

Revista de Derecho Procesal Penal

Doctrina – Jurisprudencia – Actualidad

Director

EDGARDO ALBERTO DONNA

Vicedirectora

ÁNGELA ESTER LEDESMA

Secretaría de Redacción

**JOAQUÍN OCTAVIO MARCET
GUIDO EZEQUIEL WAISBERG**

**El imputado. Derechos y garantías
en el proceso penal moderno**

I

**FUERA DE
COMERCIO**

**Es una publicación del INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES
Juncal 2736, piso 1, B, (1425) Buenos Aires, Argentina**

Revista de Derecho Procesal Penal 2022-1 : el imputado :
derechos y garantías en el proceso penal moderno - I /
Sandro Abraldes ... [et al.] ; dirigido por Edgardo A. Donna.
- 1ª ed. revisada - Santa Fe : Rubinzal - Culzoni, 2022.

728 p. ; 23 × 16 cm - (Revista de Derecho Procesal Pe-
nal / Edgardo Donna)

ISBN 978-987-30-4526-4

1. Derecho. I. Abraldes, Sandro. II. Donna, Edgardo
Alberto, dir.

CDD 345.05

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

LA ACTIVIDAD DE LA DEFENSA COMO POSIBLE JUSTIFICACIÓN DE LAS DEMORAS EN EL PROCESO PENAL

por PABLO LARSEN*

SUMARIO: I. Introducción. II. Presentación del problema. 1. La determinación de la “razonabilidad” de la duración del proceso o del carácter “indebido” de las dilaciones. 2. La creación de excepciones a la posibilidad de valorar la “conducta del interesado” en el proceso penal. III. Los fundamentos del rechazo de la tesis negativa. 1. El daño de la actividad procesal dilatoria. 2. La actividad procesal dilatoria como abuso de derechos. 3. La actividad procesal dilatoria como conducta no protegida por el derecho de defensa. 4. Balance. 5. El rechazo de argumentos adicionales. a) La imposibilidad de asignar a la persona imputada las consecuencias de la actividad de su defensa técnica. b) La existencia de plazos legales para resolver las peticiones de las partes. IV. La posible justificación de la tesis restrictiva. 1. La prohibición de asignar consecuencias negativas a la actividad procesal legítima. 2. La disuasión de la actividad procesal legítima. 3. La prohibición de obligar a la defensa a colaborar con la celeridad del proceso. 4. El temor a vaciar de contenido a la conducta de las autoridades judiciales como factor relevante. 5. La tesis restrictiva como la única tesis practicable. V. Sobre la posible necesidad de adoptar la tesis amplia. 1. El carácter infrainclusivo de la tesis restrictiva. VI. Sobre la viabilidad de implementar la tesis amplia en el Derecho argentino. 1. ¿Imponen los derechos fundamentales la obligación de adoptar alguna tesis en particular? 2. Cambios jurisprudenciales y legislativos. VII. Conclusiones.

* Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Magíster en Derecho Penal (Universidad Torcuato Di Tella). Profesor de Garantías Constitucionales del Derecho Procesal Penal (Universidad Torcuato Di Tella). Contacto: pablolarsen93@gmail.com. Agradezco a Máximo Langer, Alan Limardo, Pablo Rovatti, Matías Díaz, Agustín Varela y, fundamentalmente, a Gabriel Pérez Barberá, por la lectura de un borrador de este trabajo y por sus sugerencias y observaciones críticas. Una versión del texto fue presentada en la Universidad de Buenos Aires el 14 de diciembre de 2021 en el seminario *Nuevas perspectivas sobre Derecho Penal, Proceso Penal y Criminología*, dirigido por el Prof. Dr. Máximo Langer. Agradezco a quienes participaron del encuentro por sus comentarios y críticas.

Resumen

Este trabajo analiza cuál es la relevancia que puede asignarse a la actividad de la defensa cuando se trata de verificar si la duración de un proceso es compatible con el derecho de la persona imputada a un juzgamiento en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas. Para esto, el artículo presenta las soluciones disponibles, analiza sus fundamentos y, en particular, examina críticamente la regulación adoptada en Argentina, donde la actividad de la defensa puede ser valorada sólo si fue "abusiva" o "dilatoria". Frente a esto, se concluye que existen buenas razones para que el Derecho argentino sea modificado y para que se implemente una regulación que permita valorar la actividad procesal de la defensa de forma amplia, sin importar si ésta puede ser considerada abusiva o dilatoria.

Abstract

This paper analyzes which relevance can be assigned to the defense activity in order to decide whether there has been a violation of the right of the accused to be tried within a reasonable time or without undue delays. In order to do so, the article presents the main alternatives available to deal with that problem, analyzes their justification, and criticizes the regulation adopted in Argentina, where defense activity can be assessed only if it can be characterized as "abusive" or "dilatory". The paper also argues that there are good reasons to modify the Argentinian law on this matter, and to adopt a regulation that allows the courts to assess all defense activity, whether it can be qualified as abusive or dilatory or not.

Palabras clave

Plazo razonable. Dilaciones indebidas. Actividad procesal de la defensa. Abuso de derechos. Actividad dilatoria.

Keywords

Reasonable time. Undue delays. Defense activity. Abuse of rights. Dilatory motions.

I. Introducción

¿Qué relevancia puede asignarse a la conducta de la defensa al analizar si la duración de un proceso es compatible con el derecho a un juzgamiento en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas? Específicamente: ¿en qué medida es admisible valorar su actividad procesal para sostener que no se configuró una violación a ese derecho y, de ese modo, evitar que el proceso finalice mediante el dictado de un sobreseimiento? De forma simplificada, existen, en principio, tres respuestas posibles a ese interrogante.

Una primera aproximación, en cierta medida radical, consiste en responder que la actividad procesal de la defensa nunca puede ser valorada negativamente en este ámbito. Desde este punto de vista, poco importaría si las autoridades judiciales se comportaron de forma diligente, y si la estrategia defensiva apuntó exclusivamente a prolongar el proceso. La actividad de la defensa, en tanto posible factor relevante, quedaría completamente excluida del análisis del tema. Otra alternativa, directamente opuesta a la primera, consiste en sostener que la actividad de la defensa es relevante y debe ser tenida en cuenta como un factor más al analizar el asunto. De acuerdo con esta idea, por ejemplo, la cantidad de planteos realizados por la defensa, o su actividad recursiva, aun cuando se hayan impulsado de buena fe, pueden ser buenas razones para justificar la duración prolongada de un proceso. Dentro de esos extremos, al igual que en otras discusiones, es posible concebir posiciones intermedias. Una consiste en afirmar que, si bien la actividad de la defensa, como regla general, no puede ser valorada de forma negativa, es permisible hacerlo excepcionalmente si se demuestra que incurrió en conductas procesales reprochables, tales como una estrategia deliberadamente dilatoria. A falta de una mejor denominación, en el marco de este trabajo estas posiciones serán denominadas como tesis “negativa”, “amplia” y “restrictiva”, respectivamente, según la variedad de circunstancias que permitan valorar al analizar casos concretos.

