

LA NECESIDAD DE DISTRIBUIR LA CARGA DEL TIEMPO EN EL PROCESO*

Luiz Guilherme Marinoni**

1. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, me gustaría rendir mis homenajes a los amigos y colegas argentinos, que mucho y bien han contribuido al engrandecimiento del Derecho en América Latina. Quiero, también, agradecer a la Asociación Argentina de Derecho Procesal y a los organizadores de este evento por la invitación que me fue hecha para disertar en esta prestigiosa tribuna. Por todo ello, me siento muy honrado en poder participar de este importante Congreso, especialmente por la oportunidad que me brinda para conocer a los ilustres profesores y juristas que aquí se encuentran.

De acuerdo a lo sugerido por los coordinadores de este Congreso, voy a analizar la temática relativa a la “necesidad de la distribución de la carga del tiempo en el proceso”, materia que es sin duda fundamental para que podamos pensar en un proceso jurisdiccional más efectivo.

2. LA DIMENSIÓN DEL TIEMPO DEL PROCESO

La doctrina clásica, en el momento en que diseñó el procedimiento ordinario –entendido como un procedimiento de conocimiento pleno y exhaustivo– y relegó del sistema procesal a los procedimientos sumarios especiales (principalmente aquellos caracterizados por un conocimiento parcial), dio prioridad al valor seguridad sobre el valor tempestividad.

Chiovenda acusó a los procedimientos sumarios de ser incompatibles con los principios y objetivos de la

El diseño del proceso ordinario clásico hace que toda la carga del tiempo en el proceso sea soportada por el demandante, toda vez que éste debe esperar un pronunciamiento definitivo que reconozca sus derechos. Ello implica que la demora siempre beneficie al demandado que no tiene la razón. Sin embargo, teniendo en cuenta la contingencia del proceso, que implica que al inicio del mismo, tanto el demandante como el demandado tienen la misma posibilidad de tener éxito, es necesario que la carga del tiempo en el proceso sea distribuida de manera equitativa, para que se cumpla el principio de igualdad de las partes. Asimismo, el tiempo debe ser repartido, en el curso del procedimiento, de acuerdo con la probabilidad de que el actor sea titular del derecho o interés discutido.

* Disertación pronunciada por el Dr. Luiz Guilherme Marinoni en el XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en San Juan (República Argentina) los días 13 a 16 de junio de 2001.

** Profesor Titular de Derecho Procesal Civil de la Universidad Federal de Paraná.

civilización moderna, que exigirían un proceso teleológicamente orientado al descubrimiento de la verdad y, además de ello, capaz de ofrecer la indispensable seguridad que las relaciones jurídicas necesitan para desenvolverse¹.

Los procedimientos de conocimiento parcial –precisamente porque se valen de la técnica de las excepciones restringidas– permiten la proposición de una acción inversa por parte del demandado, lo que puede generar una sentencia contraria al vencedor del primer proceso. Una acción inversa posterior puede permitir al vencido revertir el resultado económico obtenido por el vencedor, lo que ciertamente no generaría la certeza exigida para el desenvolvimiento de la producción industrial. Así, no es imposible decir que la ideología de la civilización industrial en cierta forma reafirmó la tendencia de la expulsión de las tutelas sumarias del sistema procesal, una vez que éstas serían irreconciliables con los “negocios” de los llamados “hombres de negocios”².

La doctrina, al establecer al procedimiento ordinario como el procedimiento “modelo” de tutela de los derechos, se mostró despreocupada e indiferente en relación a las diversas necesidades del derecho material y de la realidad social. El procedimiento ordinario, como puede intuirse, no es el adecuado para la tutela de todas las situaciones de derecho sustancial y, por lo tanto, su universalización es algo imposible. Por el contrario, lo que hoy se percibe en los sistemas de derecho romano-canónico es una verdadera demostración de la superación del procedimiento ordinario, tendiendo la tutela urgente a transformarse en técnica de sumarización y, en último análisis, en remedio contra la ineficiencia de este procedimiento ordinario³.

La proliferación de las tutelas sumarias no es nada más que un fenómeno oriundo de las nuevas exigencias de una sociedad urbana de masas que no admite más la morosidad jurisdiccional impuesta por la ordinariedad. El re-descubrimiento de las tutelas sumarias anteriores a la Revolución Francesa, utilizando la vestimenta de la tutela cautelar, se produce debido a la no adapta-

ción del sistema de distribución de justicia respecto de la evolución de la sociedad⁴.

