especialmente cautos.

Como se ha advertido, el protagonismo alcanzado por el TC en cuanto a la protección de los derechos y libertades fundamentales respondió, al menos en un primer momento, a las condiciones estructurales y de orden subjetivo que presidieron la transición democrática: desconfianza hacia una judicatura escasamente imbuida en los valores constitucionales y falta de un cuerpo jurisprudencial capaz de guiar a la justicia ordinaria en el ejercicio de sus funciones como garante natural de los derechos y libertades.

Pero, superados los primeros años de democracia y empapado el sistema jurídico de los nuevos valores constitucionales, correspondía ya hacer efectivo el carácter subsidiario de la protección dispensada por el TC frente a la que constitucionalmente corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Lejos ya de las incertidumbres de los primeros años de la transición democrática, resultaba ineludible identificar las causas que seguían impulsando el recurso a la jurisdicción constitucional como si de una última instancia procesal en materia de derechos se tratara. Entre otros motivos, una posi-

ble insuficiencia de la protección dispensada por los jueces y tribunales ordinarios y una difícil delimitación competencial entre ambas jurisdicciones en materia de derechos y libertades fundamentales, podrían considerarse dos de los factores determinantes del abuso del recurso de amparo constitucional en los años siguientes.

En cuanto a la reforma de los mecanismos de tutela judicial ordinaria, buena parte de la doctrina se mostró a favor de una simplificación de los cauces procesales para la protección de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios con un refuerzo paralelo de los instrumentos accionables en dicha vía para reparar los errores *in procedendo* sin necesidad de recurrir al amparo constitucional.

También fue debatida la posibilidad de establecer un recurso rescisorio. En dicho aspecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente n.º 3070-2013-AA, para el proceso de amparo, ha desarrollado el concepto de cuándo una vía puede ser considerada «igualmente satisfactoria» a efectos de restringir el amparo por la presencia de una vía igualmente satisfactoria.

No obstante, de mayor calado fueron las propuestas centradas en la necesidad de reformar la regulación jurídico-procesal del propio recurso de amparo, y ello no solo por los efectos que la sobrecarga de trabajo suponía para la tutela de los derechos y libertades fundamentales, sino también, y sobre todo, por la afectación del normal desempeño de aquellas otras funciones que, por su ejercicio en régimen de monopolio, no pueden ser sino consideradas como las propias del TC: el control de constitucionalidad de las leyes y los conflictos competenciales.

En dicha línea de argumentos, fueron las propuestas dirigidas a restringir el acceso al recurso de agravio constitucional reforzando su dimensión objetiva, y ello con el fin último de afrontar el excesivo tiempo empleado en los recursos de escasa o nula relevancia constitucional. El debate se centró en torno a dos modelos posibles, uno próximo al modelo de selección de casos del *writ of certiorari* norteamericano y una suerte de «modelo mixto», inspirado en la reforma de 1993 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal alemán.

El mismo debate se presenta con relación a la función de la Corte Suprema, así:

En esta supuesta renovación del recurso de casación del *Código Procesal Civil* se han presentado distintas alternativas desde las que proponen una modificación legislativa, en cuanto al trámite, las causales

o los fines, hasta las que promueven el cambio o supresión de la institución. Así por ejemplo, se señala que la Corte de Casación debería tener acceso al conocimiento de hechos en caso de arbitrariedad en materia probatoria y eliminar el efecto suspensivo o limitarlo solo a las sentencias expedidas en procesos de trámite plenario o abreviado, o la introducción del «*certiorari*» como facultad discrecional de la Corte Suprema de asumir competencia casatoria en relación a determinados procesos. Recientemente la Academia de la Magistratura ha reunido los documentos con relación a la modificación del recurso de casación entre los años 2001-2012 a través del profesor Juan Monroy Gálvez.

De todas estas propuestas, el objetivo ha sido la disminución cuantitativa de la carga procesal de la Corte Suprema a través de mecanismos de limitación ya sea legal (tipos de procesos) o discrecional (*certiorari*), sobre la base de la creación de una jurisprudencia vinculante. Sin embargo, es ahí donde radicaría el problema, se pretende estructurar un mecanismo mixto que articule el «*certiorari*» y el control de legalidad, sin entender propiamente el concepto de «jurisprudencia vinculante» como soporte de este modelo³².

Por ello, se decantó por un modelo que hiciera patente la confluencia en el recurso de amparo constitucional de sus dos vertientes, la subjetiva y la objetiva, aunque con especial interés en reorientar los esfuerzos de la admisión hacia la protección objetiva de la *Constitución*, la negativa a las propuestas que reclamaban la implantación de un modelo discrecional fue la tendencia generalizada, llegando al modelo presente. Tal como indica Abad «la intención de quienes han introducido este motivo de impugnación no ha sido objetivar al cien por ciento al proceso de amparo sino mantener una tutela subjetiva. Es decir, parecería que se ha acogido a una interpretación mixta (objetiva-subjetiva)»³³.

A manera de conclusión, transcurridos ya más de treinta años de ejercicio de la jurisdicción constitucional no tenía mucho sentido mantener el modelo originario de recurso de amparo, al menos como en un primer momento lo entendieron tanto los operadores jurídicos como el propio TC. La *Constitución* hace descansar la tutela primera de los derechos en los órganos de la jurisdicción ordinaria. Por ello, a la hora de determinar el alcance de este precedente, no debieran perderse de vista ni los motivos que impulsaron al constituyente a incorporar el recurso de amparo como

32 SUMARIA, Omar. La casación como modelo racional en la construcción del precedente vinculante. En *Revista Gaceta Civil & Procesal Civil*. Tomo 18. Lima: Gaceta Jurídica, Diciembre 2014; pp. 49-62.

33 ABAD, Samuel. Ob. cit. p. 35.

garantía jurisdiccional de los derechos, ni las causas que incentivaron su abusiva utilización, ni, por tanto, el estado actual de la justicia ordinaria. Y preguntándonos si al día de hoy, ¿existe un nuevo modelo de recurso de amparo constitucional? Si es así, ¿cuáles son las consecuencias del «nuevo amparo» para la protección jurisdiccional de los derechos del particular? En concreto, ¿se ha restringido el acceso a la jurisdicción constitucional? En ese caso, ¿se ha procedido al preceptivo refuerzo de la protección dispensada por los órganos de la jurisdicción ordinaria? ¿Están los jueces y tribunales ordinarios en la mejor situación para afrontar las consecuencias de una restricción del acceso al TC vía recurso de agravio constitucional?

PRECEDENTES NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES: A FORMALIZAÇÃO DAS FONTES JURISPRUDENCIAIS*

Formally binding normative precedent: formalization of jurisprudential sources

Hermes Zaneti Jr.**

Universidade Federal do Espírito Santo

Recepción: 23/09/2015

Aceptación: 29/4/2016

Resumo

Neste artigo o autor nos permite compreender o que o âmbito de aplicação do precedente legal no trabalho realizado pelo juiz e seu papel na reconstrução da resolução em conflito direita.

Palavras chave: Precedente formalmente vinculante; vinculatividade; jurisprudência persuasiva; jusnaturalismo; juspositivismo.

Abstract

In this article the author allows us to understand what is the scope of application of legal precedent in the work done by court and its role in the reconstruction of resolution in a direct conflict.

Keywords: Previous formally binding; vinculatividade; persuasive case law; natural law; positive law.

* Artículo basado en la ponencia dictada en el I Congreso Internacional de Derecho Procesal y Arbitraje, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Continental, en la ciudad de Huancayo del 2 al 5 de setiembre de 2015.

** Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pós-doutorado na Università degli Studi di Torino. Doutor em Teoria do Direito e Filosofia do Direito pela Università degli Studi di Roma Tre. Professor Adjunto de Direito Processual Civil nos cursos de mestrado e graduação da Universidade Federal do Espírito Santo. Promotor de Justiça MPES. Versões preliminares deste ensaio foram remetidas para publicação Editora JusPodivm na coletânea «Precedentes» sobre os impactos do novo CPC e para o livro organizado pelo Prof. Rodrigo Mazzei, sobre a produção dos juristas «capixabas» no novo CPC.

I. A MUDANÇA PARADIGMÁTICA DO NOVO CPC. PRECEDENTES COMO FONTE PRIMÁRIA NORMATIVA E FORMALMENTE VINCULANTE E A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE SECUNDÁRIA E PERSUASIVA

Este texto procura demonstrar que o problema dos precedentes nos países de *civil law* ou híbridos não é mais um problema de convergência entre as tradições de *civil law* e *common law*, mas um problema de teoria do direito. Parte, portanto, da constatação que o direito regula também as suas próprias fontes e que do ponto de vista formal não é incongruente ou contraditório com o positivismo jurídico adotar um modelo de precedentes, especialmente se regulado expressamente em lei. O modelo de precedentes proposto parte assume que, do ponto de vista racional, é melhor vincular os juízes e tribunais à universalização de suas decisões, seja na formação, seja na aplicação dos precedentes judiciais. O Brasil, como já aconteceu nos processos coletivos, assume uma posição normativa de vanguarda nos ordenamentos jurídico da América Latina ao tratar do tema.

Os precedentes representam uma mudança paradigmática no CPC/2015 (Lei 13.105). Os precedentes vinculantes são, sem dúvida, uma das maiores mudanças da nova legislação. O direito anterior vinha aos poucos reconhecendo a jurisprudência com força normativa, mas era uma recepção mitigada do *stare decisis* —regra que, no *common law*, determina a vinculação dos juízes e tribunais ao que foi decidido anteriormente— nada comparado com as dimensões que a nova legislação processual apresenta agora. O direito brasileiro adotou, com a edição do novo Código de Processo Civil, um modelo normativo de precedentes formalmente vinculantes que passarão a constituir fonte primária no nosso ordenamento jurídico¹.

A nova legislação reconhece, no art. 926, *caput*, o dever dos tribunais de manterem a sua jurisprudência (*rectius*: precedentes) estável, coerente e íntegra.

No art. 927 e incisos o legislador determina, aos juízes e aos tribunais, o dever de observância: a) das decisões do STF em controle de consti-

1 ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2015. Como afirmou a doutrina: «O legislador brasileiro inequivocamente já havia importado, portanto, mesmo antes da promulgação do Novo CPC, a técnica do precedente vinculante ou obrigatório. Não trouxe com isso, porém, o mais importante, que é a técnica cuidadosa de se tomar em conta todas as circunstâncias do caso, ouvir atentamente os argumentos por analogia e diferenciação, justificar sua decisão em argumentos de princípio e argumentos consequencialistas e assegurar a igualdade das partes e a integridade de suas decisões». BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC*, nesta coletânea.

tucionalidade; b) dos enunciados da súmula vinculante; c) das decisões em assunção de competência e causas repetitivas (IRDR e REER); d) dos enunciados das súmulas do STF, em matéria constitucional, e do STJ, em matéria infraconstitucional federal; f) das decisões do plenário ou órgão especial aos quais eles estiverem funcionalmente vinculados².

- 2 Evidentemente surgirão críticas ao rol definido pelo legislador. A postura deste texto, contudo, partindo da constatação de que os precedentes são antes de tudo vinculantes do ponto de vista racional (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, passim), é admitir esse rol como um ponto de referência normativo e formal. Apenas para ilustrar, mencionaremos dois recentes textos que diferem neste ponto. O primeiro defende que «Apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes» e que «Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça formam *jurisprudência*», Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; p. 613. Observe-se que admitir que os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça formam jurisprudência significa eliminar todas as técnicas de controle argumentativo das decisões destes tribunais (arts. 489, § 1º e art. 10), quando eles deixarem de aplicar as suas próprias decisões anteriores, e, em especial, importa negar o caráter vinculante das decisões dos próprios Tribunais de Justiça em matéria local (direito local estadual), para os quais os Tribunais de Justiça são a última instância. Por outro lado, o segundo, afirma que a vinculação às súmulas constitui ampliação da competência do tribunal, o que somente poderia ocorrer por emenda constitucional, alegando ainda que: «qual a diferença entre uma Súmula “comum” do STF ou do STJ de um lado e uma Súmula vinculante do outro? Se todas, afinal, vincularão, então por que diferenciar? Será que a única diferença é quanto à possibilidade de Reclamação (art. 985 [rectius: 988])? A questão que fica é: pode-se aumentar a competência de Tribunal a não ser via emenda à Constituição?» THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco e PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015; p. 312. Neste caso, nos parece, deve ficar claro que a atribuição de eficácia normativa formalmente vinculante às súmulas não tem nenhuma relação com a competência do tribunal, pois não se está questionando a sua competência. Aliás, todos sabem e é notório que Constituição garante ao STF e ao STJ a função de dar unidade interpretativa, respectivamente, ao direito constitucional e infraconstitucional. As súmulas serviriam para quê? Para nada? Evidentemente, estabelecendo-se uma regra de racionalidade, as súmulas devem vincular (antes de tudo o próprio tribunal). Assim, sendo as súmulas —desde que ligadas aos fundamentos determinantes de fato e de direito dos casos que lhes deram origem e com eles conjuntamente interpretadas— o extrato dos precedentes, elas funcionarão como uma técnica de divulgação da ratio decidendi, conforme o entendimento do próprio tribunal. Portanto, negar vinculatividade, seria negar qualquer utilidade a esta técnica. Qual a diferença então entre as súmulas e as súmulas vinculantes? Antes de tudo, o quorum de estabelecimento e modificação. No caso das súmulas vinculantes, o quorum será por decisão de dois terços de seus membros (art. 103-A, *caput*, CF/88, incluído pela EC nº 45/2004). Há ainda a possibilidade expressa de reclamação (art. 988, IV, CPC c/c art. 103-A, § 3º, CF/88), mas existe outras diferenças, como a diferença topológica no rol do CPC, qual seja, na eventual concorrência entre súmulas (incisos II e III), prevalente será a súmula vinculante. Além disto, para concluir, as súmulas vinculantes obrigarão também os órgãos da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, pelo que sua eficácia vinculante expressa vai além daquela prevista no art. 927 do CPC (art. 103-A, *caput*). Justamente por tais razões, independentemente da vinculatividade das súmulas no novo CPC, o STF recentemente converteu nove súmulas em súmulas vinculantes, conforme se verifica nos enunciados da súmula vinculante n.ºs 38 (645), 39 (647), 40 (666), 41 (670), 42 (681), 43 (685), 44 (686), 45 (721), 46 (722), com indicação dos precedentes e dos debates no site do Tribunal (www.stf.jus.br). Próximo ao

Há, nestes dispositivos, a clara obrigatoriedade de os juízes e tribunais de aplicarem as próprias decisões e as decisões dos tribunais superiores, principalmente, como normas —não como conselhos ou boas razões, mas levando a sério as decisões judiciais anteriores, já que estas passam a ser obrigatórias para o caso concreto e para os casos futuros, em um duplo discurso jurídico (discurso da decisão do caso concreto e discurso do precedente).³ «No Brasil, há precedentes com força vinculante— é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante. Estão eles enumerados no art. 927, CPC»⁴.

Com isto, podemos identificar a *normatividade dos precedentes* (caracterizada pelo *dever ser*, seu caráter deontológico, portanto, normativo), a sua *vinculatividade* (demarcada pela sua obrigatoriedade. A lei não contém palavras inúteis e, quando para além dos deveres de estabilidade, coerência e integridade, o dispositivo fala em juízes e tribunais *observar*, trata-se de uma vinculação de caráter jurídico)⁵ e o seu *caráter de fonte formal* (os precedentes são reconhecidos formalmente como fonte pela legislação processual que determina sua aplicação normativa e vinculante no direito material ou processual).

A mudança de paradigma consiste em abandonar o caráter meramente persuasivo da *jurisprudência* anterior (precedentes persuasivos) para assumir o papel normativo dos *precedentes* atuais (precedentes vinculantes).

nosso entendimento, cf. DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Volume 2. 10.ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, seção 3.3.2.2.

- 3 MITIDIERO, Daniel. «Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial». In: MITIDIERO, Daniel e Guilherme RIZZO (coordenadores). Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (organizador). *Processo civil. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012; pp. 85-99; esp. p. 91; DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Volume 2. 10.ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014; seção 1.1.
- 4 DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Volume 2. 10.ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014; seção 3.2.2.
- 5 Apenas para ilustrar a força normativa deste termo sugiro a leitura de Kelsen, «o problema da liberdade», no qual fica clara a diferença entre o ser e o dever ser, entre causalidade e imputação (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Volume I. 2.ª ed. trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado; pp. 179 ss.). Note-se ademais que o art. 927, § 1º refere ao mesmo termo «observar» em relação aos arts. 10 e 489, § 1º do CPC que são de observância obrigatória por implicarem em nulidade da decisão. Logo, a inobservância do art. 927 e incisos atrai a incidência das referidas normas, completando o suporte fático com a consequência jurídica.

A finalidade desta mudança está em assegurar *racionalidade ao direito* e, ao mesmo tempo, *reduzir a discricionariedade judicial* e o *ativismo judicial subjetivista* e *decisionista*. Justamente por isto estas decisões foram expressamente vinculadas a fundamentação adequada, art. 489, § 1º, especialmente incisos V (fundamentos determinantes) e VI (distinção e superação), e a vedação das decisões surpresa (art. 10).

A defesa da regra da universalização é feita por grande parte da doutrina, Marina Gáscon, Neil MacCormick, Frederick Schauer, Martin Kriele, Robert Alexy, Michele Taruffo, Thomas Bustamante, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero⁶.

A universalização é mais ampla que a igualdade. Para além de incluir a premissa da igualdade, a universalização exige que os juízes dos casos-futuros tenham, a partir da adoção de um *pesado ônus argumentativo* decorrente da regra da universalização, o dever (normativo) de seguir os precedentes de forma adequada, afastando a presunção a favor do precedente, quando o caso deva ser julgado de forma diferente (ônus argumentativo e pretensão de correção).

Os princípios da igualdade e segurança jurídica, normalmente elencados para justificar a teoria dos precedentes, são, portanto, consequências colaterais do atendimento da *racionalidade* e *universabilidade* das decisões.

6 GASCÓN, Marina. «Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the rounding and implications of the rule of self-precedent». In Thomas Bustamante; Carlos Bernal Pulido (editores). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*. Volume III. Stuttgart/Sinzhem: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2012; pp. 35- 50; p. 39; MACCORMICK, Neil. «La argumentación y la interpretación en el Derecho». In *Revista Vasca de Administración Pública* n.º 36/201-217, 1993; esp. p. 203; SCHAUER, Frederick. «Precedent». *Stanford Law Review*, Volume 39. Fevereiro 1987; p. 571; p. 595 e 596; KRIELE, Martin. «Il precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano». Trad. Giuseppe Zaccaria. In: *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*. Padova: CEDAM, 1988; pp. 515-528; p. 521; ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica* [1983]. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2.º ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; pp. 262-265; TARUFFO, Michele, *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, pp. 38-40; BUSTAMANTE, Thomas. «Finding analogies between cases». In BUSTAMANTE, Thomas; PULIDO, Carlos Bernal (editores). *On the philosophy of precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Volume III. Stuttgart/Sinzhem: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2012; pp. 59-71; p. 68; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Volume II, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015; p. 613. Próximos, falando em parametricidade, a partir das lições de Robert Summers e Neil MacCormick, THEODORO JR., Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco e PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015; p. 292.

O direito processual civil brasileiro acertou, ao reconhecer formalmente, no texto legal, a força normativa dos precedentes. Com isto, tornou-os obrigatórios e vinculantes, induzindo a passagem do direito jurisprudencial —vinculado apenas à lei e ao livre convencimento do juiz, na sua falta—, para o direito de precedentes, no qual os juízes e tribunais são responsáveis por suas escolhas, escolhas que irão vincular a si e aos seus pares no futuro; portanto, não são mais «livres», se é que um dia o foram.

A melhor doutrina já exigia a compreensão dos precedentes dos tribunais como obrigatórios, independentemente de mudança na legislação⁷. A nova legislação processual, contudo, representa uma forte ferramenta para uma mudança de todas as regras e princípios que regiam a formação e a aplicação dos precedentes no direito anterior. Esse é o sentido de mudança que deve ser reconhecido no novo CPC/2015. Afinal, se as regras e os princípios de um ordenamento jurídico podem mudar, nada mais correto que reconhecer que a lei nova é uma das formas de realizar esta mudança⁸.

1.1. Padronização judicial e a função do jurista: comunidade de trabalho

Direito é construído e determinado por ele mesmo, são os textos escritos pelos homens que lhes dão o conteúdo, os limites e a conformação. Por essa razão, por ser produto da ação e da inteligência humana, o direito é artificial, e, nos Estados Democráticos Constitucionais, está a serviço dos direitos fundamentais do cidadão, não dos interesses do Estado e da burocracia judicial. Por isto, o modelo de precedentes, corretamente aplicado, jamais poderá significar uma *simplória padronização das decisões judiciais*. O juiz e os juristas não são máquinas, mas seres pensantes, inteligentes e capazes de interpretar os precedentes assim como interpretam os textos da lei. A norma é sempre o resultado da interpretação. Todos os textos, sejam eles textos legais, sejam precedentes judiciais, exigem interpretação. A tarefa de interpretar é típica dos juízes e juristas.

Hoje, com o modelo de precedentes, teremos de repensar a metodologia de trabalho dos juízes, advogados, professores e de todos aqueles que escrevem e pensam o Direito —a comunidade de trabalho dos juristas. O exemplo dos processualistas civis é digno de ser referido, uma vez que, obje-

7 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

8 MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 1978, reprinted 2003; p. 154.

tivamente, serão os mais afetados imediatamente, já que a mudança principia pelo CPC. Ademais, os processualistas foram formados para interpretar o processo insulados no seu campo de pesquisa e estudavam os institutos do Código de Processo Civil em separado, limitando-se à análise dos dispositivos legais em uma interpretação legalista formalista. O Código novo exigirá uma radical mudança na forma de interpretar o direito. A interpretação não poderá mais ser feita aos pedaços. A leitura do CPC deverá ser efetuada a partir de uma unidade de propósitos, de uma leitura harmônica do todo, pensada, claramente, a partir de sua *conformação constitucional*, à luz do Estado Democrático Constitucional e da tutela dos direitos fundamentais, de acordo com a nova interpretação jurídica e a nova hermenêutica constitucional (arts. 1º, 8º, 489, § 1º e 926 do CPC/2015, entre outros).

Portanto, este momento requer a aplicação de uma *interpretação realista moderada e responsável*, ou seja, uma interpretação comprometida com o texto e com o contexto, apresentando uma fidelidade dinâmica ao texto e ao ordenamento jurídico visto em sua unidade e coerência. Esta interpretação, ao mesmo tempo em que reconhece a necessidade de interpretação de todo e qualquer texto, uma vez que texto e norma não se confundem, corrigindo o desvio formalista interpretativo, busca eliminar os erros de afirmações absurdas, subjetivistas e arbitrárias, eliminando o vício realista do decisionismo judicial⁹.

1.2. Compreensão do Código a partir da Constituição: precedentes como modelo pensado a partir dos deveres constitucionais de coerência e integridade

Como vimos, o Código deve ser compreendido em seu conjunto e em harmonia com a Constituição (art. 1º, CPC/2015), evitando-se interpretações bizarras, fruto de ignorância ou inaceitável arbítrio. O processualista deverá compreender, cada vez mais, o modelo constitucional do processo. É importante essa ressalva porque, isoladamente interpretados, alguns institutos do CPC/2015 não revelam esta mudança de direção; por outro lado, tais institutos, se interpretados em conjunto, demonstram mudança inegável. Neste sentido, a eliminação do «livre» convencimento judicial (art. 371), a fundamentação adequada (489, § 1º), a justificação interna

9 CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Oxford University Press/Clarendon Press, 1991; p. 208. CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*; p. 145; PINO, Giorgio. *Diritti e Interpretazione. Il Ragionamento Giuridico nello Stato Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2010; p. 15.

e externa, fática e jurídica, com exigências para utilização da ponderação como método de solução da colisão entre normas (art. 489, § 2º) e os deveres de estabilidade, coerência e integridade (art. 926), são exemplos de exigências interpretativas do novo diploma que vão muito além do modelo legalista e da interpretação-formalista¹⁰.

Com o CPC/2015, suplantou-se, em definitivo, o *paradoxo metodológico* da justiça brasileira, que tinha sua matriz constitucional na Constituição Republicana de 1891, com nítida influência do *common law* norte-americano e tinha sua matriz infraconstitucional no direito do *civil law*, a exemplo do CPC/1973¹¹. Hoje, com o novo CPC, temos uma só lei processual (figurativamente é claro), com elementos de *common law* e *civil law*, abaixo de uma só Constituição, ambas, portanto, com natureza híbrida. *Equal justice under Law*, igual justiça sob o Direito.

Definitivamente avançamos em relação aos modelos privatistas e publicistas de processo, ligados ao CPC/1973, dando um salto diretamente para o paradigma constitucional que combina, ao mesmo tempo, direitos liberais e direitos sociais, direito individuais e coletivos, direito público e direito privado, na matriz pluralista do Estado Democrático Constitucional.

A teoria dos precedentes normativos vinculantes é um claro exemplo desta mudança paradigmática, pois os juízes e tribunais são *menos* livres e mais responsáveis pela interpretação no quadro da teoria dos precedentes do que no quadro da mera legalidade. Lei e precedentes vinculam, ambos têm caráter normativo. A mudança mais clara é esta. O modelo de precedentes não é uma forma de liberar o juiz da lei, mas um método de vincular a discricionariedade do juiz na interpretação da lei, controlando a sua autoridade de forma democrática, tendo como parâmetro a universa-

10 O CPC não adota uma teoria da justiça, acena, contudo, para dois caminhos, a teoria de Robert Alexy e a teoria de Ronald Dworkin. Basta a leitura dos arts. 8º e 489, § 2º para perceber a influência de Robert Alexy. A leitura do art. 926 claramente adota a concepção teórica de Dworkin. O caminho pragmático de utilizar os pontos convergentes entre as duas conhecidas compreensões teóricas nos parece mais adequado. Não se pode questionar o papel de fechamento da discricionariedade do juiz que ambas teorias pretendem alcançar. Os modelos de princípios adotados por ambos autores servem como limites à liberdade de interpretação deixada como espaço irreduzível no positivismo hartiano. Cf., por todos, demonstrando como há grave distorção no debate brasileiro: MICHELON, Claudio. «Princípios e coerência na argumentação jurídica». In Ronaldo Porto Macedo Jr; Catarina Helena Cortada Barbieri (coordenadores). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011; pp. 261 e 262.

11 ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. São Paulo: Atlas, 2014, tese original desenvolvida em 2005, como requisito para conclusão do curso de doutorado junto à Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

lização da decisão para os casos futuros (formação do precedente) e o já decidido nos casos anteriores (aplicação do precedente).

II. DIREITO JURISPRUDENCIAL OU PRECEDENTES?

Para superar o paradigma do Código anterior, compreendendo adequadamente a mudança ocorrida com os arts. 926 e 927 do CPC/2015, devemos deixar de utilizar, no vocabulário teórico brasileiro, a expressão «direito jurisprudencial». Há uma forte razão para isto. A expressão carrega dois problemas de ordem teórica que a tornam incompatível com a teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes ora vigente: o primeiro é ligado ao *jusnaturalismo*; o segundo, ligado ao *juspositivismo*.

Os dois tópicos a seguir tratarão destes dois problemas.

2.1. Dever de coerência/consistência, dever de integridade/coerência em sentido amplo e o abandono do «livre» convencimento do juiz (paleojusnaturalismo)

Quanto ao primeiro problema, pode-se dizer que a doutrina da jurisprudência, ou do direito jurisprudencial, é vinculada a postulados pré-modernos, *paleojusnaturalistas*, isto é, o *jusnaturalismo* mais antigo, anterior à recepção do Direito Natural normatizada em princípios constitucionais.

A jurisprudência, compreendida como conjunto reiterado de decisões no Brasil, revela-se técnica ultrapassada, em prejuízo da racionalidade da decisão e em benefício da decisão individualizada para o caso concreto, ensejando toda sorte de subjetivismos e contradições. O mesmo tribunal, muitas vezes, o mesmo órgão fracionário (sessão, câmara, turma etc.), decide em contraste com as suas decisões anteriores ao mesmo tempo (contrastes sincrônicos) ou em tempos distintos (contrastes diacrônicos)¹².

