

DERECHO FUNDAMENTAL A LA DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCESO*

Luiz Guilherme MARINONI

SUMARIO: I. *Derecho fundamental de acción y derecho fundamental a la duración razonable del proceso y a los medios que aseguren la celeridad de su tramitación.* II. *Destinatarios del derecho fundamental a la duración razonable.* III. *Derecho a la oportunidad de la tutela jurisdiccional, derecho al plazo adecuado y derecho de no ser sometido al proceso, especialmente a actos procesales gravosos, por tiempo innecesario.* IV. *El derecho a la duración razonable contra el derecho a la adecuada cognición del litigio.* V. *Ámbito de incidencia del derecho fundamental a la duración razonable.*

I. DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCIÓN Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCESO Y A LOS MEDIOS QUE ASEGUREN LA CELERIDAD DE SU TRAMITACIÓN

El derecho de acción, en la concepción clásica y aún presente en gran parte de la doctrina procesal, no es sino el derecho a la solución del litigio o el derecho a una sentencia sobre el mérito, sea ésta de procedencia o de improcedencia de lo pedido. En este contexto, no hay duda de que el derecho de acción queda muy distante al derecho a la duración razonable del proceso.

Sin embargo, cuando el derecho de acción es entendido como el derecho a las técnicas procesales idóneas a la viabilidad de la obtención

* Traducción del portugués por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

** Profesor catedrático de Derecho procesal civil de la Universidad Federal do Paraná, Brasil; posdoctor, "Università degli Studi di Milano", Italia; visiting scholar, "Columbia School of Law", Estados Unidos de América. www.professormarinoni.com.br, guilherme@marinoni.adv.br, Imarin@law.columbia.edu.

de las tutelas establecidas por el derecho material,¹ éste se acerca al derecho a la duración razonable del proceso. Lo anterior porque cuando se considera el derecho a la obtención de la tutela del derecho material se tiene en cuenta su “efectividad”, que también reclama “oportunidad”. Al dejarse a un lado la concepción clásica de derecho de acción, se atribuye a éste el significado de derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, insertándose en el derecho de acción el derecho a la oportunidad de la prestación jurisdiccional.

El apartado LXXVIII del artículo 5o. de la Constitución Federal,² cuando se refiere al derecho a la duración razonable del proceso, expresa que este derecho requiere de los medios que garanticen la celeridad de su tramitación. Así, se explicita que el derecho a la duración razonable exige prestaciones positivas del legislador, del administrador y del juez.

Es posible afirmar que el contenido de esta explicación estaría incluido en el propio derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 5o., XXXV, CF), que, al garantizar también la oportunidad de la tutela jurisdiccional, obligaría al legislador, al administrador y al juez a la prestación de los medios imprescindibles para otorgar celeridad al proceso.

Sin embargo, como la comprensión del derecho de acción como derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (y oportuna) constituye un proceso de aprendizaje y de maduración, no hay cómo dejar de ver la importancia del apartado LXXVIII, incluido en el artículo 5o. por la reforma constitucional n. 45/2004.

El derecho a la duración razonable se encuentra ahora asegurado por un postulado constitucional autónomo (apartado LXXVIII),³ haciendo indudable el deber del Estado de otorgar oportunidad a la tutela jurisdic-

1 La acción atípica y abstracta sólo podrá constituir un derecho capaz de dar efectividad al derecho material, dejando de ser una mera proclamación retórica, cuando permita al autor, durante su ejercicio, la utilización de las técnicas procesales adecuadas a la situación concreta (véase Marinoni, Luiz Guilherme, *Curso de processo civil - Teoria geral do processo*, 3a. ed., São Paulo, Ed. RT, 2008, v. 1, p. 288).

2 Constitución de la República Federal de Brasil, en adelante CF, artículo 5o., LXXVIII: “a todos, en el ámbito judicial y administrativo, es asegurada la razonable duración del proceso y los medios que garanticen la celeridad de su tramitación”.

3 La Constitución Federal de 1934 disponía, en su artículo 113, 35, primera parte, que “la ley asegurará la rápida marcha de los procesos en las oficinas públicas...”. Esta norma fue insertada en el capítulo de los “Derechos y garantías individuales”, en el título bajo epígrafe “Declaración de derechos”. Dirigida especialmente al legislador (la ley asegurará), se entendió que la norma garantizaba la “rápida marcha” de los procesos administrativos y jurisdiccionales, comprendiéndose que el término “oficinas públicas” representaba no sólo los órganos administrativos, como también las “oficinas judiciales” (véase Miranda Arruda, Samuel, *O direito fundamental à razoável duração do processo*, Brasília, Brasília Jurídica, 2006, p. 43).

cional, mediante prestaciones del legislador, del administrador y del juez.

Por otra parte, es necesario atender a la circunstancia de que el apartado LXXVIII habla de duración razonable del proceso y no de celeridad de la tutela jurisdiccional del derecho. O mejor dicho: la norma no sólo asegura una tutela jurisdiccional oportuna al autor, sino que también confiere al demandado y a la sociedad el derecho a la duración razonable del proceso.