El procedimiento ordinario, como puede apreciarse, hace que la carga del tiempo del proceso recaiga únicamente sobre el actor, como si éste fuese el culpable por la demora inherente al conocimiento de los derechos. Tal construcción doctrinaria es completamente ajena a lo que ocurre en la realidad social y en el plano del derecho sustancial, pues en este plano hay derechos evidentes y no evidentes y, en la realidad de la vida la lentitud del proceso puede significar angustia, sufrimiento psicológico, perjuicios económicos y hasta la misma miseria.

Es preciso que al tiempo del proceso se le de su debido valor, ya que, en su finalidad básica de tutela de los derechos, el proceso será más efectivo, o tendrá una mayor capacidad de eliminar con justicia las situaciones de conflicto, cuanto más prontamente tutele el derecho del actor que tiene razón.

En nada avanza la doctrina al continuar afirmando, retóricamente, que la justicia morosa o lenta es una injusticia, si no se tiene la más mínima sensibilidad para percibir que el proceso siempre beneficia al demandado que no tiene razón.

El proceso del derecho continental europeo fue influenciado por las ideas del liberalismo del siglo XIX y, por lo tanto, por el concepto de la ley del derecho liberal. Es justamente la idea de neutralidad - que, como se sabe, caracteriza al procedimiento ordinario y es una derivación de la indiferencia del ordenamiento jurídico por lo que sucede en el plano de la realidad social - lo que impide dar paso a la concepción de un procedimiento capaz de distribuir racionalmente el tiempo del litigio.

La concepción equivocada, más difundida, de derecho de defensa, también influenciada por la filosofía liberal, es otro monumento marcado por la falta de sensibilidad de juristas ciegos respecto de lo que sucede en la vida de los hombres de carne y hueso⁵.

¹ Véase BAPTISTA DA SILVA, Ovidio. “Comentarios al Código de Proceso Civil”, Volumen 11, segunda edición. Porto Alegre, Lejur, 1986. p. 16.

² *Ibidem*, p. 17.

³ Ver LA CHINA, Sergio. “Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?” En: “I processi speciali (studi offerti a Virgilio Landrioli dai suoi allievi)” Napoli, Jovene, 1979. p. 151; PERROT, Roger. “Procédure de l'instance; jugements et voies de recours; voies d'exécution et mesures conservatoires” En: “Revue Trimestrielle du Droit Civil”, 1982. p. 342.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. “Efectividad del Proceso y Tutela de Urgencia”. Porto Alegre, Fabris, 1994. p. 4. Ver, también, del mismo autor, “La Anticipación de Tutela”, sexta edición, Sao Paulo, Malheiros, 2000; “Tutela Anticipatoria, Juzgamiento Anticipado y Ejecución inmediata de sentencia”, cuarta edición, Sao Paulo. Revista de los Tribunales, 2000; “Tutela Inhibitoria”, segunda edición. Sao Paulo, Revista de los Tribunales, 2000; “La tutela anticipatoria en la reforma del proceso civil brasilero”. En: Jurisprudencia Santaefesina, N° 25, p. 17 y siguientes.

⁵ Ver BAPTISTA DA SILVA, Ovidio. “La 'plenitud de defensa' en el proceso civil”. En: “Las garantías del ciudadano en la justicia” (coordinado por Sálvio de Figueiredo Teixeira), Sao Paulo, Saraiva, 1993. p. 149 y siguientes.

Aquellos que conocen la realidad de la justicia civil pueden percibir, sin gran esfuerzo, que el derecho de defensa –concebido en forma plena como pretende parte de la doctrina–, al mismo tiempo que tutela el derecho del demandado a un conocimiento exhaustivo y definitivo, puede privar al actor de muchas cosas. Imaginar –en una concepción romántica del debido proceso legal– que las garantías no quitan nada a nadie, es despreciar el lado que no quiere ser visto por el procesalista que sólo tiene preocupación por el plano de las abstracciones dogmáticas⁶.

Ha llegado el momento para que el "tiempo del proceso" tome su debido lugar dentro de la ciencia procesal, pues éste no puede dejar de influir sobre la elaboración dogmática preocupada en la construcción de un proceso justo al modo que predica el maestro Augusto Morello⁷.