El objetivo principal de este artículo, en una primera parte (secciones II a IV), es analizar cuáles son los argumentos que pueden justificar la adopción de alguna de esas soluciones. Para esto, luego

de presentar la forma en que la actividad de la defensa puede insertarse en el análisis sobre una posible violación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, y de exponer la manera en que el Derecho argentino adopta la aquí llamada tesis restrictiva (II), el trabajo analiza si el camino seguido en este país está justificado. Ese análisis será realizado mediante el examen de dos cuestiones concretas, a saber: si es posible fundamentar el rechazo de la tesis negativa (III), y si existen razones de peso para adoptar la tesis restrictiva en lugar de la amplia (IV). El aporte que ese desarrollo pretende realizar a la discusión local sobre el tema es fundamentalmente teórico. Al menos hasta donde he podido ver, la literatura argentina oscila exclusivamente entre posiciones que consideran prohibido valorar la conducta de la defensa (tesis negativa) y otras que sostienen que es permisible hacerlo de forma excepcional (tesis restrictiva)¹. Sin embargo,

¹ Cf., entre otros, PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 467 (donde se considera un “eufemismo” a la posibilidad de valorar la “conducta del interesado” cuando se trata de la persona imputada); SGRO, *La sentencia de la Corte en el caso “Cuatrín”*, en *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, N° 5, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 128 (quien sostiene que es “inaceptable” y “contrario a la libertad de defensa” atribuir al imputado las demoras que pueden generar sus peticiones); BREGLIA ARIAS, *Duración en el proceso penal e insubsistencia de la acción*, en L. L. 2010-A-1101 y ss. (donde se afirma que no es permisible “reprochar a los inculpados el haber sacado partido de las facultades procesales”); WAISBERG, *El plazo razonable en el proceso penal y el equilibrio de intereses estatales*, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, N° 2011-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 527 y ss. (donde se califica como una “flagrante violación de los derechos humanos más básicos” a la valoración, en contra de la persona imputada, de la utilización de los remedios procesales); GAUNA ALSINA y VARGAS, *El alcance de la garantía del plazo razonable de duración del proceso penal en los juicios por delitos de lesa humanidad*, en *Los juicios por crímenes de lesa humanidad*, Didot, Buenos Aires, 2014, p. 63 (quienes afirman que “la conducta de las partes sólo puede ser considerada en perjuicio de los inculpados en casos excepcionales”); SALDUBEHERE, *Algunas consideraciones sobre la garantía constitucional del plazo razonable de duración del proceso*, en *Jurisprudencia penal de la Provincia de Buenos Aires*, N° 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 129 (donde se señala que sólo es permisible valorar la conducta de la defensa de forma “restrictiva” y cuando fue “obstaculizadora”); SOBERANO, *El plazo razonable del proceso*, en *El debido proceso penal*, N° 4, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 163 (quien califica como una “impertinencia” a la valoración de la conducta de la defensa en este ámbito), y GOUVERT, *Valoración de la conducta defensiva en la determinación de la afectación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable en un fallo reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en

para llegar a esas conclusiones, esos trabajos no suelen incluir un análisis que tenga en cuenta la totalidad de las alternativas disponibles en este tema, ni una exposición sistemática de los argumentos que pueden justificar la elección de alguna. En esa medida, esta porción del trabajo puede ser leída como un intento de reconstruir los argumentos que pueden respaldar la implementación de alguna de las tesis disponibles, al margen de las conclusiones que puedan extraerse acerca de cuál debería adoptarse.

La segunda parte del artículo (secciones V y VI) cuenta con una finalidad ya no exclusivamente teórica, sino, en cambio, también orientada a la práctica. En ese apartado se intentará determinar si las críticas que pueden formularse a la tesis restrictiva pueden ser utilizadas para implementar la tesis amplia en el Derecho argentino. Para esto, luego de destacar cuáles son esas críticas y de mostrar que la tesis amplia es la que cuenta con mejores argumentos a su favor (V), se analiza si la adopción de la tesis amplia se encuentra prohibida por algún derecho fundamental o si, en cambio, constituye una cuestión disputable con margen para los desacuerdos (VI.1). Finalmente, luego de concluir que las normas constitucionales no ofrecen una respuesta clara con relación a este punto, se muestra la manera en que la tesis amplia puede ser implementada en Argentina, ya sea por tribunales que consideren necesario apartarse de la jurisprudencia constitucional que impone adoptar la tesis restrictiva, o por una legislatura que pretenda regular esta cuestión de un modo alternativo (VI.2).

Como se intentará mostrar a lo largo del trabajo, el análisis de este tema no sólo es atractivo para analizar el problema concreto de la relevancia que puede asignarse a la actividad de la defensa en esta materia. Por el contrario, se trata de una discusión que obliga a analizar otros temas más amplios, como las tensiones que el uso amplio de las facultades procesales puede generar con otros derechos o intereses relevantes, o los alcances del derecho de defensa en el proceso penal.

Revista de Derecho Procesal Penal, N° 2018-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 460 y ss. (donde se sostiene que el ejercicio "legal, legítimo e irrestricto" del derecho de defensa no puede justificar la duración excesiva del proceso).

II. Presentación del problema

1. *La determinación de la “razonabilidad” de la duración del proceso o del carácter “indebido” de las dilaciones*

Todas las personas imputadas en un proceso penal cuentan con un derecho fundamental a ser juzgadas en “un plazo razonable” (CADH, art. 8.1) y “sin dilaciones indebidas” (PIDCP, art. 14). La consecuencia que genera la constatación de una violación a este derecho, al menos en países como Argentina, es de una magnitud considerable: el proceso debe finalizar mediante el sobreseimiento de la persona imputada². Gracias a esta concepción es posible que el proceso penal finalice sin cumplir su objetivo principal de determinar la verdad sobre una hipótesis –si la violación se verifica antes del juicio–, o incluso que deba renunciarse a la posibilidad de asignar consecuencias a aquello que se consideró probado en una sentencia condenatoria –si la violación, debido a la forma en que se interpretan los alcances de este derecho, se configura durante la etapa recursiva³–. Una forma de explicar esas consecuencias se encuentra en los posibles fundamentos no epistémicos de este derecho, en tanto suele justificarse no tanto por la forma en que su respeto puede colaborar a la búsqueda de la verdad, sino, en cambio, por la necesidad de tutelar ciertos intereses desvinculados de ese objetivo, como los perjuicios que puede causar a la persona imputada el sometimiento prolongado a un proceso⁴.

² Cf. CSJN, “Barra” (*Fallos*: 327:327). En la literatura de tradición continental europea esa conclusión suele ser justificada afirmando que la violación a este derecho constituye un impedimento u obstáculo procesal (cf., entre otros, VOLK, *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 216). Esa solución, por supuesto, no es la única viable a nivel conceptual. Por el contrario, suele argumentarse que este derecho es compatible con otros remedios distintos a la finalización del proceso. Sobre esta discusión, en la que no es necesario ingresar aquí, cf. AMSTERDAM, *Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies*, en *Stanford Law Review*, N° 27, 1974, ps. 525 y ss., y REED AMAR, *Sixth Amendment First Principles*, en *Georgetown Law Journal*, N° 84, 1996, ps. 662 y ss.