El demandado también tiene derecho a la celeridad del proceso, aunque su interés no posea la misma calidad del interés del actor. El derecho del demandado a la celeridad del proceso no puede ser extraído del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva o ser visto como su corolario. El derecho del demandado, más que de exigir prestaciones positivas del Estado, tiene la configuración de derecho de defensa, constituyendo una garantía del ciudadano contra el Estado, precisamente una garantía de que no será sometido al poder estatal —jurisdiccional o administrativo— por más tiempo que lo necesario.

La sociedad, o aquellos que no participan en el proceso como partes, igualmente tienen el derecho de ver que los procesos se desarrollen en tiempo razonable. En esta perspectiva, se debe pensar en primer lugar en las acciones orientadas a la tutela de la cosa pública (acción popular) y a la tutela de los derechos transindividuales (acción colectiva o acción civil pública), y después en las acciones de improbidad y en los procesos penal y electoral.

II. DESTINATARIOS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DURACIÓN RAZONABLE

1. *El legislador (el deber de protección normativa)*

El legislador está obligado a dar protección normativa al derecho fundamental a la duración razonable en tres dimensiones.

i) Debe emitir normas con la finalidad de regular la práctica de los actos procesales en un plazo razonable. Así, debe establecer plazos que realmente permitan la práctica de los actos procesales (preparación de la defensa, interposición de recurso, producción de pruebas, etcétera), inclusive considerando las dificultades concretas de las partes (plazo diferenciado para la Hacienda Pública),⁴ y fijar sanciones preclusivas frente a la no observancia de los plazos.

⁴ En este sentido Chiavario, Mario, *Processo e garanzie della persona*, Milán, Giuffrè, 1982, v. 2, p. 153.

El legislador debe también emitir normas para viabilizar la distribución de la carga del tiempo procesal según las circunstancias del caso concreto, así como reprimir, mediante previsión de sanciones, la actuación prorrogatoria de las partes (artículo 14, II, IV y V, y artículo 17, IV y VII, Código de Procedimientos Civiles).⁵

La norma del artículo 273, I, del CPC, relativa a la tutela anticipatoria contra el peligro de perjuicio, es ejemplo de norma que viabiliza la obtención de la tutela jurisdiccional en forma oportuna, constituyendo protección imprescindible al derecho fundamental a la duración razonable.

En este sentido, resulta todavía más clara la reciente norma del §60. del artículo 273, posibilitando que el pedido sea posible de fragmentación en el curso del proceso, o la escisión de la definición del mérito de acuerdo con el instante en que la materia de hecho ya no necesita prueba para ser dilucidada. Esa norma no viabiliza la oportunidad de la tutela jurisdiccional en virtud de una circunstancia externa, como el peligro de daño, sino que simplemente regula la marcha del proceso, imponiendo la definición del mérito en el momento en que una parte del litigio, para ser resuelto, no requiere ya la actividad jurisdiccional probatoria. El proceso es, para la parte del litigio que permaneció incontrovertida, no sólo inútil, sino también incompatible con el derecho a la tutela jurisdiccional oportuna. Así, aunque la escisión de la definición del mérito solamente se haya hecho posible en 2002, no hay duda de que resulta lógicamente inseparable de la noción de proceso.⁶

El legislador tiene el deber de dar al juez el poder de distribuir la carga del tiempo del proceso. Resulta claro que esto presupone que el tiempo sea comprendido como carga, lo que ni siquiera es intuido por la doctrina procesal tradicional. El tiempo es visto por la doctrina clásica

⁵ En adelante CPC.

⁶ El criterio básico para determinar el instante adecuado para la solución del conflicto y para la tutela jurisdiccional del derecho es el de agotamiento del contradictorio. Cuando los hechos litigiosos fueron discutidos por las partes y ya no necesitan ser dilucidados por prueba, surge el momento para la definición del litigio y para la tutela del derecho. En este caso se puede decir que el pedido está "maduro" para definición. No es razonable la demora cuando el pedido, ya "maduro" para ser juzgado, tiene aplazada su definición. Si, luego de madurar, el pedido no se define enseguida, la demora pasa a violar el derecho fundamental a la duración razonable. Como el derecho a la duración razonable exige que el juicio del mérito y la tutela del derecho ocurran cuando el pedido esté maduro para definición, y la madurez de la demanda puede darse en parte durante el proceso, no hay cómo dejar de concluir que la estructura técnica del proceso civil, para responder al derecho fundamental a la duración razonable y a los medios que aseguren la celeridad de su tramitación, debe necesariamente poseer una técnica procesal que permita la definición de la parte incontrovertida de la demanda en el curso del proceso (véase Marinoni, Luiz Guilherme, *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*, São Paulo, Ed. RT, 2007, pp. 46 y 47).

como algo neutro o científicamente no importante para el proceso. Seguramente por eso recae sobre el autor, como si éste tuviera la culpa de la demora inherente a la cognición de los derechos. Sucede que el tiempo es una necesidad que tiene el juez para formar su convicción, así como una necesidad democrática, proveniente del derecho de que las partes participen adecuadamente del proceso.

Empero, si el Estado detiene el monopolio de la jurisdicción, el tiempo para la distribución de la justicia sólo puede ser su problema y así, debe ser distribuido entre las partes para que el principio de igualdad no sea vulnerado. La norma que permite la tutela anticipatoria en casos de abuso del derecho de defensa (artículo 273, II, CPC) constituye el fundamento para la distribución de la carga del tiempo del proceso de acuerdo con la evidencia del derecho afirmado por el autor y la fragilidad de la defensa.⁷

Sin tales normas el proceso civil sería inconstitucional, porque no viabilizaría la realización del derecho fundamental a la duración razonable del proceso y no trataría las partes de forma igualitaria.

