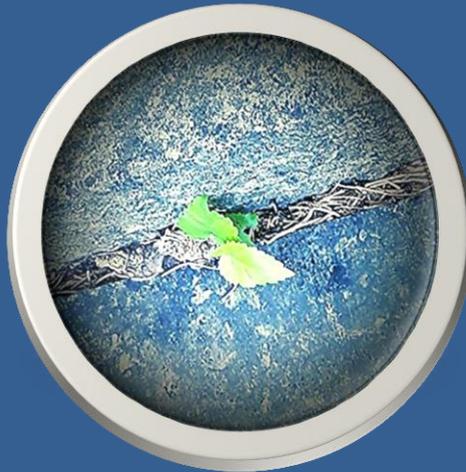


ESCUELA DE
POSGRADO



PUCP



Revista de la
Maestría
EN DERECHO PROCESAL

Vol. 6, Nº 1
Enero-julio 2016
ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>



La nulidad en el Nuevo Código Procesal Penal: alcances de la capacidad nulificante del Tribunal Superior

*[The annulment in the new Criminal Procedure
Code: scope of the nullification capacity of the High Court]*

Wilmer Roy Quispe Umasi

Abogado. Alumno de la Maestría de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Contacto: wilmer.quispeu@pucp.pe

Resumen

En el trabajo se desarrollan los aspectos más importantes sobre la teoría de la nulidad procesal, así como las reglas jurídicas que la doctrina ha establecido al respecto así como el tratamiento que tiene esta institución jurídica en el nuevo Código Procesal Penal peruano del 2004, a los efectos de establecer, los alcances de la facultad para decretar la nulidad que tiene el órgano revisor de segunda instancia –aun de oficio- cuando conozca de un recurso de apelación y las facultades correctivas que se le atribuye también a este órgano judicial.

Palabras clave: Nulidad procesal, vicios procesales, subsanación de los vicios procesales, poderes del juez de segunda instancia.

Abstract

The work develops the most important aspects of the theory of procedural nullity, and the legal rules that the doctrine has established in this regard, and the treatment that has this juridical institution in the new Criminal Procedure Code Peruvian of 2004, to the purpose of establishing the scope of the power to declare the nullity having the reviewing body of the second instance –even *ex officio*–, when this get to known of an appeal and the corrective faculties that are also attributed to this judicial court.

Key words: Procedural nullity, procedural vices, correction of procedural defects, powers of the High Court.

Recibido: 15 junio 2016/ Aceptado: 11 de julio 2016



La nulidad en el Nuevo Código Procesal Penal: alcances de la capacidad nulificante del Tribunal Superior

Wilmer Roy Quispe Umasi

1. Introducción

El nuevo Código Procesal Penal del 2004 (NCP) en su Libro Segundo, Sección Primera, Título III, introdujo como novedad un apartado específico relativo al tratamiento de la nulidad en el proceso penal, regulación que no existía en el Código de Procedimientos Penales de 1940, situación que conllevaba la necesaria remisión al ordenamiento procesal civil.

Distinto, es bueno aclararlo, era el denominado “recurso de nulidad”, pues éste fue diseñado en el Código de 1940 como medio impugnatorio de carácter extraordinario destinado a cuestionar únicamente la sentencia dictada en un proceso de tipo ordinario.

Un régimen de la nulidad procesal específico para el proceso penal, se incorpora, pues, recién con el NCP, previsión normativa más que probablemente justificada por los frecuentes y continuos planteamientos de nulidad que las partes solían formular durante el trámite del proceso penal.

Sin embargo, más allá de la buena intención del legislador por brindar una respuesta a los planteamientos de las partes, se advierte que se incurrieron en algunos errores conceptuales que a la postre pueden llevar a interpretaciones y soluciones no deseables para los fines del proceso penal.

Tales errores derivarían de la incipiente construcción teórica sobre la cual fue asentada este instituto procesal y que tiene

como correlato el escaso tratamiento dogmático que siempre se le dio. Ante tal situación, el presente trabajo propone abordar algunos aspectos, que estimo son importantes dentro de esta temática, con la finalidad de encausar a la nulidad dentro de los cánones de la evolución del derecho y bajo un diseño adecuado acorde a los fines del proceso, que antes de ser un obstáculo sean una solución.