³ Cf. Corte IDH, “Suárez Rosero vs. Ecuador”, del 12-11-97, § 71; TEDH, “Metzger vs. Alemania”, del 31-5-2001, § 34; CSJN, “Espíndola” (*Fallos*: 342:584), § 25.

⁴ Por supuesto, es posible concebir la posibilidad de que este derecho también cuente con fundamentos epistémicos (por ejemplo, por la forma en que el paso del tiempo incide negativamente en la posibilidad de contar con pruebas relevantes, o también en el valor de aquellas de las que se disponga). Sin embargo, no es necesario ingresar aquí en ese

De acuerdo con una tendencia muy difundida, la tarea de determinar si la duración de un proceso penal es compatible con este derecho no se encuentra regulada por reglas precisas que establezcan plazos máximos, sino, en cambio, por un test compuesto por varios factores relevantes, definidos de forma considerablemente imprecisa, que los tribunales deben aplicar en cada caso concreto⁵. Los argumentos que suelen ofrecerse a favor de esta alternativa son comprensibles: la dificultad de crear reglas generales en una materia tan compleja como la duración de los procesos aconseja que cada caso sea analizado de acuerdo a sus particularidades⁶. Más allá de ciertos matices, los factores que suelen integrar ese test son, en principio, tres: la complejidad del caso, la conducta de las autoridades judiciales y la conducta del interesado⁷.

2. *La creación de excepciones a la posibilidad de valorar la "conducta del interesado" en el proceso penal*

La actividad procesal de la defensa es una circunstancia que, a nivel metodológico, puede analizarse en el factor vinculado con la "conducta del interesado". Sin embargo, las cosas cambian considerablemente cuando se trata de un proceso penal. Aquí, a diferencia de lo que sucede en otro tipo de procesos, es posible encontrar posiciones que, tal como se mostró en la sección anterior, directamente niegan

análisis. Sobre los fundamentos de este derecho cf. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford, ps. 34 y ss. Sobre la distinción entre valores epistémicos y no epistémicos cf. LAUDAN, *Verdad, error y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, ps. 21 y ss.

⁵ Sobre estos tipos de regulaciones y sus rasgos característicos cf. LARSEN, *Derechos fundamentales, discrecionalidad judicial y proceso penal*, en *Quæstio Facti*, N° 3, Marcial Pons, Madrid, 2022, ps. 13 y ss.

⁶ Cf. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings* cit., p. 141. Uno de los ejemplos más conocidos de la alternativa contraria es PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho* cit., ps. 347 y ss.

⁷ Cf. Corte IDH, "Genie Lacayo vs. Nicaragua", del 29-1-97, § 77; TEDH, "Philis vs. Grecia (N° 2)", del 27-6-97, § 35; CSJN, "Espíndola" (*Fallos*: 342:584), § 25. Sobre la jurisprudencia de la Corte IDH, cf. LARSEN, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, ps. 200 y ss. Sobre los criterios del TEDH, cf. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings* cit., ps. 141 y ss.

la posibilidad de valorar la actividad de la defensa (tesis negativa), o sostienen que es posible hacerlo excepcionalmente si se demuestra que esa actividad es en algún modo reprochable (tesis restrictiva).

El Derecho argentino es un claro ejemplo de esto. En este sistema, si bien no se llevan las cosas tan lejos como lo propone la tesis negativa, se presenta a la tesis restrictiva como una obligación en materia de derechos fundamentales. La forma en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación destaca esta idea es más que elocuente en tal sentido. Para este tribunal:

Con excepción del supuesto de una actividad defensiva fundamentadamente calificada de abusiva, no puede hacerse recaer en el imputado la demora en la tramitación del proceso cuyo impulso diligente está a cargo del Estado [...] A fin de determinar la afectación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, no puede atribuirse a la actividad de la defensa un papel decisivo en la demora cuando no medió una especial vocación de dilatar el proceso⁸.

De acuerdo con esta síntesis, la razonabilidad de la duración de un proceso, o el carácter indebido de las dilaciones que hayan acontecido, debe determinarse mediante la aplicación de un test compuesto por tres factores en los cuales, si bien la conducta del interesado es una circunstancia a tener en cuenta, cuando ese sujeto es la persona imputada y su defensa las cosas cambian considerablemente. Aquí, como se vio, existe una jurisprudencia constitucional que considera que no es posible justificar la duración del proceso en la actividad de la defensa, salvo que se verifique una excepción particular a la que se define como una "actividad defensiva fundamentadamente calificada de abusiva" o una "especial vocación de dilatar el proceso".

Como puede apreciarse, la adopción de la tesis restrictiva implica crear una excepción a aquello que, por regla, puede ser valorado en esta materia. La caracterización de esta tesis como una excepción obedece a que términos como "plazo razonable" o "dilaciones indebidas" están formulados de modo suficientemente amplio como para permitir que la actividad procesal de la defensa sea una circunstancia más,

⁸ CSJN, "Goye" (Fallos: 340:2001), § 5.

entre otras, a tener en cuenta⁹. En otras palabras, la tesis amplia puede ser considerada como la regla en esta materia, y precisamente por esto la adopción de la tesis negativa o la restrictiva, al constituir excepciones, necesitan justificación. A determinar si esto es posible estará dedicado el desarrollo de las siguientes secciones.

III. Los fundamentos del rechazo de la tesis negativa

Es común que los análisis del tema no se ocupen de justificar por qué este asunto debería regularse del modo en que se describió en la sección anterior. En este sentido, quienes presentan a la tesis restrictiva como la solución correcta no suelen ofrecer una explicación acerca de por qué debería adoptarse esa alternativa en lugar de implementar, por ejemplo, una solución más generosa para la persona imputada como la tesis negativa. Esto es llamativo, pues existen posiciones que explícitamente defienden la tesis negativa y sostienen, por ejemplo, que “en los juicios criminales no es posible condicionar con el menoscabo de un derecho fundamental (el juicio rápido) la utilización –incluso abusiva– de medios procesales predispuestos por la ley en garantía judicial del derecho de defensa”¹⁰.

Sin embargo, es posible ofrecer una argumentación que permita demostrar por qué razones el rechazo de la tesis negativa está justificado. Para esto es necesario reconstruir las ideas que, probablemente, se encuentren implícitas en las posiciones que adoptan la tesis restrictiva y, de ese modo, rechazan la tesis negativa.

1. *El daño de la actividad procesal dilatoria*

Una forma de intentar determinar si el rechazo de la tesis negativa está justificado consiste en indagar si aquello que esa tesis permite –esto es, la actividad procesal dilatoria, ejercida con la finalidad de provocar demoras y retrasar el avance del proceso–, puede ser, por alguna razón, considerado incorrecto.

La literatura argentina, en algunas ocasiones, no ha visto un pro-

⁹ Se volverá en detalle sobre este punto en la sección VI.1.

¹⁰ PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho* cit., ps. 467-468.

blema en este tipo de actividad. Por el contrario, ha llegado a reconocer la existencia del fenómeno y a valorarlo positivamente afirmando que “muchos defensores no tienen otro camino que la defensa formal y el aprovechamiento de los vicios del sistema ‘en beneficio’ del imputado” y que “nada se puede objetar a esta práctica de los defensores que logra muchas veces éxitos notables”¹¹. El punto de partida de este argumento es, en principio, atendible: después de todo, si los sistemas otorgan a las defensas la posibilidad de ejercer muchas facultades y de formular una gran cantidad de planteos, ¿qué hay de malo en que los aprovechen en beneficio de la persona imputada?