Como está claro, corresponde al legislador trazar los procedimientos y las técnicas procesales idóneas que ofrezcan una duración razonable al proceso. Por tanto, debe diseñar procedimientos especiales para determinadas situaciones, técnicas dirigidas a acelerar el procedimiento común y también instituir reglas procesales capaces de permitir que la parte construya el procedimiento adecuado al caso concreto.⁸ En este

7 El tiempo del proceso debe volverse contra la parte que necesita la instrucción de la causa para demostrar su alegación. Si es necesario distribuir el tiempo del proceso de acuerdo con la necesidad de la instrucción probatoria, esta distribución puede hacerse a través de la concepción de un procedimiento especial o de una técnica que actúe en el interior del procedimiento común. Sin embargo, el procedimiento especial parte del supuesto de que exista una situación específica que requiere tratamiento procesal diferenciado. Sin embargo, si todos concuerdan que el autor no puede pagar por el tiempo que sirve al demandado, no hay cómo suponer que solamente algunas situaciones específicas pueden exigir una técnica que permita la distribución de la carga del tiempo del proceso. Es decir, la necesidad de distribución de la carga del tiempo procesal no constituye situación especial, sino algo absolutamente común a toda y cualquier situación de derecho sustancial, motivo por el cual el procedimiento común debe estar dotado de una técnica procesal capaz de permitir la distribución del tiempo del proceso (véase Marinoni, Luiz Guilherme, *Abuso de defensa e parte incontroversa da demanda*, cit., nota 6, pp. 109 y ss).

8 No hay duda de que el derecho de acción es de la titularidad de quien recibe, o no, una sentencia favorable. El derecho de acción, en ese sentido, es totalmente abstracto con relación al derecho material. Pero ese grado de abstracción no responde al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, pues de él resulta el derecho a una acción estructurada de forma técnicamente capaz de permitir la tutela del derecho material, o sea, el derecho a la acción adecuada a la tutela del derecho material. El derecho a la acción adecuada, aunque sea independiente de una sentencia favorable o de la efectiva realización del derecho, requiere que se confieran al autor los medios técnicos idóneos para la ob-

sentido, la incidencia del derecho fundamental a la duración razonable sobre el legislador está expresada en la segunda parte (los medios que aseguren la celeridad de su tramitación) del apartado LXXVIII. No obstante, no hay que olvidar que duración razonable significa también duración idónea para la práctica de los actos procesales —y así, derecho al plazo adecuado para la preparación de la defensa, por ejemplo—, lo que evidencia que no sólo existe derecho a medios que aseguren la celeridad de la tramitación del proceso, como también derecho a medios que aseguren la adecuada participación en el proceso.

ii) Tiene además el legislador el deber de dar a las partes medios para controlar las decisiones judiciales que violen las normas procesales destinadas a proteger el derecho fundamental a la duración razonable, así como formas de control de las decisiones que, sin atentar contra reglas infraconstitucionales, nieguen directamente el derecho fundamental a la duración razonable.

Esta última hipótesis puede ocurrir cuando, pese a la ausencia de regla infraconstitucional, sea posible a la parte demostrar la omisión del legislador —no admitida por el juez de primer grado de jurisdicción— de proteger el derecho fundamental, o que sea posible a la parte evidenciar que la acción del juez, aún sin contrariar ninguna regla procesal, viola el derecho fundamental a la duración razonable. Nótese que en el primer caso existe, además de la omisión del legislador, una omisión judicial, mientras que, en el segundo, existe una acción del juez.

En estas situaciones, se deben conferir a las partes medios para el control de los actos judiciales. Se trata de medios internos al proceso, como el agravio de instrumento, al cual se puede agregar con efecto benéfico, el pedido de tutela anticipatoria recursal, cuando se pretende corregir un acto omisivo, o el pedido de efecto suspensivo, cuando se pretende apartar un acto del juez de primer grado.

iii) Finalmente, como la violación del derecho fundamental a la duración razonable puede ocasionar daños patrimoniales y no-patrimoniales, el legislador tiene el deber de instituir medios procesales capaces de permitir el ejercicio de pretensión a la tutela de resarcimiento contra el Estado. En este caso, es importante establecer la competencia para juzgar la demanda de resarcimiento. No es racional conceder el poder de

tención de la sentencia favorable y de la tutela del derecho. Sin embargo, el derecho de acción es hoy mucho más que derecho a la acción adecuada en el plano del derecho material. El legislador no se limitó —ni podría— a establecer técnicas procesales adecuadas en el plano del derecho material, sino que instituyó cláusulas generales, así como técnicas procesales dotadas de conceptos indeterminados, *con el objetivo de dar al ciudadano el derecho de construir la acción adecuada al caso concreto* (véase Marinoni, Luiz Guilherme, *Curso de processo civil - Teoria geral do processo*, cit., nota 1, v. 1, p. 294).

juzgar la acción de resarcimiento a un juicio o tribunal que juzgó la demanda en la cual fue violado el derecho fundamental a la duración razonable, o que ordinariamente tiene competencia para apreciarla. Sin embargo, esto no significa que, mientras no esté definida adecuadamente la vía y la competencia para el ejercicio de la pretensión resarcitoria, no pueda el perjudicado ejercerla, indicando el órgano competente de acuerdo con el sistema visto a la luz de la Constitución.