¹² A doutrina a respeito fala dos contrastes sincrônicos (ao mesmo tempo) e diacrônicos (em momentos diferentes) apontando para a inexistência de um coerente sistema de precedentes. Na Itália o problema dos contrastes da Corte de Cassação foi extensamente mapeado. A necessidade de uma harmonização jurisprudencial é reconhecida e estimulada, mas infelizmente nem sempre é obtida, Cfr. CHIARLONI, Sergio. «Il diritto vivente di fronte alla valanga dei ricorsi in Cassazione: l'inammissibilità per violazione del c.d. principio di autosufficienza». In: <http://www.processocivile.org/chiaroni%5Cart0002.html>, acesso em 18.01.2014, seção 2; CHIARLONI, Sergio. «Sui rapporti tra funzione nomofilattica della cassazione e principio della ragionevole durata del processo». Giustizia insieme, Roma: Aracne, 2009; pp. 21-33, seção 2; CHIARLONI, Sergio. «Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza». Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, Volume 229. ano 39. Março 2014; p. 403. Sobre os contrastes na jurisprudência da Corte de Cassação e sua insuficiência, no modelo atual, para garantir

Isso ocorre porque, a jurisprudência, via de regra, particulariza o caso de tal forma e sorte, escolhendo raciocinar pela exceção, para que a solução aplique-se tão só e apenas àquele caso e aos casos em que o julgador entender correta a decisão reiterada dos tribunais, tomando a decisão anterior como exemplo de boa decisão (precedentes persuasivos, *ad exemplum* ou de *facto*). Essa técnica de decidir é baseada na opinião do tribunal, e não na sua vinculação aos próprios precedentes. Em outras palavras, pode-se dizer que a jurisprudência só será aplicável, quando o tribunal disser que ela resolve bem o caso, bastando, por outro lado, o tribunal entender que as razões que fundamentaram o julgamento anterior não eram «boas», para não utilizá-las novamente para o julgamento do novo caso. A rigor ele nem precisa justificar a sua não utilização, pois as decisões anteriores são absolutamente desprovidas de caráter normativo.

O julgador, que é livre para optar pelas «boas razões» (razões subjetivas), não está vinculado aos precedentes e não tem o dever de testar a universalidade dos fundamentos determinantes fáticos e jurídicos de suas decisões¹³.

a função nomofilática na Itália cf. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*, Op. Cit.; pp. 19 e 20; MONETA, Gabriele. *I mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione Civile. Ottocentosessantasette casi di contrasto nel quinquennio 1988-1992*. Padova: CEDAM, 1993; MONETA, Gabriele. *Conflitti giurisprudenziali in Cassazione. I contrasti della Cassazione Civile dal settembre 1993 al dicembre 1994*. Padova: CEDAM, 1995.

- 13 Há grande convergência na teoria jurídica e na filosofia jurídica atual sobre a importância dos deveres de consistência/coerência em sentido estrito e integridade/coerência em sentido amplo. A coerência, no sentido amplo (integridade), é um tema central para a teoria do direito hoje. Por isso, é melhor compreender integridade, do CPC/2015, como coerência em sentido amplo, desfazendo a conexão forte com a concepção de integridade em Dworkin (AARNIO, Aulis. *Essays on the Doctrinal Study of Law*. London/New York: Springer, 2011; pp. 144-146). Adotaremos, neste texto, como já se pode perceber a menção aos pares conceituais. Não se trata de mera questão de nomes, mas desfazer a atração para o CPC/2015 de uma vertente da filosofia jurídica muito forte, que pretende, com a noção de integridade, a admissão da teoria da única resposta correta (Dworkin). Esta respeitável opção teórica é incompatível, por exemplo, com a ponderação e a proporcionalidade igualmente previstas no CPC (art. 489, § 2º e art. 8º). A interpretação do novo CPC deve preservar a unidade do texto, a unidade da Constituição e a tradição jurídica, dando um sentido às palavras que garanta a consistência interna à nova lei. Portanto, para corretamente compreender os deveres de coerência/consistência (em sentido estrito, dever de não-contradição) e integridade/coerência (coerência normativa em sentido amplo), eles devem ser considerados como pares conceituais. Esta é a melhor solução para o problema da integridade/coerência no novo CPC. Justamente por isso, defendemos a convergência —sem identidade absoluta— entre as teorias de Dworkin e MacCormick, entre os termos integridade e coerência em sentido amplo, convergência já admitida pela doutrina brasileira (MARTINS, Argemiro, ROESLER, Cláudia e JESUS, Ricardo. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick. *Novos Estudos Jurídicos*, Volume 16, n.º 2. março-agosto 2011; pp. 207-221. In: www6.univali.br, acesso em: 01.12.2014; STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?, Op. cit., acesso em 23.12.2014, nota 07) e internacional (AARNIO, Aulis. *Essays on the Doctrinal Study of Law*. Ob. cit.; p. 145;

Nega-se, assim, o dever de coerência/consistência em sentido estrito, compreendida como não-contradição com as decisões anteriores do mesmo julgador, do mesmo tribunal e do mesmo ordenamento jurídico, e o dever de integridade/coerência em sentido amplo, compreendida como a conformidade da decisão com a unidade do ordenamento jurídico como um todo (art. 926, *caput*), e, ao mesmo tempo, o caráter normativo da norma-precedente (art. 927, § 1º e 489, § 1º, VI)¹⁴.

Indiscutível, ainda, a abertura recursal que este comportamento provoca, pela ausência de estabilidade das decisões proferidas pelo tribunal (art. 926, *caput*).

Portanto, o «direito jurisprudencial» entendido na concepção *paleojusnaturalista*, ao invés de visualizar categorias mais amplas e universalizáveis, restringe-se, em todos os casos em que não se quer seguir a jurisprudência, ao detalhe, à diferenças sutis, ao particularismo (e ao subjetivismo, que dele decorre), sem procurar uma razão de decidir que seja aplicável para caso presente e para todos os casos futuros similares ou análogos.

PECZENICK, Aleksander. Certainty or coherence? In: KRAWIETZ, Werner *et al.* (editores). *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio*. Berlin: Duncker un Humblot, 2000; p. 169). A convergência coerência/integridade limita-se a reconhecer o aspecto mais amplo dos conceitos de coerência e integridade, ligados aos princípios e a possibilidade de dar um sentido de conjunto às normas jurídicas («*hanging together*» e «*making sense*»), a partir da justificação das decisões judiciais em um contexto mais geral de unidade do direito (MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. In: PECZENIK, Aleksander; LINDAHL, L. e van ROERMUND, G.C. (editores). *Theory of Legal Science*. Dordrecht: Springer, 1984; pp. 235-251). Este é o principal dever previsto no art. 926,

14 O CPC/2015, ao referir aos termos «coerência e integridade», utilizou a terminologia de Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jéferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003; pp. 63-69; STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? Senso incomum, Conjur. In: www.conjur.com.br, acesso em 23.12.2014; THEODORO JR., Humberto, NUNES, Dierle e BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC. *Fundamentos e Sistematização*; p. 306). Isto contudo não significa que o CPC siga a doutrina de Dworkin. Observe-se, ainda, na doutrina crítica, o entendimento de que os precedentes não devem seguir a teoria do direito de Dworkin em DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Volume 2. 10.ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014; seção 4.5.1 e MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais Volume II. 2015; p. 611. Outra vertente teórica que chega às mesmas conclusões, ou pelo menos a conclusões muito próximas as de Dworkin, decorre dos trabalhos de Neil MacCormick (MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005; p. 190; Id. Coherence in legal justification. In.: PECZENIK, Aleksander; LINDAHL, L.; van ROERMUND, G.C. (editores). *Theory of Legal Science*. Dordrecht: Springer, 1984; pp. 235-251; Id. *Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1978; Cap. VII e VIII, reprinted, 2003). MacCormick adota os termos «consistência» e «coerência» (coerência normativa).

A decisão, assim, não é necessariamente universalizável e passa a atender a cada um dos casos isoladamente. Basta perceber que a «doutrina da jurisprudência» afirma a liberdade de interpretar do juiz, escolhendo a «melhor» razão para fundamentar a decisão «justa».

Portanto, a «doutrina da jurisprudência» e a «doutrina do livre convencimento», expurgada do CPC/2015 (art. 371), guardam uma íntima relação. Essa concepção do direito como fonte natural de justiça foi superada, na tradição de *civil law*, pela «doutrina da legalidade», mas não no Brasil. A forte conexão entre o juiz brasileiro e a «doutrina da jurisprudência» tem origens históricas, culturais e religiosas¹⁵. O retorno do *paleojusnaturalismo* não contribui para resolver os graves problemas da aplicação no direito no Brasil.

Marcada pelo personalismo e pela predominância do senso de justiça individual, a «doutrina da jurisprudência» acaba por permitir, inconstitucionalmente, que os tribunais, e não o legislador, determinem as boas razões para a tomada das decisões, caso a caso, determinando um modelo de justiça casuística.

Não é este o caso da teoria dos precedentes, que procura limitar a discricionariedade dos julgadores, vinculando-os às próprias decisões, constringendo o julgador a racionalizar sua decisão e elaborar categorias de fato suficientemente amplas para que, nos casos futuros, a decisão tenha impacto em todos os casos similares ou análogos. Dessa forma, podemos concluir que o primeiro problema teórico que nos impede de melhor compreender a teoria dos precedentes é o ranço existente na tradição do «direito jurisprudencial», que, ao deixar o juiz livre para decidir como ele quiser, de acordo com suas concepções subjetivas de justiça (*paleojusnaturalismo*), nega a vinculatividade do juiz e do próprio tribunal aos seus precedentes.

2.2. Dever de coerência/consistência, dever de integridade/coerência em sentido amplo e o abandono da centralidade exclusiva da lei como fonte primária e formal do direito (*paleojuspositivismo*)

Quanto ao segundo problema, é importante referir que a jurisprudência, na concepção *paleojuspositivista* da tradição de *civil law* —doutrina da mera legalidade— não tem força normativa de fonte primária. Por isso, a força normativa formalmente vinculante dos precedentes, na atual redação

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

dos arts. 926 e 927 do CPC/2015, combinados com os incisos V e VI do art. 489, é incompatível com o paleojuspositivismo e, conseqüentemente, com o modelo tradicional de *common law*.

Percebe-se, na «doutrina da jurisprudência», uma fraqueza diante dos argumentos de direito estrito, pois, pela tradição atual do civil law, após a adoção do princípio da legalidade (centralidade da lei como fonte formal primária do direito), não há falar-se de «direito jurisprudencial» no sentido de fonte primária —não constituem as decisões dos tribunais uma fonte normativa formalmente vinculante, sendo seu valor o mesmo valor atribuído para a doutrina e para os costumes— meras fontes secundárias. Escamoteadas por fontes sem importância, as fontes secundárias decidem apenas os casos em que o próprio tribunal decide aplicá-las, sem que sejam submetidas ao rigoroso controle da crítica, certamente uma operação lógica não muito transparente.

Por esta razão, entre os teóricos da tradição de *civil law* é muito comum encontrar a justificativa para a força normativa secundária da jurisprudência no mesmo grupo de fontes destinadas ao direito consuetudinário, à analogia e ao direito doutrinário (art. 4º, LINDB), servindo como fonte apenas na omissão normativa, na falta das leis¹⁶. Portanto, os dois problemas referidos acima demonstram que uma interpretação do novo Código que consagre o conceito de «direito jurisprudencial» deixa de perceber a mudança de paradigma ocorrida na lei processual, mantendo a tradição brasileira que oscila entre o personalismo paleojusnaturalista subjetivista e o (falso) caráter secundário do Poder Judiciário no paleojuspositivismo legalista, que também resulta em personalismo, casuísmo e subjetivismo degenerável em decisionismo. Fosse para manter esta tradição, não haveria de se escrever uma nova lei, esta já era a tradição brasileira da jurisprudência.

16 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3.º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997; pp. 610 e ss. A noção é profundamente arraigada na dogmática alemã, capitaneada por Savigny, como demonstra Giuseppe Zaccaria: «Quest'estensione della categoria di consuetudine giudiziaria consente in sostanza di riconoscere alla giurisprudenza la dignità di fonte del diritto. Era stato Savigny per primo a considerare i precedenti come diritto consuetudinario e come momento del diritto scientifico: e all'interno della cultura giuridica tedesca giocano un ruolo assai importante, tra Otto e Novecento, l'influsso della Scuola storica del diritto e l'idea che il diritto entra a far parte e si afferma nella vita della comunità essenzialmente attraverso la pratica dei giuristi [...] uso giudiziale e del diritto consuetudinario giudiziale [...] usus fori [...] la via del diritto consuetudinario altro no sai che un mascheramento ideologico —basato non a caso su un'idea ampiamente diffusa, fin dalla Scuola storica del diritto, nella cultura giuridica tedesca— com la funzione di occultare una conclusione che in quel momento storico non si può ancora esplicitamente riconoscere, e cioè la natura di fonte di diritto tout court del Richterrecht». ZACCARIA, Giuseppe. *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007; pp. 9-11.

dência persuasiva, atávica em nossa cultura, herdada de Portugal. É, em razão da «doutrina do direito jurisprudencial», que temos hoje o «caos de jurisprudências» instalado no Brasil fruto das diversas contradições internas dos tribunais superiores e da inobservância de suas decisões pelos juízes e tribunais inferiores¹⁷.

III. A NORMATIVIDADE DOS PRECEDENTES NO ART. 927 DO CPC

O brasileiro, nos últimos anos, passou a usar cinto de segurança, parou de fumar em lugares públicos fechados e começa a respeitar o gênero e as opções de vida das pessoas, graças às mudanças legislativas ocorridas depois da Constituição de 1988. A lei, portanto, é um poderoso indutor das mudanças culturais¹⁸.

O art. 927 apresenta o rol de precedentes que, segundo a legislação processual, serão considerados vinculantes. A força normativa dos precedentes será diferenciada, conforme caibam ou não o estabelecimento de quórum qualificado para formação, ampliação, revogação ou superação do precedente e seu desrespeito enseje ou não a impugnação por meio de reclamação (art. 988, II, III e IV, CPC/2015).

Analisemos brevemente a formação do atual art. 927 do CPC.

Os projetos de Código oscilaram no tratamento dado aos precedentes. No Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD), aprovado em 26.03.2014, a opção pelo modelo de precedentes havia sido bem mais clara do que na versão final prevista nos arts. 926 e 927 da Lei 13.105/2015. Também era

17 Não se trata apenas de importar o modelo de precedentes vinculantes, é preciso também importar a cultura dos precedentes. Conforme apontou a doutrina o Brasil já havia importado os precedentes vinculantes sem importar a cultura. Neste sentido, foi demonstrado empiricamente que falta reponsividade e motivação adequada nas decisões de suspensão e nas decisões que julgam os recursos repetitivos, Cfr. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC*, nesta coletânea, citando a pesquisa da UFMG para o CNJ, BUSTAMANTE, Thomas, et all. *A força normativa do direito judicial: Uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do poder judiciário*. pesquisa realizada pelo Grupo de Pesquisa constituído na Universidade Federal de Minas Gerais, contratada pelo Conselho Nacional de Justiça (Relatório de Pesquisa). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014, pp. 186-187. O art. 927, § 1º e o art. 489, § 1º do CPC podem colaborar para criar esta cultura.

18 No mesmo sentido, mencionando a Lei da Boa Razão, afirma Bustamente que «A nossa história ensina que é possível, sim, mudar um paradigma jurídico a partir de uma decisão política racional», Cfr. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC*, nesta coletânea.

melhor a localização do texto. No SCD, os precedentes apareciam como o Capítulo XV, do Livro I -Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença, logo após o Capítulo XIV, que tratava da sentença e da coisa julgada.

Os precedentes na redação aprovada na Câmara estavam, portanto, dentro da lógica da *teoria da decisão judicial*, e não da mera *uniformização de jurisprudência*. Lá era o local mais adequado para a sua colocação topográfica no CPC, já que os precedentes não dizem respeito aos processos nos tribunais, mas a todas as decisões judiciais. A doutrina já percebeu que «em rigor, a matéria aqui tratada refere-se a qualquer *decisão jurisdicional*, não apenas ao que ocorre no âmbito dos tribunais»¹⁹.

Os precedentes serão aplicados, não somente nos tribunais, mas por todos os juízes de primeiro grau. Tratam, portanto, da teoria da decisão judicial e, por essa razão, é incorreta a colocação topográfica dada pela redação final. Perceba-se que o erro vem do projeto originalmente apreciado pelo Senado, o qual tratava, no art. 882, do dever de uniformização e estabilidade, falando em «*jurisprudência*», não em «*precedentes*». Percebe-se, *contrario sensu*, o acerto da tese aqui defendida. Devemos ressaltar ainda que, de arrasto, diversos e importantes parágrafos do modelo de precedentes brasileiro que haviam sido construídos pelo legislador na Câmara dos Deputados foram deletados da versão final aprovada pelo Senado.

Não obstante, a questão há de ser superada pela boa dogmática, capaz de extrair os novos conceitos e sonoridades das partituras entregues, mesmo que nem todas as notas estejam explícitas.

O texto legal somente será aplicável em interpretação conforme à constituição, se reconhecer o intérprete que os precedentes vinculam, que os precedentes obrigam, que os juízes e tribunais *observarão* os precedentes, para usar a expressão do art. 927, *caput*, em todas as hipóteses dos incisos ali previstos.

Precedentes, portanto, dizem respeito à teoria da decisão judicial, e não à ultrapassada preocupação da doutrina processual civil com a mera uniformização da jurisprudência.

19 BUENO, Cássio Scarpinella. Projetos de Novo Código de Processo Civil Comparados e Anotados. São Paulo: Saraiva, 2014; p. 442; Tb., ZANETI JR., Hermes. «Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil-Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “*jurisprudência persuasiva*” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil». *Revista de Processo*, Volume 235. Setembro 2014. São Paulo: RT; p. 293; esp. pp. 340 e 341.

3.1. Jurisprudência persuasiva (vinculação de facto ou ad exemplum-precedentes persuasivos) e precedentes normativos formalmente vinculantes (vinculação jurídica obrigatória)

Jurisprudência persuasiva é o conjunto de decisões reiteradas do tribunal que, sem força normativa formalmente vinculante, orientam o julgador subsequente em critérios possíveis de decisão, segundo seu convencimento subjetivo a respeito das razões adotadas. Geralmente a jurisprudência persuasiva será de outro tribunal, até mesmo de outros países. A doutrina chama estas decisões exemplificativas de precedentes persuasivos. A eficácia dos precedentes, na tradição de civil law, seria apenas persuasiva, e não vinculante. Por isto a doutrina brasileira que afirma ser o Brasil um país de *civil law* não consegue compreender a força vinculante dos precedentes (em verdade, o Brasil não é um país de *civil law*, mas um país de tradição *híbrida-civil law e common law*)²⁰.

Na interpretação correta do novo CPC, precedentes normativos formalmente vinculantes são as decisões passadas (casos-precedentes) que tem eficácia normativa formalmente vinculante para os juízes e tribunais subsequentes (casos-futuros) e são de aplicação obrigatória, independentemente das boas razões da decisão. Não valem como mero exemplo, obrigam.

Assim, precedentes normativos formalmente vinculantes para os juízes e tribunais da Bahia, do Espírito Santo e do Rio Grande do Sul, por exemplo, serão as decisões do pleno STF, em matéria constitucional, e da Corte Especial do STJ, em matéria infraconstitucional. As decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não serão precedentes vinculantes para os juízes e tribunais da Bahia e do Espírito Santo, sendo, válidas, apenas como argumentos, exemplos, ou seja, como jurisprudência persuasiva.

Por isto, insistimos na distinção, a jurisprudência e o direito jurisprudencial são baseados unicamente em bons exemplos de decisão, que podem ou não ser seguidos, a depender do juízo crítico do julgador. Daí resultarem na chamada vinculação *de facto* ou *ad exemplum*, sem caráter normativo ou força vinculante²¹.

20 VARANO, Vincenzo e BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*, 4.º ed. Torino: Giappichelli, 2010; p. 509; ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo*. [2005] São Paulo: Atlas, 2014; DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Volume 1. 13.º ed. Salvador: Jus Podivm, 2011; pp. 41-43.

21 PECZENIK, Aleksander. «Sui precedenti vincolanti de facto». 1996-6. *Ragion Pratica*; p. 35-43; p. 35; PECZENICK, Aleksander, The Binding Force of Precedente. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (editores). *Interpreting precedents. A comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997; pp. 461-479; esp. pp. 466 e 467.

Ora, a diferença não é pouca, nem sutil. Precedentes vinculam. Jurisprudência persuasiva não vincula.

Assim, um precedente persuasivo vinculante *de facto* ou *ad exemplum*, é uma contradição em termos, pois, ao não ter conteúdo normativo, dever ser, imposição e obrigatoriedade, não pode ser vinculante, será apenas persuasivo e seu descumprimento não acarretará violação das fontes primárias formais do ordenamento jurídico.

O CPC/2015 rompeu definitivamente com a tradição brasileira do direito jurisprudencial e da jurisprudência persuasiva, elencando no art. 927 e incisos os casos em que os precedentes no Brasil obrigam, portanto, são normativos e vinculantes, e não meros exemplos de boas decisões. Daí falarmos, nestes casos, de precedentes normativos formalmente vinculantes, uma vez que são normas primárias, estabelecidas como tal pela legislação processual formal, que determina a sua vinculação independentemente de suas boas razões.

3.2. Os precedentes no Estado Democrático Constitucional: divisão de trabalho entre juízes e legisladores na atividade de interpretação operativa

Em um Estado Democrático Constitucional, fundante de uma democracia contramajoritária de direitos fundamentais, que, ao mesmo tempo, garante a liberdade política, através da atividade legislativa (princípio democrático) e limita-a, através dos direitos e deveres fundamentais, inevitável será, aos juízes e tribunais, a resolução de questões controversas, polêmicas, difíceis e, nesta atividade, exercer a função de (re)construir o ordenamento jurídico²².

22 Nas palavras de Humberto Ávila: «Além de levar às mencionadas conclusões, o exposto também exige a substituição de algumas crenças tradicionais por conhecimentos mais sólidos: é preciso *substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação*; é necessário *ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos*, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; *importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto*». ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14.º ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013; p. 37, sem grifos no original. Mais recentemente, reforçando o papel da doutrina cf. ÁVILA, Humberto. *Ciência do Direito Tributário e Discussão Crítica*. *Revista Direito Tributário Atual*, Volume 32, São Paulo: Dialética, 2014; p. 159.

A atividade reconstrutiva do ordenamento jurídico pelos juízes e tribunais irá ocorrer mediante a *interpretação operativa*, entendida esta como aquela interpretação que acrescenta conteúdo reconstruído ao ordenamento²³, conferindo-lhe, nas palavras do novo Código, coerência e integridade (art. 926). A exemplo deste tipo de interpretação operativa, podemos citar a que ocorre na densificação de normas-princípio, de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas-gerais. O intérprete não cria os conteúdos, mas os (re)constrói.

Nos casos de interpretação operativa, a função interpretativa dos juízes e tribunais não é independente da função do legislador e das normas previstas na Constituição eclipsadas como direitos fundamentais, limites e vínculos para a decisão judicial, pois os juízes e tribunais, ao chegarem a uma decisão que reconstrua o ordenamento, passam, necessariamente, pela observância do princípio democrático, pela tradição jurídica e por uma premissa racional de universalização, que os vincula e vinculará todos os demais juízes e tribunais no momento futuro.

Não se pode falar em ofensa à legalidade, quando é a própria lei que estabelece a vinculatividade formal dos precedentes (art. 927). Obviamente, não haverá ofensa, desde que os precedentes formados respeitem à vinculatividade formal das leis, em uma relação circular (precedentes respeitam as normas legais e formam novas normas). Trata-se, portanto, de distinguir a função criativa do legislador da função interpretativa dos juízes e dos tribunais. Como é função dos juízes e tribunais interpretar os textos jurídicos e os textos não se confundem com normas (porque todo texto depende de interpretação e a norma é o resultado do texto interpretado), não há ofensa ao princípio da separação de poderes, quando o juiz ou tribunal aplicar a norma decorrente da interpretação dos textos legais, esta é a sua função. Ofensa haverá, entretanto, quando cada tribunal ou cada juiz interpretar a norma de um jeito, a partir de critérios totalmente subjetivos —na expressão popular, dois pesos e duas medidas—.

Por outro lado, evidentemente, esta reconstrução não é tão ampla quanto aparece. A uma primeira vista, se a fidelidade à lei é um ideal irrealizável,

23 Só ocorre interpretação operativa se a atividade identifica um caráter dúbio no sentido da interpretação. Não são, portanto, quaisquer decisões que formarão os precedentes, precedentes são apenas as decisões que acrescentam conteúdo ao ordenamento jurídico. FERRAJOLI, Luigi. «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa». In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Volume 1, 1966; pp. 290-304; esp. pp. 291 e 292; WRÓBLEWSKI, Jerzy. «Legal decision and its justification». *Logique et Analyse* n.º 14. Bruxelles: Centre National de Recherches de Logique, 1971; p. 412; p. 413; CHIASSONI, Pierluigi, «Codici interpretativi. Progetto di voce per un Vademecum giuridico». *Analisi e Diritto*. Volume 2002; p. 55-124, 2003, nota 14; p. 60; esp. 82.

por certo isto não significa aceitar uma interpretação qualquer, desprovida de significado ou com significado absurdo, que seja unanimemente considerada pelos juristas e pela comunidade jurídica como errônea, equivocada, bizarra ou inaceitável. Contudo, como revela a doutrina, mesmo nestes casos, existe uma escolha do intérprete, mesmo que coagido pela opinião dos demais juristas, o intérprete exerce a reconstrução, excluindo os sentidos inválidos²⁴.

Concluindo, os precedentes são subordinados à legislação. O princípio da legalidade é um limite à aplicação dos precedentes. Os precedentes somente podem contrariar a lei, quando a decisão afastar a lei por inconstitucionalidade. O papel dos juízes e tribunais é, muitas vezes, (re)construir o ordenamento jurídico, a partir do direito legislado e da Constituição, interpretando/aplicando o direito (interpretação operativa). Quando há aplicação direta de lei ou precedente, sem necessidade interpretação operativa, não há se falar em força normativa dos precedentes, mas da força vinculante da própria lei ou do precedente anterior²⁵.

IV. CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, seja em benefício da legalidade, seja em benefício de valores jusnaturalistas, negar normatividade ao art. 927 e incisos do CPC (Lei 13.105/2015), é continuar no paradigma do CPC de 1973.

24 «I noncognitivisti non si nascondono, infine, che vi sono certamente delle situazione in cui la scelta degli interprete “non può” che cadere su di un determinato significato, suscettibile di rilevazione: nel senso che ogni diversa interpretazione sarebbe (pressoché) unanimemente considerata, dagli operatori del diritto e dalla cultura giuridica esterna, come frutto di ignoranza, bizzarria, o inaccettabile arbitrio-sarebbe, in altre parole, oltremodo inopportuna, se non del tutto impraticabile. Per costoro, tuttavia, una scelta conformistica, imposta dalle circostanze, è pur sempre una scelta (“coactus interpres tamen voluit”). Cfr. CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell’interpretazione giuridica*; p. 145.

25 SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 1991; seção 3.4.

CONVENÇÕES SOBRE O PROCESSO E LIBERDADE DAS PARTES*

Conventions on the process and freedom party

*Pedro Henrique Nogueira***
Universidad Federal de Alagoas

Recepción: 23/9/2015

Aceptación: 29/4/2016

Resumo

O autor faz um estudo sobre a capacidade reguladora das partes para determinar certas características do processo, reduzir a incidência prazos, a seleção do Procedimento de seguir e renunciando o desafio.

Palavras chave: Negócios processuais; convenções processuais; poder de autorregramento; renúncia de recurso.

Abstract

The author makes a study on the regulatory capacity of the parties to determine certain characteristics of the process, reduce the incidence deadlines, the selection of the following procedure and renouncing the challenge.

Keywords: Procedural business; procedural conventions; power self regulation; resource resignation.

* Artículo basado en la ponencia dictada en el I Congreso Internacional de Derecho Procesal y Arbitraje, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Continental, en la ciudad de Huancayo del 2 al 5 de setiembre de 2015.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia e Mestre pela Universidade Federal de Alagoas. Professor na Universidade Federal de Alagoas. Professor e coordenador do curso de Direito da Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

I. NOTA INTRODUTÓRIA

Neste breve ensaio buscaremos tratar da temática das convenções processuais, relacionando com a teoria do negócio jurídico, especialmente do negócio jurídico processual. Busca-se apresentar um conceito útil ao tratamento dos problemas que se apresentam na atualidade a partir do exame crítico das principais propostas até hoje apresentadas, assim como identificar alguns exemplos de convenções processuais presentes nos ordenamentos jurídicos brasileiro e peruano.