Ese interrogante podría responderse negativamente si la actividad procesal dilatoria de la defensa fuese una conducta inocua o inofensiva. Sin embargo, las cosas cambian una vez que se advierte que se trata de una conducta que genera un daño. En primer lugar, el derecho a un juzgamiento en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas tiene la particularidad de ser un derecho del que no es titular sólo la persona imputada, sino “toda persona” (CADH, art. 8.1; PIDCP, art. 14.1). Debido a esto, la actividad dilatoria, al retrasar el avance del proceso, puede afectar el derecho de las víctimas de un delito a que el caso se resuelva del modo en que esos enunciados normativos lo establecen¹². En segundo lugar, en casos donde existan varias personas imputadas, la actividad procesal dilatoria de una de las defensas puede afectar el derecho a un juzgamiento en plazo razonable o sin dilaciones indebidas de las otras. Finalmente, la actividad procesal dilatoria también puede afectar el interés estatal en el juzgamiento eficiente de quienes cometan delitos, ya sea de forma general, en el caso particular de los delitos que no tienen víctimas concretas, o cuando se trata de la obligación internacional de perseguir penalmente determinado tipo de criminalidad¹³.

¹¹ BINDER, *Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2017, t. III, p. 306 (quien denomina a este fenómeno como “litigio indirecto”).

¹² Cf. Corte IDH, “Bulacio vs. Argentina”, del 18-9-2003, §§ 114 y 115.

¹³ Por ejemplo, en casos de violencia contra la mujer (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, art. 7.b), torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (Convención contra la Tortura, art. 4º), o graves violaciones de derechos humanos (Corte IDH, “Gelman vs. Uruguay”, del 24-2-2011, § 183).

Identificar con claridad el daño que genera la actividad procesal dilatoria permite advertir las razones por las que esa conducta puede ser considerada incorrecta. Una vez que se establece esto, sin embargo, es necesario determinar cuáles son las estrategias argumentativas que podrían utilizarse para justificar jurídicamente el rechazo de la tesis negativa.

2. *La actividad procesal dilatoria como abuso de derechos*

La primera alternativa, en la que parece apoyarse la jurisprudencia argentina al permitir valorar la actividad de la defensa cuando ésta fue “abusiva”, consiste en introducir a una distinción ausente en las exposiciones que defienden la tesis negativa: la distinción entre actividad procesal regular y abusiva. Para esto puede ser útil acudir a la idea de “abuso de derechos”, más difundida en el ámbito del Derecho Privado que en el Procesal Penal.

Según esta doctrina, existen actos que, pese a encontrarse en principio permitidos por el Derecho, son ilegítimos debido a las circunstancias en que son realizados, ya sea porque son ejecutados con “intención de dañar”, en “ausencia de un interés serio y legítimo” o con una “finalidad contraria a aquella para la que el Derecho fue otorgado”¹⁴. De acuerdo con esto, la actividad procesal “abusiva”, desplegada con una “especial vocación de dilatar el proceso”, puede ser reprochada por la defensa: evidentemente, las facultades procesales que se le otorgan no fueron concebidas para ser utilizadas con un objetivo desvinculado de los fines del proceso como la generación de demoras que lesionan otros derechos e intereses. Cuando esto sucede, es posible

¹⁴ Cf. ATIENZA y MANERO, *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000, ps. 33 y ss., quienes definen al abuso de derechos como “una cláusula general de excepción, derivada de razones de principio, al alcance de las reglas que califican como permitidos los actos de ejercicio de un derecho subjetivo”, y CUETO RÚA, *Abuse of Rights*, en *Louisiana Law Review*, N° 35, 1975, p. 983. Cf. también, entre otros, PERILLO, *Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept*, en *Pacific Law Journal*, N° 27, 1995, ps. 37 y ss. (con un análisis sobre el uso del concepto en varias áreas del Derecho, incluso en el Derecho Penal), y BYERS, *Abuse of Rights: An Old Principle, a New Age*, en *McGill Law Journal*, N° 47, 2002, ps. 389 y ss. (con énfasis en el uso del concepto en el Derecho Internacional).

sostener que se trata de un abuso de derechos, y precisamente en eso radicaría su carácter ilegítimo.

De acuerdo con esta idea, la jurisprudencia constitucional argentina podría ser interpretada como una que adopta de la doctrina del abuso de derechos al menos para esta área particular del Derecho Procesal Penal¹⁵.

3. *La actividad procesal dilatoria como conducta no protegida por el derecho de defensa*

Una segunda alternativa para justificar el rechazo de la tesis negativa consiste en arribar a la misma conclusión mediante un camino diferente. En algunas ocasiones se ha advertido que la expresión “abuso de derechos” es utilizada para caracterizar actos que, en rigor de verdad, no son abusivos, sino que no están cubiertos por el derecho del que se trata¹⁶. De acuerdo con esta idea, lo que hace la defensa al usar sus facultades para generar demoras y dilatar el proceso podría ni siquiera contar como el ejercicio de un derecho.

Esta conclusión puede ser justificada mediante una interpretación de los alcances del derecho general de defensa: si bien este derecho comprende, como contenido mínimo, el derecho a utilizar las facultades reconocidas por el sistema procesal, su ejercicio con una finalidad desvinculada del objetivo del proceso, como la generación de demoras, se encontraría excluido¹⁷. Es posible concebir escenarios donde los alcances de algunos derechos específicos son delimitados por razones similares. Piénsese, por ejemplo, en la defensa que interroga a una

¹⁵ Un ejemplo de adopción de esta doctrina de forma general era la cláusula que contenía el antiguo Código Civil (ley 340), donde se establecía que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos” y que “se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres” (art. 1071).

¹⁶ Cf. SCHAUER, *Can Rights be Abused?*, en *The Philosophical Quarterly*, N° 124, 1981, p. 227.

¹⁷ Esto se advierte con claridad si se repara en la tendencia a justificar a los derechos de intervención en el proceso en clave fundamentalmente epistémica. Cf. STEIN, *Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 33, y RO-MADRID, *Testigos no disponibles y confrontación*, en *Quæstio Facti*, N° 1, Marcial Pons, Madrid, 2020, ps. 50 y ss.

persona sin el propósito de controlar la información que ella aporta, sino para hostigarla y causarle un sufrimiento. Es claro que ese acto no está protegido por el derecho fundamental a interrogar a los testigos de cargo, y eso puede explicar adecuadamente por qué los códigos procesales suelen incluir medios para evitar que se realicen¹⁸.

Del hecho de que la actividad procesal abusiva no esté protegida por el derecho fundamental de defensa, claro está, no se sigue automáticamente que esa actividad no esté permitida. Sin embargo, si se tiene en cuenta que el carácter ilícito de esta actividad radica en el daño que genera, esta estrategia argumentativa permite mostrar que la persona imputada no podría invocar este derecho para justificarla.