2. *El juez (el deber de tutela jurisdiccional en plazo razonable)*

El Estado tiene el deber de tutelar los derechos no sólo a través de la jurisdicción, sino también mediante las actividades legislativa y administrativa. De todos modos, cuando se piensa en el derecho a la duración razonable del proceso, se considera la tutela concedida a través del proceso, sea éste jurisdiccional o administrativo.

La cuestión temporal reviste gran importancia cuando se está frente a la tutela jurisdiccional *de los derechos*. La jurisdicción tiene el deber de tutelar los derechos, fundamentales o no. La tutela jurisdiccional de los derechos ciertamente no se disocia de la dimensión del tiempo, pues tutelar de manera inoportuna equivale a no proteger o a proteger de manera indebida.

Sin embargo, el juez tiene el deber de prestar la tutela jurisdiccional en un plazo razonable, no sólo para tutelar derechos, sino también para que el demandado tenga un proceso justo. No es justo someterlo a los males de la pendencia procesal durante un plazo irrazonable.

Es necesario combatir los actos judiciales que dilatan sin razón el proceso.⁹ Tales actos pueden tener naturaleza comisiva y omisiva. Así, por ejemplo, el juez puede determinar la producción de prueba sobre un

⁹ En el derecho italiano, sobre el artículo 111 de la Constitución de la República y la idea de "*ragionevole durata*" (duración razonable) del proceso, ver Tarzia, Giuseppe, "L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile", *Rivista di Diritto Processuale*, 2001, pp. 1 y ss.; *id.*, "Il giusto processo di esecuzione", *Rivista di Diritto Processuale*, 2001, pp. 329 y ss.; *id.*, "Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo", *Giurisprudenza italiana (jurisprudencia italiana)*, 2001, pp. 2430 y ss.; Chiarloni, Sergio, "Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile", *Rivista di Diritto Processuale*, 2000, pp. 1010 y ss.; Caianiello, Vincenzo, "Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione", *Rivista di Diritto Processuale*, 2001, pp. 42 y ss.; y Bove, Mauro, "Art. 111 Cost. e giusto processo civile", *Rivista di Diritto Processuale*, v. 57, pp. 479 y ss. En el derecho español, acerca del artículo 24.2., de la Constitución Española y el significado de "proceso público sin dilaciones indebidas", véase Riba Trepal, Cristina, *La eficacia temporal del proceso – El juicio sin dilaciones indebidas*, Barcelona, Bosch, 1997.

hecho incontrovertido o impertinente, omitirse en evaluar pedido de tutela anticipatoria basada en peligro de daño antes de ser escuchado el demandado (artículo 273, I, CPC) y dejar de analizar el pedido de escisión de la definición del mérito (artículo 273, §6o., CPC).

Además, la dilación indebida puede resultar de una elección equivocada, o mejor, de la elección de una técnica procesal no idónea para dar la debida oportunidad a la tutela jurisdiccional. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando el juez determina la ejecución de la tutela anticipatoria de una suma a través de las reglas que sirven a la ejecución de la sentencia condenatoria, despreciando la utilización de la multa o del descuento en la fuente o de rentas periódicas.

Para que el acto judicial importe en violación del derecho fundamental, debe generar “retardo injustificado”. La falta de justificación del retardo es inmanente al acto comisivo o equivocado —que determina la utilización de una técnica procesal en lugar de otra—. Empero, frente a la dilación omisiva la dificultad es mayor. Si no hay cómo admitir la demora en analizar un pedido de tutela anticipatoria, con relación a otras situaciones, como la de demora en realizar audiencia de instrucción, proferir sentencia o juzgar un recurso, se hace difícil establecer cuando la demora es injustificada, o no razonable. Se dice que la demora no es injustificada cuando se equipara a aquella que ha ocurrido en casos similares.¹⁰ Ese razonamiento llegó a ser utilizado por el Tribunal Constitucional español (STC 5/1985; STC 43/1985). Pero entender que la duración es razonable cuando se consume el tiempo que en otros casos se viene gastando constituye error lógico, pues la práctica reiterada del error no lo transforma en cierto o razonable. Obsérvese, por ejemplo, que no es posible aceptar la demora derivada de la sustitución periódica de jueces, realizada sin atender cualquier criterio racional orientado hacia la efectividad de la distribución de la justicia.

Por otra parte, la habitual disculpa judicial de “acumulación de trabajo”, si puede eximir la responsabilidad personal del magistrado por la demora del proceso, constituye una verdadera confesión de que el Estado no está respondiendo a su deber de prestar la tutela jurisdiccional de modo oportuno. En este caso, el ciudadano tiene el derecho de invocar el derecho fundamental a la duración razonable, lo que puede ocurrir cuando la dilación está en curso o ya se ha consumado. La diferencia es que cuando la dilación está en curso la parte deberá invocar el derecho fundamental a la duración razonable en el mismo proceso donde ocurre la demora injustificada, mientras que, cuando la demora no razonable se

¹⁰ Véase Riba Trepát, Cristina *La eficacia temporal del proceso – El juicio sin dilaciones indebidas*, cit., nota 9, p. 232.

ha consumado y causa daño, deberá ser propuesta una acción resarcitoria contra el Estado.