3. LAS RESPONSABILIDADES DEL SISTEMA PROCESAL, DE LA DOCTRINA Y DEL JUEZ

Pocos se han dado cuenta que, en general, el demandante pretende la alteración de la realidad empírica y que el demandado desea el mantenimiento del *status quo*⁸. Esta percepción, hasta banal, de la verdadera realidad del proceso civil, es fundamental para la comprensión de la necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso o del conflicto entre el derecho a la tempestividad de la tutela jurisdiccional y el derecho al conocimiento exhaustivo y definitivo.

En cualquier proceso civil hay una disputa por un bien de la vida, que incide de modo radicalmente opuesto sobre las posiciones de los litigantes. La disputa por el bien de la vida perseguido por el actor, justamente porque demanda tiempo, solamente puede perjudicar al actor (que tiene razón) y beneficiar al demandado (que no la tiene), como dice Italo Andolina⁹.

Esto demuestra que el proceso jamás podrá dar al actor todo aquello y exactamente aquello que él tiene

derecho a obtener o que jamás el proceso podrá dejar de perjudicar al actor que tiene razón. Es preciso admitir, asimismo, que, lamentablemente, la única verdad es que la demora siempre beneficia al demandado que no tiene razón.

En un "proceso de condena", la demora en la obtención del bien significa su preservación en el patrimonio del demandado. Cuanto mayor sea la demora del proceso, mayor será el daño impuesto al actor y, en consecuencia, mayor el beneficio conferido al demandado¹⁰.

Si el actor que tiene razón siempre es perjudicado por la demora, no es posible olvidar lo que eso realmente representa para el ciudadano común que en el proceso es llamado "actor", tal como si fuese el "hombre sin rostro" del derecho liberal.

Si el tiempo es la dimensión fundamental de la vida humana y si el bien perseguido en el proceso interfiere en la felicidad del litigante que lo reivindica, es cierto que la demora del proceso genera, como mínimo, infelicidad personal y angustia¹¹. No es posible ignorar lo que sucede en la vida de las partes que están en juicio. El ciudadano concreto, el hombre de la calle, no puede tener sus sentimientos, sus angustias y sus decepciones despreciadas por los responsables de la Administración de Justicia.

Y esto por no hablar de los daños económicos, frecuentemente graves, que pueden ser impuestos a la parte actora por la demora del proceso y por la consecuente inmovilización de bienes y capitales¹².

El sistema procesal debe ser capaz de racionalizar la distribución del tiempo en el proceso y de inhibir las defensas abusivas, que son consideradas, por algunos, hasta como un derecho del demandado que no tiene razón. La defensa es derecho en los límites en que es ejercida de forma razonable o en los límites en que no retarda, indebidamente, la realización del derecho del actor¹³.

⁶ Ver CHIARLONI, Sergio. "Introduzione allo studio del diritto procesale civile". Torino, Giappichelli, 1975. p. 122.

⁷ MORELLO, Augusto M. "El proceso Justo". La Plata, Editorial Platense, 1994. Ver también BERIZONCE, Roberto O. "Efectivo acceso a la Justicia". La Plata, Editorial Platense, 1987.

⁸ Ver ANDOLINA, Italo. "Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale". Milano, Giuffrè, 1983. p. 15.

⁹ *Ibidem*. p. 17 y siguientes.

¹⁰ *Ibidem*. p. 17.

¹¹ DINAMARCO, Cândido. "A instrumentalidade do processo", cuarta edición. Sao Paulo, Malheiros, 1998. p. 270 y siguientes.

¹² TROCKER, Nicolò. "Proceso civile e Costituzione", Milano. Giuffrè, 1974. p. 276-277.

¹³ Como dice Jorge Walter Peyrano, "estamos convencidos de que el mal cartel que hoy posee el proceso civil está determinado menos por su dificultad por descubrir dónde se encuentra la razón y dónde la sinrazón, que por su evidente falta de idoneidad para obtener soluciones jurisdiccionales dentro de lapsos que no transformen la necesaria espera del justiciable en desesperanza e imputaciones de morosidad al aparato judicial" (PEYRANO, Jorge W. "Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema". En: "Sentencia Anticipada". Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2000. p. 25). Ver, también RIVAS, Adolfo. "La 'revolución procesal'". En: "Revista de Derecho Procesal", No. 1, 1998. pp. 113 y siguientes.