4. *Balance*

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, el uso de las facultades procesales de defensa, realizado con la finalidad de generar demoras, puede ser calificado como una actividad ilegítima por dañar otros derechos fundamentales e intereses relevantes. Ya sea que se llegue a esa conclusión mediante la doctrina del "abuso de derechos", o mediante una interpretación de los alcances del derecho fundamental de defensa, ambos argumentos permiten justificar, al menos parcialmente, el camino adoptado por el Derecho argentino, en tanto presupone el rechazo de la tesis negativa.

5. *El rechazo de argumentos adicionales*

Antes de finalizar esta sección puede ser conveniente analizar otros dos argumentos que pueden utilizarse para justificar la tesis negativa. Si bien estas posiciones no han sido ofrecidas en la literatura, sus ideas que pueden estar implícitas en quienes defienden la tesis negativa y, por ende, su refutación también puede estar implícita en quienes la rechazan.

a) *La imposibilidad de asignar a la persona imputada las consecuencias de la actividad de su defensa técnica*

El primero de estos posibles argumentos se apoya en una distinción

¹⁸ Cf., por ejemplo, CPPN, art. 375; CPPF, art. 297.

conocida en la literatura argentina, donde es usual distinguir entre una defensa “material”, ejercida por la persona imputada, y una defensa “técnica”, ejercida por su abogada o abogado, como dimensiones es- cindibles del derecho de defensa¹⁹. Esta distinción, aplicada al problema que interesa analizar en este trabajo, puede ser utilizada para advertir que los planteos realizados en el proceso, incluso los abusivos o di- latorios, son efectuados por la defensa “técnica”. Precisamente por eso, continuaría el argumento, las consecuencias que esa actividad genere no deberían ser soportadas por la persona imputada, que puede ser distinguida de su defensa técnica y, además, es la única titular del derecho fundamental en juego.

Esta estrategia, que pretendería en cierto modo “blindar” a la per- sona imputada de las consecuencias que puede generar la actividad de su defensa técnica, es muy poco plausible. Su punto de partida, al presentar a la persona imputada como completamente ajena a la con- ducta de su asistencia técnica, presupone una circunstancia que, al menos en el problema que aquí interesa analizar, no se compadece con la relación entre ambos sujetos.

En efecto, si una defensa lleva adelante una actividad procesal dilatoria, se supone que esa estrategia tiene el objetivo de beneficiar a la persona imputada –por ejemplo, para obtener su sobreseimiento–, y precisamente es muy difícil sostener que ella es completamente ajena a la conducta de su defensa técnica. Por esa razón, a diferencia de lo que sucede en otros problemas donde sí es plausible sostener que la conducta de la defensa técnica no debe perjudicar a la persona impu- tada²⁰, en este grupo de casos la diferencia tajante es muy difícil de sostener.

b) *La existencia de plazos legales para resolver las peticiones de las partes*

El segundo argumento es uno que se apoya en un rasgo que compar-

¹⁹ Cf. MAIER, *Derecho Procesal Penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2013, t. II, ps. 256 y ss.

²⁰ El caso paradigmático es el de la denominada “defensa técnica ineficaz”. Al respecto cf. Corte IDH, “Ruano Torres vs. El Salvador”, del 5-10-2015, §§ 150 y ss.

ten casi todos los códigos procesales en materia penal, y que puede ser, al menos en principio, relevante para este problema. De acuerdo con esta idea, las normas procesales que regulan las peticiones que puede formular una defensa no sólo se encargan de establecer esas facultades sino, además, de fijar un plazo dentro del cual deben ser resueltas por los tribunales²¹. Lo que se seguiría de esta circunstancia, si se pretende completar el argumento, es que son los tribunales, y no las defensas, quienes deben cargar con las demoras generadas una vez que esos plazos se superan. Frente a esa circunstancia, el carácter dilatorio de la actividad procesal de la defensa sería un dato irrelevante, y la atención estaría puesta por completo en la responsabilidad de los tribunales.

La respuesta a este argumento puede encontrarse, una vez más, en una distinción relevante que resulta decisiva para este problema: las regulaciones legales sobre plazos procesales y la interpretación del derecho fundamental a un juzgamiento en plazo razonable o sin dilaciones indebidas son dos cuestiones independientes²². Por esa razón, lo primero no tiene por qué ser necesariamente decisivo al momento de analizar lo segundo. Esto, por supuesto, cambiaría en un sistema que reglamente este derecho mediante normas que fijen el plazo máximo de duración del proceso, y le asignen a la violación de esa regla una consecuencia concreta como el sobreseimiento de la persona imputada. Sin embargo, esto no es lo que sucede en sistemas como el argentino, donde el Derecho es interpretado de un modo que rechaza el establecimiento de reglas fijas en esta materia.

IV. La posible justificación de la tesis restrictiva

La tesis restrictiva, por todo lo que se explicó en la sección anterior,

²¹ Destaca esto PITLEVNIK, *Plazo razonable o cómo definir lo indefinido*, en GARIBALDI (dir.), *Garantías constitucionales aplicables a problemas concretos de procedimiento penal*, Di Plácido, Buenos Aires, 2020, p. 166, para quien es “llamativo” que en esta discusión “no se mencionen los plazos que los propios códigos procesales traen para la decisión de los expedientes”.

²² Algo similar ha destacado la CSJN al afirmar que este derecho fundamental “es independiente de los plazos generales que el legislador ordinario impone teniendo en mira clases de casos, como lo serían los términos de prescripción de la acción penal” (cf., entre otros, “Espíndola”, *Fallos*: 342:584, § 9).

al no llevar las cosas tan lejos como la negativa, cuenta con buenas razones a su favor. Sin embargo, en nuestro ámbito no suelen ofrecerse argumentos que permitan comprender por qué debería adoptarse esa alternativa excepcional y no aquella que, tal como se explicó anteriormente, puede ser considerada como la regla (la tesis amplia). Pese a esto, es posible ensayar algunas justificaciones a favor de una regulación que, como la tesis restrictiva, sólo permita justificar la duración del proceso en la actividad de la defensa si ésta fue ilegítima.

1. *La prohibición de asignar consecuencias negativas a la actividad procesal legítima*

El primer argumento a favor de la tesis restrictiva puede ser sintetizado de la siguiente manera: si el sistema le permite a la defensa realizar una gran cantidad de planteos, el ejercicio legítimo de esas facultades nunca le puede acarrear consecuencias negativas. De acuerdo con esta idea, la posibilidad de justificar la duración del proceso en las demoras causadas por la actividad procesal legítima de la defensa sería, precisamente, una de esas consecuencias que no es permisible generar. Éste parece ser el razonamiento que emplean quienes afirman que “a ningún imputado le puede ser negado —o luego cobrado su ejercicio en moneda de libertad— el derecho (perteneciente al principio de defensa) de utilizar, sin dar explicaciones a nadie, cualquier medio o recurso jurídico o realizar peticiones” y que “sancionar al imputado por ello es despreciable no sólo éticamente sino también desde el punto de vista del Estado de Derecho”²³.