II. BREVE RESENHA DOUTRINÁRIA SOBRE OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

O estudo dos negócios jurídicos, historicamente, esteve vinculado ao Direito Privado. Na Ciência Processual, a temática é relativamente recente. Coube à doutrina alemã elaborar e desenvolver o conceito de negócio jurídico processual¹, a partir do final do século XIX^{2,3}.

Schönke⁴, já no século passado, admitia as convenções privadas sobre determinadas situações processuais (v.g. pacto de não executar), mas esses acordos não surtiriam efeitos imediatos de caráter processual, embora obrigassem os interessados a proceder segundo eles. Lent⁵ procurou identificar negócios processuais no âmbito dos atos processuais praticados pelas partes; seriam verificados quando os efeitos processuais se produziram quando queridos pela parte. Mais recentemente, também Leible⁶ e Jauernig⁷ admitem, embora excepcionalmente, a existência de contratos processuais (v.g. compromisso arbitral), segundo a ZPO. Na Itália, Chioventa⁸ admitiu claramente a figura dos negócios processuais, visto que em

- 1 DENTI, Vittorio. *Negozió processuale*. In *Enciclopedia del Diritto*. Volume XXVIII. Milano: Giuffrè, 1978; p. 138.
- 2 WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Volume I. Tradução Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977; pp. 28-29, notas 8 e 9 et passim.
- 3 Para uma resenha das diferentes concepções germânicas, no período, sobre a teoria do negócio processual, conferir: FERRARA, Luigi. *Studii e questioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1908; pp. 44 e segs.; PALERMO, Antonio. *Contributo alla Teoria degli Atti Processuali*. Napoli: Jovene, 1938; pp. 66 e segs.
- 4 SCHÖNKE, Adolf. *Direito processual civil*. Revisão Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003; p. 148.
- 5 LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Tedesco*. Tradução Edoardo Ricci. Napoli: Morano, 1959; p. 122.
- 6 LEIBLE, Stefan. *Proceso civil alemán*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1999; p. 306.
- 7 JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002; p. 174.
- 8 Antes de Chioventa, Ferrara (FERRARA, Luigi. *Studii e questioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1908; pp. 43 e segs.) aceitava a noção de negócio jurídico processual por influência dos

certos atos a lei relaciona, imediatamente, a produção de efeitos com a vontade das partes. Assim se daria com os atos unilaterais praticados com o fim de criar, modificar ou extinguir direitos processuais (v.g. renúncia, aceitação da herança etc.)^{9, 10, 11}.

Fazzalari, mais recentemente, também admitiu a existência dos negócios processuais, que, segundo ele, melhor seriam denominados «atos processuais negociais»¹² (v.g. renúncia a alguma faculdade processual).

A doutrina brasileira, quando não recusou valor à figura¹³, simplesmente silenciou sobre o problema, salvo algumas exceções¹⁴.

autores alemães que o criaram, desenvolveram e discutiram (Wach, Trutter, Bulow, Kholer). Sobre a difusão do conceito de negócio jurídico processual na doutrina do processo penal, conferir: PANNAIN, Remo. *Le Sanzioni degli Atti Processuali Penali*. Napoli: Jovene, 1933; pp. 96 e segs.

- 9 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Nicola Jovene, 1913, pp. 775 e 776. Lição posteriormente repetida em: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume 3. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998; pp. 25 e 26.
- 10 Nesse sentido, atribuindo caráter de negócio processual à composição judicial amigável, mas negando-lhe à desistência e ao compromisso: MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Volume I. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, EJEJA, 1970; p. 292. Aceitando também a figura dos negócios processuais, mas com poucas variações doutrinárias: DONDINA, Mario. *Atti Processuali Civili (civili e penali)*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Volume I. Torino: UTET, 1957; p. 1.520; ROCCO, Ugo. *Diritto Processuale Civile-Parte Generale*. Napoli: Jovene, 1936; p. 318; ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*, Volume I. Milano: Giuffrè, 1964; p. 419; PALERMO, Antonio. *Contributo alla Teoria degli Atti Processuali*. Napoli: Jovene, 1938; p. 75; INVREA, Francesco. La giurisdizione concreta e la teorica del rapporto giuridico processuale. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Volume V, nro. IX, parte I. Padova: CEDAM, 1932; p. 44; BETTI, Emilio. *Negoziio Giuridico*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Volume XI. Torino: UTET, 1957; p. 220, dentre outros.
- 11 Concepção bem particular foi a desenvolvida por Carnelutti. Parte o autor italiano da premissa de que as noções de direito subjetivo e negócio jurídico seriam correlatas. A partir daí, enumera as características do negócio processual: (a) ser um ato de exercício de um poder cuja finalidade prática consista em determinar a conduta alheia por meio de seu efeito jurídico, (b) sendo o poder jurídico exercitado um direito subjetivo. Uma ampla relação de atos concretos poderiam ser reconduzidos ao conceito de negócio processual (compromisso, requerimentos das partes, revogações etc.) (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Volume III. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000; pp. 124 e 125).
- 12 FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006; p. 416.
- 13 Recusam a figura do negócio processual, no Brasil: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; p. 484; KOMATSU, Roque. *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1991; p. 141; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005; p. 16; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Volume I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; p. 248; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Volume 2. 18.º ed. São Paulo: Saraiva, 2007; p. 6. Os argumentos apresentados são similares: no processo não haveria espaço para o autorregramento da vontade, uma vez que os efeitos de possível ocorrência dos atos dos sujeitos do processo já estariam previamente disciplinados pela lei.
- 14 Calmon de Passos adota posição intermediária. Assume que, em tese, em face da redação do art. 158 do CPC-1973, a figura do negócio processual poderia ser admitida em nosso direito.

Na América Latina, não houve grandes desenvolvimentos sobre o tema. Alsina¹⁵ fazia a separação entre os atos processuais em sentido estrito, os negócios processuais —ato complexo representado pela coincidência de vontades—, e os acordos processuais. Echandía¹⁶, examinando o problema, com forte influência do pensamento de Chiovenda, definia os negócios jurídicos processuais como aqueles atos que somente produzem efeitos quando os interessados os querem. Trata-se, assim, de declarações de vontade, unilaterais ou bilaterais, dirigidas a constituir, modificar ou extinguir direitos subjetivos processuais. Vescovi¹⁷ aceita a existência de negócios processuais, inclusive os praticados fora do procedimento, mas desde que realizados para produzir efeitos no processo (v.g. acordos das partes para designar um perito). Na doutrina peruana, relevante é a contribuição de Monroy Galvez¹⁸, para quem negócio processual é o ato jurídico em que se adiciona o desejo ou finalidade de produzir efeitos jurídicos pretendidos pelo sujeito da relação processual que o realiza.

2.1. A resistência doutrinária aos negócios processuais

Na doutrina estrangeira, algumas críticas foram lançadas, em especial a de Rosenberg¹⁹, seguido na Itália por Ricca-Barberis^{20, 21}. O argumento básico é o de ser infrutuoso o intento de selecionar uma quantidade de atos como declarações de vontade, para diferenciá-los, como negócios jurídicos processuais, dos demais atos processuais das partes. Enquanto no direito civil (BGB) haveria uma série de normas aplicáveis àquelas de-

Nada obstante, as declarações negociais das partes, para produzirem efeitos no processo, necessitariam da intermediação judicial. Vale dizer, a desistência do recurso, ou acordo para suspensão do processo, v.g., seriam negócios jurídicos apenas por razão da relevância que, em tais circunstâncias, seria dada à vontade das partes em produzir o resultado. Disso não decorreria, porém, que a eficácia no processo seja produzida pelas próprias declarações. Sem o pronunciamento judicial integrativo, esses as consequências de natureza processual seriam inexplicáveis (PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005; pp. 69 e 70).

- 15 ALSINA, Hugo. *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*. Volume I. 2.º ed. Buenos Aires: Ediar, 1956; p. 608.
- 16 ECHANDÍA, Devis. *Teoría General del Proceso*. 3.º ed. Buenos Aires: Universidad, 2004, p. 379.
- 17 VÉSCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*. 2.º ed. Bogotá: Temis, 2006; p. 217.
- 18 MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso*. Lima: Communitas, 2009; p. 351.
- 19 ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Volume I. Tradução Angela Romera Vera. Lima: Ara, 2007; p. 407.
- 20 RICCA-BARBERIS, Mario. Due Concetti infeconidi: «negozio» e «rapporto processuale». In *Rivista di Diritto Processuale*. Volume VII, parte I. Padova: CEDAM, 1930; p. 193.
- 21 Seguindo essa crítica, com argumentos similares: REDENTI, Enrico. «Atti processuali civili». In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1959, v. IV, p. 115. MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto Processuale Civile, I*. Torino: Giappichelli, 2002; pp. 397 e 398.

clarações de vontade (v.g., regras sobre capacidade de obrar, representação, condições, termos, vícios de vontade etc.), no direito processual seria diferente, já que todos os atos processuais da parte teriam sempre a mesma regulação.

Denti²², por sua vez, negava o caráter processual aos atos de autonomia privada, que manteriam com o processo uma relação de mera ocasionalidade, a exemplo da conciliação judicial, que não teria nenhum conteúdo processual autônomo, e os atos praticados fora do processo (v.g. compromisso, acordo para modificação da competência, pactos sobre provas etc.). Ambos não teriam propriamente efeitos processuais, mas apenas relevância para o processo.

Também Liebman²³ procurava distinguir os atos processuais dos negócios jurídicos, porquanto nos primeiros, embora caracterizados como fatos voluntários, a vontade se dirige à prática do ato, enquanto nos segundos a vontade se dirige à obtenção de um dado efeito. Os efeitos no tocante aos atos processuais já viriam preestabelecidos em lei²⁴.

III. REFUTAÇÃO DAS INVESTIDAS CONTRA A NOÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

As negativas ao conceito de negócio processual podem ser agrupadas em quatro vertentes: i) a incorporação da figura tipicamente privatística ao processo poderia ser fonte de equívocos e poderia atingir a própria autonomia do Direito Processual quanto à disciplina das formas processuais; ii) Os atos negociais celebrados fora do processo não teriam propriamente efeitos processuais ligados à vontade do agente (os efeitos desses atos para o processo sempre seriam *sempre ex lege*); iii) as declarações negociais não produziriam efeitos imediatamente, mas somente após a intervenção ou intermediação judicial; iv) os negócios jurídicos com relevância processual (v.g. alienação da coisa litigiosa) seriam para o processo meros fatos.

22 DENTI, Vittorio. *Negozió processuale*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Volume XXVIII. Milano: Giuffrè, 1978; p. 140.

23 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume I. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3.º ed. São Paulo: Malheiros, 2005; p. 291.

24 Em outro ensaio, Liebman parece flexibilizar essa distinção, ao tratar da figura do «compromimento processuale», ao vislumbrar a ligação entre a extinção da relação processual e ato de vontade das partes, quando salientou: «Non si può dunque, tanto nella volontà delle parti quanto nell'efficacia dell'atto, dissociare l'estinzione del rapporto processuale dal regolamento dato consensualmente all rapporto controverso: l'una cosa è voluta com l'altra; l'una per l'altra». (LIEBMAN, Enrico Tullio. «La Risoluzione convenzionale del processo». In *Rivista di Diritto Processuale*. Volume IX, parte I. Padova: CEDAM, 1932; p. 266).

Quanto à primeira objeção, é preciso perceber, de início, que o negócio jurídico não é e não fora conceito exclusivo do direito privado. É possível tratar o negócio jurídico como categoria geral²⁵, o que, por óbvio, não afasta o seu estudo particular no contexto de cada disciplina específica a partir dos diversos setores do ordenamento jurídico, conforme suas respectivas exigências e peculiaridades²⁶.

Além disso, a gênese privatística do negócio jurídico não importaria, no contexto atual, um regresso ou uma ameaça à autonomia do direito processual. Como bem assinalou Remo Caponi²⁷, o ordenamento jurídico processual não é fechado em si, como se as regras de direito material não pudessem ter alguma aplicação aos atos do processo. Conforme advertido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, «a mais grave miopia de que pode padecer o processualista é ver o processo como medida de todas as coisas»²⁸.

É certo que a admissão da figura dos negócios jurídicos processuais «entreabre uma porte ao direito material»²⁹, como bem disse Paula Costa e Silva, porque em certa medida se compraz com a extensão da aplicação de regras de direito material, ainda que parcialmente, àqueles atos, mas isso não importa sacrificar a autonomia do direito processual.

A proposta de descaracterizar o negócio processual a partir do argumento segundo o qual os efeitos, no campo processual, seriam sempre *ex lege*, tam-

25 Carnelutti, a propósito das objeções ao uso do conceito de negócio jurídico no plano da Ciência do Processo, salientava: «Quase tutti noi abbiamo il torto di crederci dei civilisti, dei penalisti, degli internazionalisti, dei processualisti, senza ricordarci che siamo o dovremmo essere, prima di tutto dei giuristi. [...] noi, cultore del processo, non lavoriamo a costruire soltanto, da soli, la scienza del processo, ma ancora, insieme com tutti gli altri, la scienza del diritto». (CARNELUTTI, Francesco. Postilla a Ricca-Barberis. Due Concetti infecundi: «negozio» e «rapporto processuale». In *Rivista di Diritto Processuale*. Volume VII, parte I. Padova: CEDAM, 1930; p. 199).

26 Renzo Cavani assevera a relevância da vontade do processo na prática de negócios processuais, embora não aceite trata-los como espécie dos negócios jurídicos em geral, mas sim espécie de convenção das partes a respeito do procedimento (CAVANI, Renzo. *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra, 2014; p. 175).

27 «Piuttosto si deve riconoscere che il sistema normativo processuale, non è chiuso nella propria autoreferenzialità normativa, ma è disposto ad apprendere dall'ambiente circostante. E se si tratta di un ambiente ricco di buone ragioni potenzialmente universalizzabili, come quello che può scaturire da un esercizio equilibrato del potere di autonomia (individuale o collettiva), l'arricchimento del sistema processuale non può essere che notevole». (CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, suplemento ano LXII. Setembro 2008. Milano: Giuffrè; p. 119).

28 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003; p. 61.

29 SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003; p. 183.

bém não satisfaz. Os efeitos jurídicos, a rigor, decorrem do fato jurídico (independente de ser a espécie negocial ou não). Somente a previsão em abstrato dos efeitos se encontra nas normas jurídicas. Logo, não há propriamente, efeitos *ex voluntate*. Conforme bem sintetizou Paula Sarno Braga, «Serão negócios processuais quando existir um poder de determinação e regramento da categoria jurídica e de seus resultados (com limites variados)»³⁰.

Também não nos parece convincente a ideia de que os negócios processuais estariam sempre a depender da intervenção ou intermediação judicial para produzir os seus efeitos. É preciso não confundir os efeitos processuais do ato do processo e os efeitos da cadeia procedimental como unidade. A desistência do recurso já produz o efeito de transitar em julgado de imediato a decisão recorrida³¹, sem que se necessite da intermediação judicial para sua propagação. Ora, se à parte é dada a possibilidade de manifestar vontade abdicando do direito de recorrer e o ordenamento jurídico valora e recebe esse querer, dando-lhe inclusive primazia sobre os provimentos jurisdicionais posteriores que o contrariem³², é porque está reconhecido o poder de autorregramento da vontade no processo.

IV. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E AUTORREGRAMENTO DA VONTADE

Pode-se, aqui, definir o negócio processual como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais³³. No negócio jurídico, há escolha da categoria jurídica, do regramento jurídico para uma determinada situação³⁴.

O traço distintivo entre os negócios jurídicos e os atos jurídicos *stricto sensu* reside no autorregramento da vontade, definido como um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito em níveis de

30 BRAGA, Paula Sarno. «Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: Plano de existência». In *Revista de Processo* n.º 148. Junho 2007. São Paulo: RT; p. 312.

31 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de processo civil*. Volume V. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008; p. 335.

32 Cf. STJ. AgRg no RESP n. 902711/SP. Relator Ministro Luiz Fux. DJe 18.11.2010.

33 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Salvador: Tese de Doutorado da UFBA, 2001; pp. 109 et passim.

34 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (Plano da existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000; p. 166.

amplitude variada³⁵, de acordo com ordenamento jurídico. Do exercício desse poder, concretizado nos atos negociais, resultam, após a incidência da norma jurídica, situações jurídicas³⁶ (e não apenas relações jurídicas).

À definição proposta são indiferentes: (a) o sujeito que pratica o negócio; (b) se a manifestação de vontade que perfaz um dos elementos do negócio jurídico integra ou não a cadeia típica de atos formadora do procedimento.

Seguramente que o autorregramento da vontade, na sua relação com as normas processuais cogentes, encontrará limites significativamente maiores do que no espaço que lhe é deixado no âmbito do direito privado³⁷. Apesar disso, parece inquestionável a existência de um espaço deixado aos diversos sujeitos processuais, para que possam influir e participar na construção da atividade procedimental³⁸, sem que isso represente o reflexo ou a consagração de uma postura «neoprivatista»³⁹, pois não se está defender os limites, em maior ou menor extensão, desse campo de autonomia, mas sim e somente a sua própria existência.

35 Como salienta Oliveira Ascensão, «A autonomia privada nunca é absoluta. Sempre houve restrições ao seu exercício.» (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil—Teoria Geral*. Volume II. Coimbra: Coimbra, 1999; p. 78.).

36 Assevera Mario Segni: «La característica del negocio nell'essere lo strumento con il quale il privato esercita il potere di dettare un'autonoma sistematizzazione della propria situazione giuridica» (SEgni, Mario. *Autonomia Privata e Valutazione Legale Tipica*. Padova: CEDAM, 1972; p. 115). A alusão ao termo «situação jurídica» para designar o objeto da autorregulação, em lugar do termo «relação jurídica», como comumente se adota, parece-nos mais precisa, justamente porque nem sempre os efeitos derivados do negócio se reconduzem a relações jurídicas (que são espécies de situações jurídicas, conforme ressaltado anteriormente).

37 Chiovenda já dizia: «designando um ato processual o caráter de negócio jurídico, nem por isso se afirmou que o direito reconheça à vontade da parte a mesma importância que lhe pode reconhecer no direito privado.» (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume 3. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998; p. 26). No mesmo sentido: MOREIRA, José. «Convenções das Partes sobre Matéria Processual». In *Temas de Direito Processual*, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984; p. 91; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Volume 1. 12.º ed. Salvador: Jus Podivm, 2010; p. 263.

38 GRECO, Leonardo. «Os atos de disposição processual—Primeiras reflexões». In MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coordenadores). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais—Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008; p. 291.

39 Barbosa Moreira utilizou-se da expressão «neoprivatismo» para designar o conjunto de concepções doutrinárias contrárias à exacerbação do elemento publicístico no processo civil, com a concentração de poderes do juiz, sobretudo em matéria probatória (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Neoprivatismo no Processo Civil*. In *Temas de direito processual*, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007; pp. 87 e segs.).

V. CONVENÇÕES PROCESSUAIS

Por convenções processuais designamos o negócio jurídico celebrado por dois ou mais sujeitos em lados opostos cujo objeto recaia sobre direitos, faculdades, deveres, ônus ou sobre o procedimento. É divisão tradicionalmente aceita⁴⁰ a que separa os negócios processuais em a) unilaterais (v.g. desistência do pedido, desistência do recurso) e b) bilaterais (v.g. transação, suspensão convencional do processo etc.), conforme se exijam uma ou mais manifestações de vontade para a composição do seu suporte fático⁴¹.

Dentre os bilaterais, a doutrina ainda os subdivide⁴² em *contratos processuais* (v.g. transação), quando as vontades manifestadas dizem respeito a interesses contrapostos, e *acordos processuais*, quando as vontades se dirigem a objetivo comum (v.g. pacto de suspensão do procedimento).

Convenção processual, portanto, é gênero que abrange os negócios processuais bilaterais em suas espécies, podendo ser celebrados antes ou durante o processo.

5.1. Algumas de convenções processuais

Os sistemas jurídicos traçam, em maior ou medida, os espaços e os limites para que os sujeitos do processo possam celebrar convenções processuais. O contexto histórico e político pode ser determinante para uma maior ou menor abertura. Apesar da aproximação entre maior liberdade das partes na conformação do procedimento e os regimes democráticos, seria precipitado afirmar que a abertura para negociação sobre o processo estaria limitada a Estados democráticos.

40 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 1. 12.º ed. Salvador: Juspodivm, 2010; p. 262; SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2.º ed. Lisboa: Lex, 1997; pp. 194-196. TUCCI, Rogério Lauria. Negócio jurídico processual. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Volume 54. São Paulo: Saraiva, 1977; pp. 191 e 192, dentre tantos outros.

41 Paula Sarno Braga (BRAGA, Paula Sarno. «Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: Plano de existência». In *Revista de Processo* n.º 148. Junho 2007. São Paulo: RT; p. 314) ainda arrola como subespécie o negócio jurídico plurilateral processual (convenção de arbitragem firmada no bojo de um contrato social de sociedade empresária).

42 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, I. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000; pp. 169 *et passim*; ECHANDÍA, Devis. *Teoría General del Proceso*. 3.º ed. Buenos Aires: Universidad, 2004; p. 380-381. No Brasil: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 1. 12.º ed. Salvador: Juspodivm, 2010; pp. 262 e 263. BRAGA, Paula Sarno. «Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: Plano de existência». In: *Revista de Processo* n.º 148. Junho 2007. São Paulo: RT; p. 314.

No direito brasileiro, o espaço para celebração de convenções processuais ficou sensivelmente ampliado com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), em cujo art. 190⁴³ está posta uma cláusula geral de negociação processual, que permite aos sujeitos do processo negociar sobre os seus ônus, direitos, faculdades e deveres processuais, inclusive acordar mudanças no procedimento para melhor atender às necessidades dos interesses postos em litígio. Além dessa disposição genérica, há várias regras específicas que admitem convenções (acordo sobre suspensão do processo, acordo para adiar audiência, acordo para escolha de perito etc.).

Em outros sistemas jurídicos, como no Peru, pode não haver tamanha abertura, mas o espaço para convenções processuais pode ser identificado. Doravante, passaremos a examinar, brevemente, algumas figuras negociais comuns aos ordenamentos jurídicos brasileiro e peruano.

5.1.1. Convenção sobre a redução de prazos processuais

No direito brasileiro, em função da cláusula geral de negociação processual (CPC/2015, art. 190), é lícito às partes acordarem ampliação ou redução de todos os seus prazos processuais. Pode-se, assim, pactuar que os recursos serão, para aquele processo em particular, interpostos antes do vencimento, sob pena de preclusão, assim como podem dilatar os prazos recursais já estabelecidos em lei.

O CPC peruano contém uma regra proibitiva da ampliação negocial dos prazos peremptórios. É o que está posto no art. 146:

Artículo 146.- Los plazos previstos en este Código son perentorios. No pueden ser prorrogados por las partes con relación a determinados actos procesales. La misma regla se aplica al plazo judicial. A falta de plazo legal, lo fija el Juez.

Trata-se de um claro limite objetivo à negociação processual. Todavia, revela-se permitida a convenção para reduzir os prazos peremptórios previstos no Código. A convenção processual, quando celebrada no curso do processo, pode ser enquadrada como espécie de transação. O CPC

43 «Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade».

peruano⁴⁴ admite-a em qualquer fase do processo. Muito embora o art. 334 mencione transigir «su conflicto de intereses», deve-se dar a essa expressão interpretação mais abrangente, abarcando não apenas a lide, ou o mérito do processo, mas qualquer aspecto da controvérsia, inclusive processuais, dentro dos limites objetivos traçados pelo sistema. A própria doutrina vem aceitando a classificação dos prazos em legais, judiciais e convencionais⁴⁵. Resta apenas extrair do sistema onde estão os espaços para convenções sobre prazos.

O pacto para redução dos prazos pode consistir importante instrumento de aceleração do procedimento e estímulo à concretização da razoável duração do processo.

5.1.2. Convenção para escolha do procedimento

A escolha do procedimento pode ser um negócio jurídico unilateral feito pelo autor ao ajuizar a demanda. Isso acontece quando o demandante é autorizado pelo sistema a optar por um dentre dois ou mais procedimentos admissíveis para tutela do mesmo direito subjetivo material (no Brasil, para se pleitear o reconhecimento de um crédito fiscal pode-se ajuizar uma «ação» ordinária, mas se revela admissível também o ajuizamento de mandado de segurança, v.g.). Esse ato de escolha configura um negócio jurídico processual unilateral.

No Brasil, a própria utilização do procedimento sumário, previsto no art. 275 do CPC-1973⁴⁶ (que estará em vigor mesmo após a vigência do novo Código, art. 1.063 do CPC/2015), em lugar do tradicional rito ordinário, revela também uma escolha de feição tipicamente negocial. Pontes de Miranda falava no princípio da «preferibilidade do rito ordinário»⁴⁷ para indicar que o demandante estava autorizado pelo sistema a renunciar a faculdade de se valer da via sumaríssima, mais expedita, para se utilizar das vias ordinárias. Em outras palavras, o uso do procedimento ordinário no lugar do sumário não seria causa de nulidade⁴⁸.

44 «Artículo 334. Oportunidad de la transacción.-

En cualquier estado del proceso las partes pueden transigir su conflicto de intereses, incluso durante el trámite del recurso de casación y aún cuando la causa esté al voto o en discordia».

45 LEDESMA, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Volume I. Lima: Gaceta Jurídica, 2008; p. 520.

46 Na redação originária do art. 275 do CPC-1973, utilizava-se, no dispositivo, a denominação «procedimento sumaríssimo», posteriormente modificada para »procedimento sumário», com o advento da Lei n. 9.245/95.

47 MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997; p. 544.

48 Em sentido contrário, entendendo que o uso do procedimento sumário previsto no art. 275 do CPC-1973 seria obrigatório, não havendo aí opção ao demandante: PIMENTEL, Wellin-

Calmon de Passos se apresentava refratário a qualquer possibilidade de acordo entre os litigantes sobre a adoção do rito sumário e vice-versa (o ordinário no lugar do sumário), pois no Direito Processual Civil predominariam regras cogentes, subtraindo o poder dispositivo das partes; além disso, não haveria no Código preceito autorizador dessa convenção⁴⁹.

O ponto de partida para a aceitação da convenção para escolha do procedimento está na ideia de que ao autor é lícito, em certas situações, escolher o rito da demanda a ser ajuizada⁵⁰. Trata-se aí de poder de autogerenciamento da vontade, que não pode ser desprezado.

Para as hipóteses em que é dado ao demandante optar por um ou outro procedimento⁵¹ não haveria justificativa para recusar que essa opção fosse estabelecida consensualmente, entre autor e réu, por meio de uma convenção. Trata-se de manifestação do que alguns denominam de flexibilização procedimental voluntária⁵².

De fato, como o autor pode decidir, unilateralmente, se vai ajuizar uma demanda sob o rito ordinário ao invés do rito sumário; ou uma ação de rito ordinário no lugar de uma ação monitória (rito especial), não há razão para recusar validade a uma convenção cujo objeto seja justamente essa escolha quanto à opção do procedimento cabível⁵³. Essa convenção vincula o juiz ao procedimento escolhido.

No direito peruano, o CPC previu procedimentos (processos de conhecimento, abreviado e sumaríssimo), estabelecendo as hipóteses em que

gton Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III. 2.º ed. São Paulo: RT, 1979; p. 60; PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III. 9.º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005; p. 261. Outros admitem uma autêntica «escolha» do procedimento nos casos de cumulação de pedidos, em que havendo previsão de procedimento diverso para cada um dos pedidos cumulados, admite-se a cumulação com a adoção do rito ordinário (CPC-1973, art. 292, § 2º). Nesse sentido: LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil*. Volume I. São Paulo: Atlas, 2005; p. 134.

49 PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III. 9.º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 104.

50 O STJ já decidiu: «O emprego do procedimento ordinário, em vez do procedimento sumário ou mesmo especial, não é causa de nulidade do processo, pois prejuízo algum traz para o recorrente, uma vez que no rito ordinário a possibilidade de dilação probatória é mais ampla, em atendimento à garantia constitucional de ampla defesa». (STJ. RESP 844357-SP. Rel. Ministro Francisco Falcão. DJ 09.11.2006)

51 Outro exemplo de convenção para escolha de procedimento está no acordo entre os litigantes sobre a conversão do processo de inventário para arrolamento sumário (CPC/2015, art. 659).

52 GAJARDONI, Fernando. *Flexibilização Procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008; p. 215.

53 Irretocável a observação de Joel Dias Figueira Jr.: «fica ao talante do autor a escolha do procedimento que lhe pareça mais apto a fim de melhor adequar a ação de direito material à ação de direito processual» (FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. São Paulo: RT, 2006; p. 53).

um ou outro deveria ser adotado (arts. 475, 486 e 546, respectivamente). As regras sobre definição do procedimento, em grande parte, são cogentes. Ademais, existe, no Peru, um amplo poder de conformação dado ao juiz, que lhe permite fixar o procedimento quando entender adequado ao caso concreto em algumas situações (art. 477, v.g.), havendo inclusive quem afirme que o procedimento não pode ser fixado pelo autor, que se limita a propô-lo⁵⁴.

