

ESTUDIOS

Vulneración del contradictorio y de la amplia defensa en la práctica de beneficios por incapacidad: Un estudio empírico a partir de las decisiones de la justicia para la concretización de la ciudadanía en el estado de Sao Paulo, Brasil

*Violation of the contradictory and the broad defense in practice of disability benefits:
An empirical study based on the decisions of the justice for the concretization
of citizenship of the state of Sao Paulo, Brazil*

Rodrigo Monteiro Pessoa 

Universidade de Ribeirão Preto, Brasil

Jair Aparecido Cardoso 

Universidade de São Paulo, Brasil

Rafael Tomaz De Oliveira 

Universidade de Ribeirão Preto, Brasil

RESUMEN La investigación empírica permite visualizar prácticas institucionales como forma de evidenciar la ausencia de neutralidad del derecho y los problemas que determinadas materias jurídicas enfrentan en el cotidiano del Poder Judicial. Este estudio es exploratorio y descriptivo, y por medio del método hipotético-deductivo en la investigación empírica, y pone a prueba la hipótesis de que la justicia del estado de Sao Paulo determina el peritaje como soberano, ignorando los antecedentes médicos de órganos públicos u opiniones de asistencia técnica que difieren del informe pericial. Con ello, se crea una jerarquía inexistente para las pruebas en el sistema procesal brasileño, alejando a los asegurados del sistema previsional de su derecho fundamental a la seguridad social, al decidir con criterios superficiales, someros y pseudo objetivos. Los datos revelan que la hipótesis se comprueba, siendo una práctica que vulnera no solamente el derecho a la seguridad social, sino también el principio de contradicción y amplia defensa.

PALABRAS CLAVE Prueba pericial, principio del contradictorio y de la amplia defensa, beneficios por incapacidad, investigación empírica, concretización de la ciudadanía.

ABSTRACT The empirical research allows visualizing institutional practices as a way of evidencing the absence of neutrality of the law and the problems that certain legal matters face in the daily life of the judiciary. This exploratory and descriptive research, by means of the hypothetical-deductive method in empirical research, tests the hypothesis that the justice of the state of Sao Paulo determines the expertise as sovereign, ignoring the medical background of public bodies or technical assistance opinions that differ from the expert report. With this, a non-existent hierarchy of evidence is created in the Brazilian procedural system, distancing the insured members of the social security system from their fundamental right to social security, deciding with superficial, superficial and pseudo-objective criteria. The data reveal that the hypothesis is proven, being a practice that violates not only the right to social security, but also the principle of contradiction and ample defense.

KEYWORDS Expert evidence, principle of contradictory and broad defense, disability benefits, empirical research, concretization of citizenship.

Introducción

El presente trabajo de investigación contempla la segunda parte de un estudio empírico realizado en la justicia del estado de Sao Paulo, Brasil, respecto a la materialización del principio del contradictorio y de la amplia defensa en materia procesal civil, específicamente en la materialización del derecho fundamental a la seguridad social en la tutela de la contingencia «incapacidad».

La primera parte fue publicada en la *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, volumen treinta, diciembre de 2023, de la Universidad de Almería, España (Pessoa y otros, 2023). En aquella ocasión se presentaron las exigencias del ordenamiento jurídico brasileño en torno a la producción de la prueba pericial en los beneficios por incapacidad, ya sean aquellas constantes en el artículo 473 del Código Procesal Civil del 2015, aquellas que están presentes en los Manuales Técnicos del Instituto Nacional del Seguro Social brasileño, o las resoluciones del Consejo Médico que obligan a los profesionales médicos a seguir determinados estándares en la confección de esta prueba importantísima en la garantía de los derechos de seguridad social. Sin embargo, la primera parte de la investigación no contempla la totalidad de la investigación empírica realizada, que se complementa por el contenido de este segundo artículo.

La investigación empírica parte del presupuesto de que la observación de realidades jurídicas en la práctica institucional de la justicia permite observar la efectividad (eficiencia y eficacia) de las normas, así como la efectividad de las instituciones

jurídicas, además de observar la garantía y el respeto de los derechos de todos los ciudadanos. A partir de la premisa señalada por Igreja (2017), de que el derecho no es neutral y que la investigación empírica permite, además, contestar a las coyunturas actuales, históricas, sociales y políticas que impactan en el análisis del fenómeno jurídico, esta investigación observa si, al momento de decidir sobre los beneficios por incapacidad en la justicia del estado de Sao Paulo, Brasil, se permite la garantía del derecho fundamental a la seguridad social de forma efectiva, por medio del contradictorio y de la amplia defensa, considerando un análisis completo de las pruebas sobre el estado clínico de los asegurados del sistema previsional brasileño, consagrando la ciudadanía y la protección efectiva a través de la seguridad social.

La investigación es empírica y se sirve del método hipotético-deductivo, con la hipótesis de que la justicia del estado de Sao Paulo determina la prueba pericial como soberana y, en la mayoría de sus decisiones, ignora la existencia de antecedentes médicos de órganos públicos u opiniones de asistencia técnica que difieren del informe pericial, basándose en esta evidencia como soberana e irrefutable, creando una jerarquía inexistente para la prueba pericial médica. Con esto, aleja a los ciudadanos asegurados por el sistema previsional del derecho fundamental a la seguridad social, decidiendo con criterios superficiales, someros y pseudo objetivos.

Para poner la hipótesis a prueba, se analizó el uso de la prueba pericial en la justicia del estado de Sao Paulo, buscando extraer elementos que permitan observar si se habla de soberanía del informe pericial frente a las demás pruebas de proceso y si hay desconsideración de otras pruebas, impidiendo la materialización del contradictorio y de la amplia defensa. Utilizando un buscador de jurisprudencias denominado Jusbrasil, con los operadores *booleanos*: «beneficio por incapacidad», «prueba pericial», «+soberano», «+informe», se encontraron, entre los años de 2017 a 2022, setenta y ocho resultados. De estos resultados, se analizaron treinta y siete casos aleatoriamente seleccionados por medio de una página de sorteo de números, para evitar una selección discriminada de las decisiones por los investigadores. Dicha muestra, en un universo de setenta y ocho casos, representa, según la técnica de investigación utilizada, un grado de confianza de 90% con margen de error de 10%. La muestra fue calculada utilizando la «Calculadora del tamaño de la muestra» de Survey Monkey.¹ En los casos seleccionados, se observó si se ofreció y se incorporó al proceso el histórico médico como prueba y/o si hubo asistencia técnica pericial.² Por medio de la investi-

1. «Calculadora de tamanho da amostra», *Survey Monkey*, 2024, disponível em <https://tipg.link/RKDd>.

2. Hay que señalar que la figura del asistente técnico en la producción probatoria del proceso civil brasileño está para generar el contradictorio en la producción del informe pericial, pues el perito es nombrado por el juzgado. No se da la oportunidad de que las partes (demandante y demandado) se pongan de acuerdo sobre el nombramiento y, en la falta de acuerdo, el tribunal lo nombra (como determina

gación jurisprudencial, será posible extraer los principales argumentos de la justicia del estado de Sao Paulo respecto a la fuerza probatoria de la pericia médica judicial.

Por otro lado, se utilizaron los operadores *booleanos* «beneficios por incapacidad», «prueba pericial», «+el juez no está vinculado por el informe», resultando 246 casos en el periodo analizado. Una vez más, los cincuenta y cuatro procesos estudiados se seleccionaron aleatoriamente para alcanzar el mismo grado de confianza y margen de error, utilizando la misma herramienta estadística disponible en el sitio web Survey Monkey. El objetivo de la investigación del operador *booleano* «+el juez no está vinculado por el informe» es analizar en cuántas decisiones se prescindió del informe médico pericial para garantizar (o no) el derecho fundamental a la seguridad social de los asegurados, o comprobar que a pesar de la mención de la frase utilizada como operador *booleano*, la resolución se basó finalmente de forma exclusiva en el peritaje médico realizado.

La técnica de investigación es la adecuada para comprobar la hipótesis de que la justicia del estado de Sao Paulo considera soberano el informe pericial y, en la mayoría de sus decisiones, prescinde de la existencia de historiales médicos o informes de asistencia técnica que difieran del informe pericial judicial, confiando en esta prueba como soberana e incuestionable, y creando una jerarquía inexistente de la prueba pericial médica, además de impedir que se materialice el contradictorio y la amplia defensa cuando se ignoran las demás pruebas para la decisión judicial.