El derecho de defensa, así como el derecho a la tempestividad de la tutela jurisdiccional, son derechos que deben ser preservados y que están constitucionalmente tutelados en el derecho brasileiro y en el derecho argentino. Todos saben, de hecho, que el derecho de acceso a la justicia no implica solamente el derecho de promover un proceso, sino que también significa que todos tienen derecho a una adecuada tutela jurisdiccional o, mejor, a una tutela jurisdiccional adecuada, efectiva y tempestiva.

El legislador infraconstitucional, por lo tanto, está obligado a construir procedimientos que tutelen de forma adecuada, efectiva y tempestiva los derechos. Y también está obligado a prever tutelas que, actuando internamente dentro del procedimiento, permitan una racional distribución del tiempo del proceso.

El procesalista también tiene gran responsabilidad ante la presencia de esta grave cuestión de la demora del proceso¹⁴. A pesar de esta afirmación que podría resultar obvia, es importante recordar que parte de la doctrina siempre abordó la temática de la duración del proceso como algo de importancia secundaria, por no ser propiamente "científica"¹⁵. El doctrinario que imagina que la cuestión de la duración del proceso es irrelevante y no tiene importancia "científica", no sólo es ajeno al mundo en que vive, sino que tampoco tiene la capacidad de percibir que el tiempo del proceso es el fundamento dogmático de uno de los más importantes temas del proceso civil moderno: el de la "tutela anticipatoria"¹⁶.

El juez, a su turno, al interpretar las normas procesales, debe estar consciente que su función está comprometida con el contenido del Derecho de su momento histórico. No corresponde que aplique fríamente la ley, cuando ésta pueda conducir a

resultados disvaliosos, al no adecuarse a las necesidades sociales.

4. LA DEMORA DEL PROCESO SIEMPRE BENEFICIA AL DEMANDADO QUE NO TIENE RAZÓN

El actor puede ser perjudicado de varias formas por la demora del proceso. Una de ellas, y tal vez la más común, es aquella en virtud de la cual el actor, si bien obtiene una sentencia condenatoria, no logra que su derecho sea realizado en razón de la disipación de los bienes del deudor. Por ejemplo, para la garantía de la fructuosidad de la ejecución o de la viabilidad de la realización del derecho de crédito, basta con la tutela cautelar.

Ahora, aunque el actor pueda obtener, a través de la ejecución, el bien de la vida perseguido, la demora en su obtención es, en sí misma, fuente de daño. Se trata del daño denominado "daño marginal en sentido estricto" o "daño marginal de inducción procesal"¹⁷. La lentitud procesal causa, inevitablemente, este daño; un daño que puede ser evitado a través de la tutela cautelar, al contrario, no depende sólo de la demora del proceso y, por eso mismo, no es peculiar a todo y cualquier proceso.

Si el demandante desea, a través de la acción, la obtención del bien de la vida respecto del cual juzga tener derecho, el demandado tiene interés en la manutención de la situación existente¹⁸.

El actor, en un caso como éste, solamente no será perjudicado por la demora del proceso si obtiene, desde luego prontamente –y a pesar de la no certeza acerca de la existencia del derecho que afirma poseer–, el bien que persigue. Si el actor fue obligado a

¹⁴ Como dicen Juan Monroy Gálvez y Juan Monroy Palacios: "Y aquí aparece el drama de la función jurisdiccional con toda claridad: mientras el incumplimiento por parte de un sujeto de la norma primaria es inmediato, la eficacia sustitutiva de la jurisdicción es mediata, en tanto requiere el transcurso de cierto lapso dentro del cual es imprescindible realizar alguna clase especializada de actividad. Pueden existir muchas maneras de sintetizar la gran tarea que tiene el procesalista de cara al compromiso con su sociedad. Sin embargo, nos parece que el dilema descrito en el párrafo anterior es el más complejo, agudo e importante que resta por resolver, asumiendo la hipótesis de que sea posible. El mensaje social desde la perspectiva de un eventual fracaso de los procesalistas sería terrible, un ciudadano podría decir: ¿Por qué debo cumplir con mis obligaciones jurídicas si esta sociedad 'premia' al incumplidor con un proceso de reconocimiento del derecho tan largo, complicado y moroso que, en la eventualidad de que alguna vez me den la razón, es seguro que habrá desaparecido en mí el interés por tal satisfacción?" (MONROY GALVEZ, Juan y Juan MONROY PALACIOS, "Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes Iniciales". En: "Sentencia Anticipada". Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores. p. 167).