Há, como se observa, uma diferença substancial, nesse ponto, entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e peruano, pois no Brasil há maior amplitude de participação das partes na escolha e definição do procedimento, inclusive por meio de convenções, enquanto no Peru não existe muita flexibilidade para as partes.

Mesmo assim, não se pode dizer que no ordenamento jurídico peruano as possibilidades de celebração de convenção das partes sejam nulas. Há situações pontuais em que a ordem jurídica dá ao demandante a liberdade para escolher o melhor procedimento para tutela de seu direito subjetivo. Isso pode ser exemplificado nas execuções de crédito hipotecário⁵⁵. Permite-se ao credor, de acordo com o art. 1.117 do Código Civil peruano⁵⁶, utilizar-se da execução de garantias (CPC peruano, art. 720), ou do processo único de execução (CPC peruano, art. 688 e segs.). Se nessa situação é dado ao credor unilateralmente escolher o procedimento, essa escolha pode ser feita por meio de uma convenção.

5.1.3. Convenção para renúncia de recurso

As partes podem estipular, no curso do processo, inclusive, que a demanda tramite apenas em uma determinada instância. Trata-se de um acordo de

54 LEDESMA, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Volume II. Lima: Gaceta Jurídica, 2008; p. 630.

55 «Cuando los procesos de ejecución se pueden promover bajo las reglas del proceso único de ejecución o para la ejecución de garantías, no implica que ambos procesos sean excluyentes uno del otro. Conforme refiere el artículo 1117 del CC, el acreedor hipotecario tiene la posibilidad de satisfacer su crédito a través de una acción personal contra el deudor y/o una acción real que recaiga sobre el inmueble hipotecado, ya sea que lo mantenga el deudor o haya sido transferido a un tercero. Dicho acápite se orienta a brindar al acreedor los suficientes medios para coblar su crédito, de esta manera se podrá emplear una de las acciones (real o personal) o ambas a la vez pero de ninguna manera implicará que quede autorizado a percibir un doble pago, pues dicho artículo permite la duplicidad de acciones pero no la duplicidad del pago del crédito». (LEDESMA, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Volume III. Lima: Gaceta Jurídica, 2008; p. 370).

56 «Artículo 1117. El acreedor puede exigir el pago al deudor, por la acción personal; o al tercer adquirente del bien hipotecado, usando de la acción real. El ejercicio de una de estas acciones no excluye el de la otra, ni el hecho de dirigirla contra el deudor, impide se ejecute el bien que esté en poder de un tercero, salvo disposición diferente de la ley».

exclusão do procedimento em grau de recurso. Essa hipótese de convenção processual é perfeitamente compatível com o sistema jurídico brasileiro.

Estipular que o processo findará perante o juízo de primeiro grau significa, em outras palavras, renunciar mutuamente ao recurso. As partes, que obviamente têm a liberdade para escolher se recorrem ou não em face de determinada decisão, decidem manifestar, desde logo, reciprocamente, a vontade de não recorrer.

Alguns defendem não ser possível a renúncia ao recurso (ou a renúncia à faculdade de recorrer) antes do surgimento da decisão recorrível, porque o direito de recorrer só nasce após o ato judicial a ser impugnado⁵⁷. A prévia renúncia ao recurso é um negócio jurídico processual condicional; a superveniência da decisão impugnável é fato que implementa a condição suspensiva inserida no pacto e torna eficaz o ato de renunciar.

Em outras palavras, o caráter prévio ou não do ato de renúncia é um problema do plano da eficácia dos atos processuais. O negócio jurídico de renúncia existe com a manifestação de vontade das partes abdicando da (futura) faculdade processual que advirá. Os efeitos dessa abdição somente se produzirão, porém, com o advento da decisão impugnável.

No direito brasileiro⁵⁸, o CPC/2015⁵⁹, no art. 999, previu de forma ampla e abrangente a renúncia ao direito de recorrer, sem qualquer ressalva quanto à possibilidade de um pacto prévio nesse sentido. O CPC peruano também admite a figura negocial típica de renúncia ao recurso:

«Artículo 361.- Renuncia a recurrir.-

Durante el transcurso del proceso, las partes pueden convenir la renuncia a interponer recurso contra las resoluciones que, pronunciándose sobre el fondo, le ponen fin. Esta renuncia será admisible siempre que el derecho que sustenta la pretensión discutida sea renunciabile y no afecte el orden público, las buenas costumbres o norma imperativa».

57 Assim, dentre outros: MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975; p. 109; MOREIRA, José. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume V. 14.º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008; p. 341. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 3. 8.º ed. Salvador: Juspodivm, 2010; p. 40. Admitindo a renúncia prévia, e a nosso ver com razão: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais—Teoria Geral dos Recursos*. 4.º ed. São Paulo: RT, 1997; pp. 342-344.

58 No direito francês, possibilidade de pacto de renúncia conjunta a recurso, depois de ajuizada a ação, é admitida no art. 41 do *Code de Procédure Civile*. Sobre o assunto: CADJET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. In *Accordi di Parti e Processo*. Milano: Giuffrè, 2008 ; p. 27. O CPC português, no art. 681º, n.º 1, autoriza expressamente o pacto de prévia renúncia ao recurso.

59 «Art. 999. A renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte».

O art. 361 do CPC peruano estabelece que a renúncia deve ser feita no curso do processo, porém não necessariamente posterior à decisão a ser impugnada⁶⁰. Como limite objetivo, a regra coloca que o direito subjetivo substancial seja renunciável e o ato de renúncia não contraria a ordem pública, bons costumes ou norma imperativa.

O pacto de não recorrer, portanto, constitui uma importante espécie de convenção processual admitida pelo direito peruano, que permite às partes estipularem, de acordo com seus interesses, em quantas instâncias o processo tramitará.

Não se ignora o risco dessa espécie de convenção, sobretudo porque o litigante estará abdicando do direito de impugnar uma decisão cujo conteúdo é a priori incerto. Isso, contudo, não afasta a possibilidade do pacto; está-se diante de renúncia a uma faculdade processual. Se, em tese, poderia a parte renunciar integralmente ao próprio direito subjetivo material integrante do objeto litigioso (se o direito for disponível), também estaria autorizada a antecipar o ato de abdicação de um direito instrumental. Essa modalidade de renúncia é extremamente útil nos casos de transação feita no curso do processo para os quais a sentença a ser proferida será apenas homologatória. As partes, então, desde logo renunciam ao recurso contra a sentença de homologação do acordo firmado, permitindo, com isso, o respectivo cumprimento imediato.

O pacto de não recorrer pode ser feito com reserva. Trata-se de uma hipótese de convenção processual sob condição. As partes mutuamente estabelecem que o processo apenas tramitará, v.g., em primeira instância ou até segunda instância —o que, em outras palavras, significa renunciar previamente à apelação, ou a recursos especial e extraordinário—, mas desde que o futuro provimento preencha determinadas características (v.g. desde que a sentença se atenha aos limites do pedido, ou desde que o processo seja válido, ou desde que uma possível condenação seja fixada em determinado valor etc.). Trata-se da renúncia com «cláusula de reserva»⁶¹.

60 Como afirma Ledesma Narváez, «la renuncia a una facultad procesal que se tiene que dar antes de la realización del acto» (LEDESMA, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Volume II. Lima: Gaceta Jurídica, 2008; p. 141).

61 Como bem observou Nelson Nery Jr., «nada obsta, portanto, que a antecipada por convenção das partes se faça mediante reservas, nas quais, entre outras, se poderia incluir a de que, em havendo sentença inválida, a cláusula seria ineficaz». (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais—Teoria Geral dos Recursos*. 4.º ed. São Paulo: RT, 1997; p. 345).

UN AGRADECIMIENTO Y TRES APOLOGÍAS: ERROR, REFLEXIÓN Y PREGUNTA*

An appreciation and three apologies:
error, reflection and question

*Fredie Didier Jr.***

Universidad Federal de Bahia

Recepción: 09/10/2015

Aceptación: 29/4/2016

Resumen

El expositor da cuenta de su ascenso en su carrera como profesor universitario, donde —en un primer momento— sus enseñanzas tenían un público local, luego, —con ayuda de la tecnología— ese espacio fue nacional, para de allí traspasar las fronteras de su país natal y llegar al Perú. Asimismo, reflexiona sobre el papel crítico que debe asumir el estudiante universitario de la carrera de Derecho.

Palabras clave: Teoría del derecho; derecho procesal; reflexión; ética.

Abstract

The exponent realizes his promotion in his career as a university professor, where —in a first moment— his teachings had a local audience, then —with the help of technology— that space was national. Finally, he crossed borders of his native country and got to Peru. Likewise he also reflects on the critical role that must assume a college law student.

Keywords: Theory of law; Procedural law; reflection; ethics.

* Discurso pronunciado en portugués el 4 de septiembre de 2015 en la ciudad de Huancayo, Perú, por el profesor Dr. Fredie Didier Jr., con motivo de su condecoración como Profesor Honorario por la Universidad Continental. Traducción de Renzo Cavani.

** Doctor por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo. Profesor en la Universidad Federal de Bahía. Integrante de la International Association of Procedural Law.

Señor doctor Armando Prieto, Secretario General de la Universidad Continental

Señor doctor William Rodríguez, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Continental

Señora doctora Verónica Marrache, directora de la carrera de Derecho de la Universidad Continental

Buenas noches

I. EL AGRADECIMIENTO

Siempre quise ser profesor.

La memoria de este deseo mío remonta a mi adolescencia. Pero yo pensaba en ser profesor en mi ciudad, Salvador de Bahía, en Brasil. Cuando me volví profesor universitario, realicé ese sueño: me había vuelto un profesor local.

Algún tiempo después, por una de esas circunstancias de la vida, con la ayuda de los recursos tecnológicos actuales, me volví profesor nacional. Mis clases pasaron a ser transmitidas por satélite para todo el territorio brasileño. Mis alumnos venían desde la región amazónica a las pampas gauchas; del *sertão nordestino* al *Planalto Central*, en Brasilia¹; de Minas Gerais a las playas de Río de Janeiro. Pasé a dar clases para veinte mil personas por año. Jamás imaginé que eso podría ocurrir y, por ello, jamás me había preparado para eso. Mi proyecto de vida había alcanzado un nivel hasta entonces insospechado. Y yo ya estaba bastante satisfecho con todo eso.

Mis clases y mis escritos pasaban a ser consultados por innumerables brasileños, de todos los rincones, no solo de mi tierra natal.

Cuando recibí el comunicado que la Universidad Continental, de Huancaayo, en Perú, me concedería el título de Profesor Honorario, el asombro fue inevitable: yo me volvería un profesor internacional.

De alguna manera, mis clases y mis escritos atravesaron el continente y llegaron al Perú: estaba siendo escuchado y leído en un país extranjero,

1 [Nota del traductor]: El *sertão* es una vasta región semiárida en el Nordeste brasileño, de clima tropical y bajas precipitaciones, que forma parte de una planicie muy extensa (Planalto o meseta) que, a su vez, cubre gran parte de Brasil. *Planalto central* —o macizo central—, por tanto, es la región central de la meseta, en donde se ubica, entre otras ciudades, la capital federal: Brasilia.

y existían personas a quienes les agradaba. Sin saberlo —y, por ello, sin quererlo— seguí la máxima de Tolstoi: «si quieres ser universal, habla sobre tu aldea».

Existe un proverbio sueco que me conmueve sobremanera: «The afternoon knows that the morning never suspected».

A los 41 años, la tarde de mi vida me reservó algo que la mañana jamás sospechara.

No existe cómo agradecer ese homenaje.

Muchas gracias, muchas gracias, muchas gracias...

II. UNA PALABRA A MIS COLEGAS PROFESORES Y JURISTAS PERUANOS: LA APOLOGÍA DEL ERROR

Quisiera aprovechar este momento para compartir con mis colegas profesores que estamos viviendo una nueva fase de la ciencia del derecho procesal y, más específicamente, de la ciencia jurídica latinoamericana.

La ciencia del derecho procesal debe ser reconstruida. Sus conceptos fundamentales fueron formulados hace cien años por los alemanes e italianos; ellos se basaron en la teoría del derecho de fines del siglo XIX. El siglo XX fue dedicado al desarrollo de esos conceptos y al estudio del proceso en otras dimensiones, como la política y la social.

Sucede que la teoría del derecho del siglo XXI, en todas sus cuatro grandes divisiones (teoría de la norma, teoría del ordenamiento, teoría de la interpretación y teoría del hecho jurídico), pasó por tantas y tan profundas transformaciones, que ha llegado la hora de reconstruir también los pilares conceptuales de la ciencia del proceso. La distinción entre texto y norma, la ampliación del uso de las cláusulas generales, la teoría de los derechos fundamentales, la fuerza normativa de la Constitución, la teoría de los principios jurídicos, la fuerza normativa de los precedentes judiciales, etc., son algunos ejemplos de esos cambios. Conceptos como los de jurisdicción, decisión judicial, hecho jurídico procesal, prueba, cosa juzgada, demanda, mérito, ejecución, merecen ser revisitados y reformulados. Ya no es posible repetir, acriticamente, que la jurisdicción es la aplicación de la voluntad concreta de la ley, como afirmaba Chiovenda.

Pero no hubo apenas cambios en la teoría del derecho más recientemente. Las transformaciones del derecho positivo también imponen una pausada reflexión sobre el derecho procesal: la expansión de la consensualidad en el ámbito del derecho público, el desarrollo del derecho administrativo

sancionador, la proliferación de las leyes que protegen personas vulnerables (niños, ancianos, deficientes físicos, etc.) y el perfeccionamiento de la tutela colectiva de derechos son algunos ejemplos. Ya no es posible repetir, acriticamente, muletillas doctrinarias como «el proceso es de interés público», «el proceso no es cosa de las partes», «el proceso sirve para alcanzar la justicia del caso concreto», etc.

Paralelamente a ello, la ciencia jurídica latinoamericana también pasa por un momento de profundas transformaciones. Estamos comenzando a liberarnos intelectualmente de los italianos y españoles, que forjaron nuestro pensamiento.

Muchos de nosotros hemos buscado comprender el pensamiento jurídico inglés y estadounidense, sea por la lectura y citación en nuestros textos de los juristas de esos países, sea por la publicación en lengua inglesa de nuestros ensayos, sea por la realización de estudios en las principales universidades americanas e inglesas, con LLM's PhD's y programas de *visiting scholar*. Con ello, ignoramos la tendencia «antianglosajona» que marcó las ciencias sociales latinoamericanas por mucho tiempo.

Además de ello, estamos estrechando nuestros propios lazos: muchos de nosotros hemos viajado por los países del cono sur, dando conferencias, asistiendo a clases, publicando ensayos; nuestros libros están siendo publicados en español y portugués. El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal se está fortaleciendo cada día más (la propia revista del Instituto fue reconfigurada, siguiendo los más altos parámetros internacionales para las publicaciones periódicas). Algunos de nosotros están optando por cursar maestrías y doctorados aquí en Sudamérica, en vez de ir hacia Europa (Renzo Cavani y Christian Delgado, por ejemplo, hicieron su maestría en Brasil). Este homenaje a mi persona, por cierto, confirma lo que estoy diciendo.

Ha llegado la hora, queridos colegas, de dar nuestra contribución.

Y, para ello, no podemos tener miedo de arriesgar. Debemos ser osados para construir nuestro propio pensamiento jurídico y, de ser el caso, romper con la tradición. Errores ciertamente se cometerán. Pero el equívoco es el precio que se paga por la autonomía intelectual y por el avance de la ciencia. Y ese precio es barato.

Sigo, en este punto, lo que dice Souto² uno de los mayores filósofos del derecho brasileño: las teorías que buscan «refugio contra el error» son, al final del día, idolatría de lo preestablecido y la consagración del inmovi-

2 Souto, José. *Ciência feliz*. São Paulo: Max Limonad, 2000; pp. 21 y 22.

lismo intelectual; son fruto de la primacía de la obediencia en detrimento de la originalidad; sirven como antídoto contra la investigación profunda; son, por eso mismo, la negación de la científicidad.

Tenemos, por tanto, que hacer la apología a la osadía y del error.

Este es el primer paso para la construcción de una ciencia procesal latinoamericana de alto nivel.

III. UNA PALABRA A LOS ESTUDIANTES PERUANOS: LAS APOLOGÍAS DE LA REFLEXIÓN Y DE LA PREGUNTA

No podría concluir mi discurso de agradecimiento sin dirigir una palabra al estudiante peruano.

Vivimos en un momento histórico curioso.

Nunca fue tan fácil acceder al conocimiento, así como jamás se produjo tanto conocimiento.

Las personas saben cada vez más sobre las cosas de la vida. Pero aunque sepan de muchas cosas, la impresión que tengo es que, de un modo general, todos saben un poco sobre cada una de ellas. La extensión es inmensa; la profundidad, sin embargo, es la misma de un plato.

Todos opinan, todos comentan, todos deciden. Y todo inmediatamente. Las redes sociales pasaron a ser las ágoras y los tribunales contemporáneos. Todos hablan y opinan. Pero, como indagó el profesor Leandro Karnal, de la Universidad de Campinas, en Brasil, ¿cuántos efectivamente escuchan la opinión ajena? ¿Cuántos efectivamente leen la cantidad de informaciones y texto que circulan diariamente?

Pocos, muy pocos.

Pocos reflexionan, ponderan, silencian. La lectura exige tiempo; lectura rápida es un oxímoron, es una contradicción. Pensar exige calma. Pensar exige un cierto sufrimiento. Pensar duele. Pensar cansa. Pero el «pensar» es presupuesto del «opinar» y del «decidir». No es fácil decir esto en un tiempo en que, dos minutos después de un post en el Facebook, ya hay cien «likes»...

En los tiempos actuales, es preciso hacer la apología de la reflexión y del silencio. La reflexión en el derecho presupone que se parta de una premisa: el arte del derecho es la retórica. El arte de dominar el lenguaje, comunicándose de modo eficiente y persuasivo. Pero en el derecho no se puede tolerar cualquier retórica.

La buena retórica, la retórica del *bien*, es el arte de conjugar *ethos*, *pathos* y *logos*; o sea, *la tríade aristotélica*.

Ethos: carácter, credibilidad.

Logos: conocimiento, técnica.

Pathos: pasión, emoción.

Si ustedes pretenden ser buenos profesionales, no hay cómo escapar:

- deben ser éticos, para tener credibilidad;
- deben estudiar, para tener conocimiento; y
- deben emocionarse, para que puedan emocionar y convencer.

La práctica jurídica, en todas sus dimensiones, es un ambiente propicio para la *retórica nefasta*. En muchos casos, prevalece la posición de quien no tiene la razón.

Hay siempre mucho *pathos*; en muchos casos hay *ethos*; no siempre hay *logos*. Quien habla más alto no siempre tiene la razón (demasiado *pathos*); los libros inmensos de lenguaje complejo no siempre son buenos (nuevamente, *pathos* en exceso); el padre o profesor catedrático no siempre tiene razón (demasiado *ethos*).

Es necesario aprender a valorizar la autoridad del argumento y no el argumento de la autoridad. «Denken is Danken»: pensar es agradecer, como dice Heidegger. Pensar no es obedecer.

El *logos* puede estar en la pregunta de un alumno, en la provocación de un lego, en la duda de un niño.

Las respuestas entorpecen; las preguntas traen siempre consigo el gen de la incerteza, de la iconoclastia, de la revolución.

¡Provoquen! ¡Pregunten! ¡Cuestionen! ¡Duden!

He aquí la tercera apología: ¡la apología a la pregunta!

A partir de hoy, mi vida entra en una nueva fase. Por un lado, asumo formalmente un compromiso de mantener estrecho mi vínculo con el Perú; por otro, mi responsabilidad intelectual se multiplica.

No sé si tengo condiciones de cargar con esta responsabilidad, así como tampoco sé si merecía este homenaje.

La única certeza que tengo es que estoy muy honrado, feliz y conmovido.

¡Muchísimas gracias!

PRINCIPIO DE INFORMALISMO

Principle of informality

*Héctor Mujica Acurio**

Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco

Enviado 23/9/2015

Recibido 29/4/2016

Resumen

En el presente artículo el autor analiza la implicancia y alcance del principio de informalismo en el tratamiento de los procedimientos administrativos en el Perú, y concluye con la sugerencia de su aplicación general.

Palabras clave: Formalidad; interés público; debido procedimiento; subsanación.

Abstract

In this article the author analyzes the implications and scope of the principle of informality in the treatment of administrative procedures in Peru, concluding with the suggestion of general application.

Keywords: Formality; public interest; due process; correction.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

1.1 Motivación

La motivación que me surge para escribir este artículo es la práctica constante que tenemos los ciudadanos a quienes en no pocas ocasiones se nos

* Abogado por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Magister en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Posgrado en Análisis Económico del Derecho por la Universidad de Buenos Aires.

observa un procedimiento, un trámite que seguimos ante alguna entidad pública definida como tal en la ley y ante aquellas entidades privadas que cumplen algunos cometidos públicos, debido a que no se ha seguido rigurosamente alguna formalidad, motivo por el cual en el mejor de los casos nuestro procedimiento es retrasado o en el peor de los casos es rechazado y debemos iniciarlo nuevamente «porque no lo hicimos en la forma que debía hacerse», lo cual conlleva a la pérdida de tiempo y dinero para los ciudadanos y también para las mismas entidades, situación que considero debe revertirse.

Sin embargo, antes de entrar en materia, quiero precisar, que con las ideas que voy a plantear no pretendo que se consagre una regla de informalidad, en el sentido de que podamos seguir procedimientos administrativos de «cualquier manera», sino que simplemente no se impongan formas sin sustento normativo o que respondan a directivas internas, que suceden, por ejemplo, cada vez que hay un cambio de gestión; que las formas no prevalezcan sobre los derechos de los ciudadanos, y que por el contrario la administración pública actúe al servicio de ellos dentro del principio de legalidad, guiados por las finalidades públicas que tienen y que respondan efectivamente a una necesidad de servicio por la cual acuden los ciudadanos y no por temor a observaciones de parte del órgano de control —el cual, dicho sea de paso, también debería actuar sin privilegiar sus propios objetivos a expensas de los fines públicos y los derechos de los ciudadanos—, ya que el aparato estatal debe estar al servicio de los ciudadanos, como elemento de legitimidad y desarrollo.

1.2. Aproximación al concepto y sus alcances

Una primera idea de este principio proviene de su semántica, la cual nos lleva a la negación del formalismo. Ahora bien si tenemos presente que esta idea del informalismo tiene la jerarquía de principio del procedimiento administrativo, nos permite colegir que este es un claro elemento diferenciador respecto del proceso civil, en el cual se consagra el principio opuesto es decir el de formalidad¹.

¹ Artículo IX del Código Procesal Civil
Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.
Las **formalidades previstas en este Código son imperativas.** (El énfasis es propio.)
Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada.

Y es que, probablemente, una de las razones por las cuales el informalismo se erige como principio, como regla en el procedimiento administrativo, es su carácter cotidiano y democratizador, toda vez que la posibilidad de que cualquier ciudadano acuda a la administración pública está ligada a su quehacer diario, a su derecho de petición, de participación; a diferencia del proceso civil, al cual se acude sólo para resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, y en el cual la defensa es cautiva, y seguramente cuidará de observar las formas procesales para resguardar los derechos de la parte a quien patrocina.

Una segunda idea que nos aproxima a este principio es que está consagrada como una regla de interpretación, orientada a la admisión de las pretensiones, lo cual refleja el contenido del principio *pro actione* de raigambre constitucional, así como de tutela de derechos e intereses subjetivos, los que claro está no tendrían que verse afectados por la inobservancia de formas.

Las ideas anteriores van unidas a la posibilidad de subsanar la exigencia de aspectos formales, aspecto que es completamente viable en el procedimiento administrativo, situación que por el contrario es muy limitada en el proceso civil.

En efecto, recordemos que el procedimiento administrativo es la serie, secuencia o sucesión de actos que, dirigida a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público, constituye el elemento ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa del Estado².

Así, el sometimiento de la acción administrativa a un cauce formal se justifica como garantía desde dos perspectivas: como garantía del interés público y de los derechos de los particulares. Se trata, entonces, de admitir un conjunto de formas jurídicamente reguladas que se cumplen por y ante los órganos que ejercen aquella función, con el objeto de preparar la emisión de actos administrativos. Por ello, es un instrumento de control, tanto de la legitimidad como del acierto de las decisiones en relación al interés público³.

De esta manera, el procedimiento administrativo viene a ser un instrumento para la protección del interés en general, en equilibrio de los derechos de los particulares que adquieren el rol de administrados cada vez que

2 COMADIRA, Julio. *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996; p. 11.

3 IVANEGA, Miriam. El principio del informalismo administrativo. En: *Revista Derecho PUCP* n.º 67, Lima: Fondo PUCP, 2011; p. 156.

acuden ante la Administración Pública, y más modernamente como usuarios, por ello una adecuada comprensión del principio resulta necesaria, más aun si tenemos presente que el procedimiento debe reflejar el orden jurídico de la actividad concreta y permanente de función administrativa.

1.3. Delimitación de los principios del procedimiento administrativo

Expresadas estas ideas iniciales, cabe ahora abordar en primer lugar la significación del principio en general y para luego abordar la significación de los principios en el procedimiento administrativo.

Respecto de la significación general de los principios, Gordillo señala que

[e]l principio determina en forma integral cuál ha de ser la orientación del acto de creación o aplicación del derecho. Un intérprete o ejecutor del derecho no puede ser un mero lector del texto de cada norma, sino que debe fundamentalmente buscar la interpretación que la hace justa en el caso: allí es donde son de aplicación los principios jurídicos por ser principios son la base de una sociedad libre y democrática, son los elementos fundamentales y necesarios de la sociedad y de todos los actos de sus componentes⁴.

Ahora bien si trasladamos el significado de los principios al procedimiento administrativo, podremos notar, citando a Morón, que no son otra cosa que los elementos que el legislador ha considerado básicos para encausar, controlar y limitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento, elementos que controlan la liberalidad o discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas existentes, así como en la integración jurídica para resolver aquello no regulado, y como elemento para desarrollar las normas administrativas complementarias⁵. Elementos que han sido positivizados en el numeral 2 del artículo IV de la Ley N.º 27444, y que dotan de funcionalidad a los principios del procedimiento administrativo.

Ahora bien, dentro de la distinción de los principios, cabe ubicar al Informalismo como un Principio institucional, ya que pertenece a la naturaleza inherente al ámbito administrativo por explicitar el contenido de los actos y procedimientos administrativos. Sin embargo, para apreciar su alcance, la doctrina aconseja diferenciar entre aquellos principios de la actividad

4 IVANEGA, Miriam. Ob. cit. p. 164.

5 MORÓN, Juan. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005; p. 58.

administrativa, de los principios del procedimiento administrativo *strictu sensu*. Por los primeros, tenemos aquellos que constituyen pautas medulares que proyectan su acción sobre todas las actuaciones públicas, y que son los principios de impulso de oficio, imparcialidad, uniformidad y predictibilidad. A su vez, los principios del procedimiento *strictu sensu* son los de informalismo, presunción de veracidad, celeridad, eficacia, verdad material, simplicidad y privilegio de controles posteriores⁶.

Finalmente, sobre la significación de los principios cabe hacer énfasis en que la vinculación de las autoridades administrativas con estos principios es directa, sin necesidad de regulación adicional, reglamentación, orden superior, o cualquier acción jurídica intermedia o particularización al caso que se encuentra en trámite. Constituyen verdaderos deberes⁷, por ser operativos directamente, para los procedimientos comunes y especiales⁸.

1.3.1. Clasificación y ubicación

Resulta útil no sólo para efectos académicos, sino también para lograr un adecuado entendimiento e interpretación, abordar este tema y es que, como sostiene Gordillo, los grandes principios del procedimiento administrativo son de carácter constitucional, de justicia natural y de derecho supranacional, dado que garantizan la defensa de los derechos civiles y humanos en general del individuo y de las asociaciones en el procedimiento singular, como también la indispensable participación de la sociedad y la defensa de los derechos de incidencia colectiva en la previa elaboración y debate de las normas generales y los grandes proyectos que afectan a la sociedad, al medio ambiente, a las grandes contrataciones, licencias, concesiones, etcétera. A ello se agrega el principio del informalismo a favor del administrado tanto en su actuación individual como en la colectiva⁹.