Los beneficios por incapacidad previstos en nuestro sistema de seguridad social abarcan la protección de tres tipos de contingencias distintas: la incapacidad total y permanente (jubilación por incapacidad permanente, antes denominada jubilación por invalidez),³ que debe ser omniprofesional o multiprofesional, tratándose de una prestación sustitutiva de la remuneración del asegurado; la incapacidad total y temporal (prestación por incapacidad temporal, antes denominada prestación por enfermedad) cuando no se pueda desarrollar temporalmente la actividad habitual del asegurado,⁴ siendo igualmente sustitutiva de la remuneración y la incapacidad parcial y permanente (prestación por accidente) que, a diferencia de las anteriores, no es sustitutiva de la remuneración, sino una indemnización, debida en razón de

el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil en Chile). En Brasil, solamente se pregunta sobre la especialidad médica que se desea producir prueba —y no siempre se nombran peritos en la especialidad indicada— sin que exista sugerencia de las partes sobre quién actuará como perito médico. Sin embargo, se puede nombrar un asistente técnico que puede dialogar con el perito sobre los puntos técnicos de la producción de la prueba pericial (informe). En este caso, se podría decir que el asistente técnico es de la parte y el perito es del juzgado.

3. Nomenclatura adoptada antes de la enmienda constitucional 103/2019.

4. Al igual que el anterior, el término prestación por enfermedad hace referencia a la prestación por incapacidad total y temporal antes de la enmienda constitucional 103/2019.

la disminución de la capacidad para realizar las actividades habituales (el asegurado debe hacer un mayor esfuerzo para desarrollar su actividad habitual).⁵

El punto común entre ellos es tener que determinar el grado de incapacidad y su prolongación en el tiempo, como forma de completar los requisitos de acceso, que deben añadirse a los requisitos de la condición de asegurado y del periodo de carencia, cuando se da el caso de que se exija un número mínimo de cotizaciones mensuales para que el beneficiario tenga derecho a la prestación solicitada, en conformidad con los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 8.213/1991.⁶

Los juristas no tienen forma de determinar la situación clínica de los asegurados,⁷ necesitando demostrar su incapacidad mediante las pruebas reconocidas por la ley procesal. Y es precisamente en este punto donde encontramos una serie de problemas para garantizar a los asegurados sus derechos de seguridad social. Esto se debe a que existe un alto grado de subjetividad en los informes médicos periciales; una baja rotación de los peritos, sobrecargando a algunos profesionales que no realizan la pericia médica como debieran; la estigmatización de los asegurados, pues la pericia médica se presta a descubrir falsas alegaciones para recibir prestaciones; el incumplimiento de los requisitos del artículo 473 del Código de Procedimiento Civil de 2015; el incumplimiento de los requisitos del propio consejo médico en cuanto al contenido y análisis que se debe realizar en la pericia médica judicial; la consideración por parte de la judicatura de la prueba pericial como prueba soberana, creando una jerarquía inexistente entre las pruebas del proceso; el rechazo en diversos juzgados y salas de derecho público de la prueba prestada, o la relativización de los informes de asistencia técnica en contradicción con lo que el Superior Tribunal de Justicia entiende sobre determinados casos. Todo ello sumado a la interminable carga de trabajo

5. El concepto de contingencia es más amplio que el de riesgo, que se utilizaba en la sistemática de protección antes del desarrollo de la seguridad social. Mientras que los riesgos comprenden cualquier acontecimiento futuro, incierto e indeseado que cause un daño, las contingencias comprenden cualquier acontecimiento futuro, cierto o incierto, deseado o indeseado, que pueda impedir total o parcialmente el ejercicio de la actividad profesional o disminuir la capacidad de generar recursos para la propia supervivencia y la de su familia (adaptado de Kessler, 2005: 9).

6. Las prestaciones por accidente no requieren periodo de carencia, pero las pensiones por incapacidad permanente y las prestaciones por incapacidad temporal sí, por regla general. Se exigen doce mensualidades, salvo en caso de accidente común, accidente de trabajo o enfermedad profesional (profesional o laboral), y cuando concurra un supuesto de incapacidad por alguna de las enfermedades de la lista elaborada por los Ministerios de Sanidad y Seguridad Social, actualmente recogidas en la Ordenanza Interministerial del Ministerio del Trabajo número 22, del 31 de agosto de 2022. Es decir, el periodo de carencia para ambas prestaciones solo será exigible en el caso de enfermedades incapacitantes comunes.

7. Salvo raras excepciones de profesionales formados al mismo tiempo en medicina y derecho, que pueden actuar ante los tribunales y emitir dictámenes técnicos sobre la salud de sus clientes. Aún así, en la opinión de la judicatura, carecería de la imparcialidad necesaria para resolver el caso.

en los juzgados, con exigencias del Consejo Nacional de Justicia que provocan que el cumplimiento de los objetivos sea más cuantitativo que cualitativo.

Así, en esta segunda parte de la investigación, se propone analizar por medio de la investigación empírica la práctica de la justicia del estado de Sao Paulo con respecto a los informes de peritaje y el papel de la prueba en la materialización del principio de contradicción y amplia defensa previstos constitucionalmente, para el acceso de los asegurados al derecho fundamental a la seguridad social, de forma de contribuir a la discusión y alertar sobre la práctica nefasta que podría estar ocurriendo en el acceso a la justicia estatal.

Así, se abordará el estudio de algunos procesos en la justicia estatal, con el fin de poner a prueba la hipótesis. Por último, se extraen algunas conclusiones para destacar los principales puntos estudiados sobre el tema.

El principio de contradicción y amplia defensa en la producción probatoria de los beneficios por incapacidad de la seguridad social

El principio de contradicción y amplia defensa posee un rol importante en las cartas constitucionales modernas, teniendo en cuenta su relación directa con el debido proceso que es un derecho humano previsto en el sistema global de los derechos humanos y en el sistema interamericano de los derechos humanos. El artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 determina que:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

En el sistema interamericano hay una disposición similar, aún más completa en el artículo 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, cuyas garantías judiciales comprenden que:

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

Como se percibe, el debido proceso se ciñe a estas disposiciones generales para establecer marcos de respeto a la dignidad humana y el tratamiento igualitario que debe estar previsto en los ordenamientos jurídicos democráticos modernos, de forma de adecuar los procedimientos previstos en ley como actividades complejas y metódicas establecidas para el ejercicio de la jurisdicción, buscando que el Estado-juez

pueda determinar el derecho en última instancia y, en el caso concreto, como ente imparcial. Conforme indica Rodríguez Rescia, el debido proceso preserva el justo equilibrio entre el ciudadano y el Estado, otorgándoles garantías procesales que evitan la arbitrariedad e inseguridad que provocaría una sociedad sin orden (1998: 1297).

Dentro de la perspectiva del debido proceso, el contradictorio o principio de contradicción se conecta con la amplia defensa para establecer cimientos importantes del proceso en cuestión, pero que van más allá de la clásica comprensión de que el contradictorio es la mera oportunidad de pronunciarse sobre una demanda hecha por la parte contraria en un litigio. No se trata solamente de no sufrir los efectos de un fallo judicial sin haber tenido la oportunidad de participar en el proceso (defenderse) para hacer valer sus razones ante el juez. Se trata más bien de la garantía de la igualdad de oportunidades para influir en la decisión del juez. Como explica Zufelato:

La naturaleza constitucional del principio de contradicción no solo está relacionada con la necesidad de que las partes puedan ejercer el derecho a defender sus pretensiones al mismo tiempo que contradicen las pretensiones de la contraparte, sino también con el hecho de que la idea del contradictorio es que se permita la participación con el fin de influenciar, especialmente como mecanismo político-legal de control del poder jurisdiccional (2017: 23).

Además, cuando se piensa en la materialización de los derechos fundamentales, la propia función del proceso no se puede resumir en la clásica visión del litigio como conflicto de intereses intersubjetivos regulados por el derecho, sino en un estado de cooperación entre las partes, teniendo en cuenta que el Estado no puede tener interés en no cumplir la obligación de la prestación de seguridad social, sino que debe cooperar con la parte que alega haber sufrido una injusticia para descubrir la verdad real de los hechos en el caso concreto en la garantía de los derechos humanos y los derechos fundamentales previstos constitucionalmente. En este sentido, Calamandrei recuerda sobre la dialecticidad que:

Bisogna invece partire da un concetto più vasto e comprensivo, che abbracci non soltanto il regolamento giuridico dei conflitti di interessi tra due soggetti, ma altresì quello della collaborazione di interesse in cui possono trovarsi due o più persone, quando cooperano al raggiungimento di uno scopo comune (2019: 177).