Bajo esa línea, resulta de especial importancia lo atinente a la capacidad nulificante del Tribunal Superior, que exige el desarrollo de algunos parámetros, en aras de orientar el proceso hacia una solución de conflictos con un pronunciamiento sobre el fondo del asunto antes que a su prolongación o dilación.

2. La nulidad procesal

2.1. Definición

El *Diccionario de la Lengua Española*, señala que “nulidad” es “cualidad de nulo”, es “vicio que disminuye o anula la estimación de una cosa”. Por su parte, el *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* de Don Joaquín Escriche, nos dice, que la voz nulidad “designa al mismo tiempo el estado de un acto que se considera como no sucedido, y el vicio que impide a este acto producir su efecto”¹.

La nulidad procesal es la consecuencia jurídica, de carácter excepcional, producida por un vicio o defecto trascendente en la estructura de un acto procesal, que afecta su validez y genera la deconstitución de sus efectos.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha definido a la nulidad procesal como el instituto natural por excelencia que la ciencia procesal prevé como remedio procesal para reparar un acto procesal viciado, originado en la carencia de alguno de sus elementos constitutivos o de vicios existentes en ellos, que lo coloca

¹ ESCRICHE (1847: 645).

en la situación procesal de ser declarado judicialmente inválido, el cual puede ser declarado de oficio o a pedido de parte².

2.2. Naturaleza jurídica

Para Hugo Alsina³, la nulidad es la sanción expresa, implícita o virtual que la Ley establece cuando se han violado u omitido las formas, por ella preordenadas para la realización de un acto jurídico al que se priva de producir sus efectos normales.

En cambio, para Renzo Cavani la nulidad no es una sanción sino una consecuencia jurídica decretada por el juez a partir de un acto viciado⁴:

Las normas que prescriben la nulidad de actos procesales por el no respeto de las formas establecidas por ley son, por tanto, potestativas dirigidas al Juez para que decrete la invalidez si no existiera subsanación⁵.

Para Cavani, las normas-sanción establecen deberes de conducta cuyo incumplimiento genera la imposición de sanción, en cambio la nulidad se mueve dentro de las normas-potestativas, son medios para crear una situación jurídica, y si no los cumplen las consecuencias jurídicas queridas no se concretizan.

En efecto, el concepto de nulidad es totalmente neutro, esto es no representa de por sí ningún perjuicio o beneficio, sino una crítica a la acción llevada a cabo incorrectamente y, por ello incapaz de producir el efecto que la norma le asigna⁶. La sanción se

² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010).

³ ALSINA (1961).

⁴ CAVANI (2014: 255- 256). Ya CHIOVENDA (1925: 113) señalaba que: “las nulidades no son *penalidades*, sino únicamente la consecuencia lógica del incumplimiento de aquellas formas a las cuales la ley atribuye determinado efectos”.

⁵ CAVANI (2014: 256).

⁶ MAIER (2008: 295).

conecta a un perjuicio, la nulidad no representa de por sí ningún perjuicio.

La nulidad no es, entonces, una sanción, vista tanto desde un punto de vista material como desde el ángulo de observación formal. Se puede decir que nulo es el reverso de válido. Tanto válido como nulo son predicados de un acto que expresa de él si es idóneo o inidóneo, respectivamente, para producir algún efecto jurídico⁷.

2.3. Justificación o fundamento

La nulidad solo se justifica en la protección de las garantías constitucionales del proceso, siendo una de las más importantes el respeto al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139.3 de la Constitución Política)⁸.

En el proceso penal se prevén una serie de actos tendientes a la búsqueda de medios de prueba y la consecuente restricción de derechos para el imputado, los cuales exigen para su realización la observancia de determinadas formas, ello por los propios intereses en juego (la libertad personal del imputado). Empero, tales formas no deben ser confundidas con los tradicionales y anquilosados rituales y formalismos propios del medioevo, que aún perviven en nuestro sistema procesal peruano, sino que aquellas deben ser entendidas como medios o instrumentos que deben servir para garantizar los derechos fundamentales de las partes durante el trámite del proceso, a fin de que la decisión en que se aplique la ley penal material sea legítima.

Tal como lo precisa Alcalá Zamora y Castillo:

[...] sostener la necesidad de las formas procesales, no significa, en manera alguna, justificar o silenciar siquiera desvaríos de for-

⁷ MAIER (2008: 295).

⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010: Fundamento 10).

malismo forense, la saturación ritualista de los Códigos Procesales, o las solemnidades de rígida observancia sino tan solo estimar que resulta indispensable instituir, en sus líneas y garantías fundamentales, un encuadramiento de la actividad procesal, que evite los peligros de la improvisación y del despotismo judicial y la sorpresa de una guerra de guerrillas entre los contendientes⁹.

Las formas procesales constituyen *condición necesaria* para la realización de un proceso penal propio de un Estado de Derecho, en el que la protección del principio de formalidad no es menos importante que la condena del culpable y el restablecimiento de la paz jurídica.

Las formas procesales no constituyen fin en sí mismas, sino que se orientan a la consecución de una meta principal, que consiste en hacer efectivas las garantías que consagra la Constitución para proteger los intereses involucrados en el proceso.

La concepción del proceso como el establecimiento de las condiciones adecuadas para el otorgamiento de tutela judicial, distingue entre un *nivel básico* que consiste en la regulación de los distintos actos y su forma (nivel procedimental) y un *nivel superior* que consiste en la regulación de los presupuestos que deben darse y los principios que deben regir esa sucesión de actos (nivel procesal), orientados a consagrar un proceso con todas las garantías.

Sin embargo, hay que precisar que el *nivel básico* no puede ser protegido de la misma manera que el *nivel superior*, pues si así se hiciera se caería en un formalismo inútil, por lo que parece claro que la formalidad y el rito pueden (y deben) ser objeto de protección siempre que tengan relación directa con las garantías que deben respetarse en un proceso, para que este sea el “debido”.

⁹ ALCALA ZAMORA (1945: 191).

En suma, ésta es la raíz del instituto de las nulidades: analizar en todo el proceso si los actos procesales que se tienen en mira pueden reputarse como válidos en función de las garantías constitucionales.

Como puede advertirse el fundamento valorativo de la nulidad deriva directamente del respeto de derechos y garantías que la Constitución ha consagrado, con lo cual podría sostenerse justificadamente que la nulidad tiene fundamento constitucional.

De esta manera, la nulidad como consecuencia jurídica de *última ratio* de la inobservancia de las formas procesales solo se justifica en la medida que se haya afectado gravemente los derechos fundamentales de las partes y por ende la finalidad misma del proceso. De tal modo, que no queda más que reencausar nuevamente el proceso, convirtiéndose así la nulidad en un mejor remedio que continuar con el proceso¹⁰.

Los actos procesales deben servir al acto final –la sentencia-, tal instrumentalidad será eficaz y legítima si se ha cumplido con los requisitos que aseguran el efecto esperado por la norma, esto es, sus efectos típicos¹¹; empero, si ello no ocurre asoma la nulidad como medio para expresar la idoneidad del acto para la efectividad del proceso¹².

¹⁰ CAVANI (2014: 195): “La nulidad, al tener como función rehacer lo mal hecho, sirve para reencausar al procedimiento por el “buen camino”, esto es, eliminar todos aquellos actos realizados en contra de lo querido por el Derecho (no sólo la ley), y retornar a una situación en que se pueda continuar con el procedimiento, ahora ya libre de impurezas”

¹¹ Señala CREUS (1995: 17): “los actos procesales son actos típicos que producen los efectos que la ley les atribuye en cuanto se realizan adecuándose al esquema por ella configurado, y que cuando se consuma de modo imperfecto, sin esa adecuación, pueden devenir en nulos”.

¹² CACERES JULCA (2007: 115): “La nulidad expresa la inidoneidad de alguna acción para poder alcanzar las consecuencias jurídicas que se propuso como fin el agente”. Cfr., además, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA (1981): “La nulidad

2.4. Reglas jurídicas aplicables a la nulidad

Conforme al *principio de legalidad*, la nulidad sólo se decreta por causa prevista en la ley. Ello implica que ningún acto procesal será declarado nulo si la ley no prevé expresamente aquello.

El acto procesal como tal tiene sus requisitos y en algunos casos la ley prevé como consecuencia jurídica de su inobservancia el de su nulidad. Sin embargo, esta previsión normativa no debe entenderse en el sentido de que ante la mera inobservancia de una de las formas del acto, el Juez automáticamente deba decretar su nulidad solo porque la ley así lo señala, sino que dicha previsión legal cumple una función indicativa que se está ante un vicio pasible de acarrear una nulidad, pero no que ello deba ser siempre así. Esta lectura del principio de legalidad reduce el ámbito de posibilidades de instar nulidades por cualquier inobservancia formal.