En este afán de lograr un adecuado entendimiento, acudiremos al ensayo de clasificación —lo cual a su vez nos va permitir desentrañar el origen— que hace López¹⁰, quien aborda el tema desde la siguiente perspectiva:

6 *Ibíd.*

7 Artículo 75 de la Ley de Procedimiento Administrativo General
Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes: (...) 2. Desempeñar sus funciones siguiendo los principios del procedimiento administrativo previstos en el Título Preliminar de esta Ley.

8 MORÓN, Juan. *Ob. cit.* p. 59.

9 IVANEGA, Miriam. *Ob. cit.* p. 162.

10 LÓPEZ, Francisco. Los principios generales de procedimiento administrativo. En: *Revista de Administración Pública* n.º 129, setiembre-diciembre 1992, pp. 52-57.

1.3.1.1. Principios del procedimiento con clara conexión en principios positivizados en la Constitución

Nos referimos a aquellos principios del procedimiento que son traducción de principios constitucionales, o dicho de otro modo, que constituyen versiones de esos principios constitucionalizados operando en el ámbito procedimental administrativo, bajo la veste¹¹ de principios adecuados a la naturaleza de la materia. Esos principios de procedimientos son, a su vez, susceptibles de seguir escindiéndose o particularizándose en otros principios aún menos abstractos o identificarse ya directamente; son preceptos positivos a través de los cuales materializan su operatividad y resultan claramente reconocibles. Pueden establecerse tres principios constitucionales en torno a los cuales se arraciman los diversos principios del procedimiento: 1) Principios de no indefensión y de presunción de inocencia; 2) principio de la tutela del interés público; 3) principio de eficacia.

Dentro de la clasificación que hace López, se resaltarán los que tienen mayor incidencia en la formación del principio de informalismo, según diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional español. Así pues cabe señalar dentro de los primeros a los siguientes:

- a) **Principio «in dubio pro actione»** o regla general de la interpretación más favorable al ejercicio de las acciones, que se traduce en la necesidad de una interpretación flexible de los requisitos de legitimación; viabilidad de las pretensiones en caso de dudas sobre cómputo de plazos; resolución «pro administrado» de las dudas sobre la validez de la recepción de escritos en registros administrativos; presunción de la válida representación del interesado; regla de la no automaticidad de la caducidad por inactividad imputable al administrado y necesidad de resolución expresa.
- b) **Principio de subsanabilidad de los actos de los interesados:** subsanación de los defectos de presentación de escritos y documentos. El error en la calificación de un recurso no impide su tramitación correcta, entre otras.

Se omitirá el desarrollo del principio de la tutela del interés público, porque este más bien inspira a otros principios, como el de impulso de oficio, mas no al principio que nos ocupa en este trabajo.

¹¹ Bajo este término refiere al vestido o vestimenta de los procedimientos administrativos que traducen principios constitucionales.

Finalmente en cuanto al principio de eficacia —de jerarquía constitucional en España¹²—, puede diversificarse, materializándose, en lo que respecta a este trabajo en el siguiente principio:

a. Principio antiformalista, pues «el exceso de formalismo es la depravación de la norma como garantía», principio que puede desdoblarse en los de celeridad y de eficacia *strictu sensu*. Al respecto, cita la sentencia del Tribunal Supremo Español de 6 de julio de 1988, que señala:

El Derecho Administrativo, en principio, se ha decidido por antiformalismo ponderado que, sin merma ni quiebra de la legalidad, permita el desarrollo de la situación administrativa conforme a normas y principios de celeridad y eficacia —art. 29 de la LPA y 103.1 de la Constitución— hasta el punto de que el vicio de forma o de procedimiento (descrito en los artículos 48 y 49 de la LPA) no se le reconoce tan siquiera virtud invalidante de segundo grado, anulabilidad, más que en aquellos casos excepcionales en que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, se dicte fuera del plazo previsto, cuando éste tenga un valor esencial, o se produzca una situación de indefensión...¹³

De la definición legal contenida en el numeral 1.6, del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, se aprecia que concretiza para el procedimiento administrativo principios de raigambre constitucional, como el de *in dubio pro actione* y que ya ha merecido un pronunciamiento favorable del Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia N.º 3908-2010-AA/TC, así pues es de destacar, lo señalado en su Fundamento 5:

En el presente caso no existe justificación alguna para que la administración se niegue a recepcionar las solicitudes o recursos presentados por la demandante, al margen de requisitos formales como denominación, numeración, sumillas, hojas de información, etc. aprobados por la normativa interna de la SUNAT...

Podemos notar también que los principios referidos por López, relativos a la subsanabilidad y antiformalista, están claramente contenidos en la definición del principio de informalismo por el que ha optado el legislador nacional en la Ley 27444.

12 Artículo 103 de la Constitución Política de España

1. La administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de **eficacia**, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. (El énfasis es propio.)

13 LÓPEZ, Francisco. Ob. cit. p. 57.

II. TRATAMIENTO NORMATIVO EN EL PERÚ

2.1. Definición legal

La Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, define al principio de informalismo del siguiente modo:

«1.6. Principio de informalismo.- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público».

Como podemos apreciar esta definición es una especie de síntesis y de reflejo de su ubicación que hemos desarrollado.

2.2. Consolidación del concepto por la doctrina

Sobre el particular, considero pertinente citar a Ivanega, quien señala que el principio del informalismo a favor del administrado es uno de los aspectos fundamentales del procedimiento. Consiste en la dispensa a los administrados de cumplir con las formas no esenciales, es decir, aquellas que no están exigidas por el orden público administrativo. Su aplicación impide que el particular pierda un derecho por el incumplimiento de un deber formal, con lo que obliga a la administración a optar por la solución más favorable para aquel. En definitiva, se propugna un equilibrio entre la acción administrativa que no puede ser entorpecida y el derecho de los administrados a no encontrarse sometidos a rigorismos que los perjudiquen, porque sería inconstitucional negar una solución al particular por causas meramente formales¹⁴.

También denominado formalismo moderado y debilitamiento de la preclusión, consiste básicamente en la dispensa a los administrados de cumplir con las formas no esenciales, es decir aquellas que no están ligadas o exigidas por el orden público administrativo.

Como había comentado en el capítulo relativo a su ubicación y clasificación, el principio del informalismo responde a la regla jurídica *in dubio pro actione*, y se vincula estrechamente con la tutela administrativa efectiva, por eso se admite la aplicación del principio aquí comentado al cómputo de plazos, a la legitimación, a la decisión de si el acto es definitivo o de mero trámite, a la calificación de los recursos, entre otros.

¹⁴ IVANEGA, Miriam. Ob. cit. p. 155.

En este punto, cabe comentar que los plazos son obligatorios tanto para la administración como para los administrados; sin embargo, pueden presentarse casos en los cuales su cómputo pueda dar lugar a duda, como por ejemplo, cuando una entidad no atiende con normalidad debido a una festividad interna, situación que se ve atendida en el artículo 134.2¹⁵ de la Ley N.º 27444.

Este principio no puede ser invocado por la administración para eludir sus facultades regladas, pues es ilegítimo que aquella se ampare en la dispensa de formas para dejar de cumplir con las exigencias que el orden jurídico le impone a toda su actuación, o para dejar de cumplir con las reglas del procedimiento. A nivel nacional, Morón precisa que el administrado sólo puede invocar el principio para legitimar la inobservancia por su parte de requisitos formales (recaudos, firmas, sellos, anexos); pero nunca puede ser entendido como una regla a favor de la Administración para omitir el cumplimiento de las exigencias legales de ninguna índole o generarse espacios de discrecionalidad en sus decisiones.

Su aplicación impide que el particular pierda un derecho por el incumplimiento de un deber formal, debiendo la administración optar por la solución más favorable para aquel en dicho sentido.

En definitiva, como ya he referido este principio propugna un equilibrio entre la acción administrativa —que no puede ser entorpecida— y el derecho de los administrados a no encontrarse sometidos a rigorismos que los perjudiquen. Ello porque sería inconstitucional negar una solución al particular por causas meramente formales.

La citada jurista argentina agrega que cabe reconocer la dificultad de determinar qué formas son esenciales y cuáles no. Más allá del casuismo que ello implica, es posible considerar como formalidades no esenciales a las irregularidades intrascendentes que no provocan vicio alguno, defectos formales vinculados a las nulidades relativas —entiéndase a los actos que son pasibles de conservación según el artículo 14 de la Ley N.º 27444—, o aquellos que no vulneran el orden público ni comportan una nulidad absoluta.

Lo «no esencial» es comprensivo de las meras o simples inobservancias administrativas que pueden ser subsanadas, sin agravio a terceros, al interés público o a la esencialidad de la juridicidad. Por el contrario, las

¹⁵ 134.2 Cuando el último día del plazo o la fecha determinada es inhábil o por cualquier otra circunstancia la atención al público ese día no funcione durante el horario normal, son entendidos prorrogados al primer día hábil siguiente.

formas esenciales se vinculan al orden público, a los requisitos fundamentales del acto administrativo, a los derechos humanos y al debido proceso administrativo.

2.3. Efectos y aplicación del principio de informalismo

En nuestra doctrina nacional Morón¹⁶ señala sobre este principio que «el efecto esencial del principio es dar la responsabilidad a las autoridades instructoras de morigerar o debilitar el rigorismo de cualquier exigencia adjetiva que no afecten al interés público, para favorecer al administrado en el avance del procedimiento».

La admisión de los medios probatorios presentados aun cuando está vencido el plazo formal si aún no se ha resuelto el procedimiento. Por nuestra parte, queremos agregar el hecho de que la principal aplicación de este principio está en la interpretación favorable que debe hacerse de las normas del procedimiento, de manera similar a lo que ocurre por ejemplo en materia penal o laboral, o una materia más relacionada como es el derecho del consumidor¹⁷.

Sobre esta última idea, Ivanega señala que el principio determina en forma integral cuál ha de ser la orientación del acto de creación o aplicación del derecho. Un intérprete o ejecutor del derecho no puede ser un mero lector del texto de cada norma, sino que debe, fundamentalmente, buscar la interpretación que la hace justa en el caso: allí es donde son de aplicación los principios jurídicos por ser principios son la base de una sociedad libre y democrática, son los elementos fundamentales y necesarios de la sociedad y de todos los actos de sus componentes.

Lo que debe evitarse, entonces, son aquellas formas que impidan desentrañar el verdadero meollo del caso, la verdad y, en última instancia, hacer justicia. En las presentaciones del administrado deben atenderse su contenido y finalidad, dejando de lado el modo en que fueron tituladas¹⁸.

Como podemos apreciar, este principio se consagra como muy propio del procedimiento administrativo y del derecho administrativo en general, diferenciándose sustancialmente del proceso civil, precisamente porque busca ese equilibrio entre los intereses generales y los particulares.

¹⁶ MORÓN, Juan. Ob. cit. pp. 74 y 75.

¹⁷ Código de Protección y Defensa del Consumidor
Artículo II.- Finalidad

(...) En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección **se interpreta en el sentido más favorable** al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código. (El énfasis es propio).

¹⁸ IVANEGA, Miriam. Ob. cit. p. 174.

2.4. Límites al principio

Comentando este principio Morón hace una interesante precisión al señalar que ello no puede conducirnos a desnaturalizar el procedimiento y desconocer reglas adjetivas establecidas a favor de los terceros o del interés público.

La clave para diferenciar las formalidades en las que aplicará este principio debe verse casuísticamente, pero siempre de la mano con el principio de conducta procesal.

Es importante destacar también que la aplicación de este principio no nos puede llevar a concebir un procedimiento sin formas, puesto que ello sería imposible cuando sabemos que el principio de legalidad es uno de los pilares de la actividad administrativa.

Además considero pertinente agregar que este principio se relativiza en los procedimientos trilaterales, por cuanto en este corresponde a las partes ser más precisas en sus pretensiones y en el aporte de sus medios probatorios, pues en este la administración debe actuar con imparcialidad, siendo difícil que pueda aplicar en la misma medida el informalismo a favor de dos administrados con intereses contrapuestos.

2.5. Breves notas sobre las relaciones con otros principios del procedimiento administrativo

Siguiendo la clasificación de los principios que hace Morón, citada líneas arriba, se hará una síntesis que relaciona el principio de informalismo con los demás principios contenidos en la Ley n.º 27444:

Cuadro. Principios regulados en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley n.º 27444.

Otros principios	Relaciones
Legalidad	Rige toda la actividad administrativa. Se complementa en la interpretación de las reglas de procedimiento, debe prevalecer la más favorable al administrado.
Debido procedimiento	Contenido en el favorecimiento de la admisión de las pretensiones de los administrados y que se refleja por ejemplo en la no preclusividad para aportar pruebas (subsannando los defectos que esta podría tener), argumentar, limitando la aplicación del Derecho Procesal Civil a un análisis de compatibilidad.

Continúa...

PRINCIPIO DE INFORMALISMO

Otros principios	Relaciones
Impulso de oficio	Hay relación de complementariedad, ya que su aplicación dispensa al administrado de las formas no esenciales, debido a que, para llegar a una decisión final, la administración debe impulsar de oficio el procedimiento, sin que ello implique que la administración invoque el informalismo para su propia actuación.
Razonabilidad	Está dirigido a las obligaciones, infracciones, sanciones y restricciones, mientras el informalismo está orientado a la tutela de derechos e intereses.
Imparcialidad	Complementa, en la medida que de haber dos o más administrados en un procedimiento, a ambos asiste el informalismo por igual, aunque podría haber matices en los procedimientos trilaterales en los que la administración actúa como parte (Ej. Contrataciones del Estado).
Presunción de veracidad	También hay relación de complementariedad, en este caso orientado a los medios probatorios y la no exigencia de formalidades respecto de los mismos.
Conducta procedimental	También hay relación de complementariedad. Sobre todo cuando prohíbe interpretación contra la buena fe.
Celeridad	Lo complementa en la medida que también evita actuaciones que sean formalistas.
Eficacia	De complementariedad, evidencia el sentido finalista del procedimiento administrativo, prevaleciendo sobre formalismos no esenciales, que atenten contra garantías o causen indefensión.
Verdad material	Guarda correlato con el sentido de tutela del interés general y también de equilibrio entre la administración y los administrados. A su vez lo hace diferente del proceso civil; las formalidades que se puedan imponer en aplicación de este principio deben ser moderadas.
Participación	De complemento y también de limitación en supuestos excepcionales.
Simplicidad	También hay una clara relación de complementariedad por su propia definición.
Uniformidad	Hay complementariedad en vista de que ambos buscan brindar tutela al administrado.
Predictibilidad	De complementariedad y de cuidado sobre el posible sentido final a las peticiones del administrado.
Privilegio de controles posteriores	De resguardo del interés público, a efectos de que no haya un uso indebido del informalismo por parte de los administrados.

Elaboración propia.

III. CONCLUSIONES

Siguiendo a Ivanega, el procedimiento administrativo no puede constituir un camino de exigencias que obstaculicen el ejercicio de los derechos por parte de los administrados. Las formas a su vez conforman la juridicidad de la actuación administrativa, coadyuvan a la transparencia y permiten el control de la actuación administrativa. Por ello, el formalismo moderado no puede ser sinónimo de caos procedimental, sino de equilibrio entre el ejercicio de una función administrativa transparente y el derecho de defensa del particular¹⁹.

Por mi parte, considero de suma utilidad entender y difundir los alcances de este principio, así como su compatibilidad con los otros principios del procedimiento administrativo, para que los administrados puedan hacer una aplicación adecuada del mismo y para que la administración la admita en la gran mayoría de los procedimientos que atiende, pues en la práctica y bajo la excusa de salvar eventuales responsabilidades no convierta la formalidad en una regla para los administrados.

¹⁹ IVANEGA, Miriam. Ob. cit. p. 175.

CONTEXTO DE LA SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO: POLÍTICA DE TUTELA EN MATERIA LABORAL. ¿CÓMO INTERVIENE EL ESTADO?

Context of health and safety at the workplace: protection policy in labor matters. How does the State intervene?

Paul Yance Zamudio*
Universidad Continental

Recepción: 26/06/2015

Aceptación: 29/4/2016

Resumen

Con base en un estudio de premisas generales y particulares, en el presente trabajo se analiza la intervención del Estado en el diseño de la política sobre seguridad y salud en el trabajo, así como en el trabajo de fiscalización del cumplimiento del marco normativo.

Palabras clave: Seguridad en el trabajo; salud en el trabajo; seguro complementario de trabajo de riesgo.

Abstract

Based on a study of general and particular premises, in the present work it is analyzed the State intervention on the design of policy on health and safety at work, as well as in the audit work of the normative framework compliance.

Keywords: Safety at work; health at work; supplemental insurance of risk work.

* Estudiante de la Facultad de Derecho en la Universidad Continental.

I. CONSIDERACIONES GENERALES AL TEMA LABORAL

Antes de iniciar con el desarrollo del artículo es necesario precisar que el espíritu del capitalismo, tal como señala Weber, si bien descansa sobre la base de expectativas de una ganancia, éste se guía por términos éticos, protegiéndose así al trabajador y al empresario consciente.

Como se observa el tema es de vital importancia no solamente económica y social, sino integral para el desarrollo humano, donde la seguridad y salud en el trabajo son aspectos que atañen a todos los actores del mercado en esta nueva era de la información y el conocimiento.

La globalización, alcanzada a partir de los desarrollos tecnológicos y económicos logrados a mediados del siglo XX y cuyo aporte nos sigue hasta la actualidad, posibilita así el ingreso de empresas extranjeras al territorio nacional, generándose en el país una dinámica de desarrollo y la necesidad de construir un país acorde a este fenómeno mundial que albergue de forma amigable a las inversiones internacionales y nacionales que, en condiciones éticas, favorece tanto al trabajador como al empresario, y evita constituir escenarios de permanente conflicto.

A partir del fenómeno de la globalización, es que ingresan al escenario diversos conceptos adicionales. De Trazegnies menciona que «[l]a industrialización, las innovaciones tecnológicas, el incremento de las velocidades y de los poderes para hacer cosas, originaron una verdadera inflación de riesgos en el mundo contemporáneo»; y sí el incremento exponencial de los riesgos a partir de los desarrollos tecnológicos parece ser una constante inevitable de tal fenómeno, y para el desarrollo del presente artículo cobran mayor importancia.

Se infiere entonces que la infraestructura institucional del país a partir de la globalización necesita ser reconstruida, mejorada, renovada y ampliada, pues es una consecuencia lógica y necesaria del desarrollo económico que genera el suceso «globalización». En razón a ello las empresas contratarán personal para materializar esos objetivos, configurándose así un escenario donde interactúan tanto el empresario como el trabajador, ambos asumiendo un riesgo necesario por las actividades económicas que deben realizar, riesgo que, según De Trazegnies, *tiene que ser trasladado* a quien esté en mejores condiciones de asumir los costos, agregamos, ante un eventual siniestro.

El tema central planteado es la conformación de un sistema para proteger al trabajador, pero también para educar al empresario, y lograr una acción productiva y de servicios con el objetivo de satisfacer la demanda

de los clientes y usuarios de la sociedad, entre ellos el mismo Estado. Este contexto ideal se alcanza aparentemente con el sistema de seguros; es decir, asegurando al trabajador por la actividad riesgosa realizada, hecho resultante del imperativo legal de nuestro ordenamiento hacia el empleador, y cuyo sustento encuentra asidero a nivel nacional en la *Constitución Política del Perú* que en su artículo 22 establece «[e]l trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona». Asimismo, internacionalmente, con la *Carta Universal de Derechos Humanos* a la cual debemos acudir citando los artículos 3 y 23 de los cuales se puede colegir lo siguiente: «en materia laboral se busca tutelar y promover condiciones satisfactorias de trabajo ante la labor riesgosa que debe cumplir una persona al momento de desempeñar su trabajo, agregamos, en una empresa que califica como una de actividad riesgosa».

Ahora, siguiendo con la idea, la consecuencia lógica de los riesgos asumidos por el empleador a partir del imperativo legal ya mencionado, se configura un minisistema donde se interrelacionan el empresario, el trabajador y la empresa prestadora de seguros. El empleador será el encargado de asumir el costo de pagar la prima del seguro, de la cual hablaremos más adelante, y, a su vez, el trabajador asumirá que la empresa contratará ese seguro; y si ésta no lo hace, tiene el fuero ordinario para accionar contra la empresa pidiendo los gastos en los cuales incurra a efectos de reestablecer en la mayor medida posible su salud.

Por último, la aseguradora (tercera parte del sistema) buscará evitar cubrir la totalidad del siniestro intentando atribuir el accidente de trabajo al propio empleado, siendo ese su giro económico; esto es, brindar servicios de seguro, pero esperar que el beneficiario nunca lo necesite porque si sucede la empresa de seguros atribuirá el siniestro al empleado y evitar cumplir con su obligación. Como se observa el tema es complejo y multi-dimensional.

II. EL ESTADO DE BIENESTAR. UNA APROXIMACIÓN A LA SEGURIDAD LABORAL

A partir de la propuesta del *Estado de Bienestar*, las naciones, a nivel mundial, adoptan medidas relacionadas con la salud y la seguridad del trabajador, trasladan al Estado la responsabilidad de garantizar a sus ciudadanos un mínimo de bienestar social¹.

¹ KESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo PUCP, 2009; pp. 225-228.

Así, en Alemania con Bismarck y su economía social, en Estados Unidos de América con Roosevelt y su New Deal, en Inglaterra con William Beveridge y su *informe sobre la seguridad social y servicios sociales*, se institucionaliza en diferentes fechas y países en el siglo XX el «Estado de Bienestar»²; consolidándose, poco a poco, políticas para favorecer a la mayoría de los ciudadanos. Un resultado de ese fenómeno es la *seguridad social*, cuya amplitud engloba muchas materias, entre ellas la *seguridad en el trabajo*. En el Perú esta corriente tuvo un largo proceso de maduración; los gobiernos, de manera paulatina, fueron implantando medidas sobre prestaciones sociales, pero no con el objetivo de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, sino que esto fue el resultado de la presión de grupos sociales vulnerables organizados, como los sindicatos de trabajadores, que conquistaron derechos, logrando así, mejorar el carácter tuitivo del Estado.

En casi todos los estados naciones, donde se ponen en práctica medidas de protección social, los derechos sociales sobre salud y educación, adquieren preponderancia y las legislaciones regulan en su normativa accidentes de trabajo, enfermedades, vejez, desempleo y educación, tal como se testimonia con los derechos laborales.

Empero, hoy en día, sobre todo en países emergentes, el *estado de bienestar* da señales de crisis en todas las formas de protección al trabajador; y en el país los cambios se dan con el llamado *estado mínimo*, como se refleja en la dación de normas como el Decreto Supremo 003-98-SA, que regula el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo en base a mínimas actuaciones que deben realizar tanto la empresa contratante del seguro como la empresa de seguros. Así mismo, en el campo laboral, la política de *flexibilidad* agudiza la crisis de las relaciones laborales porque los partícipes directos e indirectos de la relación laboral no actúan ni siquiera bajo el alcance de los mínimos impuestos por normas legales.

III. EL MERCADO LABORAL

Un mercado laboral autosuficiente, aplicando la tesis de Ronald Coase³, explicaría y fundamentaría a cabalidad el supuesto de la mínima intervención de Estado, contexto favorable para la dinámica de mercado, pero antes de abordar este *enunciado* primero tenemos que graficar el mercado laboral, por ejemplo:

2 URIBE, Consuelo. *Un modelo para armar. Teorías y conceptos de desarrollo*. Lima: Fondo PUCP, 2008; pp. 59-61.

3 COASE, Ronald. *El problema del costo social*. Disponible en <http://www.hacer.org/pdf/coase2.pdf>.

A es una municipalidad que desea construir un nuevo local, para ello, a través de una licitación pública de obras, contrata a **B** para que realice la edificación, quien a su vez tiene en su plana a personas especializadas en diversas ramas del ámbito de construcción, como arquitectos e ingenieros. La empresa **B** contrata a **C** para realizar labores no especializadas en la obra y **C** subcontrata a peones y oficiales para el traslado y vigilancia de los materiales.

Hagamos un paréntesis en este punto para precisar que, la cantidad de actores en este caso ha aumentado, ya no solo está la empresa que realiza la obra sino también entra a tallar una municipalidad y una empresa subcontratista, así como los trabajadores que están divididos entre arquitectos e ingenieros contratados directamente por la empresa B y por otro lado estarán los peones y oficiales quienes fueron contratados por la empresa C para realizar labores en la empresa B, además aún nos falta citar aquí a la empresa prestadora de seguros, la cual trae consigo algunas interrogantes, por ejemplo: ¿Quién debe contratar y pagar la prima del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, respecto de los dos tipos de trabajadores?

Antes de responder a esta interrogante, que ampliará nuestro panorama, primero terminaremos de analizar el planteamiento de Ronald Coase; esto es que si, en el caso planteado, cada una de las partes cumpliera su rol en el mercado laboral, la intervención del Estado, a través de la inspección laboral, no sería continua, ahorrándose recursos monetarios y, sobre todo, recursos humanos puesto que habrían menos inspecciones de investigación, cuyo objetivo es verificar el cumplimiento de derechos laborales, y dirigir los recursos hacia las inspecciones de orientación, cuya finalidad es pedagógica.

Para que el mercado se regule solo, deberíamos seguir el imperativo categórico de Kant y decir que si la empresa tiene a su cargo trabajadores que realizan labores para el beneficio empresarial, yo como empresa debería cuidar de esos trabajadores, cumpliendo con las normas morales (mínimos legales) de protección al trabajador, quien al verse respaldado por la empresa responderá de manera positiva, recíproca, en el trabajo.

Por otro lado, la empresa de seguros no tiene que ser el leviatán de la relación, más bien debe ser parte coadyuvante para incentivar al empresario a asegurar al trabajador y asumir una simple política que De Trazegnies configura de la siguiente manera: Establecer *primas diferenciadas según el riesgo*, es lógico, no es igual el riesgo que tiene un peón que lleva piedras dentro de la reciente edificación, al del administrador que se encuentra en la oficina cerca de la construcción; además tiene que desarrollar una polí-

tica de disminución de primas a pagar si no hay ni un accidente durante la construcción⁴, y, agregamos, este beneficio debería ser acumulativo, esto es para los sucesivos proyectos u obras, aquella política entonces desde la perspectiva del empleador podría significar un cambio importante, pues el empresario vería estos incentivos como una suerte de oferta de la cual de una u otra forma saldrá beneficiado.

Respecto a la pregunta la legislación nacional de acuerdo al Decreto Supremo 003-98-SA, en su artículo 5 ha establecido cuál es la empresa obligada a contratar el seguro. En ese sentido, teniendo como premisa el ejemplo antes planteado, diremos que la empresa B está obligada a contratar un seguro en beneficio de sus trabajadores (arquitectos e ingenieros); así mismo la empresa C estará obligada a contratar *prima facie*, el seguro como empresa subcontratista, a favor de los trabajadores contratados directamente (peones y oficiales), pero respecto a lo último será B quien deberá verificar si los trabajadores proveídos por la empresa C están asegurados; si ésta no lo hace B deberá contratar por cuenta propia el seguro, caso contrario, responderá de manera solidaria con la empresa subcontratista C por las consecuencias patrimoniales que genere el siniestro respecto del trabajador y, si además lo concordamos con el reglamento de la ley general de Inspección, consideraremos esa infracción como una falta grave y recibirá una multa en caso de ser una materia insubsanable por cada trabajador afectado.

IV. INSPECCIÓN LABORAL. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En la interacción laboral empresario y trabajador, las normas nacionales e internacionales tutelan dos grandes grupos de derechos: por un lado, estarán los *derechos sociolaborales* y, por otro lado, los *derechos nacidos de normas de seguridad y salud en el trabajo*. Los primeros versarán sobre el pago de gratificaciones, vacaciones (llámese truncas, legales o no gozadas), Compensación por el Tiempo de Servicio, estar en planilla, entre otros; los segundos son imperativos legales sobre políticas de seguridad y salud en el trabajo, como por ejemplo planificar acciones preventivas de riesgo, formar e informar a los trabajadores sobre su actividad (sobre todo si es riesgosa), nombrar a un comité de seguridad y también de salud, entre otros.