Obviamente, lo dialéctico del proceso, que busca la satisfacción del derecho humano y fundamental de la seguridad social, no se agota en el conflicto de intereses, ya que sería incompatible con la tutela estatal de los derechos humanos y los derechos fundamentales afirmar que el Estado no tiene interés en la satisfacción de tales derechos. Como bien es recordado por Calamandrei (2019), el espíritu de colaboración de intereses es el que debe prevalecer en la cooperación para la debida tutela de los derechos fundamentales.

Si esto es así, entonces al abordar la temática de la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, en su vértice de la previsión social, en específico cuando se busca el acceso a prestaciones por accidentes de trabajo, no se puede olvidar que toda prueba producida en el proceso debe influenciar en la decisión del magistrado que aprecia el conflicto existente entre el asegurado y la administración pública, que negó el beneficio desde un proceso administrativo. En la vía administrativa es realizado un peritaje por un médico que pertenece al Ministerio de Previsión Social cuya carrera está estructurada por la Ley 11.907/2009, con otras importantes disposiciones de la Ley 13.846/2019. El médico, como es explicado en el artículo de nuestra autoría (Pessoa y otros, 2023), debe cumplir con determinadas exigencias para el análisis de la incapacidad para el trabajo, conociendo el histórico médico, verificando los exámenes que la parte presenta y exigiendo, cuando fuere necesario, nuevos exámenes y otras diligencias para el desenlace del procedimiento necesario al acceso a los beneficios por incapacidad.⁸ Se vio en la primera parte de este estudio que muchas de las exigencias del peritaje no se cumplen, en especial cuando se pasa a la vía judicial, en que la pericia médica posee otros lineamientos que complementan el Manual Técnico de Pericia Médica Previsional del Instituto Nacional del Seguro Social, previstos en el artículo 473 del Código de Proceso Civil.

Por ende, el estudio que ahora se complementa presentará un análisis empírico que permita visualizar la forma como este procedimiento ocurre en la práctica, verificando *in locu* si el Poder Judicial en el estado de Sao Paulo permite la materialización del principio de contradicción y amplia defensa, o si se está generando solamente una instancia formal de producción de la prueba en los juzgados, siendo el proceso definido exclusivamente por el peritaje, sin que exista en el procedimiento civil brasileño una jerarquía de pruebas (principio de la libre valoración de la prueba). El Código de Proceso Civil en Brasil determina en su artículo 371 que el juez valorará las pruebas del proceso, con independencia de quién las haya aportado, y motivará su resolución explicando qué ha influenciado en la formación de su convencimiento para el fallo judicial a ser proferido. Por lo tanto, es importante comprender si existe alguna influencia en el convencimiento del magistrado en las pruebas presentadas por el asegurado del sistema de seguridad social brasileño, principalmente por el hecho de que es obligatorio juntar con la petición inicial los documentos médicos que comprueben la incapacidad alegada, conforme redacción del artículo 129-A, inciso II, letra c, de la Ley 8.213/1991 (Ley de Beneficios de la Previsión Social):

Con el fin de cumplir con lo dispuesto en el artículo 320 de la Ley 13.105 de 16 de marzo de 2015 (Código de Procedimiento Civil), la petición inicial, independien-

8. En Instituto Nacional do Seguro Social, «Manual técnico de perícia médica previdenciária», *Diretoria da saúde do trabalhador*, marzo de 2018, disponible en <http://ow.ly/Xpwp50JlzKb>.

temente del rito o procedimiento adoptado, debe ir acompañada de los siguientes documentos: [...] c) documentación médica de que disponga relativa a la enfermedad presuntamente causante de la incapacidad discutida en el procedimiento administrativo.

Luego, si las decisiones judiciales se apoyan siquiera en los históricos médicos, exámenes e informes que muchas veces son originarios del propio Sistema Público de Salud en Brasil, habría algo que no estaría funcionando correctamente en el sistema probatorio. Principalmente porque, teniendo en cuenta la subjetividad existente en los informes de peritaje, es sabido que un mismo periciado puede tener diez evaluaciones y recibir diez informes con resultados distintos (Savaris, 2020). De ser así, es incongruente que un informe pericial judicial sea el único documento que sirva al convencimiento del juez. Es poco creíble que el conjunto de documentos proferidos por médicos del sistema público, por años, acompañando a estos pacientes y pidiendo que se alejen de sus actividades habituales para tratarse debidamente, considerando el rol preventivo de la salud pública brasileña que es partes del sistema de seguridad social (artículo quinto, inciso III de la Ley 8.080/1990), esté completamente equivocado sobre el estado clínico del paciente.

De tal forma, este estudio empírico revelará el funcionamiento del principio de contradicción y amplia defensa en la justicia del estado de Sao Paulo con respecto a los beneficios por incapacidad derivados de accidentes del trabajo, con base en los dos argumentos creados para poner la hipótesis a prueba con la adopción del método científico hipotético-deductivo.

Estudio empírico jurisprudencial sobre la prueba pericial en la justicia del estado de Sao Paulo

Cuando se habla de «empírico», del latín *empiricus* y del griego *ἐμπειρικός*, encontramos el significado de «gobernado por la experiencia». Así, esta investigación está basada en la experimentación o la observación (evidencia). Mientras que la investigación teórica en el derecho discute y prueba abstractamente una teoría (su validez y alcance), no requiriendo una interferencia práctica inmediata (derivar conclusiones a partir de premisas conocidas o decididamente verdaderas) en el nivel de la experiencia —aunque ello no signifique que la teoría esté disociada de la práctica—, la investigación empírica permite comprobar un hecho como práctica institucional o permite comprobar la efectividad de una teoría en el ámbito real de la sociedad en que esta teoría es aplicable. Es decir, que la investigación teórica del derecho puede revelar importantes partes metafísicas del argumento jurídico, como existencia de un nuevo principio, de teorías como los derechos implícitos, etcétera. En complemento, cuando la teoría o abstracción es puesta a prueba en la práctica del derecho, esta argumentación teórica se formula de tal manera que pueda ser probada y rebatida

mediante observación o experimentación. Ello significa que la teoría debe ser falsable, pero no de manera abstracta, sino concreta, a través de la observación de la práctica jurídica en relación con un objeto de investigación, por ejemplo. Conforme Igreja (2017: 11-12), la observación en la investigación empírica debe comprender que el campo del derecho no representa una postura neutral e instrumental de aplicación de la norma, en tanto el derecho responde a un campo de relaciones de poder dentro de la sociedad. De hecho, si vemos la posición del Supremo Tribunal Federal con respecto a decisiones de demandas por el control concentrado de constitucionalidad sobre la materia de seguridad social, además de la postura utilitarista y «consecuencialista» (Savaris, 2010), la protección al erario supera la tendencia de protección de los derechos sociales fundamentales como pseudo argumentación de tutela de la colectividad, como vemos en la acciones directas de inconstitucionalidad 7051, 2110 y 2111, por ejemplo. En plena compatibilidad con esta postura del Poder Judicial, la pseudo preservación de los intereses de la sociedad futura (que no tenemos la menor idea de cuáles son), al negar el beneficio a un asegurado, y al existir dudas, se atropella el principio *in dubio pro homine* de los derechos humanos de segunda generación para proteger los recursos del Estado en nombre de la sociedad del futuro, como si tuviéramos una bola de cristal para saber cuáles son estas necesidades y qué nos espera el futuro. Más incongruencia no puede haber, aunque se subraya la postura no neutral del Poder Judicial en proteger el erario. Siendo así, es importante verificar si la ausencia de reconocimiento de la incapacidad por un peritaje poco científico y hecho a prisas tiene los elementos suficientes para negar la historia clínica de los asegurados o si solamente respaldan la postura del Poder Judicial de proteger el erario.

Según Abel (1980: 805-806), la investigación empírica o investigación sociolegal, como lo denomina el autor, se propone a estudiar instituciones, entendidas como un conjunto de comportamientos interconectados, más o menos regulares (es decir, repetitivos) y legitimados normativamente. Esto nos permite lograr una mayor comprensión de los resultados de las políticas públicas, y puede ayudar a corregirlas o a mejorar aquellas ya diseñadas. Además, la investigación social, como lo llama Ragin, es una forma de construir una representación de la vida social, de la misma forma como lo hacen los periodistas, productores de documentales, entre otros (2007: 28). En el ámbito del derecho, la investigación social permite al investigador construir la representación social de la práctica jurídica, disminuyendo el espacio entre la previsión metafísica de la norma y su materialización en la solución de casos concretos que puede, incluso, generar estándares de comportamiento institucional, quitando el velo del trasfondo de los fallos judiciales, porque conecta una tendencia del Poder Judicial con otros factores, sean económicos, culturales, políticos, sociales o de discursos presentes en el imaginario social, que pueden prestarse para justificar posturas públicas con respecto a la materialización de una corriente de las teorías

de los derechos fundamentales, como la teoría liberal o democrático-institucional (Böckenförde, 1993).