¹⁵ VIGORITI, Vincenzo. "Notas bajore o custo y a duración del proceso civile en L'Italia", RePro, volumen 43. p. 143.

¹⁶ Ver, en el Derecho Argentino: PEYRANO, Jorge W. "La Medida Autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución". En: "Medidas Autosatisfactivas". Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores. p. 13-16; "Los nuevos ejes de la reforma procesal civil". En: "Sentencia Anticipada". Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2000. p. 15 y siguientes; VARGAS, Abraham Luis. "Teoría General de los Procesos Urgentes". En: "Medidas Autosatisfactivas". Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores. p. 75-160; PEREZ RAGONE, Álvaro. "Introducción al Estudio de la Tutela Anticipatoria". En: Jurisprudencia Santaafesina, N° 26. p. 38 y siguientes; CARBONE, Carlos Alberto. "La noción de la tutela jurisdiccional diferenciada para reformular la teoría general de la llamada tutela anticipatoria y de los procesos urgentes". En: "Sentencia Anticipada". Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores. p. 41 y siguientes.

¹⁷ ANDOLINA, Italo. Op. cit. p. 20.

¹⁸ Ibidem. p. 28 y siguientes.

esperar la cosa juzgada material para requerir la ejecución, ciertamente habrá sido perjudicado por la demora del proceso sufriendo un "daño marginal en sentido estricto"¹⁹.

Si el actor es perjudicado con la espera de la cosa juzgada material, el demandado, que mantiene la situación preexistente durante el largo curso del proceso, evidentemente es beneficiado. El proceso, por lo tanto, es un instrumento que siempre perjudica al actor que tiene razón y beneficia al demandado que no la tiene.

Es preciso que se perciba que el demandado puede no tener un efectivo interés en demostrar que el actor no tiene razón, sino que sólo desea mantener el bien en su patrimonio, aunque sea sin razón, por el mayor tiempo posible, objetivo con el cual el proceso puede lamentablemente colaborar²⁰.

Si el proceso es un instrumento ético, que no puede importar un daño a la parte que tiene razón, beneficiando a la parte que no la tiene, es inevitable que deba estar dotado de un mecanismo de anticipación de la tutela, que no es nada más que una técnica que permite la distribución racional del tiempo del proceso.

La tutela anticipatoria (así como la ejecución de la sentencia pendiente de un recurso) con todo y, justamente, porque el juez no es infalible, y no puede, asimismo, dejar de perjudicar al actor a no ser corriendo el riesgo de perjudicar al demandado, puede generar daño. Tal posibilidad, sin embargo, puede ser aceptada con naturalidad por aquellos que perciben que el actor que tiene razón es siempre perjudicado por la demora de la justicia y que el riesgo es algo absolutamente inherente a la necesidad de distribución del tiempo procesal y de la construcción de un proceso más justo e isonómico.

5. EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA TUTELA TEMPESTIVA Y EL DERECHO AL CONOCIMIENTO EXHAUSTIVO Y DEFINITIVO

Según la teoría procesal, la tutela ejecutiva tendría como presupuesto la declaración del derecho del actor o la cosa juzgada material. La cosa juzgada material, de hecho, siempre fue considerada el fundamento de la tutela ejecutiva²¹.

Si el tránsito por el juicio para llegar a la sentencia condenatoria fuera imprescindible, en principio, para la formación del título ejecutivo judicial, ninguna diferencia podría haber en que se diga que la cosa juzgada es el fundamento de la tutela ejecutiva o que la tutela ejecutiva depende de una sentencia condenatoria pronunciada en juicio.

El principio de la "*nulla executio sine titulo*" fue concebido para dejar claro que la ejecución no podría ser iniciada sin título y que éste, en el caso de sentencia condenatoria, debería contener en sí un derecho ya declarado o no susceptible de discusión.

Hay una asociación muy íntima y evidente entre "descubrimiento de la verdad", realización plena del principio del contradictorio, declaración, cosa juzgada material y título ejecutivo judicial. Atrás del principio de la "*nulla executio sine titulo*" se esconde la idea de que la esfera jurídica del deudor no puede ser restringida sin la realización plena del principio del contradictorio.

De cualquier forma, como también parece evidente, la idea que la ejecución depende de un proceso de conocimiento exhaustivo está ligada a la premisa de que el juicio de conocimiento sumario (o el juicio de mera probabilidad), precisamente por ser un juicio que posterga el derecho de defensa, no es suficiente para la instauración de la ejecución. La tutela ejecutiva, en este sentido, siempre depende de la "certeza jurídica"²².