Notamos que duración razonable, como lo indica el propio nombre, nada tiene a ver con duración limitada a un plazo cierto o determinado. Si esa confusión fuera aceptada, no se trataría de “duración razonable”, sino de “duración legal”, o de simple deber del juez de respetar el plazo fijado por el legislador para la duración del proceso. El derecho a la duración razonable indica al juez el deber de, respetando los derechos de participación adecuada de las partes, dar la máxima celeridad al proceso. Y dar la máxima celeridad al proceso implica el no practicar actos dilatorios injustificados, sean éstos omisivos o expresos.

Dejemos claro también que el juez tiene el deber de controlar la constitucionalidad de las reglas procesales a la luz del derecho fundamental a la duración razonable, pudiendo dejar de aplicarlas en su literalidad, mediante el empleo de la técnica de la “interpretación conforme”.

3. *El Ejecutivo (el deber de dotación)*

La jurisdicción, para realizar su deber de prestar la tutela jurisdiccional de modo oportuno necesita de buena estructura administrativa, o sea, personal calificado, tecnología y material de expediente idóneos.

Por tanto, el Poder Judicial necesita de presupuesto adecuado. El Estado está obligado a reservar parte de su recaudo para dotar al Poder Judicial de manera de permitirle prestar la tutela jurisdiccional de forma efectiva y rápida.

Por tanto, el derecho fundamental a la duración razonable exige del Ejecutivo una prestación de carácter económico. El Ejecutivo, frente a este derecho fundamental, es obligado a un deber de dotación.¹¹

Por otro lado, cuando la ejecución de la sentencia judicial depende de la participación del Ejecutivo y éste injustificadamente deja de colaborar para la efectividad de la tutela jurisdiccional del derecho, la dilación indebida es su responsabilidad. En ese caso, la prestación fáctico-administrativa del Ejecutivo es imprescindible para la realización del derecho fundamental a la duración razonable.

¹¹ Véase Miranda Arruda, Samuel, *O direito fundamental à razoável duração do processo*, cit., nota 3, pp. 270 y ss.

III. DERECHO A LA OPORTUNIDAD DE LA TUTELA JURISDICCIONAL,
DERECHO AL PLAZO ADECUADO Y DERECHO DE NO SER SOMETIDO
AL PROCESO, ESPECIALMENTE A ACTOS PROCESALES GRAVOSOS,
POR TIEMPO INNECESARIO

Derecho a la duración razonable no es sinónimo de derecho a la celeridad del proceso, aunque esta confusión pueda resultar, a primera vista, de lo establecido en la segunda parte del apartado LXXVIII, que habla de “medios que garanticen la celeridad de su tramitación”.

No es posible pensar en duración razonable cuando las partes no pueden participar en el proceso de manera adecuada. Nótese que no existe aquí una exclusiva preocupación con el demandado, ya que no solamente la defensa depende de un plazo hábil para su efectiva y real preparación. Los plazos deben permitir al actor y al demandado la práctica de los actos inherentes al derecho de influir sobre el convencimiento judicial.

La parte no sólo tiene derecho a un plazo que le asegure tratamiento igualitario frente a su adversario (plazo igual para interponer y contestar determinado recurso), pero sobre todo derecho al plazo que, efectivamente, le posibilite la práctica del acto procesal, independientemente de que este acto esté incluido entre las posiciones procesales del autor o del demandado.¹²

Las partes tienen, en virtud del derecho a la duración razonable del proceso, el derecho al plazo adecuado. Vincenzo Vigoriti, en el derecho italiano, extrae el derecho al plazo adecuado del *due process*.¹³ Este derecho también podría estar relacionado con el contradictorio, asegurado en la Constitución Federal brasileña en el artículo 5o., LV, pero es incontestable su derivación del derecho a la duración razonable del proceso.

Además del derecho a la oportunidad de la tutela jurisdiccional y derecho al plazo adecuado es necesario aislar el derecho del litigante de no ser sometido a proceso, sobre todo a actos procesales que interfieran en su esfera jurídica, por un tiempo superior al necesario.

Algunos actos jurisdiccionales, como el que concede tutela cautelar, restringen la esfera jurídica de la parte antes de la solución definitiva del litigio. Como la tutela cautelar restringe el derecho del demandado con base en juicio de verosimilitud, siendo por esto esencialmente provisio-

¹² Véase Trocker, Nicolò, *Processo civile e costituzione*, Milán, Giuffrè, 1974, pp. 370 y ss.

¹³ Vigoriti, Vincenzo, *Garanzie costituzionali del processo civile*, Milán, Giuffrè, 1973, p. 6.

nal, sus efectos no pueden perdurar más allá del tiempo necesario a la protección de seguridad.

El mantenimiento de la tutela cautelar más allá del tiempo necesario para alcanzar lo que fue supuesto en el momento de su concesión, configura violación clara al derecho a la duración razonable. Lo mismo se puede decir en cuanto a la persistencia en el tiempo de la tutela anticipatoria y de todas las liminares.