Es necesario establecer que si en la interrelación tridimensional planteada sucede que la empresa ejecutora de la obra y la empresa prestadora

⁴ DE TRAZEGNIES, Fernando. Ob. cit. p. 53.

de seguros no cumplen a cabalidad con su rol en el mercado laboral, respecto del trabajador, el Estado deberá intervenir en esta interrelación no sólo con la dación de normas sino también a través de la figura de la «*inspección laboral*», cuyo sustento se encuentra en normas internacionales como el Convenio 81 (1947) de la Organización Mundial del Trabajo, donde el artículo 3 nos da visos de los objetivos y finalidades principales de ese instrumento; así mismo en el ámbito nacional tenemos a la Ley N.º 28806, Ley General de Inspección de Trabajo, del ordenamiento jurídico siguiendo la línea del convenio, regula para el territorio peruano la Inspección Laboral. La conclusión lógica de lo mencionado es que los partícipes no cumplen de manera ética su rol, respecto a su responsabilidad social, permitiendo así la intervención continua del Estado, pero si se llegase a una interrelación en el mercado de manera eficiente se debería inferir que no es necesaria la intervención del Estado a través de esta figura jurídica actualmente contemplada, porque, como lo menciona Ronald Coase en el problema del costo social⁵, el mercado laboral sería autosuficiente para regular su interrelación, cumpliéndose los mínimos legales establecidos.

V. INTERVENCIÓN REACTIVA DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL CONFLICTIVA

Es necesario en este acápite hacer una mención estadística para dar validez a las conclusiones a las que arribaremos más adelante, basándonos en todo lo mencionado y argumentado anteriormente.

La intención de ofrecer datos estadísticos sobre accidentes de trabajo tiene como finalidad establecer que en el Perú se realizan actividades de riesgo y que dentro de los diversos regímenes laborales que se pueden vislumbrar en el panorama de trabajo a nivel nacional, se encuentran, por ejemplo, el régimen de Construcción Civil, el régimen laboral portuario, el régimen minero, el régimen del trabajador pesquero en condiciones de dependencia, —incluso— el régimen de la microempresa y el régimen laboral del trabajador a tiempo parcial si las actividades que realizan sus trabajadores están bajo los alcances de una actividad riesgosa⁶ o las empresas están registradas como empresas que realizan actividades de riesgo ante el Ministerio de Trabajo.

5 COASE, Ronald. Ob. cit.

6 Campos, Sara (noviembre-2014). *Regímenes Laborales Especiales 2014*. Lima. Rev. Gaceta Jurídica. Edit. El Búho.

Todos los regímenes laborales ya citados tienen en común que las empresas deben contratar a favor de sus empleados, en materia de seguridad y salud en el trabajo, un Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (en adelante, SCTR). Este seguro cubre las prestaciones de salud y pensiones a favor de los trabajadores que sufran una enfermedad profesional o tengan un accidente de trabajo. En el cuadro⁷ siguiente procederemos a analizar datos sobre los accidente de trabajo en el Perú y en la región Junín.

Cuadro. Accidentes de trabajo en el Perú y la región Junín (2012-2015)

	Nacional		Región Junín	
	Mortales	No mortales	Mortales	No mortales
2012	15508	190	11	4
2013	18962	178	55	6
2014	14750	128	30	1
Hasta marzo del 2015	4258	46	6	1
Total de accidentes	53478	542	102	12

Elaboración propia.

Del cuadro anterior, se debe entender:

- **Primero** que en el 2012 los accidentes registrados en la región Junín equivalen al 0,07 % de los accidentes a nivel nacional. Así mismo los accidentes mortales de la región Junín representan el 2,11 % de los accidentes mortales a nivel nacional en el mismo año.
- **Segundo** que en el 2013 los accidentes registrados en la región Junín equivalen al 0,29 % de los accidentes a nivel nacional. Así mismo los accidentes mortales de la región Junín representan el 3,37% de los accidentes mortales a nivel nacional en el mismo año.

⁷ Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Accidentes de trabajo. Recuperado el 24 de junio de 2015 de <http://www.mintra.gob.pe/mostrarContenido.php?id=730&tip=86>

- **Tercero** que en el 2014 los accidentes registrados en la región Junín equivalen al 0,20 % de los accidentes a nivel nacional. Así mismo los accidentes mortales de la región Junín representan el 0,78 % de los accidentes mortales a nivel nacional en el mismo año.

De los datos presentados se observa que los accidentes de trabajo no tienen una línea constante, porque son hechos eventuales que no se pueden prever por el Estado, por la empresa y menos por el trabajador, es por ello que en todo el 2014 en la región Junín sólo ha existido un siniestro mortal y que a marzo del 2015 ya existía una persona fallecida por un accidente. Este contexto de incertidumbre nos trae como es lógico muchos problemas.

Un primer problema que podemos plantear a partir de los datos obtenidos del registro estadístico de siniestros laborales del Ministerio de Trabajo, es la imposibilidad de predecir, como es lógico, cuántos siniestros (accidentes de trabajo) se van a suscitar en un año determinado y menos aún cuántos siniestros habrán en alguna región del país, pero esta incertidumbre es extensiva también al empleador, configurándose así una serie de supuestos que podemos graficar a partir del ejemplo planteado en el acápite tercero. Por ello podríamos plantear primero un escenario donde la empresa C no contrata el SCTR para Juan, y a su vez la empresa B no se percata de esta omisión, no obstante durante el periodo trabajado por Juan éste no sufre ningún accidente.

Un segundo escenario se puede dar si la empresa B se percata de la omisión voluntaria o involuntaria de C, y la obliga a contratar y pagar el SCTR, porque sabe que la responsabilidad es solidaria frente a un eventual siniestro.

Un tercer escenario posible es que la empresa C no contrate ni pague el SCTR y además la empresa B, dolosamente, no observe dicha omisión y el trabajador sufra un siniestro.

Del primer escenario podemos analizar varios elementos adicionales que ingresan a partir del incumplimiento de derechos laborales. Desde el punto de vista de Ronald Coase, el mercado laboral no se ésta autorregulando, por ello aumenta el costo del riesgo ante un posible siniestro que de por sí ya es alto; por ende, tácitamente, se solicita la intervención del Estado. Este hecho configura la *intervención reactiva del Estado*, que debe reaccionar para subsanar las fracturas del mercado e intervenir de manera indirecta a través de la dación de normas que establecen sanciones ante el incumplimiento de derechos, como la seguridad en el trabajo, o creando instituciones especializadas para la supervisión de derechos (SUNAFIL);

además interviene de manera directa mediante la inspección laboral, cuya naturaleza jurídica es ser un instrumento jurídico básico para la protección de ciertos derechos.

El problema principal que genera el control del Estado no radica en la intervención en sí misma sino que ésta es obligada y no voluntaria, lo cual ameritaría un estudio sesudo y calmado de lo que va a normar, se empieza a legislar de manera inconsecuente pensando que el aumento de sanciones, como es común del Estado cuando quiere resolver un problema fáctico, es la solución.

El problema no termina ahí, se agudiza, por ejemplo, si citamos dos conceptos, ya antes mencionados, como *la inspección laboral y el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo*. La inspección laboral es una institución jurídica mínima de tutela de derechos; es decir, nace en nuestro ordenamiento jurídico como un instrumento para asegurar el cumplimiento de los derechos laborales. Por lo tanto, la Ley N.º 28806 se alza como una norma que regula en base a mínimos por su condición general.

En el segundo supuesto se puede observar una conducta diligente, dirigida a la salvaguarda de los derechos laborales. Dentro de ese contexto y, sobre todo, si éste fuera constante, el Estado no debería realizar tantas actuaciones investigativas de oficio; por el contrario, debería realizar inspecciones orientadoras para mantener informados de los cambios normativos tanto al empleado como al empresario, configurándose así una verdadera política de prevención en base a la información y no en base a las sanciones.

El tercer supuesto nos pone otra vez ante un supuesto donde son las partes intervinientes del mercado laboral las que no apoyan al Estado en el cumplimiento de normas mínimas. Esto genera una reacción por parte del Estado respaldado por su función tuitiva. Además si las acciones tomadas para el primer supuesto no son suficientes, la lógica de un Estado como el nuestro para este tercer supuesto sería normar sanciones más duras e intervenir con mayores instrumentos en el mercado laboral.

Como se puede apreciar el panorama es problemático.

VI. EL PROBLEMA Y CONSECUENCIAS DE LA INTERVENCIÓN REACTIVA DEL ESTADO

La ley general de inspección contiene en su estructura normativa varios componentes, los cuales hemos citado a groso modo a lo largo del presente artículo. Una de las principales figuras incorporadas en la ley General de

Inspección de Trabajo son las formas de inspección, por ejemplo, las inspecciones investigativas y las inspecciones orientadoras; además se incorpora la figura de los inspectores que en materia de trabajo serán inspectores laborales, quienes tendrán a su cargo supervisar los dos grandes grupos de derechos laborales mencionados en la primera línea del apartado cuarto.

Una de las facultades que otorga la ley a los inspectores de trabajo, por ser representantes directos del Estado en su función tuitiva, es la capacidad de imponer multas a las empresas que violen los derechos laborales. Asimismo, el reglamento de la norma citada establece el régimen de graduación de multas ante una falta leve, grave o muy grave; al mismo tiempo indica qué infracciones son subsanables e insubsanables.

Para graficar de mejor manera lo mencionado diremos que para la ley una infracción leve es, por ejemplo, «la falta de orden y limpieza del centro de trabajo, que no implica riesgo para la integridad física y salud de los trabajadores». La infracción grave se configura cuando «no se cumple con las obligaciones relativas al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) a favor de los trabajadores, incurriendo en una infracción por cada trabajador afectado». La infracción muy grave, según la norma, se da cuando «no se implementa un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo o por no tener un reglamento de seguridad y salud en el trabajo». Por último, para analizar lo concerniente a las infracciones subsanables e insubsanables, tomaremos como ejemplo los derechos sociolaborales a fin de explicar cuándo una materia es subsanable. El pago de la compensación por tiempo de servicios es un ejemplo común para graficar esto, verbigracia, al momento de realizar una actuación inspectiva el inspector de trabajo puede observar que a los primeros días de mayo del 2015 aún no se ha consignado en la cuenta del trabajador la compensación por tiempo de servicios; pero si en ese instante el empleador cumple con el depósito, estaría *subsanando* la omisión, como consecuencia de ello el inspector termina el proceso investigativo con un informe y no con una acta de infracción (multa).

Ahora respecto a las materias insubsanables, tenemos la excusa perfecta para justificar la mención continua del SCTR en el presente artículo; y, para analizar este seguro correctamente debemos citar el Decreto Supremo 003-98-SA8 en el cual se regulan las reglas técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), institución que fácilmente puede ser considerada como un producto lógico del Estado de Bienestar; y que,

8 Decreto Supremo 003-98-SA, Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

sólo en un contexto democrático, este Estado, puede ser igualado, en la actualidad, a un Estado Democrático de Derecho⁹.

Como ya se mencionó, el SCTR es parte del grupo de derechos de seguridad y salud en el trabajo; por lo tanto, si un trabajador ha sufrido un accidente y muere, el inspector de trabajo está obligado a revisar primero el SCTR, y si el empresario no aseguró al trabajador, nos encontraremos ante una materia insubsanable, porque no se podría inscribir al trabajador en ese momento, como es lógico, al SCTR porque el trabajador ya murió. Sin embargo, el caso se complica si el inspector concurre al centro de trabajo antes de que se haya suscitado el accidente y verifica que uno o varios trabajadores no cuentan con el SCTR. Las preguntas que surgen son ¿qué sucedería en ese caso?, ¿cómo debe actuar el inspector?, ¿estamos ante una materia subsanable o insubsanable? y ¿cómo calificará este hecho el inspector?

Respecto de lo preguntado, debemos partir de la premisa que los efectos del seguro no son retroactivos, sino que surten sus efectos a partir del pago de la prima del seguro; así mismo, el problema radica también en la graduación de las multas cuando las materias no tienen criterios claros. Se configura así el tema central de discusión: ¿Cómo interviene el Estado en ciertas situaciones?

Graficar a través de ejemplos los conceptos como la inspección laboral, las materias subsanables e insubsanables y la problemática de éstas frente a la discrecionalidad que tienen los inspectores a partir de la ley general de inspección laboral y su reglamento, nos llevaría a presumir tal vez que el objetivo de las interrogantes planteadas es analizar si corresponde o no legislar un listado de materias subsanables o insubsanables, o a clarificar y a ampliar los vagos criterios en la graduación de sanciones del art. 38° de la Ley General de Inspección¹⁰ para que los criterios dispersos de los inspectores al momento de calificar las infracciones conforme al SCTR sean uniformes, o tal vez a analizar si se legisló correctamente respecto al SCTR o la figura de la inspección laboral; y por último a analizar si está bien crear una institución nacional de fiscalización laboral (SUNAFIL) o si para el empresario es más barato pagar la multa por violar los derechos laborales que cumplir con los derechos, ya sean sociolaborales o derechos de seguridad y salud en el trabajo. Pero ese no es el objetivo.

9 KESALJA, Baldo y César, OCHOA. Ob. cit. p. 226.

10 Ley N.º 28806, Ley General de Inspección del Trabajo.

Las interrogantes planteadas líneas arriba tienen como finalidad concientizar al empleador sobre su responsabilidad social, pero no explicándole sus derechos y deberes para con sus trabajadores porque ya los conoce, sino para hacerle entender que si no cumple con los derechos laborales fundamentales mínimos protegidos a nivel nacional e internacional ocasiona la intervención del Estado. En el caso peruano, quiérase o no, de un estado tercermundista que, ante la presión de solucionar las continuas infracciones, va a intervenir obligado por el contexto y este Estado nuestro siempre tiende a solucionar los conflictos sociales aumentando las sanciones a los infractores; por ello el empresario debe entender que cumplir las normas mínimas impuestas por el Estado le va a generar menor intervención del Estado en forma indirecta (normas y creación de instituciones-SUNAFIL) o directa (inspección investigativa laboral por servidores públicos), y que, si esa forma de intervención no es suficiente para persuadir a las partes corporativas incluidas en el mercado laboral ocasionarán, por ejemplo, la dación de leyes como la Ley N.º 30222, modificatoria de la Ley N.º 29783 que impone:

Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave. Se excluye la responsabilidad penal cuando la muerte o lesiones graves son producto de la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del trabajador...

encontrándonos así en una disputa interminable.

Por ello cobra gran relevancia hacerle entender a las partes intervinientes del mercado laboral que están en un país en pleno desarrollo y que su mejor opción es cumplir los mínimos imperativos legales para no encontrarse dentro de una vorágine de normas que lo sancionan; en lugar de perder tiempo evadiendo las normas laborales, deben cumplirlas, puesto que así contribuirán realmente con el desarrollo del país (principal función de las inversiones nacionales e internacionales), creando a largo plazo tal vez un Estado desarrollado. Así mismo, una consecuencia lógica de reducir los índices de riesgo (principal función de los imperativos legales) en las labores de los trabajadores generará la disminución de siniestros y enfermedades profesionales.

Lo mencionado líneas arriba no busca la eliminación progresiva de la intervención estatal, sino de evitar una intervención obligada y apresurada del Estado; tampoco se debe pensar que al cumplirse, aparentemente, los de-

rechos laborales ya no deben existir inspecciones; al contrario deben haber inspecciones investigativas, pero en menor medida, porque así las partes del mercado laboral actuarán con responsabilidad social. La consecuencia lógica de este accionar es la disminución de inspecciones investigativas, generando el incremento de inspecciones orientadoras (pedagógico-preventiva), las cuales serían de gran ayuda por la gran proliferación existente en la actualidad de normas en materia laboral a consecuencia, creemos, de la gran cantidad de regímenes laborales, por ello el gasto de recursos estatales estaría dirigido a orientar al empleador y a los trabajadores sobre las variaciones y modificaciones legislativas.

VII. CONCLUSIONES

Los derechos sociales cobran mayor realce al erigirse el estado de bienestar a partir de sucesos determinantes, como las crisis financieras y las guerras mundiales; desde esa época se germinó el concepto de seguridad y salud en el trabajo.

La interrelación laboral puede graficarse como un mercado, el «mercado laboral», donde los actores principales son las empresas que contratan directa o indirectamente con los trabajadores y las empresas de seguros, las cuales —como se mencionó— pueden ser personas que coadyuven al cumplimiento de los derechos laborales, como los de la seguridad y salud en el trabajo, mediante políticas de incentivos.

Instituciones de inspección laboral, como la SUNAFIL, y las mismas normas sancionadoras del ordenamiento jurídico y las inspecciones investigativas son reacciones estatales inmediatas como consecuencia de la vulneración de derechos laborales; en este caso, los de seguridad y salud en el trabajo.

La suficiencia del mercado laboral permitirá ahorrar recursos patrimoniales y humanos en las inspecciones investigativas que buscan sancionar las infracciones, de ese modo se podrán redirigir esos recursos hacia las inspecciones orientadoras y así evitar la continua intervención reactiva del Estado. Esta lógica también puede aplicarse a los derechos sociolaborales constantemente vulnerados en nuestro territorio y quien sabe tal vez a todos los derechos tutelados por el ordenamiento.

La idea no es hacer un análisis económico de costo-beneficio sobre si es mejor pagar las multas o cumplir con los derechos laborales, sino informar a las empresas del mercado laboral que su ineficiencia en el mercado ocasiona una intervención del Estado obligada por las circunstancias y que dicha fiscalización la realizará un estado del tercer mundo, con todas las

implicancias que esa connotación trae consigo, por ejemplo la dación muy apresurada de leyes con aumento de sanciones o normas excesivamente generales sin criterios específicos para los servidores (inspectores de trabajo), quienes procurarán en base a esa norma el cumplimiento de derechos laborales por parte de los empleadores.

VIII. DATO ADICIONAL

La Ley General de Inspección de Trabajo es casi una copia literal del Convenio 81 de la Organización Internacional Trabajo, pero una de las diferencias que salta a la vista es que para el Convenio 81 los inspectores de trabajo deben ser funcionarios públicos, hecho que no se configura en la ley porque los inspectores de trabajo son servidores públicos.

Comentarios a jurisprudencia

Comentarios
jurisprudencia
Comentarios
jurisprudencia
Comentarios
jurisprudencia
Comentarios
jurisprudencia
Comentarios
jurisprudencia

ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA*

Some reflections on foreclosure

Jorge Alberto Beltrán Pacheco**
Universidad Continental

Recepción: 30/06/2015

Aceptación: 29/4/2016

Resumen

En el presente trabajo, y a raíz de un adecuado análisis jurisprudencial, el autor muestra el panorama del proceso de ejecución de garantía hipotecaria, además realiza comentarios respecto a la competencia en este tipo de procesos.

Palabras clave: Hipoteca; excepción de incompetencia; argumentación; proceso único de ejecución.

Abstract

In the present work, as a result of a proper jurisprudential analysis, the author shows us the outlook of foreclosure process. Besides, the comments about the competence in these types of processes.

Key words: Mortgage; Exception of competence; argument; Civil Execution Act.

-
- * Sirva el presente artículo para revisar algunos conceptos del Derecho Civil y del Derecho Procesal Civil, a propósito de los 30 años de vigencia de nuestra norma sustantiva civil, y solicitar a los magistrados del país una labor argumentativa creativa que permita una mejor aplicación de las normas jurídicas y el logro del desarrollo del país que tanto anhelamos.
- ** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Academia de la Magistratura, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Continental de Huancayo. Socio del Estudio Beltrán.

RESOLUCIÓN CASATORIA N.º 1361-2005-LA LIBERTAD:

Con fecha 11 de agosto de 2005 la SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA emite la siguiente resolución casatoria:

«**VISTOS Y ATENDIENDO:** PRIMERO: El recurso de casación interpuesto cumple con las exigencias de forma establecidas para su admisibilidad, no siendo necesario que el recurrente acredite el cumplimiento del requisito de fondo previsto en el artículo 388 inciso 1 del CPC, al haber obtenido pronunciamiento favorable en primera instancia. SEGUNDO: Que como causal del recurso propuesto invoca aquella contenida en el inciso dos del artículo 386 del CPC, esto es inaplicación de una norma de derecho material. TERCERO: Que como fundamento de la causal, señala que se ha inaplicado el artículo 34 del CÓDIGO CIVIL, ya que la Sala Superior no ha tenido presente que existe un acuerdo expreso entre la ejecutante y ejecutados, en relación al sometimiento expreso a los juzgados y tribunales de Lima al tratarse el pagare de la obligación principal, mientras que la hipoteca otorgada no es otra cosa que la garantía que respalda el cumplimiento de la obligación principal; por lo tanto al ser el pagare la obligación principal y la hipoteca únicamente la garantía otorgada para el cumplimiento de pago de la primera, la Sala deberá entender que en un supuesto de que se de un incumplimiento, existe un conflicto en cuanto a la renuncia a una jurisdicción determinada, siendo que la hipoteca constituye un derecho real de garantía, cuyo único sustento se encuentra en brindar seguridad de cobro al acreedor, se deberá entender que su carácter es únicamente accesorio, mas no podría en ningún caso constituir una obligación, debido a que siempre depende de la preexistencia de una obligación de naturaleza civil, que en el presente caso se encuentra constituida en el pagare. CUARTO: analizando dicha causal, se tiene que la misma no resulta atendible debido a que la aplicación de dicha norma en nada cambiaría el sentido de la decisión, toda vez que revisados los autos, se tiene que el título es la escritura pública donde aparece la garantía y el saldo deudor, y el pagare sólo es una prueba. **POR LAS RAZONES EXPUESTAS** y haciendo uso de la Facultad prevista en el artículo 392 del CPC declararon IMPROCEDENTE el recurso de casación interpuesto por INVERJUNIN S.A.C en los seguidos por el BANCO DEL NUEVO MUNDO sobre ejecución de garantía y CONDENARON al recurrente al pago de la multa de 3 URP así como las costas y costos originados en la tramitación del recurso; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el diario oficial EL PERUANO bajo responsabilidad.»

I. INTRODUCCIÓN

La resolución casatoria objeto del presente estudio es el resultado de un proceso de ejecución de garantía real hipotecaria iniciado por el Banco del Nuevo Mundo contra Inversiones Peruanas S. A. y Sociedad Conservera del Norte S. A., siendo incorporado al proceso Inverjunin S.A.C. como propietario del bien objeto de hipoteca. En este proceso el ejecutado Sociedad Conservera del Norte S.A. formuló una excepción de incompetencia contra el ejecutante aduciendo que en el pagaré (título valor garantizado con la hipoteca, entre una serie de deudas garantizadas) se había pactado que los jueces de Lima tendrían la competencia jurisdiccional ante cualquier conflicto suscitado respecto del título valor. No obstante, el ejecutante sostiene que en la Escritura Pública de la Hipoteca se señalaba que la competencia correspondía a los jueces de Trujillo. En este contexto es que efectuaremos nuestro comentario, proponiendo en primer lugar unas ideas sobre la naturaleza de la ejecución de garantías reales, para luego comentar la excepción de incompetencia planteada y concluir con un comentario a la resolución casatoria.

II. NATURALEZA DE LA PRETENSIÓN EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DE GARANTÍA HIPOTECARIA

En lo que concierne al aspecto sustantivo debemos indicar que la hipoteca es una garantía real (derecho real de garantía) que respalda la ejecución (cumplimiento) de una deuda civil por lo que **no podemos confundir la ejecución de la hipoteca con una acción real como de modo errado alguna jurisprudencia lo ha intentado esbozar:**

«El proceso de ejecución de garantías es una acción real que corresponde al titular de un derecho real de garantía, para ser efectiva la venta de la cosa por incumplimiento de la obligación garantizada, lo que se despacha en virtud del título ejecutivo constituido por el documento perfecto que contiene la garantía, copulativamente con el estado de cuenta del saldo deudor». (Casación N.º 1693-98-LA LIBERTAD del 22 de enero de 1999).

Mediante la hipoteca buscamos realizar la prestación a través de un cumplimiento «sustituto» puesto que la prestación de dar suma de dinero que originariamente debía ser cumplida se materializa mediante el precio resultante de la ejecución del bien objeto de garantía.

Resulta importante indicar que en el presente caso (de ejecución de garantías) lo que buscamos es satisfacer el interés del acreedor que se encuentra impago, así tenemos que en este proceso el ejecutante tiene que presentar

el «estado de cuenta del saldo deudor»¹ para efectos de determinar el contenido del interés insatisfecho².

Algunas casaciones³ al respecto:

«Para establecer la obligación cierta, expresa y exigible (...) se debe presentar el estado de cuenta del saldo deudor que se encuentra a cargo del ejecutado». (Casación N° 2701-97-AREQUIPA del 13 de diciembre de 1999).

«Para la procedencia de la acción de ejecución de garantías sólo se requiere la existencia de una deuda exigible garantizada por el documento que contiene la garantía (...) siendo irrelevante si el pagaré que representada la deuda que se pretende cobrar tenía o no mérito ejecutivo, pues de su inejecutabilidad en la vía ejecutiva no se puede concluir que la deuda representada en él sea inexigible». (Casación N° 212-96-PIURA del 21 de abril de 1998).

«El estado de cuenta de saldo deudor constituye una operación en la que se establece la situación en que se encuentra el deudor respecto de las obligaciones que ha contraído, verificándose desde el punto de vista del acreedor si la deuda está impaga o cancelada (...) que este requisito (el saldo deudor) no está sujeto a una forma preestablecida en la ley procesal, lo que implica que puede cumplirse con él sin que necesariamente el documento que lo contiene se denomine estado de cuenta del saldo deudor». (Casación N° 1545-98-Huánuco del 2 de enero de 1999).

Tal como lo podemos apreciar el proceso único de ejecución (de ejecución de garantías) **no puede ser confundido** con el proceso de ejecución de dar

1 Conforme al artículo 720 del Código Procesal Civil, modificado por el Decreto Legislativo 1069 del 27 de Junio de 2008, se tienen como requisitos de procedencia de la ejecución de garantías lo siguiente: «1. Procede la ejecución de garantías reales, siempre que su constitución cumpla con las formalidades que la ley prescribe y la obligación garantizada se encuentre contenida en el mismo documento o en cualquier otro título ejecutivo; 2. El ejecutante anexará a su demanda el documento que contiene la garantía y el **estado de cuenta del saldo deudor**; 3. Si el bien fuere inmueble, debe presentarse documento que contenga tasación comercial actualizada realizada por dos ingenieros y/o arquitectos colegiados, según corresponda con sus firmas legalizadas. (...); 4. No será necesaria la presentación de nueva tasación si las partes han convenido el valor actualizado de la misma; 5. Tratándose de bien registrado se anexará el respectivo certificado de gravamen. (...)» (El énfasis es propio).

2 La ejecución de la garantía real hipotecaria no centra su atención en el bien inmueble objeto del derecho real de hipoteca como centro del interés del acreedor, es decir, no es el caso que el acreedor tenga «interés en adquirir el inmueble como objeto de su satisfacción», sino lo que se persigue es «realizar la hipoteca» constituida sobre el bien para mediante el precio obtenido en el remate hacer efectivo el pago de la deuda dineraria a favor del acreedor.

3 Las resoluciones casatorias fueron extraídas de ARIANO, Eugenia. «Título, partes y terceros en la denominada ejecución de garantías». En *Cuadernos Jurisprudenciales* n.º 7. Lima: Gaceta Jurídica, enero 2002.

suma de dinero puesto que en el segundo se ejecuta un título ejecutivo que contiene una deuda (dineraria), como es el caso de un **título valor** (letra de cambio, cheque o pagaré) mientras que en el primero se ejecuta una garantía real (como la hipoteca) para que mediante el precio del remate del bien se cumpla la prestación de dar suma de dinero impaga. En tal sentido, no es correcto alegar aspectos del contenido del pagaré⁴ en el proceso de ejecución de garantía hipotecaria como lo hace el ejecutado quien estableció que en el pagaré se había señalado el sometimiento de las partes a Lima y no a Trujillo (que es la competencia prevista en la escritura pública de constitución de hipoteca). Algunas jurisprudencias establecen al respecto:

«En el proceso de ejecución de garantías el título de ejecución está constituido por el documento que contiene la garantía copulativamente con el estado de cuenta de saldo deudor (...) y no por los títulos valores que se puedan anexar para acreditar el desembolso del dinero». (Casación N.º 1169-1998-PIURA del 21 de diciembre de 1998).

«Para la procedencia de la acción de ejecución de garantías sólo se requiere la existencia de una deuda exigible garantizada por el documento que contiene la garantía (...) siendo irrelevante si el pagaré que representada la deuda que se pretende cobrar tenía o no mérito ejecutivo, pues de su inejecutabilidad en la vía ejecutiva no se puede concluir que la deuda representada en él sea inexigible». (Casación N.º 212-96-PIURA del 21 de abril de 1998).

«La exigencia contenida en el artículo 720 del Código Procesal Civil (en adelante, el CPC) no incluye la de recaudar pagaré o algún otro documento que acredite el saldo deudor que el ejecutado no haya pagado, bastando con la presentación del documento que contiene la garantía y el estado de cuenta del saldo deudor». (Casación N.º 563-1996-AREQUIPA del 2 de mayo de 1998).