Recordemos que la ejecución provisoria de la sentencia sería una figura anormal para Chiovenda²³, precisamente por no presuponer la "certeza jurídica". Sin embargo, la certeza jurídica, o la cosa juzgada material, en vista de las nuevas necesidades de tutela, no puede constituir más un presupuesto lógico-jurídico para la instauración de la ejecución.

Las nuevas exigencias de tutela jurisdiccional, responsables, incluso, de la transformación de la tutela cautelar en técnica de sumarización, transformaron el principio de la "*nulla executio sine titulo*" en un mito.

En el procedimiento común hay un gran conflicto entre el derecho a un conocimiento exhaustivo y definitivo (derecho de defensa) y el derecho a la

¹⁹ Ibidem. p. 20.

²⁰ Ibidem. p. 28.

²¹ Ibidem. p. 28 y siguientes.

²² VERDE, Giovanni. "L'attuazione della tutela d'urgenza". En: "La tutela d'urgenza". Rimini, Maggioli Editore, 1985. p. 81.

²³ CHIOVENDA, Giuseppe. "Instituições de derecho procesal civil". Volumen I. Sao Paulo, Saraiva, 1965. p. 235.

tempestividad de la tutela jurisdiccional. Para que el actor no sea demasiado perjudicado por la demora del proceso debe actuar, en el interior del procedimiento de conocimiento pleno y exhaustivo, una técnica que permita la anticipación de la tutela. Luego, si es innegable la existencia del conflicto entre el derecho a la tempestividad de la tutela y el derecho a un conocimiento exhaustivo y definitivo, y es sabido que el demandado tiene interés en utilizar el proceso para conservar el *status quo* por el mayor espacio de tiempo posible, debe admitirse la anticipación de la tutela en los casos de derechos evidentes y de defensas infundadas. No hay otra alternativa en el proceso para no perjudicar, más de la cuenta, al actor que tiene razón.

No parece racional, por otra parte, obligar al actor a esperar el tiempo del doble grado de jurisdicción cuando el juez ya declaró la existencia del derecho que fue afirmado en juicio. Parece, en otras palabras, que la sentencia debería tener, en principio, ejecutividad inmediata, y no ejecutividad subordinada al tránsito en juicio y a la cosa juzgada material.

Una postura dogmática mas coherente con la realidad exigiría asimismo que fuese redefinido el concepto de título ejecutivo. Lo que estaría en juego, en verdad, sería saber si la cualidad de título ejecutivo podría ser conferida a una decisión sumaria.

No hay ningún argumento, digno de consideración, que impida que una decisión sumaria constituya título ejecutivo. Abrir la vía ejecutiva a un derecho no es una consecuencia de su existencia, sino una simple opción por su realización práctica²⁴. De esta manera, seguramente, la tutela jurisdiccional pasa a ser mucho más ejecución que declaración y cosa juzgada material. Sin embargo, ésta es una consecuencia de las nuevas exigencias de tutela y del conflicto –que es ineludible– entre seguridad y efectividad²⁵.

6. LA NECESIDAD DE UNA DISTRIBUCIÓN RACIONAL DEL TIEMPO DEL PROCESO

El procedimiento común, como ya se dijo, hace que el peso (o carga) del tiempo del proceso sea soportado únicamente por la parte actora. Esto, obviamente, no es justo, aún cuando actor y demandado, al momento

de la proposición de la demanda, tengan iguales índices de probabilidad de tener derecho al bien en litigio.

El tiempo del proceso no puede perjudicar al actor y beneficiar al demandado, ya que el Estado, cuando prohibió la justicia por mano propia, asumió el compromiso de tratar a los litigantes de forma isonómica y de tutelar de forma oportuna y efectiva los derechos.

Es posible distribuir el tiempo del proceso a través de procedimientos especiales –las llamadas tutelas jurisdiccionales diferenciadas–, elaborados a partir de las técnicas del conocimiento. Los procedimientos que impiden la discusión de ciertas cuestiones (conocimiento parcial), que restringen el uso de determinadas pruebas (por ejemplo, el “mandado de seguridad” en el derecho brasileiro) o, asimismo, aquellos que son de conocimiento pleno y exhaustivo, pero que están dotados de tutela anticipatoria permiten, de cierta forma, una mejor distribución del tiempo de la justicia.