A ello justamente apunta el *principio de finalidad de las formas* (o de *instrumentalidad de las nulidades procesales*) que propugna el que las nulidades no están orientadas a comprobar y declarar el incumplimiento de las formas procesales, sino que los actos procesales son válidos si han logrado sus efectos, no obstante que hubiese algún defecto formal¹³.

Además, en virtud del *principio de trascendencia*, no hay nulidad sin perjuicio¹⁴. En puridad, son tres las condiciones que se necesitan para que se configure el principio de trascendencia: a)

desde el punto de vista sustancial es la inidoneidad de un acto para alcanzar su finalidad jurídica, ella se concreta a la declaración judicial de que el acto es inválido para producir los efectos que la respectiva norma señala porque al realizarlo se obro de manera diversa a la debida, y por esto es necesario corregir la actuación viciadas”.

¹³ MAURINO (1992: 38-43).

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (1998a), donde se recepciona expresamente la expresión francesa *pas de nullité sans grief*.

alegación del perjuicio sufrido; b) acreditación del perjuicio y c) interés jurídico que se intenta subsanar¹⁵.

Igualmente, por el *principio de convalidación*, no prosperará la nulidad cuando mediare consentimiento expreso o tácito de la parte interesada. Asimismo, el juez no puede declarar de oficio la nulidad si ya se ha verificado el consentimiento expreso o tácito. Sin embargo, la doctrina no admite la convalidación en las por vicios absolutos¹⁶.

La convalidación puede ser expresa o tácita.

Es *expresa* cuando la parte perjudicada realiza el acto procesal ratificando el acto viciado. Ejemplo: el imputado no obstante no haber sido notificado del traslado de un requerimiento fiscal, la absuelve, manifestando que no ha sido notificado de dicho traslado.

La convalidación es *tácita* cuando la parte interesada no reclama en la primera oportunidad el acto viciado, deja pasar el tiempo, operando la preclusión.

Pero tampoco se declarará la nulidad, si los vicios procesales son susceptibles de ser subsanados o que afectan el sentido de la resolución (*principio de conservación de los actos procesales*¹⁷). No hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal. En caso de duda debe mantenerse la validez del acto. En efecto, el criterio de las nulidades procesales debe ser restrictivo:

¹⁵ MAURINO (1992: 46- 51).

¹⁶ BARRIOS (1980: 132): “Tampoco pueden convalidarse los actos procesales ni el proceso todo como estructura, por los vicios intrínsecos (o sustanciales) de incapacidad, error, dolo, violencia, fraude o simulación”.

¹⁷ SAN MARTIN CASTRO (2006: 1022).

[Este]criterio deriva del principio de conservación de los actos procesales, que formulado en los términos del jurista argentino Roberto Berizonce, es aquel que consagra la conveniencia de preservar la eficacia, la validez de los actos frente a la posibilidad de anulación o pérdida, lo que llevaría a un resultado disvalioso para el proceso¹⁸.

Finalmente, entra en escena el *principio de protección*, que se consagra en la máxima *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, esto es que nadie será oído si alega su propia torpeza. Este principio tiene su origen en la regla conforme a la cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos: *adversus factum suum quis venire non potest*.

3. El régimen de la nulidad en el nuevo NCPP

Los diversos ordenamientos procesales a lo largo del tiempo han adoptado diversos sistemas en relación a la nulidad que pueden sintetizarse en el sistema formalista, el privatista, el judicialista y el legalista.

En el sistema formalista toda inobservancia de las formas prescritas por la ley conducía a la nulidad, por cuanto tal inobservancia era en sí misma una contravención a la ley. Sin embargo, como lo precisa Arocena¹⁹, tal sistema se quiebra cuando se empieza a distinguir entre formalidades esenciales y accidentales, en cuanto la inobservancia de formas esenciales sí acarrea la invalidez del acto, mientras que si la inobservancia atañe a las accidentales no.

¿Pero quién determina si una formalidad es esencial o accidental? Respecto de este tópico surgen tres sistemas: el privatista, el judicialista y el legalista.

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (1998b).

¹⁹ AROCENA (2002: 27-31).