Recuérdese que el artículo 811, II, del Código de Proceso Civil, afirma que el actor responde objetivamente por pérdidas y daños cuando, siendo procedente la medida, el demandado no es citado en el plazo de cinco días, constituyendo ejemplo de la preocupación del legislador por el tiempo en que el demandado está sometido a medidas restrictivas a su esfera jurídica tomadas en el curso del proceso.

Acentúese que tal situación también es peculiar en el proceso penal, en las hipótesis de restricción de libertad, indisponibilidad de bienes, alejamiento de cargo, etcétera, antes de la condena definitiva. Además, revocar prisión por exceso de plazo es, al mismo tiempo, constatar violación a la duración razonable del proceso.

Así, el derecho a la duración razonable confiere derecho a la tutela jurisdiccional oportuna, derecho al plazo adecuado a la práctica de los actos procesales y derecho a no tener restringida la esfera jurídica por un tiempo superior al debido. Como ha quedado claro, no hay manera de confundir derecho a la duración razonable con derecho a la celeridad del proceso.

IV. EL DERECHO A LA DURACIÓN RAZONABLE CONTRA EL DERECHO A LA ADECUADA COGNICIÓN DEL LITIGIO

El procedimiento acelerado no se confunde con el procedimiento de cognición sumario. El procedimiento de cognición sumario restringe el derecho a la producción de las pruebas más elaboradas, cuyo tiempo de producción es incompatible con aquel necesario a la prestación de la tutela urgente, conduciendo a una decisión *fundada en probabilidad*. En cambio, el procedimiento acelerado puede limitar o no la producción de pruebas, pero siempre culmina en una sentencia que, para definir el litigio, *no necesita de otras pruebas*.

Tanto el procedimiento de cognición sumario como el procedimiento acelerado se caracterizan por la brevedad, ambos permitiendo una tutela jurisdiccional más oportuna que la usualmente otorgada.

Nótese que el procedimiento caracterizado solamente por la aceleración de los actos procesales, practicados en espacio de tiempo más corto, no tiene cualquier distinción, en términos de posibilidad de adecuada cognición del objeto litigioso, con relación al procedimiento común, formalmente más lento. Sin embargo, el procedimiento que restringe la producción de pruebas parte del supuesto de que el objeto litigioso, para poder ahí ser discutido, *no puede necesitar* de otras pruebas, e igualmente no limita la cognición del litigio. Esto ocurre en el mandato de seguridad, procedimiento que no admite prueba distinta a la documental. Si el litigio en el mandato de seguridad exige pruebas distintas a la documental, se reserva al actor la posibilidad de discutirlo, mediante acción de conocimiento, que la instrucción probatoria es plena.¹⁴

Sin embargo, el procedimiento de cognición sumario, además de restringir la producción de prueba, limita la cognición *profundizada* del litigio, y así no puede permitir la formación de un juicio que no sea de verosimilitud, aunque sea suficiente para legitimar una sentencia estimatoria.

En el procedimiento acelerado no hay restricción al derecho a la producción de prueba, mientras que, en el procedimiento de cognición sumario, las partes tienen limitados sus derechos de producir prueba en nombre de la necesidad de tutela jurisdiccional urgente. Por esto mismo, si la sentencia dictada en el procedimiento acelerado hace cosa juzgada material, la sentencia proferida en el procedimiento de cognición sumario no tiene el poder de volverse, por sí sola, inmutable e indiscutible.

El procedimiento de cognición sumario, en la dimensión de la duración razonable del proceso, no puede dispensar otro procedimiento, en que las demás pruebas puedan ser producidas. La carga de hacer instaurar este otro procedimiento es, como regla, de aquel que fue actor en el procedimiento de cognición sumario, a menos que alguna particular situación de derecho sustancial legitime la inversión de la carga de hacer instaurar el procedimiento orientado a permitir la profundización de la discusión sobre el litigio ya apreciado con base en verosimilitud.

Con todo, además del procedimiento de cognición sumario, existe el procedimiento de cognición parcial. En el primero, ante la restricción a la producción de pruebas, la cognición judicial es limitada en el sentido vertical. En el segundo, el demandado queda prohibido, en virtud de una regla procesal definidora del diseño del procedimiento, de alegar y discutir determinadas defensas de derecho material.

El procedimiento de cognición parcial, así como el procedimiento de cognición sumaria, pretende una mayor celeridad. La diferencia es que

¹⁴ *Súmula* n. 304, Supremo Tribunal Federal: "Decisión denegatoria de mandato de seguridad, no haciendo cosa juzgada contra el requirente, no impide el uso de acción propia".

el procedimiento de cognición parcial, al buscar oportunidad, no renuncia a la certeza, pues no se limita a un juicio de probabilidades o de *fumus bonis iuris*. Este procedimiento permite el profundizar de la cognición sobre el mérito, pero aparta la cognición del juez sobre la cuestión que la parte fue prohibida de invocar.

El procedimiento de cognición parcial conduce a una sentencia con fuerza de cosa juzgada material en tiempo inferior al que se gastaría para el examen de toda la extensión de la situación litigiosa, pero no puede excluir de la apreciación del Poder Judicial la cuestión que no pudo ser discutida, dicha entonces “cuestión reservada”.