No obstante lo explicado, debemos señalar, tal como lo dice Martell⁵, que:

- 4 No obstante veremos que en numerosos casos se suele citar a la deuda contenida en el pagaré para justificar la existencia de un interés crediticio insatisfecho que justifique la ejecución de la hipoteca. Es importante señalar que la hipoteca se constituyó, en el presente caso, para garantizar toda deuda que el cliente bancario tenga con el banco, por lo que «la hipoteca» garantizó a un contrato de mutuo que suscribió Sociedad Conservera del Norte con el Banco del Nuevo Mundo en el que, además, se emitió un pagaré. De acuerdo al Código Procesal Civil la acreditación de la deuda impaga se realiza con el documento en el que figura «el saldo deudor».
- 5 MARTEL, Rolando. «Proceso de ejecución de garantías: revisando la praxis judicial». En *Cuadernos Jurisprudenciales* n.º 7. Lima: Gaceta Jurídica, enero 2002. A propósito de lo indicado por el referido autor debemos señalar que nos preocupa la práctica judicial citada puesto que al ejecutarse un título valor (que tiene como relación jurídica sustantiva de base a una deuda civil «X») Y EN PARALELO solicitarse la ejecución de una hipoteca que garantiza

Tratándose de obligaciones contenidas en títulos valores o de otra índole que derivan después en títulos ejecutivos y que se encuentran respaldadas con garantía real, es factible que el acreedor ejecutante pueda instaurar un proceso ejecutivo recaudando al efecto el título ejecutivo, o un proceso de ejecución de garantía real anexando el respectivo título de ejecución y necesariamente, en este último proceso, el documento que acredite la exigibilidad de la obligación, documento que puede ser un título valor.

Es decir, que podría iniciar primero el proceso ejecutivo y luego el de ejecución de garantías, o viceversa, o simultáneamente.

Así viene ocurriendo en la praxis judicial y se ha encontrado por lo menos dos criterios jurisdiccionales en todas las instancias que resuelven de manera diferente y contraria estos casos. Un criterio admite la posibilidad de instaurar ambas demandas y el otro la niega.

A manera de ilustración de tales criterios nos remitimos a dos resoluciones casatorias publicadas recientemente en el diario oficial que dan cuenta de los fundamentos que sustentan cada criterio.

Principalmente se sostiene en el primer caso que ambos procesos, ejecutivo y de ejecución de garantía, se rigen por normas especiales, no son excluyentes uno del otro, tal como lo establece el artículo 1117 del *Código Civil*, razón por la cual es posible jurídicamente iniciar un proceso de ejecución de garantías sobre la base del mismo pagaré que sustenta el proceso ejecutivo ya iniciado.

El criterio contrario sostiene básicamente que al ser la misma obligación la que se reclama en ambos procesos, existe un mismo petitorio e interés para obrar, y es, por lo tanto, en virtud del artículo 438 inciso 3 del *Código Procesal Civil*, imposible jurídicamente iniciar un proceso con el mismo petitorio.

Por tanto, la ejecución de garantías es una pretensión de carácter real y no debe ser confundida con la pretensión de ejecución de dar suma de dinero que puede recaer sobre el pagaré objeto de cobro. Este es un primer aspecto que nos conduce a afirmar que las normas jurídicas privadas previstas por la potestad normativa (de la voluntad de los sujetos) en el contrato de hipoteca (que constituye el derecho real de hipoteca) tienen autonomía respecto de las previstas en el pagaré y, por tanto, las reglas sobre competencia resultan independientes y vinculantes.

la misma deuda civil «X» entonces se estaría cobrando dos veces la misma deuda. En este caso, si el proceso de ejecución de dar suma de dinero se inicia después que el proceso de ejecución de garantías reales debería presentarse una excepción al momento de contradecir que sustente la existencia del doble cobro.

En el presente proceso aduciendo la accesoriedad de la hipoteca se formuló una excepción de incompetencia que evaluamos a continuación y que resulta paso necesario para comentar la casación objeto de estudio.

III. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA Y SANEAMIENTO DEL PROCESO

Tal como lo habíamos señalado, la parte demandada Sociedad Conservera del Norte S.A. deduce la excepción de incompetencia mediante los siguientes fundamentos:

«**EXCEPCIONES:** en el mismo escrito de contradicción el demandado SOCIEDAD CONSERVERA DEL NORTE S.A deduce la EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA por los siguientes fundamentos: conforme se desprende de manera expresa del pagaré N.º 090330 de fecha 04 de noviembre de 1999 se estableció de manera indubitable que las partes intervinientes renunciaban al fuero de su propio domicilio aceptando someterse a los jueces y tribunales del Distrito Judicial de Lima Metropolitana y no al de Trujillo como lo sostiene el BANCO DEL NUEVO MUNDO; por tanto es competente el juzgado especializado en lo civil de Lima y no el juzgado especializado en lo civil de Trujillo; presenta como medio probatorio el pagaré N.º 090330 de fecha 04 de noviembre de 1999».

Ante la cual el Banco del Nuevo Mundo (ejecutante) absuelve del siguiente modo:

«**ABSOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN:** Con fecha 14 de enero de 2002 BANCO NUEVO MUNDO EN LIQUIDACIÓN se apersona al proceso y absuelve la contradicción con los siguientes fundamentos: RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA se indica que la escritura pública de otorgamiento de crédito y constitución de hipoteca de fecha 12 de octubre de 1999 constituye el título de ejecución en el proceso y no el pagaré N.º 090330 por lo que siendo la primera un instrumento público por mandato de lo dispuesto por el artículo 235 del CPC goza de fe notarial y cumple con los requisitos de los artículos 1097, 1098 y 1099 del C. Civil no adoleciendo de defecto formal que lo invalidez siendo válido el emplazamiento de la ejecutada; en este sentido el PLENO JURISDICCIONAL CIVIL de setiembre de 1999 estableció que «no es exigible la presentación del título valor o el documento que acredite la obligación, basta con el documento que contiene la garantía y el estado de cuenta del saldo deudor»⁶; del mismo modo

⁶ Al respecto debemos señalar que en la judicatura peruana también se ha cuestionado la «inseguridad» que genera la presentación de un «documento simple» que indique cuál es el

la jurisprudencia es abundante respecto de lo expuesto indicando que **«en el proceso de ejecución de garantía, el título está constituido por aquel documento que contiene la obligación con garantía real previamente constituida, a diferencia del proceso ejecutivo en que la acción procede en virtud de cualquiera de los títulos a los que la Ley reconoce como ejecutivos»** (expediente N.º 0578-7-97); por otro lado se indica en el expediente N.º 189-97 que «la garantía real materia de ejecución está contenida en la escritura pública de constitución de hipoteca que corre... Los requisitos para la admisión a trámite de la ejecución de garantía se encuentran establecidos en el artículo 720 del Código Procesal Civil, no siendo necesaria la presentación del pagaré para acreditar la obligación impaga, pues este título no es materia de la ejecución y por lo tanto no se encuentra en discusión si el pagare tiene o no mérito ejecutivo».

3.1 Concepto y tipología de excepciones

La excepción es un medio de defensa de forma (aunque en la actualidad de la dogmática procesal se considera que también existe una vinculación con el fondo del proceso⁷, al discutir la validez de la relación jurídica procesal que refiere a aspectos sustantivos: relación jurídica sustantiva, como es el caso de la «falta de legitimidad para obrar del demandante» en la que tendría que evaluarse si el demandante tiene derecho para actuar lo que nos conduce a un estudio del derecho subjetivo) por la que se cuestiona el cumplimiento de los presupuestos procesales y de las condiciones de la acción y por tanto *la validez de la relación jurídica procesal*.

La excepción puede ser perentoria o dilatoria en la medida que concluya el proceso o lo retarde (en tanto puede subsanarse). Así el artículo 446 del *Código Procesal Civil* establece cuáles son los distintos tipos de excepciones existentes:

«Artículo 446.- Excepciones proponibles.- El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:

1. Incompetencia.
2. Incapacidad del demandante o de su representante.

saldo deudor lo que debería estar complementado con información fehaciente de la existencia de dicho monto. Del mismo modo se indica que no obstante no se discuta la existencia de una deuda preexistente debería presentarse un documento en el que figure tal deuda dado que la hipoteca (que busca ejecutarse) la garantiza.

7 Por ejemplo, ¿cómo evaluar la falta de legitimidad para obrar del demandante sin analizar aspectos de la relación jurídica sustantiva en la que el demandante haya cedido su derecho (lo que le impide demandar) o haya sido sujeto beneficiario de una cesión la que se considera nula?

3. Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado.
4. Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.
5. Falta de agotamiento de la vía administrativa.
6. Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado.
7. Litispendencia.
8. Cosa Juzgada.
9. Desistimiento de la pretensión.
10. Conclusión del proceso por conciliación o transacción.
11. Caducidad.
12. Prescripción extintiva.
13. Convenio Arbitral».

3.2. Excepción de incompetencia

De acuerdo al artículo antes citado, el sujeto, quien postula una excepción, puede cuestionar la competencia del juez que conoce el proceso por lo que propondrá la incompetencia del magistrado ante quien se presenta la pretensión de ejecución.

Así la incompetencia alude a un presupuesto procesal (son tres: la capacidad de las partes; la competencia del juez y los requisitos de la demanda) siendo éste la competencia que refiere a «la facultad que tiene un juez de conocer determinado conflicto sea por estar en los límites de su territorio, por tener la especialidad correspondiente (familia, ejemplo), por corresponderle según cuantía, por ser el juez de turno o grado».

La competencia puede ser absoluta (cuando no se puede modificar) o relativa (cuando se produce la prórroga tácita de la competencia para el demandante por el hecho de interponer la demanda y para el demandado por comparecer al proceso sin hacer reserva o dejar transcurrir el plazo sin cuestionar la competencia).

De acuerdo con el artículo 6 del CPC: «La competencia sólo puede ser establecida por la Ley. La competencia civil no puede renunciarse ni modificarse, salvo en aquellos casos expresamente previstos en la ley o en los convenidos internacionales respectivos». Asimismo, de acuerdo al artículo 7 del CPC, «[n]ingún juez civil puede delegar en otro la competencia que

la ley le atribuye. Sin embargo, puede comisionar a otro la realización de actuaciones judiciales fuera de su ámbito de competencia territorial».

3.2.1. Determinación de la competencia

Si estamos ante la competencia por materia, de acuerdo al artículo 9 del CPC, ésta se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan.

Si nos referimos a la competencia por cuantía, ésta se determina de acuerdo al valor económico del petitorio, según las reglas del artículo 10 del CPC, es decir: según lo expresado en la demanda. Si aparece en la demanda o en los anexos que la cuantía es distinta a la indicada por el demandante, entonces el juez efectuará la corrección.

En el caso de personas naturales debe ser competente el juez del lugar de su domicilio, salvo disposición legal en contrario (Art. 14 del CPC). Si tiene diversos domicilios, puede ser demandado en cualquiera de ellos.

En el caso de personas jurídicas es competente el juez del domicilio en donde tiene su sede principal, salvo disposición legal en contrario (Art. 17 del CPC). Si es que la persona jurídica cuenta con sucursales, agencias, establecimientos o representantes debidamente autorizados en otros lugares, puede ser demandada a elección del demandante ante el juez del domicilio de la sede principal o el de cualquiera de dichos domicilios en donde ocurrió el hecho que motiva la demanda o donde sería ejecutable la pretensión reclamada.

Es posible que la competencia sea facultativa cuando queda a elección del demandante en casos como pretensiones sobre derechos reales (se demanda donde está el bien), el lugar donde debe cumplirse la obligación, el lugar donde ocurrió el daño (en caso de indemnizaciones), entre otros, según el artículo 24 del CPC.

De acuerdo al artículo 25 del CPC, «las partes pueden convenir por escrito someterse a la competencia territorial de un juez distinto al que corresponde, salvo que la ley la declare improrrogable»⁸. En el presente caso las partes se sometieron a la competencia del juez de Trujillo por lo que es plenamente válido que se demande en dicha ciudad.

Según el artículo 34 del CPC «los procesos de ejecución se someten a las reglas generales sobre competencia, salvo disposición distinta de este Có-

⁸ Este artículo refiere a la capacidad normativa de los sujetos quienes en ejercicio de su autonomía privada y en específico de la libertad de autorregulación o configuración interna establecen «normas jurídicas privadas» que regulen el desarrollo de sus actos.

digo». Por tanto, **es posible que las partes se sometan a una competencia diferente a la señalada en el contrato principal.**

3.2.2. Cuestionamiento de competencia y excepciones

De acuerdo con el artículo 35 del CPC, la incompetencia por razón de materia, cuantía y territorio (cuando es improrrogable) se declara de oficio en cualquier estado y grado del proceso, sin perjuicio que pueda ser invocada como excepción. En este caso cuando el juez declara su incompetencia también declara la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso.

En este caso deberá remitirse el proceso al órgano señalado en el artículo 36 del CPC, por ejemplo a la Sala Civil de la Corte Superior o Suprema que corresponda (en el caso de la incompetencia territorial).

En el caso de la incompetencia por territorio se puede cuestionar la misma mediante inhibitoria o excepción conforme al artículo 37 del CPC. La inhibitoria se interpone por el demandado ante el juez que considere competente, dentro de cinco días de emplazado, ofreciendo los medios probatorios correspondientes. De ser el caso que el juez se declare competente, entonces oficiará a aquel que conoce el proceso solicitándole que se inhiba y le remita el expediente (Art. 39 del CPC). El juez que recibe el oficio comunicará al demandante la interposición de la inhibitoria y dispondrá la suspensión del proceso. El demandante puede contradecir la inhibitoria y ofrecer medios probatorios dentro del tercer día de notificado. Si el juez se inhibe entonces remitirá todo lo actuado al juez que solicita mientras que si no considera ser incompetente remitirá lo actuado al superior para que dirima la competencia (Art. 40 del CPC).

El proceso se suspende, pero cualquiera de los dos jueces puede dictar medidas cautelares si a su criterio la omisión pudiera provocar perjuicio irreparable para las partes o los terceros (Art. 42 del CPC).

La excepción, mientras tanto, es presentada al mismo juez quien resolverá en el proceso si procede o no su incompetencia. Ello se resolverá en la audiencia de saneamiento en un proceso de conocimiento. Mientras que en el caso de los procesos de ejecución de garantías, se resolverá en la sentencia o auto que resuelve la contradicción.

Existe un problema que consideramos opinar de modo breve: la excepción en el proceso de ejecución de garantías.

Al inicio nuestra opinión era **la imposibilidad de formular una excepción en el proceso de ejecución de garantías**, pero luego de un estudio minucioso

opinamos que sí es posible porque no podemos limitar el derecho a la defensa y a la tutela jurisdiccional al impedir la interposición de excepciones.

El problema inicial que enfrentamos fue que el artículo 722 del CPC, sobre contradicción (en el proceso de ejecución de garantías), NO SEÑALA que es posible sustentar la contradicción mediante excepciones puesto que sólo establece que se puede «alegar la nulidad formal del título, la inexigibilidad de la obligación o que la misma ya ha sido pagada o ha quedado extinguida de otro modo, o que se encuentra prescrita». Indica, además, que «la contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo».

Este artículo difiere con el artículo 700 del CPC (sobre ejecución de dar suma de dinero) que **establece que la contradicción se puede sustentar en excepciones y defensas previas**. Por tanto, para nuestro entender no era posible presentar excepciones en el proceso de ejecución de garantías reales, dado que el CPC la había excluido por alguna razón. **Pero no fue así dado que el CPC no la excluyó por imposibilidad sino por defecto de regulación**. Así tenemos que la Corte Suprema de Justicia ha considerado que sí es posible interponer excepciones en el proceso de ejecución de garantías y, por tanto, este proceso no tendría problemas al respecto. No obstante, este tema no es pacífico.

Sobre la excepción planteada, debemos indicar que no estamos de acuerdo con ella, puesto que las partes acordaron que la competencia en la ejecución de garantías reales sería Trujillo y no Lima (como en el pagaré) y, si bien es cierto la hipoteca es accesoria a la deuda civil o mercantil (pagaré), no es cierto que en asuntos de competencia deba someterse a las reglas de la deuda principal ya que por especialidad se estableció en las reglas jurídicas privadas de la hipoteca que sería competente el juez de Trujillo. Más aún, en caso de ejecución se puede demandar en el lugar donde se ubica el bien inmueble.

IV. COMENTARIOS A LAS RESOLUCIONES PREVIAS A LA RESOLUCIÓN CASATORIA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS OBJETO DE ESTUDIO

Para mejor entender la resolución casatoria, materia de análisis, consideramos pertinente efectuar algunos cortos comentarios a las resoluciones emitidas por el juez de primera instancia y la Sala Superior (ante el recurso de apelación). De este modo podemos conocer mejor cómo fue el razonamiento jurídico aplicado en el presente proceso.

4.1. Resolución N.º 12 (auto que resuelve la contradicción)

A fojas 198 a 199 obra la Resolución N.º 12 que resuelve declarar infundadas la excepción de incompetencia y la contradicción por inexigibilidad de la obligación ordenando se lleve a cabo el remate del bien inmueble objeto de garantía hipotecaria, por los siguientes fundamentos:

«Tercero.- Que, conforme se verifica de la cláusula décimo segunda de la Escritura Pública de constitución de hipoteca corriente en fojas 27 a 33 las partes contratantes se comprometen a someterse expresamente a la competencia de los jueces y tribunales de la ciudad de Trujillo para todos los efectos de dicho contrato de garantía; lo que quiere decir, que libre y convencionalmente han aceptado la competencia territorial de este juzgado en el supuesto caso de la ejecución de tal garantía conforme lo estipula el artículo 25 del CPC, por lo que, la excepción deducida no puede ser amparada. Cuarto.- Que, así mismo, la contradicción formulada tampoco puede ser amparada por cuanto, la ejecutada no ha cumplido con acreditar la supuesta negociación realizada con la entidad ejecutante conforme lo exige el artículo 196 del citado Código adjetivo, a fin de poder verificar si efectivamente existía nuevos acuerdos adoptados respecto al plazo de vencimiento, lugar, modo o condición de pago de la deuda demandada para que ésta pueda resultar inexigible, no teniendo nada que ver con dicha causal el hecho de que la ejecutante haya presentado una nueva valorización del inmueble hipotecado inferior a la acordada convencionalmente». (El énfasis es propio).

Estamos de acuerdo con el autoobjeto de análisis en lo que respecta a la excepción de incompetencia, pero no plenamente sobre lo que refiere a la contradicción puesto que debió evaluar mejor el contenido de la inexigibilidad⁹ de la deuda además que no evalúa lo que la parte demandada alega: la devolución de los montos por SUNAT.

Debemos señalar que inexigibilidad refiere a «que la deuda no es exigible» o «cobrable». No es el caso de «la existencia de un acuerdo o pacto sobre lo adeudado», que refiere más a un supuesto de «inexistencia de incumplimiento» que es presupuesto para el cobro de la deuda, aunque para un sector de abogados (desde una lectura literal) pudiera ser que «inexigible»

9 El artículo 722 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1069, publicado el 27 de Junio de 2008, refiere que «[e]l ejecutado, en el mismo plazo que tiene para pagar, puede contradecir con arreglo a las disposiciones generales». Por su parte el artículo 690-D del mismo dispositivo procesal, introducido por el artículo único del Decreto Legislativo antes citado, señala: que «[l]a contradicción sólo podrá fundarse según la naturaleza del título en: 1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título; 2. Nulidad formal o falsedad del título; o cuando siendo éste un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia; 3. La extinción de la obligación exigida (...)»

refiera a que el plazo aún no se ha cumplido o vencido por lo que la deuda aún no está impaga. Respetamos criterios.

4.2. Resolución N.º 18

A fojas 236 la segunda sala civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad se resuelve la apelación interpuesta por Sociedad Conservera del Norte S.A. declarando confirmar el auto de fojas 198 a 199 de fecha 18 de junio del 2003 que declara infundada la excepción de incompetencia y la contradicción por inexigibilidad de la obligación deducidas por el gerente General de la coejecutada Sociedad Conservera del Norte S. A. y en consecuencia ordena se lleve a cabo el remate. Los fundamentos de esta resolución son:

«TERCERO: en la cláusula décima segunda del referido documento (que contiene la garantía) corriente a fojas 27 las partes convienen en que para los efectos del contrato se someten expresamente a la competencia de los jueces y tribunales de Trujillo; CUARTO: Que, las partes pueden convenir por escrito, como aparece del instrumento glosado, someterse a la competencia territorial de un Juez distinto al que le corresponde en aplicación del artículo 25 del Código Procesal Civil, por la que la excepción promovida por el ejecutado debiendo notoriamente infundada; QUINTO: Que, el ejecutado deduce contradicción sustentándola en la inexigibilidad de la obligación argumentando que se niega a cancelarlo la que condiciona a la devolución del dinero que debe hacerle la SUNAT; SEXTO: Que, los argumentos que expone el ejecutado no son los idóneos para sustentar una contradicción basada en la inexigibilidad de la obligación puesta debe circunscribirse a sostener que la obligación no es pura ni simple, o que el plazo no ha vencido o que se encuentra sujeto a condición.»

Nuevamente estamos de acuerdo con lo resuelto, puesto que la excepción no debe ser amparada. Por otro lado, en lo que refiere a la contradicción, debemos señalar que el argumento del derecho existente frente a SUNAT (la deuda que SUNAT tiene con Sociedad Conservera del Norte S.A.) no es oponible porque no refiere a los supuestos del artículo 722 del CPC (concordado con el artículo 690-D del CPC).

Sobre la inexigibilidad refiere a supuestos tales como «sostener que la obligación no es pura ni simple, o que el plazo no ha vencido o que se encuentra sujeto a condición». Que alude a situaciones en las que la deuda no es posible de ser requerida a cobro que no es propiamente el caso del expediente puesto que la argumentación de la ejecutada es que tiene voluntad de pago pero al parecer no tiene dinero para ello, lo que es un

problema de insolvencia o incapacidad económica de pago. No estamos considerando que la sentencia esté incorrecta en este aspecto, puesto que es la parte demandada quien sostiene que existe una inexigibilidad de la obligación, lo que no resulta conforme a ley.

Es importante «sostener que la obligación no es pura ni simple, es lo mismo que decir que existe una modalidad de la obligación: plazo, condición, modo o cargo» por lo que es reiterativa la resolución cuando dice: «que el plazo no ha vencido o que se encuentra sujeto a condición».

V. APRECIACIONES FINALES A LA RESOLUCIÓN CASATORIA OBJETO DE ESTUDIO

Finalmente, podemos indicar que nos encontramos de acuerdo con la resolución, pero no con los fundamentos porque (tal como lo hemos señalado) las partes pueden pactar válidamente (Art. 25 del CPC) que la competencia territorial sea distinta a la que la Ley señala por lo que no es posible desconocer dicho pacto.

Por otro lado, la hipoteca si bien es un derecho real de garantía y es accesoria a una deuda principal de índole civil o comercial es resultado (en el presente caso) de un contrato (por ende de un negocio jurídico) y, por lo tanto, los sujetos que intervienen en el mismo ejercen su autonomía privada en la creación de normas jurídicas privadas, ante ello no es posible que dichas reglas se sometan a las del pagaré que rigen la deuda mercantil y serán usadas (eventualmente) en el proceso de ejecución de dar suma de dinero. La casación no refiere a estos aspectos y sólo alude a la existencia del pacto y afirma que «el pagaré es sólo una prueba (de la existencia de la deuda)». Como suele suceder (casi de modo frecuente) la resolución casatoria que debe ser interpretativa y aportar nociones (y explicaciones) claras y minuciosas en cumplimiento de su función de «enseñanza de cómo usar los preceptos jurídicos» es ambigua, imprecisa e incompleta.

ANÁLISIS DEL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL CASO HUATUCO HUATUCO Y LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL

Binding precedent assay in the Huatuco Huatuco case and the functional administrative responsibility

*Víctor Lizárraga Guerra**
Universidad Continental

Recepción: 18/9/2015

Aceptación: 29/4/2016

Resumen

Con base en el análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 05057-2013-PA/TC, el autor analiza el impacto de las decisiones del máximo intérprete de la Constitución Política en el régimen del servicio civil. Asimismo, identifica las particularidades de la responsabilidad administrativa funcional y de la actuación de la Contraloría General de la República.

Palabras clave: Responsabilidad administrativa funcional; potestad sancionadora; servicio civil; meritocracia.

Abstract

Based on the analysis of the judgment of the Constitutional Court relapse in the record 05057-2013-PA/TC, the author analyzes the impact of the decisions of the supreme interpreter of the Constitution in the civil service regime. It also identifies the particularities of the functional administrative responsibility and the General Comptroller of the Republic procedure.

Keywords: Functional administrative responsibility; sanctioning authority; civil service; meritocracy.

* Abogado por la Universidad Peruana Los Andes. Ha realizado estudios de maestría en Derecho Procesal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor en la Universidad Continental. Presidente del Instituto Peruano de Derecho Disciplinario.

I. INTRODUCCIÓN

El 2 de junio de 2015 el Tribunal Constitucional (en adelante el Tribunal) publicó en su portal electrónico la sentencia recaída en el expediente 05057-2013-PA/TC calificándola como precedente vinculante, a través de la cual establece determinados criterios que deberán tener en consideración los jueces, al momento de resolver demandas interpuestas por trabajadores públicos despedidos, cuando estos soliciten ser repuestos en su empleo por corresponderles un contrato de trabajo a plazo indeterminado correspondiente al régimen laboral privado.

En el presente trabajo nos abocaremos a realizar un análisis crítico y reflexivo respecto a los criterios desarrollados por el Tribunal en torno al acceso a la función pública, la carrera administrativa y el reconocimiento constitucional de la responsabilidad administrativa funcional a cargo de la Contraloría General de la República (en lo sucesivo CGR).

II. EFECTOS DEL PRECEDENTE PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1. Ratificación del principio meritocrático en la administración pública

El precedente vinculante viene promoviendo una discusión respecto a la afectación del derecho al trabajo y el derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario¹, el cual perjudicaría, tanto en el ámbito económico como, posiblemente, en el desarrollo de su proyecto de vida², a trabajadores que ingresaron sin las formalidades de un concurso público. Asimismo el precedente vinculante contribuye a la profesionalización de la administración pública y al reconocimiento de la meritocracia³ como principio rector del acceso a la función pública.

1 Artículos 22 y 27 de la *Constitución Política del Perú*.

2 Las razones de la discrepancia que el magistrado Blume Fortini manifestó en el fundamento 3.2 de su voto singular refieren que «[el precedente vinculante] convalida un eventual accionar abusivo, lesivo e irresponsable del Estado en la contratación pública laboral, perjudicando injustamente al trabajador y desconociendo las garantías mínimas previstas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin tener en cuenta las graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida...».

3 La calidad de principio ha sido atribuida por el numeral d del artículo III de la Ley del Servicio Civil, Ley N.º 30057, en la que se consigna que «[e]l régimen del Servicio Civil, incluyendo el acceso, la permanencia, progresión, mejora en las compensaciones y movilidad, se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto de los

El Tribunal⁴ sobre el particular ha precisado: «Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito...».

Cabe mencionar que el Tribunal, como parte de la fundamentación legal respecto a la meritocracia, recoge los alcances de la vigencia de la Ley Marco del Empleo Público, Ley N.º 28175, que señala «el Poder Legislativo ha expedido la Ley 28175, Marco del Empleo Público, en cuyo artículo 5º establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidad de las personas...». Sobre el particular se debe definir si se encuentra vigente, o no, la Ley N.º 28175, teniendo en consideración que el literal b) de la única disposición complementaria derogatoria de la Ley N.º 30057 señala que una vez que esta norma se implemente la Ley N.º 28175 queda derogada.

Al respecto, es importante señalar que la primera disposición complementaria transitoria de la Ley N.º 30057 establece que su implementación es progresiva y en un plazo máximo de seis años. En consecuencia, la Ley N.º 28175 no se encuentra derogada sino hasta que se culmine el proceso de implementación de la reforma del servicio civil, la cual será declarada por SERVIR⁵. No obstante, se debe precisar que si algunas disposiciones de la Ley N.º 28175 se oponen a la Ley N.º 30057, por ser esta una ley posterior, estas disposiciones sí estarían derogadas⁶.

2.2. El acceso a la función pública

En la sentencia, identificamos un desarrollo respecto a la función pública, sobre la cual existían contradicciones en la interpretación del Capítulo IV «De la función pública» y los artículos 39 y 42 de la *Constitución Política*, identificado el problema el Tribunal reconoce que una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto de función pública comprende: **el desempeño de funciones de todo funcionario y servidor en las entidades públicas**⁷, *contrario sensu* el incumplimiento de funciones configuraría res-

postulantes y servidores civiles».