Si el derecho no es neutral y debemos ser conscientes de ello, la investigación empírica nos permite dar respuesta a situaciones políticas actuales, históricas, sociales, locales y globales, que impactan directamente en el campo de análisis del fenómeno jurídico (Igreja, 2017: 14). Para esto se puede combinar el abordaje cuantitativo con el cualitativo para producir conocimiento en profundidad y refinar o elaborar imágenes y conceptos, dando voz a muchos grupos sociales, en general, marginados; producir conocimientos e interpretaciones sobre fenómenos históricos y culturales importantes para comprender la sociedad y, finalmente, desarrollar nuevos conceptos y marcos teóricos, contribuyendo al progreso de la ciencia (Ragin, 2007: 73).

El universo de asegurados de la seguridad social demanda la práctica jurídica justa en el sentido más amplio de la palabra, teniendo en cuenta la tutela de los derechos humanos y los derechos fundamentales, que es parte de la práctica del Estado social y democrático de derecho que está cimentado en la Carta Republicana de 1988 en Brasil. La voz de la ciudadanía protegida o desprotegida por la práctica judicial con respecto a los beneficios por incapacidad puede ser identificada en la realización de esta investigación empírica, social, y sociolegal, para lo cual formulamos una hipótesis de trabajo que será confirmada o rechazada tras analizar los datos recogidos. La hipótesis es que la justicia del estado de Sao Paulo considera soberano el informe pericial y, en la mayoría de sus decisiones, prescinde de la existencia de historiales médicos o informes de asistencia técnica que difieran del informe pericial judicial, confiando en esta prueba como soberana e incuestionable, y creando una jerarquía inexistente de la prueba pericial médica, además de impedir que se materialice el contradictorio y la amplia defensa cuando se ignoran las demás pruebas para la decisión judicial.

La posición de la práctica institucional fue buscada en la justicia del estado de Sao Paulo, procurando extraer elementos que nos permitan argumentar que se evoca la soberanía del informe pericial sobre las demás pruebas del caso, vulnerando el principio de la contradicción y amplia defensa. Los datos fueron indagados entre 2017 y 2022, utilizando operadores *booleanos*, como fue explicado en la introducción. El primer argumento buscó procesos donde aparecieran los términos «beneficio por incapacidad», «prueba pericial», «+informe» y «+soberano», y se encontraron setenta y ocho resultados. De estos resultados, se analizaron treinta y siete procesos seleccionados al azar. En el segundo argumento se utilizaron los operadores *booleanos* «beneficio por incapacidad», «prueba pericial» y «+el juez no está vinculado por el informe», con lo que se obtuvieron 246 procesos. Una vez más, los cincuenta y cuatro procesos estudiados se extrajeron al azar.

Se creó una hoja de cálculo para completar los datos con los siguientes puntos de observación:

- ¿En el proceso se ofreció documentos médicos contemporáneos a la presentación de la demanda?
- ¿Había un asistente técnico?
- En caso afirmativo, ¿cuál era la especialidad del asistente técnico?
- ¿El informe pericial reconoció la incapacidad en primera instancia?
- ¿La sentencia se refirió a la soberanía del informe médico?
- ¿Mencionó la sentencia alguna otra prueba para la decisión?
- ¿Se interpuso recurso?
- ¿Se convirtió el recurso en diligencia para realizar nuevo peritaje?
- ¿Difirió el informe pericial en segunda instancia del de la primera instancia?
- ¿Afirmó la sentencia del tribunal que existe soberanía del informe médico?
- ¿Se basó la sentencia del tribunal en todas las pruebas del proceso y no solamente en el informe para resolver la demanda?
- ¿La incapacidad se dio por enfermedad o accidente?
- ¿Provocó trastornos físicos o psiquiátricos?

A continuación damos a conocer los resultados, sistematizados más adelante en **tabla 1** y **tabla 2**.

En cuanto a la primera hoja de cálculo generada, en la que se buscaban prestaciones de incapacidad utilizando palabras clave como «+soberano», «+soberana», etcétera, se constató que el 85% de los casos disponía de documentos coetáneos al accidente o a enfermedad, mientras que solo el 15% carecía de ellos. De los casos sin documentación médica contemporánea, al 20% se le reconoció la incapacidad en primera instancia.⁹

Apenas el 29% de los casos analizados contó con asistencia técnica, frente al 68% que no la tuvo. Solo en el 44% de los casos se reconoció algún grado de incapacidad en el informe de primera instancia, en tanto un 56% de los informes no reconocieron ninguna incapacidad. Además, en el 50% de los informes en los que intervinieron

9. Cabe señalar que se trata de casos anteriores a la Ley 14.331/2022, que incluyó el artículo 129-A en la Ley 8.213/1991, con la siguiente redacción: «II. Para cumplir con lo dispuesto en el artículo 320 de la Ley 13.105, de 16 de marzo de 2015 (Código de Procedimiento Civil), la petición inicial, independientemente del rito o procedimiento adoptado, deberá ser instruida por el demandante con los siguientes documentos: [...] c) documentación médica de que disponga relativa a la enfermedad alegada como causa de la incapacidad discutida en el procedimiento administrativo». Ciertamente, en la actualidad, se ordenaría la modificación de la petición inicial para ofrecer estos documentos.

asistentes técnicos se reconoció algún grado de incapacidad en primera instancia (un total de cinco reconocimientos de diez casos en los que intervinieron asistentes técnicos). Dicho porcentaje invita a reflexionar sobre la eficacia de la participación de estos auxiliares en las demandas de incapacidad, pues en el 40% de los casos en los que no intervinieron auxiliares técnicos se reconoció algún grado de incapacidad en el informe pericial de primera instancia. Por su parte, en el 66,6% de los casos en los que un médico prestó asistencia técnica se reconoció algún grado de discapacidad en primera instancia, y en el 66,6% de los casos en los que un médico actuó como asistente técnico, la decisión no se basó única y exclusivamente en el informe pericial (soberanía del informe). Por el contrario, apenas el 25% de los casos en los que actuó un profesional distinto (fonoaudiólogo, psicólogo, fisioterapeuta, etcétera) se reconoció algún grado de incapacidad en primera instancia, y en estos casos, el 100% de las resoluciones reivindicaron la soberanía del informe médico pericial, prescindiendo de todas las demás pruebas obrantes en el expediente, incluido el dictamen del auxiliar técnico.

Es importante argumentar que el 76% de las decisiones de primer grado reconocen directa o indirectamente la soberanía del informe pericial,¹⁰ haciendo caso omiso de las demás pruebas del proceso, incluida la historia clínica y las opiniones de los asistentes técnicos, en las que el 85% de las sentencias ni siquiera mencionan otros documentos del caso, como si ni siquiera se hubieran ofrecido.

En el 100% de los casos analizados hubo apelación, ya sea por el representante del asegurado o por el Instituto Nacional de Seguridad Social, cuando se reconoció la incapacidad del demandante. De estos casos, solo en el 15% el juicio se convirtió en diligencia. De los que fueron convertidos en diligencia, el 60% revirtió el informe del perito que había actuado en primera instancia.

También es interesante destacar que con independencia de que el caso se convirtiera o no en diligencia, el 85% de las sentencias de la Corte de Apelaciones versan directa o indirectamente sobre la soberanía del informe pericial, prescindiendo además del resto de documentos aportados como prueba, ya que el 76% de ellas no hacen mención a otros documentos probatorios como la historia clínica y las opiniones de los asistentes técnicos a la hora de juzgar el caso, considerando el informe médico pericial como prueba soberana.

A título informativo, de los casos analizados con el primer argumento, que traían a colación la palabra clave «+soberanía», «+soberano», el 71% de ellos solicitaban prestaciones por enfermedades profesionales, mientras que el 29% referían a accidentes laborales y de trayecto. Por último, en el 94% de las demandas se solicitaba la

10. Cuando referimos a «indirectamente», ello significa que se ha utilizado un término distinto de soberanía, como «el informe debe prevalecer», «la fuerza probatoria del informe es superior», o «el informe es concluyente y prevalece sobre otras pruebas del caso», así como la posibilidad de señalar solo el informe como prueba utilizable.