- a) En el sistema *privatista*, la determinación de la esencialidad o accidentalidad de las formalidades, depende de las partes.
- b) En el sistema *judicialista*, la determinación de la esencialidad o accidentalidad de las formalidades, depende del Juez.
- c) En el sistema *legalista*, la determinación de la esencialidad o accidentalidad de las formalidades la establece la ley.

Bajo las premisas anteriores, en el NCPP encontramos el artículo 149° que señala que:

La inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad sólo en los casos previstos por la Ley.

Si bien esta previsión normativa consagra un régimen legalista, ello *per se* no implica que ante cualquier inobservancia de una forma prevista para determinada actuación procesal sancionada con nulidad por ley el juez deba decretarla, sino que debe entenderse que el legislador con dicha prescripción normativa ha querido *reducir* los ámbitos en los cuales es posible una declaración de nulidad. Considerar lo contrario conllevaría a vaciar de contenido la función que le corresponde al Juez en un Estado Constitucional de Derecho.

En esa línea Velásquez Delgado señala que:

[...] ciertamente ello no significa que la labor judicial se limite a una aplicación silogística del Derecho, pues determinar el sentido de esos supuestos en que existe causal de nulidad, y determinar si los hechos concretos se incardinan en el sentido que se atribuye a aquel, representa aquí y en todas partes, una tarea sumamente complicada, donde la interpretación entendida en términos de

concreción se vincula con la creación, relevando a un primer plano la trascendencia de la labor judicial²⁰.

3.1. Proceso penal y acto procesal

El proceso penal es un conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.), con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una sanción y, en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de esta última. El proceso penal busca, pues, proteger la integridad del ordenamiento jurídico penal, imponiendo –siempre que dicho ordenamiento punitivo haya sido vulnerado– la pena o medida de seguridad respectiva, esto la aplicación de la ley penal material. Además debe buscar garantizar los derechos fundamentales de las partes involucradas.

El acto procesal, según Hugo Alsina²¹, es todo acontecimiento que de cualquier manera influye en la resolución judicial. La relación procesal se configura como un conjunto de actos que realizan las partes, el juez y los terceros, vinculados en orden sucesivo, de tal manera que cada uno de ellos es consecuencia del que le precede y un antecedente del que le sigue.

El proceso se constituye por una serie de actos jurídicos que se vinculan entre sí, en base al fin que mediante ellos se pretende obtener, pero esto conforme a una regulación legal.

Lino Enrique Palacio²² afirma que son actos procesales los hechos voluntarios que tienen por efecto directo e inmediato la constitución, el desenvolvimiento o la extinción del proceso, sea que procedan de las partes (o peticionarios) o de sus auxiliares,

²⁰ VELASQUEZ DELGADO (2010: 252).

²¹ ALSINA (1961).

²² PALACIO (1993)

del órgano judicial (o arbitral) o de sus auxiliares, o de terceros vinculados a aquél con motivo de una designación, citación o requerimiento destinados al cumplimiento de una función determinada.

Clariá Olmedo²³ ha señalado que la actividad procesal se manifiesta en una serie progresiva y concatenada de actos, de las facultades, poderes y deberes establecidos genérica o específicamente por la ley procesal, que cumplen, ejercitan o satisfacen todas las personas intervinientes en el proceso.

En tal línea, como lo precisa Fairén Guillen²⁴: son actos procesales los hechos humanos realizados dentro del proceso con el destino que se verá; son hechos procesales las acciones humanas sucedidas fuera del proceso, que repercuten en su interior; así, comenzando por la muerte del individuo, que determina o bien el final automático del proceso penal, si ese individuo era la parte acusa o bien su sustitución si el proceso si no era penal.

3.2. Clasificación de las “nulidades” en el NCPP

En primer lugar, cabe anotar que la clasificación de las nulidades entre absolutas y relativas efectuada por el legislador en los artículos 150 y 151 del NCPP no es correcta, toda vez que la nulidad entendida como una consecuencia jurídica –conforme lo sostiene Cavani²⁵– es única y no admite clasificaciones. En ese sentido

²³ CLARIÁ OLMEDO (1982).

²⁴ FAIREN GUILLEN (1995: 333).