4 Fundamento 8 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 05057-2013-PA/TC.

5 Ente rector del sistema administrativo de Recursos Humanos.

6 Conforme se ha precisado en el fundamento 3.13 del Informe Técnico N.º 424-2014-SERVIR/GPGSC.

7 Fundamento 8 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 05057-2013-PA/TC. «Sobre el particular, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional ha sostenido que una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto “función pública”

ponsabilidad administrativa disciplinaria⁸; es decir, el Tribunal reconoce la concepción amplia del término función pública, recogido por normas nacionales⁹ e internacionales¹⁰, entendiéndolo como toda actividad realizada por personas naturales en nombre del Estado cuyo fin está encaminado al logro de los fines esenciales del mismo.

En ese sentido, el Tribunal se aleja de la tendencia tradicional que entendía la función pública desde una perspectiva contractual, otorgando el *estatuto* de la función pública como una relación estatutaria, a través del cual el funcionario o servidor está sometido al cumplimiento de sus obligaciones en cumplimiento del desempeño de las actividades: «[d]e ahí que se diga que el funcionario no tiene con la Administración una relación contractual, sino estatutaria. Es decir, que queda encuadrado desde su nombramiento hasta la extinción del vínculo profesional en el marco de un estatuto público, que fija en cada momento sus derechos, deberes y responsabilidades».¹¹

Además, el Tribunal en esta parte efectúa un desarrollo didáctico respecto al derecho de acceso a la función pública el cual comprende: **a) la función pública representativa y b) la función pública no representativa**, respecto al *primero* se encuentran los cargo políticos desde las más altas magistraturas, como el de congresistas, el del presidente de la república, y alcanza hasta alcaldes o regidores. En ese sentido, el Tribunal, a través del desarrollo del concepto amplio de función pública, habilita la posibilidad de procesar disciplinariamente a todo funcionario con «cargo» que ejerce funciones de representación política. A la fecha existe un vacío normativo y deficiente tipificación, tal como lo ha reconocido SERVIR, en el fundamento 3.9 del Informe Técnico 311-2013-SERVIR/GPGSC respecto al procedimiento administrativo disciplinario de alcaldes y regidores.

«Nótese que la norma transcrita [Ley Orgánica de Municipalidades] no define qué es una falta grave ni prevé tampoco un listado de conductas o actuaciones que pudieran ser calificadas como “graves” (ni se indica en el resto de disposiciones de la Ley N.º 27972); por el contrario, en la referida norma tan solo se señala que la falta grave se configura “de acuerdo” a lo que establezca el reglamento interno del Concejo Municipal. Corresponde entonces a los Concejos Municipales tipificar adecuadamente las conductas que ameritan la suspensión del cargo».

exige entender de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado...».

8 Sobre la naturaleza de la responsabilidad administrativa disciplinaria nos encargaremos más adelante.

9 Código de Ética de la Función Pública.

10 Convención Interamericana contra la Corrupción.

11 Sánchez, Miguel. *Derecho de la función pública*. Madrid: Tecnos, 2013, p. 18.

En consecuencia, es necesario retomar la discusión sobre la necesidad de aprobar un código disciplinario único¹², a fin de sancionar el incumplimiento de sus funciones a las autoridades que ostentan un cargo político, el cual debería estar a cargo de la CGR. Cabe mencionar, que se encuentra en comisión el Proyecto de Ley 2528-2013-CG¹³, a través del cual se busca ampliar facultades sancionadoras a la CGR contra autoridades elegidas por elección popular, tales como alcaldes, regidores, gobernadores regionales y consejeros regionales.

2.3. Sobre la carrera administrativa

En estos últimos tiempos se vienen identificando (portal electrónico del Tribunal) demandas de inconstitucionalidad contra ordenanzas regionales y municipales que reconocían procedimientos administrativos disciplinarios, así como derechos y obligaciones de trabajadores del sector público, las cuales contravienen con la Constitución y la ley. El argumento de los gobiernos subnacionales se fundamenta en su autonomía normativa y política; sin embargo, con el precedente el Tribunal ha definido expresamente que solo con normas con rango de ley, aprobadas por el *poder legislativo* o el *poder ejecutivo* —este último siempre y cuando le haya sido delegado conforme a la Constitución y dentro de los límites formales¹⁴—, se puede regular la carrera administrativa, la cual constituye un bien jurídico constitucional; reconociéndose así una reserva de ley material¹⁵. En ese orden

12 Lizárraga, Víctor. *El derecho disciplinario en la administración pública*. Lima: Grijley, 2013; p. 19.

13 El Contralor General de la República, Fuad Khoury Zarzar, presentó el 8 de agosto de 2013 al Congreso de la República un paquete de propuestas legislativas con el propósito de fortalecer el sistema legal anticorrupción en el país, sugiriendo la incorporación a las altas autoridades de los gobiernos regionales y locales en la potestad sancionadora de la Contraloría General y fortalecer el procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional. En ese sentido, la propuesta tiene por finalidad incorporar a los Alcaldes, Regidores, Gobernadores Regionales, y Consejeros Regionales, dentro de la potestad sancionadora, en razón que no son pasibles de control político externo por parte del Congreso de la República, teniendo en la actualidad un control político interno debilitado, que crea una sensación de impunidad en la población. El proyecto a la fecha se encuentra en Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República.

14 RUÍZ, Juan. Documento de Trabajo N.º 43 IDL-Justicia Viva. El autor refiere lo siguiente «[n]o debemos olvidar que la potestad del Congreso es una potestad libre, no vinculada ni limitada por nada salvo por la Constitución como en cambio lo está el Gobierno a la hora de dictar un decreto legislativo».

15 «[E]l artículo 40 de la *Constitución Política* del Perú establece que “la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos”. Dicha disposición no hace sino reiterar que toda limitación de un derecho fundamental debe provenir de una ley.

de ideas el Tribunal¹⁶ ha señalado:

Dicha reserva legal debía entenderse como una de «acto legislativo», y que la misma no era omnicomprensiva para cualquier tipo de normas a las que el ordenamiento pueda haber conferido el rango de ley —como puede el caso de una ordenanza municipal por ejemplo—, pues se trata de un acto legislativo que garantiza que las restricciones y límites de los derechos constitucionales cuenten necesariamente con la intervención del Poder Legislativo, preservando, además, su carácter general y su conformidad con el principio de igualdad.

Por otro lado, es importante definir si los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada (decreto legislativo 728) que prestan servicios en la administración pública son parte o no de la carrera administrativa. Respecto a la interrogante, el Tribunal ha perdido la oportunidad de definir el estatus de los trabajadores de la actividad privada y su relación con la carrera administrativa. En nuestra opinión, el Tribunal continúa ratificando la posición que el personal del régimen laboral del decreto legislativo 728, no pertenece a la carrera administrativa, porque no poseen un nombramiento, pero sí un contrato de trabajo¹⁷, por ello se estarían restringiendo algunos derechos de acceso a la función pública como, por ejemplo, el derecho al ascenso.

III. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL PRECEDENTE

En esta parte nos concentraremos en analizar los efectos que establecen las contrataciones laborales, por parte de funcionarios y servidores que apliquen modalidades distintas a las que correspondan, generando *responsabilidad funcional e incluso responsabilidad civil* y analizaremos el fundamento 20 de la sentencia, el cual constituye precedente vinculante:

[...] En efecto, con la finalidad de que se apliquen las sanciones que correspondan, la máxima autoridad de la institución deberá determinar quién o quiénes tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado actualizado en un proceso judicial, para lo cual recurrirán a sus propios documentos internos y de gestión, luego de ello se procederá a proporcionar dicha información a conocimiento de la Oficina de Control Interno de la institución a fin de que se efectúen

16 Fundamento 8 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 05057-2013-PA/TC.

17 De acuerdo a lo tipificado por el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral se establece que el contrato de trabajo tiene tres elementos básicos para su existencia, los mismos que son la prestación personal de servicios, la remuneración y la subordinación.

las investigaciones del caso, se lleve a cabo el procedimiento administrativo disciplinario del personal que incumplió las normas que regulan los requisitos para la contratación del personal en la administración pública, y se establezcan las sanciones pertinentes conforme a lo dispuesto en los artículos 46° y 47° Ley N.° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporados por la Ley N.° 29622, que modifica y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. Una vez determinadas las respectivas responsabilidades, las sanciones que se impongan deberán ser consignadas en el Registro de Sanciones de Destitución y Despido (RSDD), artículo 50° de la mencionada Ley N.° 27785.

3.1. La finalidad de la sanción

La sanción en el ámbito de la responsabilidad administrativa funcional y disciplinaria tiene por finalidad proteger bienes jurídicos relacionados con la buena administración, además constituye un instrumento de prevención y represión de las conductas de los funcionarios y servidores en procura de la protección del interés general¹⁸. En ese sentido, la sanción administrativa no debe enfocarse desde el punto de vista punitivo o draconiano contra los funcionarios encargados de los procesos de contrataciones de personal para la administración pública, como el que pretende enfocar el Tribunal en el precedente, al ordenar a las «máximas autoridades de la institución públicas a determinar quién o quiénes tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado en un proceso judicial, para lo cual recurrirán a sus propios documentos internos y de gestión».

Sobre el particular, el Tribunal no ha tomado en consideración que el procedimiento administrativo disciplinario se divide en dos fases: instructiva y sancionadora. La primera tiene por finalidad buscar la verdad material a través de la investigación y la actuación probatoria y la segunda es la

¹⁸ El Tribunal Constitucional, en el fundamento 11 de la sentencia recaída en el expediente 01873-2009-PA/TC, señala que «el objeto del procedimiento administrativo sancionador es investigar y, de ser el caso, sancionar supuestas infracciones cometidas como consecuencia de una conducta ilegal por parte de los administrados. **Si bien la potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales, derivan del *ius puniendi* del Estado, no pueden equipararse ambas, dado que no sólo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en el caso de las administrativas).** A ello hay que agregar que en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda». (El énfasis es propio).

instancia encargada de sancionar respetando el principio de razonabilidad y proporcionalidad; en ese sentido para el inicio de la fase instructiva se debe tener en consideración lo establecido en el régimen disciplinario regulado en la Ley del Servicio Civil, de obligatoria aplicación en la administración pública a partir del 14 de setiembre de 2014.

3.2. El inicio del procedimiento disciplinario en la Ley SERVIR

En la Ley N.º 30057, en adelante la Ley, el inicio del procedimiento administrativo disciplinario se inicia de oficio o a pedido de una denuncia formulado por personas natural, que tome conocimiento de la comisión de una falta disciplinaria, el artículo 93.1 de la referida Ley reconoce el «principio de oficialidad u obligatoria», en el sentido que la Administración está en la obligación de pronunciarse sobre la procedencia o no, del inicio del procedimiento administrativo, como consecuencia de la denuncia formulada por los administrados y notificar su decisión, el cual es un acto administrativo sujeto a control jurisdiccional.

Siendo así, el Tribunal parte de un supuesto equivocado, donde entiende que el inicio del procedimiento administrativo disciplinario, está a cargo de los titulares de las entidades, quienes conforme a lo establecido en la Ley, son autoridades sancionadoras¹⁹, por lo tanto, la sentencia debió precisar que las autoridades instructoras inicien los procedimientos administrativos disciplinarios conforme a sus atribuciones, en el presente caso la secretaría técnica o quien haga sus veces.

Cabe mencionar, que la Ley establece que las autoridades del procedimiento contarán con el apoyo de un *Secretario Técnico*²⁰, que debe ser de preferencia un abogado, quien realizará labores correspondientes al órgano de instrucción, es decir, se encargará de impulsar la fase de instrucción y elaborar la propuesta de resolución sobre las actuaciones administrativas más importante, proponiendo la imposición de sanción, ejecutando la actividad probatoria y tipificando las infracciones disciplinarias.

19 Las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario regulados en el artículo 92 de la Ley del Servicio Civil son a) el Jefe inmediato del presunto infractor, b) el Jefe de recursos humanos o quien haga sus veces, c) el Titular de la entidad, y d) el Tribunal del Servicio Civil.

20 Cabe mencionar que la Ley del Servicio Civil menoscaba la actuación de los secretarios técnicos al establecer que no tienen capacidad de decisión y sus informes no son vinculantes, hecho que podría poner en peligro la independencia de la etapa de instrucción.

IV. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL A CARGO DE LA CONTRALORÍA

En la sentencia se señala que el titular de la entidad procederá a proporcionar información sobre la responsabilidad de los funcionarios encargados de los procesos de contratación de personal, a la Oficina de Control Interno (OCI) de la institución **con la finalidad de investigar y llevar a cabo el procedimiento administrativo disciplinario** y se establezcan las sanciones pertinentes conforme a lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley N.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporados por la Ley N.º 29622, que modifica y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.

En ese sentido, es oportuno precisar algunos conceptos respecto a la potestad sancionadora otorgada a la CGR, para tal efecto analizaremos su constitucionalidad y sus alcances objetivo y subjetivo, para finalmente advertir el error de interpretación por parte del Tribunal.

4.1. Bases constitucionales de la Ley 29622

Conforme al artículo 82 de la *Constitución Política del Perú*, la CGR es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control, encargado de supervisar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. En ese sentido, el constituyente ha creído por conveniente otorgar la facultad de supervisión a la Contraloría General sobre los actos de legalidad de los funcionarios y servidores públicos, el cual se expresa en el poder sancionador.

Sin embargo, el referido texto constitucional no es suficiente para precisar el deber constitucional de la CGR. En la lucha contra la corrupción, es necesario remitirse al bloque constitucional de la Ley N.º 27778, expresada en el artículo 16, donde

[l]a Contraloría General es el ente técnico rector del Sistema Nacional de Control, dotado de autonomía administrativa, funcional, económica y financiera, que tiene por misión dirigir y supervisar con eficiencia y eficacia el control gubernamental, orientando su accionar al fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, la promoción de valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como, contribuir con los Poderes del Estado en la toma de decisiones y con la ciudadanía para su adecuada participación en el control social.

Asimismo, la Ley 29622 ha incorporado en el cumplimiento de las funciones de CGR la potestad sancionadora a los funcionarios o servidores públicos que comentan infracción contra la administración pública y en la que se derive responsabilidad administrativa funcional.

Para García²¹, los fundamentos de la constitucionalidad de la potestad sancionadora otorgada a la CGR consisten en que la «atribución corresponde a la modalidad de control gubernamental de legalidad directamente vinculada con la función de la Contraloría General de cautelar los recursos del Estado, promover los valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos y la prevención de la corrupción». Sobre el particular, se considera que la CGR, como un organismo autónomo en cumplimiento de su misión y deber institucional de control de la ejecución presupuestaria, deberá actuar respetando los principios y garantías del procedimiento administrativo sancionador; su actuación no será inconstitucional si en el desarrollo del ejercicio del poder sancionador se respetan los derechos fundamentales de los administrados.

En consecuencia, si la Carta Magna no señala de manera taxativa que la CGR cuente con facultad sancionadora, tampoco prohíbe que la CGR pueda sancionar y ello debido a que la potestad sancionadora forma parte de las competencias asignadas a la Administración Pública y que no solo compatibilizan con la facultad directriz del empleador, sino que, además, encuentra su fundamento en la preservación y autoprotección de la organización administrativa y en el correcto funcionamiento de los servicios público-administrativos

La Comisión Especial Multipartidaria Permanente del Congreso de la República, encargada del control, seguimiento y evaluación al Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción, en la Moción de Orden del Día 8445, concluye

[...] [se] considera que el otorgamiento de facultad sancionadora a la Contraloría General de la República significará una importante reforma en el Sistema Nacional de Control, la que permitirá coadyuvar en la lucha contra la corrupción, lo que no importa que se reemplace en sus funciones al Ministerio Público o al Poder Judicial por cuanto se trata de responsabilidad administrativo funcional y no responsabilidad civil o penal, siendo que conforme lo dispone la Ley N° 27444 existe autonomía de responsabilidades, es decir, las consecuencias civiles, penales o admi-

21 García, Erika. *Análisis de constitucionalidad de la facultad de la Contraloría General de la República para sancionar por responsabilidad funcional y su relación con el principio «Ne bis in ídem»* [Tesis de Maestría]. Lima: 2013. Recuperado de: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/751/browse?value=Garc%C3%ADa+Cobi%C3%A1n+Castro%2C+Erika&type=author>.

nistrativas de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación [...].

4.2. Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo

El artículo 45 de la Ley 27785, modificado por la Ley 29622, establece el ámbito de aplicación subjetiva:

[...] La referida potestad para sancionar se ejerce sobre los servidores y funcionarios públicos a quienes se refiere la definición básica de la novena disposición final, con prescindencia del vínculo laboral, contractual, estatutario, administrativo o civil del infractor y del régimen bajo el cual se encuentre, o la vigencia de dicho vínculo con las entidades señaladas en el artículo 3°, salvo las indicadas en su literal g) [...].

Asimismo, se establece que se encuentran excluidos las autoridades elegidas por votación popular, los titulares de los organismos constitucionalmente autónomos y las autoridades que cuentan con la prerrogativa del antejuicio político, cuya responsabilidad administrativa funcional se sujeta a los procedimientos establecidos en cada caso.

En relación al ámbito de aplicación objetiva, se reconoce en el reglamento de la Ley 29622 lo siguiente:

[...] El presente Reglamento regula el procedimiento administrativo sancionador (en adelante, el procedimiento sancionador), aplicable por las infracciones graves y muy graves derivadas de los Informes de Control emitido por los órganos del Sistema Nacional de Control, que impliquen el incumplimiento del ordenamiento jurídico administrativo, las normas internas de las entidades, así como de todas aquellas obligaciones derivadas del ejercicio del cargo, conforme a lo dispuesto en el presente Reglamento [...].

El reconocimiento de la responsabilidad administrativa funcional a cargo de la CGR, que se encargará de sancionar o inhabilitar a los funcionarios y servidores públicos que comentan infracciones graves y muy graves derivadas de los Informes de Control, es un medio para enfrentar la corrupción y luchar contra la impunidad en la administración pública.

4.3. La responsabilidad administrativa funcional y disciplinaria desde la perspectiva del Tribunal

El Tribunal no tiene clara la diferencia entre responsabilidad administrativa disciplinaria y responsabilidad administrativa funcional, lo cual queda evidenciado cuando se establece que el OCI de la entidad es el encargado

de llevar a cabo el «procedimiento administrativo disciplinario». Estas funciones —conforme lo hemos señalado líneas arriba— son parte de la fase instructiva y se encuentran a cargo del órgano instructor de la CGR, el cual está encargado de realizar las actuaciones conducentes a la determinación de la responsabilidad administrativa funcional, que ordenará la práctica de las diligencias que resulten permitentes y adoptará las medidas necesarias para asegurar el deslinde de responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos identificados en los *informes de control* emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control.

Por lo tanto, no es función del OCI desarrollar la fase instructiva, lo que sí le corresponde es elaborar un informe de control, donde puede identificar las responsabilidades penal, civil y administrativa funcional, insumo básico para el inicio del procedimiento administrativo sancionador a cargo de la CGR.

Es insoslayable referirse al último párrafo del fundamento 20 del precedente, donde el Tribunal por primera vez reconoce la potestad sancionadora a cargo de la CGR como medio de lucha contra la impunidad y la corrupción, lo cual fortalece las funciones de los órganos encargados del procedimiento administrativo sancionador y la labor del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas (en adelante, TSRA).

[...] Al respecto, cabe precisar que conforme al artículo 11° y la Novena Disposición Final de la Ley N.° 27785, los servidores y funcionarios públicos incurrir en responsabilidad administrativa funcional cuando contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen o cuando en el ejercicio de sus funciones hayan realizado una gestión deficiente. Se desprende que, a su vez, incurrir en responsabilidad civil cuando, por su acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico al Estado, siendo necesario que este sea ocasionado por incumplir sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve.

Finalmente, en el fundamento 2.16 del Acuerdo Plenario 001-2013-CG/TSRA, el TSRA diferencia entre la responsabilidad administrativa funcional y disciplinaria, que constituye así un importante aporte en el desarrollo del derecho disciplinario porque permite diferenciar el poder sancionador de las entidades públicas y la CGR en la misión de proteger los principios de buena *administración*. Sobre el particular, se han presentado opiniones respetables que cuestionan el referido Acuerdo Plenario²², enfocadas es-

22 VIGNOLO, Orlando. «La reducción a la mínima expresión del *non bis in idem* en el régimen disciplinario peruano». En DANÓS, Jorge, HUAPAYA, Ramón, ROJAS, Verónica, TIRADO, José y Orlando VIGNOLO (coordinadores). *Derecho Administrativo: Innovación, cambio y eficacia*. Lima: Caballero Bustamante, 2014; p. 407. El autor refiere que «[e]ntonces, el

pecialmente en la inaplicación del principio del *non bis in ídem*, que será motivo de análisis en otro trabajo.

Cuadro comparativo entre el procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad disciplinaria y el procedimiento administrativo por responsabilidad funcional

	Procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa disciplinaria	Procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional
Autoridad competente	Titular de cada entidad. Segunda Instancia: Tribunal de SERVIR.	CGR. Primera instancia: Órgano Instructor; Segunda instancia: Órgano Sancionador.
Sujetos del procedimiento	Servidor o funcionario público que mantiene una relación de subordinación con la entidad en el cual ejerce sus funciones.	Servidor o funcionario público que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene el vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza.
Tipificación	Faltas disciplinarias desarrolladas generalmente de manera abierta.	Conductas infractoras desarrolladas en forma descriptiva, exhaustiva.
Finalidad de la sanción	Castigar el incumplimiento de funciones que respecto de una determinada actividad constituye falta en la prestación del servicio a favor del empleador.	Castigar hechos que configuran responsabilidad administrativa funcional, por la comisión de las conductas tipificadas como infracciones en la Ley 27785, modificada por la Ley 29622 y su Reglamento.
Finalidad de la potestad	Asegurar que las actividades que desarrollan en el marco de sus funciones se ejerzan en cumplimiento de la normativa aplicable, sin perjuicio del poder público de tutela del interés general.	Tutelar el interés público respecto a la correcta gestión y uso de los recursos públicos en estricta observancia a los parámetros que impone el principio de la Buena Administración frente a conductas que privilegian intereses distintos de aquel.

Fuente: Elaboración propia conforme al fundamento 2.16 del Acuerdo Plenario 001-2013-CG/TSRA

Acuerdo Plenario n.º 01-2013-CG/TSRA confunde la naturaleza de su propio régimen sancionador (su esencia disciplinaria), al hacerlo pivotar en torno a la jerarquía y subordinación laboral del empleado público respecto a la extraña noción del Estado empleador, construcción que no da cobertura a la potestad explicada, y, por lo demás, frente a la cantidad de sistemas de empleo público que actualmente tenemos...».

V. CONCLUSIONES

La sentencia emitida por el Tribunal y recaída en el expediente 05057-2013-PA/TC ratifica los principios de meritocracia y reconoce a la carrera administrativa como bien jurídico constitucional, sobre los cuales el mismo Tribunal, los órganos jurisdiccionales y el SERVIR venían aplicando como parte de su fundamentación en sus resoluciones respecto a los referidos principios.

El reconocimiento de la responsabilidad administrativa funcional a cargo de la CGR es un aporte fundamental en la lucha contra la corrupción al interior de la administración pública, el cual fortalece el sistema anticorrupción en el Perú.

REQUISITOS Y CONDICIONES DE REDACCIÓN, Y ENVÍO DE ARTÍCULO JURÍDICO

Teniendo en consideración las directrices de la Dirección de Investigación de la Universidad Continental, a continuación se precisan los requisitos y condiciones que debe contener el trabajo para su publicación.

I. ESTRUCTURA

1. Título en español, el título debe ser conciso pero informativo, se recomienda como máximo 20 palabras.
2. Título en inglés
3. Autor(es): Nombres, apellido paterno y materno. En pie de página, el último grado académico (y la institución donde logró la debida acreditación), el cargo que desempeña en la institución donde trabaja y la institución de educación superior en la que viene desempeñando labores de docencia, de ser el caso.
4. Introducción
5. Cuerpo del documento
6. Conclusiones
7. Citas al pie de página de conformidad a los formatos sugeridos
 - 7.1 *Libros y monografías:*

Villanueva R. Derecho a la salud, perspectiva de género y multiculturalismo. 1.º ed. Lima: Palestra Editores; 2009.
 - 7.2 *Libros y monografías con editor (es), director(es), compilador (es) o coordinador como autor*

Michel-Kerjan E., Slovic P, editors. The irrational economist: making decisions in a dangerous world. New York: PublicAffairs; 2010.
 - 7.3 *Artículo de revista científica con menos de 6 autores*

Barranzuela JL, Vásquez ER, Verdeja LF, Salazar S, Hill N. Utilización de los fosfatos de Sechura (Bayóvar-Perú) como fertilizante natural de aplicación directa (FNAD). Revista Rocas y Minerales. Ago 1995;24(284):46-54.
 - 7.4 *Actas de congresos, conferencias, jornadas, simposios, reuniones científicas etc.*

II Jornadas de Historia: Perú-Ecuador, un espacio compartido. Piura; 25-27 de noviembre 1999. Piura: Universidad de Piura; 1999.

7.5 Tesis

Mares C. *La reformatio in peius* en la vía administrativa [Tesis]. Piura: Universidad de Piura. Facultad de Derecho; 1999.

7.6 Documentos legales (Leyes, Decretos, Ordenanzas, etc.)

Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Ley 55/2003 de 16 de diciembre. Boletín Oficial del Estado, n° 301, (17-12-2003).

7.7 Jurisprudencia

Recursos de inconstitucionalidad 3540/96, 1492/97 y 3316/97 (acumulados). Promovidos por el Presidente del Gobierno frente a la Ley de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica, y la Ley de Castilla-La Mancha 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico; y por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de las oficinas de farmacia. Sala del Tribunal Constitucional 109/2003, de 5 de junio de 2003. Boletín Oficial del Estado, n° 156, (1 Julio 2003).

7.8 Artículo de revista en Internet

Zeta R. José María Desantes: Un gran maestro. Desde el Campus-Boletín Informativo de la Dirección de Comunicación de la Universidad de Piura. [Revista on-line] 2004 [Consultado 17 febrero 2011]; 2(103). Disponible en: <http://www.udep.edu.pe/publicaciones/desdelcampus/art1041.html>

8. Correo electrónico del autor(es)

II. REDACCIÓN

Los artículos deben ser redactados usando un procesador de textos, en hojas tamaño A4, a espacio simple, fuente Arial, doce (12) puntos, márgenes superior e izquierda tres (3) cm, márgenes derecha e inferior dos punto cinco (2.5) cm. El mínimo de páginas a enviar es de cinco (5), no hay una extensión máxima.

Los párrafos deben estar separados por un espacio, sin sangría. Las tablas, gráficos e imágenes deben tener la leyenda en la parte superior y consignar su autoría en la parte inferior. La numeración es arábiga.

Las citas que figuran en el texto se enumeran consecutivamente en orden de mención o de entrada, con un número entre paréntesis (1).

La numeración y unidades de medida deben ser expresadas de acuerdo al Sistema Internacional de Unidades (SI).

Finalmente, los contenidos de los trabajos deberán guardar relación con el derecho corporativo (derecho constitucional económico, derecho comercial, derecho civil patrimonial, derecho laboral, derecho tributario, derecho administrativo económico, derecho regulatorio, entre otras), así como ser creaciones originales.

III. ENVÍO Y ARBITRAJE

El envío de artículos en versión electrónica se hará a la siguiente dirección: revistaderecho@continental.edu.pe, la cual será revisada por el Comité Editorial y el Comité Consultivo. Adjuntar una Declaración Jurada de autoría.

Mientras se encuentre en proceso de evaluación, el trabajo no podrá ser enviado a otras revistas. Una vez aprobada su publicación, todos los derechos de reproducción total o parcial pasan como propiedad del Comité Editorial de la Revista.

El Comité Editorial enviará a los autores una comunicación de la decisión sobre la evaluación del trabajo por parte de los árbitros adscritos tanto a la Universidad como de otras instituciones educativas. En caso de haber observaciones, estas serán comunicadas por el Comité Editorial al autor, quien deberá absolverlas dentro del plazo de cinco (5) días hábiles siguientes a la comunicación de dichas observaciones.

Ius et Tribunalis
Cuadernos Jurídicos
año 1, n.º 1
se terminó de imprimir en
noviembre de 2016
en los talleres gráficos de
Obregón Impresores SAC
por encargo de la
Universidad Continental.