Tabla 1. Preguntas clave para observación e inferencia en la investigación empírica del argumento 01. Parte I (porcentajes)

	Sí	No	Asistentes	Ningún asistente
En el proceso, ¿se ofrecieron documentos médicos contemporáneos a la presentación de la demanda?	85%	15%	-	-
¿Había un asistente técnico?	29%	68%	-	-
En caso afirmativo, ¿cuál era la especialidad del asistente técnico?	-	-	29%	71%
El informe pericial, ¿reconoció la incapacidad en primera instancia?	44%	56%	-	-
¿La sentencia se refirió a la soberanía del informe médico?	76%	24%	-	-
¿Mencionó la sentencia alguna otra prueba para la decisión?	15%	85%	-	-

Fuente: Elaboración propia.

incapacidad por enfermedades o secuelas físicas y en el 6% por secuelas o síntomas psiquiátricos.

Veamos ahora el análisis del segundo argumento, que cambió el operador *booleano* «+soberano», «+soberanía» por el operador «+el juez no está vinculado por el informe», con el fin de encontrar el contraargumento, haciendo un contrapunto a los resultados anteriores con los mismos criterios para extraer las demandas. La tabla es la misma y la producción estadística también.

En este grupo de demandas estudiadas, encontramos que el 85% de los casos tenían documentos médicos contemporáneos a la presentación de la demanda, frente al 15% que no tenían ningún documento contemporáneo. Es importante señalar que incluso en el caso de estas demandas sin documentos médicos, el 25% de ellas vieron reconocida su incapacidad en primera instancia, siendo suficiente el análisis del perito médico, incluso sin documentos.¹¹

De los casos analizados, el 81% no fue acompañado por un asistente técnico. Aun así, solamente al 36,3% de ellos se les reconoció la incapacidad en primera instancia y al 11,3% de ellos, a los que no se les reconoció en primera instancia, se les convirtió el juicio en diligencia, con un peritaje rehecho y distinto al realizado en primera instancia, concediéndose la prestación por incapacidad en la sentencia de la Corte de Apelaciones dictada. Del 19% que contaban con asistencia técnica, el 60% eran médicos, el 30% fisioterapeutas y el 10% psicólogos. Apenas en un caso se reconoció la incapacidad en primera instancia con la participación de un médico como asistente técnico, lo que vuelve a poner de manifiesto la soberanía del informe pericial judicial

11. Al respecto, véase la nota a pie de página incluida en la observación sobre el primer argumento, respecto a la modificación de la Ley 14.331/2022.

Tabla 2. Preguntas clave para observación e inferencia en la investigación empírica del argumento 01. Parte II (porcentajes)

	Sí	No	De enfermedad	De accidente	De trastorno físico	De trastorno psiquiátrico
¿Se interpuso recurso?	100%	0%	-	-	-	-
¿Se convirtió el recurso en diligencia para realizar un nuevo peritaje?	15%	85%	-	-	-	-
¿Difirió el informe pericial en segunda instancia del de la primera instancia?	60%	40%	-	-	-	-
¿Afirmó la sentencia del tribunal que existe soberanía del informe médico?	85%	15%	-	-	-	-
¿Se basó la sentencia del tribunal en todas las pruebas del proceso y no solamente en el informe para resolver la demanda?	24%	76%	-	-	-	-
¿La incapacidad se dio por enfermedad o accidente?	-	-	71%	29%	-	-
¿Provocó trastornos físicos o psiquiátricos?	-	-	-	-	94%	6%

Fuente: Elaboración propia.

aportado como prueba en el curso del procedimiento. En cuanto a la participación de asistentes técnicos de otras profesiones (fisioterapeutas y psicólogos, por ejemplo), en ninguno de ellos se reconoció la incapacidad en primera instancia y en ninguno de estos casos el dictamen del asistente técnico, que difería del informe pericial, fue suficiente para convertir el recurso en una diligencia para realizar un nuevo peritaje médico en segunda instancia.

En el 87% de los casos analizados, la sentencia mencionaba directa o indirectamente la soberanía del informe médico. El dato resulta sorprendente, ya que esperábamos encontrar más resoluciones que otorgaran menos valor al informe médico pericial, debido al operador *booleano* «+el juez no está vinculado por el informe». En realidad, lo que encontramos fue que esta frase, aunque citada, mantenía la opinión del juzgado sobre la soberanía del informe médico pericial. Tanto es así que en el 83% de los casos ni siquiera se mencionaba en la resolución algún otro elemento de prueba, como la historia clínica o las opiniones de los asistentes técnicos. Es decir, casi la totalidad de los fallos mencionaban directa o indirectamente la soberanía del informe médico.

A diferencia de los fallos analizados en el primer argumento, aquí solo el 78% de las sentencias dictadas recibieron recurso de apelación y, de ellas, apenas el 11% tuvieron el juicio convertido en diligencia. Un dato preocupante, continuación de algo ya revelado en el estudio del argumento anterior, es que el 100% de los nuevos peritajes realizados en segunda instancia diferían de los realizados en primera instancia, de-

mostrando la subjetividad de las pericias médicas. En el argumento anterior vimos que el 60% de ellos revirtieron la declaración de capacidad para el trabajo del perito de primera instancia. Este resultado plantea dudas sobre la eficacia de los análisis realizados en las ciudades del interior de Sao Paulo.

De las sentencias de la Corte de Apelaciones estudiadas en este segundo argumento, el 76% afirmaron la soberanía del informe médico pericial directa o indirectamente. Aunque aquí hubo más sentencias de segunda instancia en las que no se afirmó directa o indirectamente la soberanía del informe pericial, en comparación con el primer argumento, esto también se debe a que más de los casos analizados eran de competencia delegada,¹² y no se identificó mucha alusión a esta soberanía de los informes en el Tribunal Regional Federal de la Tercera Región de Sao Paulo. En algunos casos, se argumentó que el juez no está vinculado por el informe pericial, pero que no existían pruebas que desvirtuaran sus conclusiones.

Del mismo modo, en el 88% de los casos extraídos en el segundo argumento se observa que la sentencia no menciona en el fallo ningún documento que forme parte de la instrucción probatoria distinto del informe médico pericial. La mayoría de las sentencias que hacían referencia a otros documentos procedían del Tribunal Federal, siendo casos de competencia delegada. El Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo, en general, no mencionaba ningún otro medio de prueba en el expediente, salvo el informe médico pericial. Solamente uno de los casos examinados en el Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo hacía referencia a los documentos médicos; en los demás, se mencionaba únicamente el informe pericial. En algunas ocasiones, el Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo solo mencionó formalmente los informes físico-funcionales que habían sido presentados por profesionales no médicos, para rechazarlos categóricamente, afirmando que la competencia para determinar la incapacidad es del profesional médico.

12. La justicia del Estado es competente para analizar las demandas de previsión social (beneficios) que tengan origen en accidentes de trabajo y/o enfermedades ocupacionales. La justicia federal tiene competencia para analizar las demandas de previsión social (beneficios) que tengan origen en accidentes comunes (no laborales) y/o enfermedades comunes. No obstante, existe la llamada competencia delegada, que está definida en la resolución 705/2021 del Consejo de la Justicia Federal, conforme lo dispuesto en la Ley 13.876/2019. Por la competencia delegada, un juzgado estadual será competente para decidir en una causa de previsión social en los casos en que el domicilio del demandante esté a más de setenta kilómetros de un municipio con sede de un juzgado de la judicial federal. Por lo tanto, es una opción del demandante elegir la justicia del Estado cuando esté en dicha distancia. Aun así, en grado de apelación, no analizará el recurso el Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo que pertenece a la justicia del estado, sino el Tribunal Regional Federal de la Tercera Región (Sao Paulo), que pertenece a la justicia federal. El Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo y el Tribunal Regional Federal de la Tercera Región equivalen a la Corte de Apelaciones, siendo el primero la segunda instancia del estado y el segundo la segunda instancia de la región federativa en la justicia federal.

Tabla 3. Preguntas clave para observación e inferencia en la investigación empírica del argumento 02 . Parte I (porcentajes)

	Sí	No	De asistentes	De ningún asistente
En el proceso, ¿se ofrecieron documentos médicos contemporáneos a la presentación de la demanda?	85%	15%	-	-
¿Había un asistente técnico?	19%	81%	-	-
En caso afirmativo, ¿cuál era la especialidad del asistente técnico?	19%	81%	-	-
¿El informe pericial reconoció la incapacidad en primera instancia?	31%	69%	-	-
¿La sentencia se refirió a la soberanía del informe médico?	87%	13%	-	-
¿Mencionó la sentencia alguna otra prueba para la decisión?	17%	83%	-	-

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 4. Preguntas clave para observación e inferencia en la investigación empírica del argumento 02. Parte II (porcentajes)

Ocupación	Porcentaje
Médico	60%
Fisioterapeuta	30%
Psicólogo	10%

Fuente: Elaboración propia.