El problema de esta alternativa es que posiblemente explique más de lo necesario: si se la lleva hasta sus últimas consecuencias, muchos aspectos de los procesos actuales, que no parecen merecer cuestionamientos, deberían ser modificados. Piénsese, por ejemplo, en un caso prototípico de consecuencias negativas para el ejercicio legítimo de las facultades procesales, como la imposición de costas a la parte

²³ PASTOR, *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, en *Nueva Doctrina Penal*, N° 1996/A, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 298. Si bien este autor se refiere al supuesto concreto del plazo razonable de duración del encarcelamiento preventivo, la estructura de su argumento es trasladable a la discusión general sobre el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

vencida incluso cuando es la persona imputada²⁴. A menos que muestre una disposición a modificar varios de esos aspectos tradicionales de los procesos penales, quien utilice esta alternativa corre el riesgo de incurrir en incoherencias. Esto torna poco atractivo al argumento.

2. *La disuasión de la actividad procesal legítima*

Una segunda forma de intentar justificar la tesis restrictiva, en cierto modo relacionada con la anterior, consiste en poner el foco en las consecuencias que generaría la adopción de la tesis amplia. Este argumento, concretamente, sostiene lo siguiente: la posibilidad de justificar la duración del proceso en cualquier tipo de actividad de la defensa constituye una forma de disuadir el ejercicio legítimo de sus facultades procesales.

Es posible encontrar este razonamiento en aquellas posiciones que afirman que “el Derecho no puede colocar al imputado en la disyuntiva de optar entre ejercer todos sus derechos defensivos, incluso sin razón, y perder su derecho a ser juzgado rápidamente o preservar este último sacrificando aquéllos”²⁵. La adopción de la tesis amplia, de acuerdo con esta idea, no es recomendable debido a que generaría una consecuencia negativa, específicamente un efecto disuasorio o *chilling effect*²⁶ de la actividad procesal legítima de la defensa. La idea es similar a la que se emplea al justificar otros institutos del proceso penal. Por ejemplo, la prohibición de *reformatio in pejus* podría ser necesaria debido a que su ausencia disuadiría a las personas imputadas de ejercer sus facultades recursivas.

Este argumento, pese a su claridad, también es problemático. Su debilidad es que pretende ser concluyente cuando, en realidad, probablemente sólo demostró su punto de partida. La idea central, de acuerdo con esta alternativa, es que la asignación de una potencial consecuencia negativa para el ejercicio de una facultad procesal, al incorporar un

²⁴ Cf., por ejemplo, CPPN, arts. 530 y 531; CPPF, art. 386.

²⁵ PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho* cit., p. 468.

²⁶ Para un análisis de este concepto, propio de las discusiones sobre el derecho a la libertad de expresión y el efecto disuasorio de algunas regulaciones, cf. SCHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment*, en *Boston University Law Review*, N° 58, 1978, ps. 685 y ss.

factor a tener en cuenta por quien debe tomar esa decisión, puede disuadirla. Precisamente por esto se afirma que equivale a “amenazar” a la persona imputada con “consecuencias insoportables” por haber ejercido sus derechos²⁷. Sin embargo, de eso no se sigue que cualquier regulación que pueda en algún sentido disuadir a las personas de ejercer sus derechos deba ser rechazada. Como señala Redmayne al analizar un problema distinto, “el Estado está obligado a respetar los derechos, pero no a hacer que en su ejercicio parte de los ciudadanos esté libre de todo tipo de fricciones”²⁸. De lo que se trata es de demostrar que esa disuasión, por alguna razón adicional, como su intensidad, es inconveniente o incompatible con el derecho fundamental del que se trate, y afirmar que una regulación como la tesis amplia tiene esas características que son difíciles de sostener.

3. *La prohibición de obligar a la defensa a colaborar con la celeridad del proceso*

Otra de las alternativas posibles para justificar la tesis restrictiva consiste en apelar al principio según el cual la persona imputada “no es responsable de velar por la celeridad de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal”²⁹. Es precisamente con apoyo en esta idea que en alguna ocasión se ha sostenido que una tesis como la aquí denominada “amplia” implicaría poner en cabeza de la persona imputada “un deber insólito de colaborar con la eficacia temporal de su persecución”³⁰.

La realización de ciertas distinciones relevantes permite advertir cuál es el problema que presenta este argumento. Es posible sostener que el principio mencionado impide, por ejemplo, responsabilizar a la defensa por la duración del proceso si no realizó presentaciones para solicitar una pronta resolución de su caso. Sin embargo, no es claro que también prohíba hacer algo considerablemente distinto como

²⁷ PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho* cit., p. 468.

²⁸ REDMAYNE, *Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, N° 27, 2007, p. 217.

²⁹ Cf. Corte IDH, “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador”, del 22-11-2007, § 112; CSJN, “Espíndola” (Fallos: 342:584), § 25.

³⁰ PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho* cit., p. 467.

valorar la actividad efectivamente desplegada por la defensa para justificar las demoras que puedan haberse generado. Asimilar a esto último con la creación de una suerte de deber positivo de cooperación es, al menos, forzoso.

4. *El temor a vaciar de contenido a la conducta de las autoridades judiciales como factor relevante*

El último de los argumentos que pueden ensayarse es uno que, a diferencia de los anteriores, no pone el foco de la atención en cuestiones individuales vinculadas con la persona imputada, sino en el funcionamiento del sistema procesal a nivel institucional. La idea puede sintetizarse de la siguiente forma: la tesis amplia brinda a los tribunales una herramienta que puede ser utilizada para justificar sistemáticamente las demoras del proceso en la actividad de la defensa. Se sigue del argumento que la adopción de esa tesis generaría el riesgo de vaciar de contenido a la conducta de las autoridades judiciales como factor relevante al analizar casos concretos. Esto, evidentemente, de ser cierto, generaría un escenario poco atractivo para la protección del derecho a un juzgamiento en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas.

Como puede apreciarse, esta alternativa no necesita negar que, al menos en ciertas ocasiones, la actividad procesal legítima de la defensa puede generar demoras que deben ser tenidas en cuenta. En cambio, asume que es mejor tolerar esa posibilidad en lugar de generar un mal mayor, consistente en que los tribunales justifiquen la duración del proceso apelando sistemáticamente a la actividad de la defensa aun cuando eso no corresponda. Por esa razón, la tesis restrictiva, al exigir a los tribunales que acrediten que la defensa actuó de forma ilegítima como condición necesaria para poder valorar su actividad, se presentaría como la alternativa más prudente. Si se la justifica de este modo, la tesis restrictiva funcionaría como una regulación que, si bien no se deriva de la existencia de este derecho, es creada para garantizar su protección frente a ciertos temores justificados³¹.

³¹ Sobre este tipo de regulaciones, denominadas “reglas profilácticas”, cf. STRAUSS, *The Ubiquity of Prophylactic Rules*, en *University of Chicago Law Review*, N° 55, 1988, ps. 190 y ss.; SCHAUER, *The Miranda Warning*, en *Washington Law Review*, N° 88, 2013, ps. 155 y ss.