Recuérdese que el Decreto-ley 3.365, del 21 de junio de 1941, afirma que la contestación sólo podrá versar sobre vicio del proceso judicial o impugnación del precio; y que cualquiera otra cuestión solamente podrá ser conocida en acción propia (artículo 20). La ley prohíbe la discusión de cualquier cuestión de derecho material que no se refiera al precio en la acción de expropiación. Empero, frente al derecho a la duración razonable, esta limitación obviamente no tendría legitimidad si el demandado no pudiera discutir las cuestiones apartadas o reservadas (el fundamento de la expropiación) mediante acción autónoma dirigida contra el Poder Público.

Sin embargo, no basta simplemente admitir acción autónoma posterior para discutir la excepción apartada por el legislador. Para admitirse la legitimidad de la celeridad del procedimiento que limita el ámbito de discusión de la parte, es necesario verificar si su fundamento está de acuerdo con la Constitución Federal. Si no lo está, existe violación al derecho a la duración razonable. La legitimidad de la restricción de las alegaciones de defensa, mediante las reglas instituidoras del procedimiento, no se resuelve a partir de la verificación de la posibilidad de que el demandado pueda afirmar las alegaciones en el aceptadas en acción autónoma, pero exige el examen de la racionalidad de la inversión de la oportunidad de la alegación a la luz de las normas constitucionales.¹⁵

V. ÁMBITO DE INCIDENCIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DURACIÓN RAZONABLE

El derecho a la duración razonable incide sobre todas las especies de procesos jurisdiccionales, incluso sobre el proceso administrativo, como deja claro el propio apartado LXXVIII.

¹⁵ Véase Marinoni, Luiz Guilherme, *Antecipação da Tutela*, 10a. ed., São Paulo, Ed. Revista Dos Tribunais, 2008, pp. 35 y ss.

En el proceso civil, el derecho a la duración razonable incide de manera diferenciada, según sea el proceso de conocimiento, de ejecución o cautelar o un procedimiento especial. Es claro que el tiempo y, así la demora, no poseen el mismo significado en los procesos de conocimiento y cautelar. Del mismo modo, según las peculiaridades del procedimiento especial, la demora puede tener mayor o menor impacto.

Ante la naturaleza de la tutela cautelar, el legislador queda obligado a diseñar procedimientos y a instituir una técnica procesal capaces de viabilizar la obtención de la tutela cautelar en un plazo idóneo. Tal plazo debe guardar relación con la urgencia inherente a la naturaleza de la tutela cautelar. Así, el procedimiento cautelar debe ser más abreviado que el procedimiento dirigido a la tutela capaz de adquirir la calidad de cosa juzgada material.

No obstante, la concesión de la tutela cautelar —sea mediante decisión liminar o sentencia dictada en el proceso cautelar—, al restringir la esfera jurídica del demandado, exige atención para el tiempo de la duración de sus efectos. La tutela cautelar no puede perdurar más allá del tiempo necesario para la protección de seguridad. Si esto sucede, el demandado estará siendo sometido a proceso con tiempo irrazonable.

Recuérdese que la urgencia puede exigir la ejecución de la tutela cautelar antes de que se escuche al demandado. En este caso, se alega que una situación sustancial amenazada por peligro de daño inminente e irreparable puede hacer necesarias medidas inmediatas sin un completo esclarecimiento de la situación fáctica, y se recuerda también que la omisión de la audiencia previa del demandado puede ser dictada por el objetivo de no colocar a este último en condiciones de frustrar la eficacia práctica del propio proveimiento. La legitimidad de estos motivos fue acogida por el *Bundesverfassungsgericht* alemán, que, sin embargo, advirtió tratándose de una injerencia en la esfera jurídica de la parte, una derogación al principio general de la audiencia previa solamente se puede admitir cuando resulte ser indispensable para alcanzar el objetivo del proveimiento.¹⁶

¹⁶ Trocker, Nicolò, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milán, A. Giuffrè, 1974, p. 406. En el derecho italiano, la Corte Constitucional afirmó que la tutela de urgencia representa un componente esencial e ineludible de la tutela jurisdiccional, en los límites en que es necesaria para neutralizar un peligro de daño irreparable. La necesidad de escuchar al demandado puede comprometer la efectividad no sólo de la tutela cautelar, sino también de la tutela anticipatoria; véase Marinoni, Luiz Guilherme, *Antecipação da Tutela*, 10. ed., São Paulo, Ed. RT, 2008, ítem 4.7.1; Denti, Vittorio, “Intervento”, em *Atti del XV Convegno Nazionale*, Bari, 4-5 octubre de 1985; *La tutela d'urgenza*, Maggioni, Rimini (ed.), 1985, p. 164; Proto Pisani, Andrea, “Intervento”, *Atti del XV Convegno*

Si la ejecución de tutela cautelar *inaudita altera parte* (*sin escuchar la otra parte*) puede ser necesaria para asegurar la tutela del derecho,¹⁷ su excepcionalidad resulta del hecho de postergar el contradictorio.¹⁸ En nombre de la efectividad del contradictorio, al demandado debe permitirse demostrar, con la mayor brevedad posible, la eventual no existencia de los fundamentos que autorizaron la concesión de la tutela cautelar e incluso su impropiedad, por no representar la medida que produce la “menor restricción posible”.

Por tanto, hay razón para que el legislador se preocupe en exigir la breve citación del demandado cuando la tutela cautelar es deferida *inaudita altera parte*, imponiendo al actor la responsabilidad objetiva por el daño ocasionado por la ejecución de la tutela cautelar liminar en la hipótesis de que la citación no haya sido “promovida” en el plazo de cinco días.