En conclusión, el 80% de los casos analizados se referían a enfermedades profesionales y el 20% a accidentes. De estos casos, el 87% trataban sobre discapacidades físicas y el 13% sobre trastornos mentales. Los casos de accidentes tuvieron un 50% de éxito, los de enfermedades físicas un 15% y los de enfermedades mentales un 42,85%.

A partir de estos datos, expuestos en **tabla 3**, **tabla 4** y **tabla 5**, lo que se cuestiona no es la utilización del informe médico como mecanismo de convencimiento de la justicia paulista. Lo que se cuestiona es la ausencia de un proceso contradictorio.

En el ámbito constitucional, el artículo quinto, inciso LV, establece que «se garantiza a los litigantes en procedimientos judiciales o administrativos y a los acusados en general el derecho a un proceso justo y a una defensa completa, con todos los medios y recursos que le son inherentes». Ese derecho fundamental, sin embargo, no consiste únicamente en tener la oportunidad de ofrecer pruebas, sino en que estas sean apreciadas y valoradas en el proceso para poder reclamar los intereses propios en la pretensión resistida o no satisfecha. En esta línea, rescatamos lo mencionado

Tabla 5. Preguntas clave para observación e inferencia en la investigación empírica del argumento 02. Parte III (porcentajes)

	Sí	No	De enfermedad	De accidente	De trastorno físico	De trastorno psiquiátrico
¿Se interpuso recurso?	78%	22%	-	-	-	-
¿Se convirtió el recurso en diligencia para realizar nuevo peritaje?	11%	67%	-	-	-	-
¿Difirió el informe pericial en segunda instancia del de la primera instancia?	100%	0%	-	-	-	-
¿Afirmó la sentencia del tribunal que existe soberanía del informe médico?	76%	24%	-	-	-	-
¿Se basó la sentencia del tribunal en todas las pruebas del proceso y no solamente en el informe para resolver la demanda?	12%	88%	-	-	-	-
¿La incapacidad se dio por enfermedad o accidente?	80%	20%	-	-	-	-
¿Provocó trastornos físicos o psiquiátricos?	87%	13%	-	-	-	-

Fuente: Elaboración propia.

anteriormente, en tanto Zufelato (2017) recuerda que el principio de contradicción reclama la efectiva participación con el fin de influenciar al juzgado. Sin que se pueda influenciar al órgano decisor, no existe realmente un contradictorio.

En la investigación empírica realizada se observa, como práctica institucional en la justicia del estado de Sao Paulo, que es irrelevante el ofrecimiento de prueba con la petición inicial, aunque estos documentos ofrecidos tengan origen en el sistema público de salud. En cuanto a la participación de los asistentes técnicos que puedan discutir el contenido del informe pericial, cuestionando el método científico utilizado, o bien el apoyo en la literatura médica preponderante, los exámenes requisitados, o las pruebas hechas en el peritaje, la opinión del auxiliar técnico poco influyó en el resultado de la demanda, por lo que se percibe que la justicia del estado de Sao Paulo podría, incluso, prescindir de solicitar cualquier prueba, ya que el perito médico judicial será el que determinará el resultado de la demanda por el beneficio por incapacidad en el sistema de seguridad social brasileño.

Hay una auténtica violación del principio constitucional de contradicción y de la amplia defensa al no permitir que las partes influyan en el proceso, gravando siempre las pruebas producidas en los registros médicos del Sistema Único de Salud como pruebas producidas unilateralmente, y las pruebas producidas con auxiliares técnicos como pruebas producidas unilateralmente, olvidando que los Códigos de Ética de las profesiones impiden que se hagan diagnósticos falsos en favor de cualquiera de los interesados. El Código de Ética Médica establece en los artículos 80 y 81:

Se prohíbe a los médicos:

Artículo 80. Expedir un documento médico sin haber realizado un acto profesional que lo justifique, que sea tendencioso o no se corresponda con la verdad.

Artículo 81. Certificar como medio de obtener una ventaja.

Asimismo, el Código Ético y Deontológico de la Fisioterapia establece en sus artículos 10 y 12:

Artículo 10. Se prohíbe a los fisioterapeutas:

VII. Utilizar la profesión para corromper la moral y las costumbres, cometer o favorecer faltas y delitos, así como adoptar actos que caractericen acoso moral o sexual.

VIII. Inducir convicciones políticas, filosóficas, morales, ideológicas y religiosas en el ejercicio de sus funciones profesionales.

Artículo 12. Corresponde al fisioterapeuta elaborar el diagnóstico fisioterapéutico, instituir y aplicar el plan de tratamiento y dar de alta al cliente, paciente, usuario, o, cuando lo considere necesario, derivarlo a otro profesional.

Por lo tanto, suponer que las entidades públicas y los profesionales de la salud diagnostican a favor de los intereses de una de las partes es determinar el propio colapso de la ética de las profesiones, invirtiendo también el orden de la buena y la mala fe en el ordenamiento jurídico, sabiendo que la buena fe se presume y la mala fe debe probarse. Diagnosticar falsamente a favor de los intereses de alguien sería, además de la violación ética del consejo profesional, un crimen previsto en el artículo 302 del Código Penal brasileño:

Falsificación de certificado médico

Artículo 302. El médico, en el ejercicio de su profesión, expide un certificado falso: pena o prisión, de un mes a un año.

Párrafo único. Si el delito se comete con ánimo de lucro, se aplicará también una multa.

En complemento, y como ya se ha comentado en otras partes de la investigación, no existe una jerarquía de pruebas en el sistema brasileño, es decir, nuestro sistema de pruebas no es un sistema que atribuye valor a cada tipo de prueba posible, sino uno que utiliza la sana crítica. El hecho de que la Ley 14.331/2022 haya modificado la Ley de Beneficios de la Seguridad Social (Ley 8.213/1991) para exigir en el artículo 129-A, inciso II, letra c, que el asegurado debe ofrecer con la petición inicial la documentación médica de que disponga, relativa a la enfermedad alegada, como causa de la incapacidad discutida en el procedimiento administrativo, supera la etapa de análisis de relevancia e admisibilidad de la prueba en el procedimiento judicial, que conforme explica Taruffo (2023: 3):

In via di prima approssimazione, e con riferimento alle nozioni intuitive di rilevanza e di ammissibilità, per cui una prova è rilevante se appare dotata di una certa

utilità per l'accertamento dei fatti su cui si fonda la controversia, e ammissibile se non contrasta con le norme che regolano i mezzi di prova previsti dalla legge, la ratio della norma è facilmente individuabile.

La prueba clínica de la incapacidad es relevante por exigencia legal, y admisible, porque no contrasta con los medios de prueba previstos en la ley. Además, muchas veces son derivadas del sistema público de salud y aunque no lo sean, no puede el médico certificar algo sin haber realizados exámenes y procedimientos de la medicina; tampoco hacerlo en interés de las partes, menos con fines de lucro. Es decir, no puede el médico, debido al establecido en su Código de Ética y Deontológico, producir un documento en favor del interés de la parte, constituyéndose como crimen la producción de certificado médico falso.

La relevancia de la prueba médica mediante certificados, informes y otros documentos que disponga la parte interesada es ofrecida con la inicial, no necesitando el gasto de tiempo en el curso de la demanda para producirla, ni es posible determinarla como prueba inútil, teniendo en cuenta la trascendencia de demostrar el estado clínico incapacitante del asegurado del sistema previsional.

Incluso debemos recordar que el sistema procesal posee dos tipos de prueba distintas. Por un lado existe la prueba legal, igualmente conocida como prueba plena, que vincula el juez al resultado de la demanda y es establecida por la norma procesal, como la confesión, que es parte del sistema procesal brasileño previsto en el artículo 389 del Código de Procedimiento Civil de 2015; la escritura pública hecha por un funcionario público con respecto a los hechos que se formaron en su presencia, prevista en el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil de 2015 y el documento privado autenticado, que apunta solamente a la autoría de quien firma este documento privado. Y por otro lado tenemos las pruebas libres, cuya eficacia probatoria depende de la valoración racional del juez. Está prevista para los demás tipos de prueba el uso de la sana crítica o libre convicción en el sistema italiano (artículo 116 del Código de Procedimiento Civil de 2015),¹³ en el sistema chileno (artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, específicamente sobre informes de peritaje¹⁴ o el artículo 456 del Código del Trabajo) y en el sistema brasileño (artículo 371, de forma general con relación a las pruebas).¹⁵ El sistema de prueba italiano es más rígido que el brasileño, y como explica Bonato (2017: 172):

13. Articolo 116 (valutazione delle prove), il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti.

14. Artículo 425 (427), los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica.

15. Artículo 371, el juez valorará las pruebas que obren en el expediente, con independencia de quién las haya aportado, y motivará su resolución.