Este argumento, que puede contar con apoyo en los análisis sobre el funcionamiento real de los sistemas procesales, también tiene sus debilidades. La primera, quizás más sencilla de superar, es que su punto de partida no debe ser sólo afirmado, sino demostrado empíricamente. La segunda es que, al depender de la existencia de un contexto determinado, se trata de un argumento que no es aplicable, al menos de forma automática, a todos los sistemas procesales. La tercera es una crítica destacada en otro ámbito donde suelen ofrecerse argumentos similares, y sostiene que este tipo de justificaciones se basan únicamente en problemas del funcionamiento de la administración de justicia que podrían ser solucionados por otras vías³². Un ejemplo de esto último es la posibilidad de establecer sanciones disciplinarias para juezas y jueces que incurran en demoras al resolver los casos. Sin embargo, al menos en contextos donde se demuestre la distorsión de la práctica judicial en la que se basa este argumento, o donde se pruebe que las vías alternativas no son efectivas, quizás sea la mejor alternativa disponible para justificar la adopción de la tesis restrictiva y el rechazo de la amplia.

5. La tesis restrictiva como la única tesis practicable

Un último argumento posible a favor de la tesis restrictiva es uno de carácter exclusivamente pragmático. De forma sencilla, el argumento sostiene que esta tesis, aun cuando no tenga los mejores fundamentos, es preferible simplemente por ser la única tesis practicable una vez que se rechaza la tesis negativa. Esto sería así porque la posibilidad de calificar a la actividad procesal de la defensa como dilatoria es lo único que permitiría, mediante un criterio concreto, determinar cuándo una demora generada por la defensa le puede ser atribuida. La tesis amplia, en cambio, al prescindir de ese criterio, podría tornarse impracticable.

Una respuesta a este argumento, como puede advertirse, necesita

³² Cf. PERALTA, "Nemo tenetur" y Derecho Procesal Penal preventivo, en *Prevenición e imputación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 210 (donde se formula esta crítica a ciertas justificaciones del derecho de la persona imputada a no ser obligada a declarar contra sí misma).

demostrar que la tesis amplia, al contrario de lo que se sostiene, sí es practicable. Para esto es necesario elaborar criterios que, sin acudir a la noción de lo "abusivo" o "dilatatorio", permitan determinar cuándo las demoras generadas por la actividad de la defensa pueden ser tenidas en cuenta. Algo se dirá sobre esto más adelante, al analizar las ventajas de la tesis amplia (sección V.1) y exponer las conclusiones (sección VII). Allí se intentará mostrar que las razones que explican las demoras en un proceso judicial no se encuentran atadas a la noción de reprochabilidad en la que se basa la tesis restrictiva, y que sí es posible establecer criterios para evaluarlas en un caso concreto.

V. Sobre la posible necesidad de adoptar la tesis amplia

En las secciones anteriores se argumentó que el camino adoptado por el Derecho argentino en esta materia está parcialmente justificado, en tanto rechaza una alternativa difícil de sostener como la tesis negativa. Sin embargo, también se intentó demostrar que la solución a la que se acude en este país (la tesis restrictiva) también tiene sus propios problemas de fundamentación. Por eso se sostuvo, en definitiva, que la creación de excepciones a la tesis que constituye la regla (la tesis amplia) es difícil de justificar.

Todo esto, por supuesto, aún no dice nada concluyente para abandonar la tesis restrictiva. Para esto puede ser útil analizar si esta alternativa, al margen de su posible falta de justificación, merece algunas críticas que no pueden formularse a la tesis amplia. Si esto es así, entonces puede ser atractivo indagar en la posibilidad de modificar el Derecho argentino en esta materia.

1. El carácter infrainclusivo de la tesis restrictiva

La tesis restrictiva, según se explicó, permite valorar la actividad de la defensa en esta materia sólo si fue ilegítima. Sin embargo, si se advierten todas las circunstancias que pueden generar dilaciones en un proceso, es posible sostener que la tesis restrictiva es criticable, precisamente, por ser infrainclusiva: incluso la actividad procesal legítima de la defensa puede generar demoras que deberían ser tenidas

en cuenta. Piénsese, por ejemplo, en una actividad recursiva profusa ejercida con la finalidad de obtener pronunciamientos sobre asuntos jurídicos complejos y específicos, como el denominado "litigio estratégico", o en la realización de buena fe de planteos numerosos apoyados en interpretaciones jurídicas por el momento minoritarias. En todos esos escenarios, pese a que se trate de conductas procesales que no son necesariamente reprochables, la actividad de la defensa puede generar demoras que deben ser tenidas en cuenta.

Esto último permite advertir que aquello que resulta determinante en esta discusión, y que la tesis restrictiva pierde de vista, es que las circunstancias que generan demoras en los procesos penales son, por decirlo de alguna manera, puramente fácticas e irrelevantes desde un punto de vista moral. Dicho en otros términos, aquello que puede generar demoras que deban ser tenidas en cuenta es la cantidad de planteos, su complejidad, o el modo en que su análisis y resolución puede prolongar la duración del proceso, y no necesariamente la reprochabilidad de la actividad de quien los formule. Como señala Trechsel, quizás la pregunta "esencial" en este tema no consiste en si es posible formular un reproche a la defensa por su conducta, sino, en cambio, "si puede responsabilizarse al Estado" por las demoras³³. Si la actividad procesal de la defensa, además de generar demoras, es en algún sentido reprochable por ser abusiva o dilatoria, esto último puede ser canalizado por otras vías, tal como el Derecho argentino en alguna ocasión se ha ocupado de regular³⁴.

Esta crítica, vinculada con la infrainclusividad de la tesis restrictiva, no es aplicable a la tesis amplia. Esta última, como ya se explicó anteriormente, por su propia formulación, permite valorar la actividad procesal de la defensa sin condicionamientos adicionales, esto es, sin importar si haya sido reprochable o intachable. Esta ventaja comparativa, en consecuencia, al permitir que se valore todo lo que resulta

³³ TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings* cit., p. 144.

³⁴ Cf. CPPF, donde se establece que "...La presentación de recusaciones manifiestamente infundadas o dilatorias será considerada una falta profesional grave" (art. 63), y ley 23.187, donde se considera una conducta sujeta a sanción disciplinaria al deber de "comportarse con lealtad, probidad y buena fe en el desempeño profesional" (arts. 6.e y 44.h).

relevante en este tema, puede presentarse como una buena razón para sostener que el Derecho argentino debe ser modificado.

VI. Sobre la viabilidad de implementar la tesis amplia en el Derecho argentino

La posibilidad de implementar la tesis amplia en el Derecho argentino, aun cuando se trate de la alternativa más atractiva, exige determinar si es una regulación permitida por el derecho a un juzgamiento en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas. La conclusión a la que se arribe en este punto condicionará la posibilidad de trasladar las críticas ensayadas en la sección anterior a posibles modificaciones del actual estado de cosas.