En el caso del procedimiento común no hay otra alternativa que no sea la de introducir en su interior una técnica capaz de permitir la distribución del tiempo del proceso. Se nos representa como completamente irracional obligar al actor a sufrir con la demora, cuando éste demuestra, en el curso del procedimiento, que probablemente el derecho le pertenece. Así, por ejemplo, si el actor prueba los hechos constitutivos del derecho que alega poseer y el demandado presenta una excepción substancial indirecta infundada, y que requiere instrucción dilatoria, no es racional que al actor se le continúe imponiendo la carga de la demora.

Para que impere la igualdad en el proceso es preciso que el tiempo sea isonómicamente distribuido entre las partes litigantes. El tiempo debe ser repartido en el curso del procedimiento de acuerdo con el índice de probabilidad de que el actor tenga derecho al bien disputado²⁶. Esta probabilidad está asociada a la evidencia de su derecho y a la fragilidad de la defensa del demandado. Cuando el derecho del actor es evidente y la defensa del demandado carece de seriedad, entra en juego, en el derecho brasileiro, la tutela anticipatoria basada en el “abuso del derecho de defensa” (artículo 273, II, Código Procesal Civil Brasileiro)²⁷, como téc-

²⁴ Véase MAZZARELLA, Ferdinando. “Esecuzione forzata” En: *Enciclopedia del diritto*, volumen 15. p. 449 y siguientes.

²⁵ Asimismo, ver CHIARLONI, Sergio. “Riflessioni inattuali sulla novela del processo civile (con particolare riguardo ai provvedimenti cautelari ed interinali)”. En: “Foro Italiano”, 1991. p. 36 y siguientes.

²⁶ ANDOLINA, Italo. “Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale”. Op. cit. p. 36-37.

²⁷ Artículo 273 del Código Procesal Civil brasileiro: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (...) II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

nica de distribución de la carga del tiempo del proceso²⁸.

7. LA PERSPECTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA NECESIDAD DE EVITAR EL ABUSO DEL DERECHO DE DEFENSA

La tutela anticipatoria fundada en el "abuso de derecho de defensa" tiene un efecto pedagógico importante, en la medida que no incentiva las defensas abusivas, destinadas a demorar el momento de la realización de los derechos u orientadas a obtener del actor alguna ventaja económica a cambio del tiempo del proceso.

La tutela anticipatoria fundada en el abuso de derecho de defensa no tiene en miras sólo proteger al actor, sino que también tiende a evitar que la Administración de Justicia sea perjudicada por el "costo del proceso abusivo".

En la hipótesis que el demandado utilice el proceso para extraer del "tiempo de la justicia" alguna ventaja patrimonial, la Administración de Justicia se verá evidentemente perjudicada por el "costo del proceso".

Un proceso que se prolonga en el tiempo más de lo necesario representa –justamente a partir del mo-

mento en que pasa a ser no-necesario (a no ser para el demandado que abusa de su derecho de defensa)– un costo altísimo para la Administración de Justicia.

Cuanto mayor es el número de casos de abuso de derecho de defensa, mayor es el número de procesos en trámite y, en consecuencia, mayor es el número de jueces y funcionarios ocupados en ellos y, mucho peor que eso, mayor es el congestionamiento y la morosidad de la Administración de Justicia en su conjunto²⁹.

Además de ello, no es posible olvidar que la demora puede afectar la calidad del servicio del juez, ya que las posibilidades de error se multiplican rápidamente en la medida en que transcurre el tiempo entre el acontecimiento del hecho a ser investigado en juicio y su declaración a través de la sentencia³⁰.

La morosidad no sólo significa un peso muy grande para el litigante, sino que también inhibe el acceso a la justicia. La lentitud lleva al ciudadano a no creer en el Poder judicial, lo que es altamente nocivo para los fines de pacificación social de la jurisdicción, pudiendo asimismo conducir a la pérdida de legitimidad del poder.

²⁸ Ver, sobre las diversas hipótesis que permiten la tutela anticipatoria, basada en el artículo 273 del Código Procesal Civil brasileiro, MARINONI, Luiz Guilherme. "Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença", Sao Paulo, Revista de los Tribunales, 2000.

²⁹ LA BIELSA, Rafael y Eduardo R. GRAÑA. "El tiempo y el proceso". En: Revista del Colegio de Abogados de La Plata, N° 55, p. 200-201.

³⁰ Ibid. p. 201.