En la actualidad, me parece que la contraposición entre prueba legal y prueba libremente apreciable es una herencia de épocas históricas caracterizadas por la desconfianza hacia el juzgador. Estoy de acuerdo, en particular, con la apreciación de Comoglio de que la prueba legal es un «método superado» y que debería prevalecer la confianza en el órgano juzgador, a través de la generalización de la prueba libre, permitiendo un juicio sobre el hecho libre y no predeterminado, confiado a la libre convicción del juez. En este punto, el ordenamiento jurídico italiano debería inspirarse en el brasileño, donde no existe la categoría de prueba legal¹⁶.

Sin embargo, se sorprendería Bonato al ver que, en las demandas por beneficios de seguridad social por incapacidad laboral, la prueba pericial actúa casi como una prueba legal sin que exista tal definición en el Código de Procedimiento Civil brasileño, recibiendo una preferencia no prevista por sobre todas las demás. ¿Sería mejor el sistema de prueba tasada? Porque si de un lado esto no está previsto en el sistema brasileño, por otra parte, hay quienes cuestionan la propia sana crítica o libre convicción, demostrando que no se trata de un método propiamente dicho, sino que una «exigencia que el sistema jurídico formula al juez de justificar racionalmente sus decisiones probatorias» (Palavecino Cáceres, 2018: 37-38). No obstante, la sana crítica exige la motivación de la prueba, indicando la razón por las opciones en el *iter* del convencimiento. Si no es así, la sana crítica no será nada más que arbitrariedad, y es exactamente para evitar estas arbitrariedades que surgió el modelo de prueba tasada (Maturana, 2014: 72). Como afirma Palavecino Cáceres (2018: 38), «no se puede negar que los procesos psíquicos que culminan con la decisión están inevitablemente invadidos, si no es que dominados, por las corazonadas, las emociones y la propia idiosincrasia de cada juez».

La arbitrariedad solamente puede ser superada si la motivación con la atribución del peso de la prueba es evidente, minuciosa y racional, permitiendo el control de la íntima convicción, más allá de las ideologías, emociones y la idiosincrasia, como afirma el autor chileno. Al examinar las pruebas del proceso en materia de seguridad social, el juez habrá de explicar por qué desconsideró el histórico médico amplio que muchas veces es parte del ofrecimiento probatorio inicial; de médicos del servicio público de salud, que acompañan a sus pacientes por años, realizan exámenes, prescriben medicaciones e, incluso, tratamientos complementarios como la fisioterapia o

16. Traducción nuestra del original en italiano: Attualmente, mi pare che la contrapposizione tra prova legale e prova liberamente apprezzabile sia ormai un retaggio di epoche storiche caratterizzate dalla sfiducia nei confronti del giudice. Concordo, in particolare, con la valutazione di Comoglio, secondo cui le prove legali sono un «metodo vetusto» e che dovrebbe prevalere la fiducia nell'organo giudicante, attraverso la generalizzazione delle prove libere, permettendo un giudizio sul fatto libero e non predeterminato, affidato al libero convincimento del giudice. Su questo punto, l'ordinamento italiano dovrebbe ispirarsi da quello brasiliano, ove non esiste la categoria delle prove legali.

el acompañamiento psicológico. ¿Tendrá un histórico clínico específico con horas y horas de evaluación y observación de menor valor que un examen somero realizado a veces en menos de veinte minutos, para dar a cabo de millares de pericias médicas con la misma finalidad, por ser el Instituto Nacional de la Seguridad Social el mayor litigante en la justicia brasileña?¹⁷ Al observar los datos obtenidos en el presente estudio la respuesta es afirmativa, de manera tajante e incongruente. Si esto no fuera suficiente, las evidencias empíricas demuestran que muchas veces el peritaje ni siquiera hace pruebas propias para las enfermedades incapacitantes (como el test de Lasègue, la dinamometría, la cinestesia, la escala de depresión, ansiedad y estrés, etcétera), o indican en el informe que fueron hechas las pruebas correspondientes, empero los periciados insisten que nada fue realizado. Además, relatan los periciados que hay médicos peritos que tampoco los consultan y, que si entrasen nuevamente en la sala de pericias, los profesionales de la medicina no sabrían decir si se trata de una persona que ya estuvo en la misma sala de realización del peritaje con ellos anteriormente.

Así, para volver el informe pericial médico judicial una prueba soberana, sería necesario que el sistema procesal brasileño crease el mecanismo de la prueba tasada, que no existe. Como antítesis, para que se desconsiderase todo el histórico clínico ofrecido con la petición inicial en razón de la sana crítica, sería necesario que el juez demostrase claramente las razones por tal desconsideración, y no solamente indicar que no hay prueba en el proceso que pueda hacerlo cambiar de idea, por el único hecho de que un perito hizo un análisis somero, muchas veces sin método, sin explicar las pruebas utilizadas en el certamen y sin siquiera amparar sus conclusiones en la literatura médica preponderante para su área de especialidad, como lo exige el artículo 473 del Código de Procedimiento Civil de 2015.

Lo que se puede concluir, y lo que necesita ser revisado por el Poder Judicial del Estado de Sao Paulo, es que en un esfuerzo por eliminar la subjetividad de los magistrados en las decisiones que requieren otros conocimientos técnicos o científicos fuera del dominio de los operadores jurídicos, las pruebas técnicas o científicas, no pueden ser tan soberanas al punto que impidan al asegurado actuar en el proceso con el objetivo de influir en la formación de la sentencia. Más allá de ello, utilizar solamente el informe de peritaje médico para resolver el sin fin de demandas en contra del Instituto Nacional de Seguridad Social, o para cumplir metas fijadas por el Consejo Nacional de Justicia, no es lo que se espera de un sistema que debería tutelar los derechos humanos y los derechos fundamentales. Por lo tanto, establecer una jerarquía probatoria, como si el informe médico pudiera anular incluso vastas historias clínicas e informes de asistentes técnicos, llevará a los asegurados a creer que no pue-

17. El Instituto Nacional del Seguro Social en Brasil lidera el ranking de mayores litigantes del país en el polo pasivo de demandas por prestaciones de seguridad social. En Conselho Nacional de Justiça, «Grandes litigantes», 2024, disponible en <https://tipg.link/RKFO>.

den hacer nada para alcanzar sus pretensiones, teniendo además de la vulneración de su derecho humano y fundamental a la seguridad social, la violación del principio de contradicción y amplia defensa.

Conclusiones

La segunda parte del estudio que fue inicialmente publicado en la *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, volumen 30, de diciembre de 2023, de la Universidad de Almería, España, buscó investigar la práctica judicial en el análisis probatorio para la obtención de beneficios de previsión social por incapacidad y discutir la consagración o no del principio de contradicción y amplia defensa en las decisiones de la justicia del estado de Sao Paulo. La hipótesis de trabajo consistía en que la justicia del estado de Sao Paulo determina la prueba pericial como soberana y, en la mayoría de sus decisiones, ignora la existencia de antecedentes médicos de órganos públicos u opiniones de asistencia técnica que difieran del informe pericial, basándose en esta evidencia como soberana e irrefutable, creando una jerarquía inexistente para la prueba pericial médica. Con ello, aleja a los ciudadanos asegurados por el sistema previsional del derecho fundamental a la seguridad social, decidiendo con criterios superficiales, someros y pseudo objetivos. Para poner dicha hipótesis en prueba, se analizó el uso de la prueba pericial en la justicia del estado de Sao Paulo, buscando extraer elementos que permitieran observar si se habla de la soberanía del informe pericial frente a las demás pruebas del proceso y si hay una desconsideración de otras pruebas, impidiendo la materialización del contradictorio y de la amplia defensa. La muestra estudiada con base en la selección de un argumento y de un contraargumento da el grado de confianza de 90% a lo propuesto en esta investigación, *ceteris paribus*. Los principales resultados se resumen a continuación.

La investigación empírica parte del supuesto de que el derecho no es neutral y puede revelar comportamientos institucionales que merecen la atención del Poder Judicial, para corregirlos en la garantía de los derechos humanos y los derechos fundamentales.