1. *¿Imponen los derechos fundamentales la obligación de adoptar alguna tesis en particular?*

Los enunciados normativos que establecen ese derecho fundamental son poco útiles para justificar la obligación de acudir a alguna tesis en particular. El elevado grado de imprecisión con el que cuentan términos como “plazo razonable” (CADH, art. 8.1) o “dilaciones indebidas” (PIDCP, art. 14), propios del estilo característico de los textos constitucionales³⁵, torna difícil determinar cuáles son las circunstancias que pueden tenerse en cuenta al analizar si la duración de un proceso fue “razonable”, o si las dilaciones que se verificaron fueron “indebidas”. Esto permite extraer una conclusión relevante. Ambos enunciados admiten expresamente que un proceso penal puede ser prolongado, pues condicionan la existencia de una violación al derecho si se demuestra que su duración fue “irrazonable” o, de forma más clara, si se concluye que las “dilaciones”, cuya existencia se admite, fueron “indebidas”. Por eso es posible concluir, por ejemplo, que un proceso que transcurrió de forma lenta, o se extendió prolongadamente, pese a ello, puede haber tenido una duración razonable a la luz de muchas

³⁵ Cf. WEBBER, *The Negotiable Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, ps. 13 y ss.; SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 35; WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, en *Yale Law Journal*, N° 115, 2006, p. 1369.

circunstancias relevantes. La actividad de la defensa, como puede advertirse, puede ser una de esas circunstancias, y su valoración no se encuentra excluida o condicionada de antemano.

Este análisis permite concluir que el camino adoptado en el Derecho argentino, al seleccionar tan sólo una de varias alternativas igualmente plausibles, difícilmente pueda ser presentado, tal como se lo hace, como una auténtica imposición constitucional. Por lo tanto, al tratarse de un área con margen para los desacuerdos, el uso de estrategias que apelen a obligaciones en materia de derechos fundamentales parece poco prometedor.

2. *Cambios jurisprudenciales y legislativos*

Más allá de la conclusión expuesta en el apartado anterior, lo cierto es que, al menos en el Derecho argentino, la jurisprudencia constitucional considera que es obligatorio adoptar la tesis restrictiva. Por ende, es claro que los tribunales que deban resolver casos en ese sistema jurídico no pueden ignorar esa circunstancia. La pregunta relevante en este punto es si existe una obligación de seguir esa jurisprudencia pese a sus posibles críticas, o si es posible apartarse.

En países como Argentina, el valor normativo de los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación depende de lo que ésta considera acerca del valor de su propia jurisprudencia. Esta circunstancia torna necesario determinar qué establece esa Corte sobre la posibilidad de que otros tribunales se aparten de sus criterios. La respuesta que se encuentra en este punto es favorable a la posibilidad de modificar el Derecho argentino: los criterios establecidos en los precedentes de este tribunal pueden ser dejados de lado si se ofrecen razones suficientes³⁶. Si se tiene esto en cuenta, tanto las críticas que pueden formularse a la tesis restrictiva como las dificultades que existen para presentarla como una auténtica exigencia constitucional, pueden

³⁶ La idea, sintetizada en la jurisprudencia de ese tribunal, es que "carece del debido fundamento la sentencia que se aparta de doctrina de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la categórica posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y las leyes" (*Fallos*: 303:1769, entre muchos otros).

ser utilizadas para asumir esa carga argumentativa en un caso concreto y proponer la adopción de la tesis amplia.

Por otro lado, los tribunales inferiores no son los únicos que cuentan con un margen de maniobra considerable para regular esta cuestión de un modo distinto al adoptado por la Corte Suprema. Por el contrario, las legislaturas también cuentan con la posibilidad de asumir la iniciativa en esta materia y ocuparse de legislar sobre la relevancia que puede otorgarse a la actividad procesal de la defensa en esta materia, tal como se lo ha hecho en un aspecto específico³⁷. Esto se debe a que las legislaturas, al igual que los tribunales supremos o constitucionales, también se encargan de interpretar los alcances de los derechos fundamentales y de reglamentarlos, y en algunas ocasiones incluso pueden desafiar las interpretaciones realizadas por la jurisprudencia constitucional en esta área³⁸.

VII. Conclusiones

En este trabajo se intentaron realizar dos aportes diferentes a la discusión sobre la relevancia que puede asignarse a la actividad de la defensa cuando se trata de analizar la posible violación al derecho a un juzgamiento en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas. En una primera parte, de carácter fundamentalmente teórico, se intentó demostrar que la jurisprudencia constitucional argentina que adopta la aquí denominada "tesis restrictiva" es sólo parcialmente justificable. Para esto se argumentó que existen buenas razones para rechazar la denominada tesis negativa, pero no, en cambio, para justificar, al menos

³⁷ Concretamente, al regular el plazo razonable del encarcelamiento preventivo y adoptar la tesis restrictiva (cfr. ley 24.390, art. 3°). Ese enunciado normativo establece concretamente que "El Ministerio Público podrá oponerse a la libertad del imputado cuando entendiera que existieron de parte de la defensa articulaciones manifiestamente dilatorias".

³⁸ Un ejemplo claro de este fenómeno es el debate generado en EE. UU. luego de que el Congreso Federal sancionó una ley donde propuso abandonar el test adoptado por la Suprema Corte de Justicia en el caso "Miranda vs. Arizona" (384 U. S. 436), cuya constitucionalidad fue analizada en "Dickerson vs. United States" (530 U. S. 428). Para un análisis de esta discusión cf. STRAUSS, "Miranda", *the Constitution, and Congress*, en *Michigan Law Review*, N° 99, 2001, ps. 958 y ss., y DORF y FRIEDMAN, *Shared Constitutional Interpretation*, en *The Supreme Court Review*, N° 2000, 2000, ps. 61 y ss., donde se desarrolla la idea de "interpretación constitucional compartida".

de forma concluyente, la adopción de la tesis restrictiva y el consecuente rechazo de la amplia. Luego, en una segunda parte, se expusieron las razones por las que el camino adoptado en el Derecho argentino puede ser criticable y, además, modificable mediante la implementación de la tesis amplia.

El análisis de la relevancia que posee la actividad de la defensa en este tema, por supuesto, no implica considerar que ellas son la causa principal de la duración prolongada de los procesos, ni perder de vista la responsabilidad, probablemente mayor, que en este asunto tienen las autoridades judiciales. Tampoco implica considerar que la realización de ajustes en un área particular del sistema jurídico, como la forma en que se aplica el test tradicional en esta materia, sea el principal camino a seguir para solucionar el problema de las demoras en el proceso penal. Sin embargo, tampoco es necesario perder de vista que la actividad de la defensa, aun cuando pueda no ser lo más frecuente, puede efectivamente generar demoras. Y cuando esto acontece, es necesario que un sistema jurídico cuente con herramientas adecuadas para valorarlas correctamente. La tesis amplia, tal como se intentó demostrar, puede ser la mejor alternativa disponible para esa tarea.

Resta determinar, una vez que se concibe la posibilidad de adoptar la aquí llamada "tesis amplia", cuáles son los criterios que podrían utilizarse en cada caso concreto al aplicarla. Probablemente lo más conveniente sea un sistema de factores, donde se establezcan diversas circunstancias que pueden ser relevantes y que deben ser tenidas en cada caso concreto, de forma similar a lo que sucede con el test general que se aplica en esta materia³⁹. A modo de ejemplo, podrían tenerse en cuenta la cantidad de planteos realizados, las veces en las que alguno de esos planteos se repitió, la oportunidad en las que se los formuló, las instancias recursivas a las que acudió la defensa si el planteo fue rechazado, la complejidad de la discusión que el planteo trae consigo –por ejemplo, si se trata de una materia sobre la que no existe consenso, o si se propone abandonar el contexto existente–, entre otros.

³⁹ Sobre la regulación mediante "factores", cf. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict* cit., ps. 28 y ss.