En este caso, el autor responde por pérdidas y daños, aunque las sentencias del proceso cautelar y del proceso principal sean procedentes. Además de que una medida cautelar no puede permanecer eficaz por tiempo superior al suficiente para la tutela de seguridad, ésta no puede ocasionar un gravamen sin propósito al demandado, debiendo obedecer a la regla de la “menor restricción posible”. Esto para no mencionar que el demandado tiene derecho a la sustitución de la medida cautelar por caución u otra medida menos gravosa, bastando que sean, una u otra, suficientes para la tutela cautelar (artículo 805, CPC).

Si la efectividad de la medida antes de escuchar al demandado, por representar derogación del principio general de audiencia previa, solamente se admite en casos excepcionales; la no citación del demandado en plazo breve impide que el demandado ejerza su derecho a la sustitución de la medida cautelar, así como le retira la posibilidad de requerir la modificación de la tutela cautelar o la aplicación de la norma de menor restricción posible, lo que vuelve excesivamente grave la postergación del contradictorio.

Nazionale, citada en esta nota; *La tutela d'urgenza*, Maggioli, Rimini (ed.), 1985, p. 118; *Actas del XV Convenio Nacional*, Bari, 4-5 de octubre 1985, *La tutela de urgencia*.

17 Véase Comoglio, Luigi Paolo, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padua, Cedam, 1970.

18 “Si è detto che il principio del contraddittorio è rispettato anche quando il provvedimento è pronunciato *inaudita altera parte*, purché prima che il provvedimento diventi definitivo, la parte contro cui è emesso abbia la possibilità di proporre le sue difese” (Martinetto, Giuseppe, “Contraddittorio (Principio del)”, *Novissimo digesto italiano*, v. 4, p. 461). “Se ha dicho que el principio del contradictorio es respetado también cuando el proveimiento es pronunciado *sin escuchar otra parte*, para que antes que el proveimiento se vuelva definitivo, la parte contra la cual es emitido tenga la posibilidad de proponer sus defensas”.

La previsión de responsabilidad objetiva ante la no citación del demandado en el plazo de cinco días es solamente un ejemplo de que la regulación del procedimiento debe estar atenta al tiempo en que el demandado es sometido a una decisión que restringe su esfera jurídica en el curso del proceso.

La ejecución civil, dada su particularidad para la efectividad de la tutela del derecho material, constituye un punto muy sensible cuando el proceso es puesto a la luz del derecho fundamental a la duración razonable. La omisión dilatoria en la práctica de los actos ejecutivos impide la tutela del derecho en el momento en que el derecho ya fue reconocido, sea en sentencia interlocutoria —al conceder tutela anticipatoria—, en sentencia ejecutable en la pendencia del recurso o incluso en sentencia con carácter de cosa juzgada. Por esto, la dilación omisiva en la ejecución, especialmente en el caso de las tutelas jurisdiccionales otorgadas con base en los artículos 461 y 461-A, se encuadra fácilmente como demora injustificada.

El derecho fundamental de acción garantiza la preordenación de las técnicas procesales idóneas a la viabilidad de la obtención de la tutela del derecho material. Además, no es por otro motivo que la acción no puede agotarse en la sentencia condenatoria con carácter de cosa juzgada. La acción aspira a la tutela del derecho, y ésta no es otorgada por la sentencia condenatoria, dependiendo de la ejecución, o, más precisamente, de la idoneidad de los medios ejecutivos. Así, no hay duda de que el derecho al medio ejecutivo idóneo es corolario del derecho fundamental de acción, previsto en el apartado XXXV del artículo 5o. de la Constitución Federal.

Si el derecho al medio ejecutivo idóneo deriva del derecho fundamental de acción, el derecho al medio ejecutivo capaz de otorgar oportunidad a la tutela del derecho resulta del derecho fundamental a la duración razonable. Significa decir que la ley no puede instituir cualquier medio ejecutivo, sino solamente los medios ejecutivos idóneos y aptos para dar oportunidad a la eficacia de la tutela jurisdiccional del derecho.¹⁹ En esta perspectiva, es fácil demostrar, por ejemplo, la equívoca-

¹⁹ La doctrina española, al interpretar el artículo 24 de su Constitución, deja de lado las viejas concepciones de acción como mero derecho de ir a juicio y como derecho a una sentencia de mérito y enfatizando el significado de “tutela efectiva”. Vallespín Pérez, David, por ejemplo, así escribe: “El derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo, fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren to-

ción en rechazarse el embargo *on line* bajo el argumento de que existen bienes muebles o inmuebles que pueden ser embargados y el error en concluir que la tutela anticipada de cuantía en dinero solamente puede ser ejecutada a través de los medios que sirven a la ejecución de la sentencia condenatoria.

dos los requisitos procesales para ello. *Exige también que el 'fallo se cumpla' y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido. Lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes en meras declaraciones de intenciones*" (Vallespín Pérez, David, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Barcelona, Atelier, 2002, pp. 142 y 143). Dice el artículo 24, I, de la Constitución Española: "Todas las personas tienen *derecho a obtener la tutela efectiva* de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". Véase también Gil-Robles, Álvaro, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 85 y ss.