Se percibe el uso de argumentos utilitarista y «consecuencialistas» en la protección del erario en las demandas de seguridad social. Cuando existen dudas respecto a la incapacidad de los asegurados, se protege la colectividad y la sustentabilidad del sistema para generaciones futuras, aunque no se tenga la menor idea de cuáles serán las necesidades de las generaciones futuras, si bien se conocen claramente las necesidades de la generación presente.

El principio de contradicción demanda más que la mera oportunidad de producción probatoria, sino que la posibilidad de influenciar al órgano juzgador en la decisión que afectará los derechos humanos y fundamentales. Al respecto, la prueba pericial en las prestaciones por incapacidad es sumamente importante, dada la falta

de conocimientos técnicos o científicos por parte de los profesionales del derecho sobre los aspectos clínicos de los asegurados.

Empíricamente, la doctrina ya ha constatado que existe una alta subjetividad en la producción de la pericia médica en las demandas de seguridad social, lo que genera problemas para la garantía de los derechos humanos y fundamentales, en este caso, de la propia seguridad social.

El Código de Procedimiento Civil de 2015 exige que la prueba pericial sea algo más que mero subjetivismo. Debe contener el análisis técnico o científico realizado por el perito; la indicación del método utilizado, aclarándolo y demostrando que es predominantemente aceptado por los especialistas en el área de conocimiento de la que procede, en tanto es una respuesta concluyente a todas las cuestiones planteadas por el juez, las partes y el Ministerio Público.

El sistema procesal brasileño no contempla la prueba tasada o prueba legal irrefutable. Al contrario, exige la sana crítica o libre convicción motivada, que debe encontrar en el análisis contundente del contenido probatorio la motivación de las opciones tomadas por el juez al momento de emitir el fallo judicial.

La sana crítica exige que se motive la apreciación de las pruebas ofrecidas en la demanda, de lo contrario habrá simplemente arbitrariedad basada en emociones, ideologías o corazonadas por parte de los jueces al decidir sobre vulneraciones de los derechos humanos y los derechos fundamentales.

La Ley 8.213/1991 en su artículo 129-A, inciso II, letra c, exige que la petición inicial esté acompañada de los documentos médicos que comprueben la incapacidad en cuestión. No obstante, tales documentos no son considerados al momento de emitir el fallo judicial, teniendo en cuenta que, explícitamente, las decisiones se apoyan solamente en el informe de peritaje y no hablan sobre el histórico médico ofrecido con la petición inicial.

Analizando los datos estadísticos de los casos de la justicia del estado de Sao Paulo sobre beneficios por incapacidad, y con los argumentos preestablecidos, se observa que el informe médico pericial es soberano en la práctica. En la gran mayoría de los casos no se tienen en cuenta otras pruebas, lo que confirma que, aunque no exista una jerarquía formal de las pruebas, el Poder Judicial de Sao Paulo toma el informe pericial como soberano y decisivo en la resolución de los casos de prestación por incapacidad. Al valorar únicamente la prueba pericial, no se permite a las partes participar en la formación de la sentencia y las pruebas adjuntas al expediente sobre el estado clínico del asegurado tienen poco o ningún valor a efectos de la determinación de la incapacidad.

Siendo así, se comprueba la hipótesis de que la justicia del estado de Sao Paulo determina la prueba pericial como soberana y, en la mayoría de sus decisiones, ignora la existencia de antecedentes médicos de órganos públicos u opiniones de asistencia técnica que difieren del informe pericial, basándose en esta evidencia como soberana

e irrefutable, creando así una jerarquía inexistente para la prueba pericial médica, vulnerando el principio de contradicción y amplia defensa, y alejando a los ciudadanos asegurados por el sistema previsional del derecho fundamental a la seguridad social, decidiendo con criterios superficiales, someros y pseudo objetivos.

Referencias

- ABEL, Richard (1980). «Redirecting Social Studies of Law». *Law & Society Review*, 14 (3): 805-829. DOI: [10.2307/3053198](https://doi.org/10.2307/3053198).
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. por Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos.
- BONATO, Giovanni (2017). «Il sistema probatorio ne processo civile italiano». *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 71: 165-188. Disponible en <https://lc.cx/1zefq2>.
- CALAMANDREI, Piero (2019). *Istituzioni di diritto processuale civile: Presentazione di Enrico Tullio Liebman*. Vol. IV. Roma: RomaTRE-Press.
- IGREJA, Rebecca Lemos (2017). «O direito como objeto de estudo empírico: O uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em direito». En Máira Rocha Machado (organizadora), *Pesquisar empiricamente o direito* (pp. 11-38). São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito. Disponible en <https://lc.cx/hmfuku>.
- KESSLER, Francis (2005). *Droit de la Protection Sociale*. Cours: Dalloz.
- MATURANA, Javier (2014). *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba*. Santiago: Thomson Reuters.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio (2018). «Crítica a la sana crítica». *Revista Laboral Chilena*, septiembre-octubre: 37-42.
- PESSOA, Rodrigo Monteiro, Jair Aparecido Cardoso y Rafael Tomaz De Oliveira (2023). «Análisis crítico de los aspectos prácticos y polémicos de las pruebas en los beneficios de seguridad social por incapacidad en Brasil». *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 30: 85-106. DOI: [10.25115/ridj.vi30.9599](https://doi.org/10.25115/ridj.vi30.9599).
- RAGIN, Charles (2007). *La construcción de la investigación social: Introducción a los métodos y su diversidad*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel (1998). «El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos». *Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio*, 1295-1328. Disponible en <https://lc.cx/dL8PrE>.
- SAVARIS, José Antonio (2010). *Uma teoria da decisão judicial da previdência social: Contributo para superação da prática utilitarista*. Tesis de doctorado. Universidade de São Paulo. Disponible en <https://cutt.ly/R1T5zLo>.
- . (2020). *Curso de perícia judicial previdenciária*. 4.^a ed. Curitiba: Alteridade.

TARUFFO, Michele (2023). *Studi sulla rilevanza della prova. XVIII Collana La Memoria del Diritto*. Roma: RomaTRE-Press.

ZUFELATO, Camilo (2017). «La dimensión de la “prohibición de la decisión-sorpresa” del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: Reflexiones de cara al derecho peruano». *Derecho PUCP*, 78: 21-42. DOI: [10.18800/derechopucp.201701.002](https://doi.org/10.18800/derechopucp.201701.002).

Sobre los autores

RODRIGO MONTEIRO PESSOA tiene un postdoctorado en Derecho por la Universidade de São Paulo, doctor en Derecho por la Universidad de Chile y magíster en Derecho económico por la Universidade Federal de Paraíba. Es especialista en derecho de la seguridad social, en derecho y *compliance* laboral, derecho y práctica previsional y en previsión del servidor público aplicado. Es miembro investigador del Gedtrab, de la Universidade de São Paulo, miembro investigador de la Rede Iberoamericana de Pesquisa em Seguridade Social y líder del Grupo de Investigación Protección Social Internacional y Comparada. Es académico del programa de postgrado de la Universidade de Ribeirão Preto, profesor de derecho de la seguridad social en el Centro Universitário Claretiano y profesor del programa de magíster de la Universidad de Talca. Su correo electrónico es rpjurista@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0002-3393-4139>.

JAIR APARECIDO CARDOSO es profesor en la Universidade de São Paulo. Es doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, y licenciado y máster en Derecho por la Universidad Metodista de Piracicaba. Es posgraduado en Derecho tributario en la Pontificia Universidad Católica de Campinas y líder del grupo de investigación «A transformação do direito do trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho», de la Universidad de São Paulo. También es miembro del grupo de investigación Red de Grupos de Investigación en Derecho Laboral y Procesal.  <https://orcid.org/0000-0002-8908-5789>.

RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA es doctor en Derecho Público por la Universidade do Vale do Rio dos Sinos y magíster de la misma institución. Es profesor titular del programa de postgrado en Derecho de la Universidade de Ribeirão Preto, en los cursos de magíster y doctorado. Fue professor del departamento de Derecho Público en la Universidade de São Paulo, en el área de la teoría general del Estado y de derecho constitucional. Es líder del Grupo de Investigación Justicia Política y Ciudadanía, vinculado a la Universidade de Ribeirão Preto.  <https://orcid.org/0000-0001-7270-4718>.

REVISTA CHILENA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* es una publicación semestral del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y que tiene por objetivo el análisis dogmático y científico de las instituciones jurídico-laborales y de seguridad social tanto nacionales como del derecho comparado y sus principales efectos en las sociedades en las que rigen.

DIRECTOR

Claudio Palavecino Cáceres

EDITORA

Verónica Fernández Omar

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Eduardo Yáñez Monje

SITIO WEB

revistatrabajo.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

pyanez@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)