²⁵ CAVANI (2014: 272): “Es posible concebir la nulidad como la *consecuencia jurídica de ineficacia contenida en un pronunciamiento jurisdiccional, mediante la cual se deconstituyen la eficacia y los efectos producidos por un acto afectado con un vicio relevante que no llegó a subsanarse*. Por tal razón, queda claro que la nulidad es una sola, no varía ella misma como esencia; a lo sumo, lo que se verifica es una distinta propagación de los efectos de la decretación de nulidad, es decir, una mayor o menor cantidad de actos decretados nulos; pero ello dependerá exclusivamente de cuántos de ellos estén afectados con el vicio original” [cursivas del autor].

debe entenderse que dicha clasificación solo debe atender a los vicios que constituyen el presupuesto de la nulidad.

En segundo lugar, tampoco debe entenderse que la clasificación normativa antes señalada aluda a los vicios absolutos y relativos (la ley los denomina “defectos”), como erróneamente ha sido colocado en dichos artículos, antes bien cabe entender que lo absoluto o lo relativo obedece al criterio *de quien puede instarlas*. Así, el artículo 150 del NCPP alude a los vicios que pueden ser advertidos de oficio por el Juez, en tanto que el artículo 151° del NCPP alude a los vicios que pueden valer por las partes.

A. Vicios detectados de oficio por el Juez

Pues bien, como se indicó anteriormente debe entenderse que el artículo 150 del NCPP recoge la regulación de los vicios que pueden ser detectados de oficio por el Juez. Tal precepto normativo señala lo siguiente:

No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes:

- a) A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia;
- b) Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas;
- c) A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria;
- d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.

Al respecto, cabe apuntar lo siguiente: si el Juez detecta algún vicio concerniente a cualquiera de los supuestos antes enunciados no significa de ningún modo que necesariamente decrete su nulidad sin que su sola verificación, por cuanto tales supuestos son genéricos y en el plano real pueden presentarse distintos ma-

tices, que como tales no deben recibir un drástico tratamiento. Por ejemplo, en cuanto a la constitución de los órganos judiciales, si bien el NCPP, bajo un nuevo paradigma ha establecido la incompatibilidad de que un magistrado desempeñe la función de Juez de Investigación Preparatoria (JIP) y de Juez de Juzgamiento (JJ), a fin de que este último no se “contamine” con las incidencias ocurridas en la investigación y juzgue solo con lo actuado en juicio: ¿deberá *siempre* ser declarada nula la sentencia dictada por quien se desempeñó como JIP? No nos parece, pues la realidad nos presenta supuestos en donde un magistrado en un caso actuó como JIP en un único acto (por ejemplo, proveyendo un escrito de apersonamiento por vacaciones del titular) y posteriormente a nivel de todo el juicio actuó como JJ y fue el que dictó la sentencia. Pues bien, en este supuesto, si bien el mismo magistrado habría actuado como JIP y como JJ, por lo que parecería que habría un defecto de constitución del juez. Sin embargo, atendiendo a la naturaleza y entidad de la participación del magistrado a nivel de investigación, estimamos que ello no debería dar lugar a la nulidad de la sentencia toda vez que el solo proveído de un escrito de apersonamiento no vislumbra una “contaminación” y porque la nulidad debe siempre significar una inobservancia trascendente, esto es, un perjuicio cierto e irreparable, que no se aprecia en el ejemplo.

En ese orden es menester anotar también que la facultad que le atribuye al Juez el artículo 150 del NCPP para poder detectar de oficio un vicio, no da lugar a considerar que en estos casos no haya posibilidad de subsanarlo. Por el contrario, el Juez podría legítimamente evaluar en cada caso si es posible subsanar o no el vicio, por cuanto ello es propio de su labor y no de una mera aplicación automática de la ley, máxime si como se dejó sentando anteriormente la decretación de la nulidad debe ser utilizada como *ultima ratio* cuando el vicio es de tal gravedad que haga imposible continuar con el proceso bajo las mismas condiciones.

Finalmente, también cabe apuntar que la facultad atribuida por el artículo 150 NCPP solo habilita que el juez *detecte* el vicio de oficio (esto es, sin alegación de parte), más no necesariamente para que declare la nulidad, ello por cuanto constituiría una grave afectación al derecho fundamental a la contradicción de las partes. Por ello, el juez al advertir un vicio de oficio debería comunicar a las partes tal circunstancia para que en base a la discusión sobre él resuelva lo más conveniente para el proceso²⁶.

B. Vicios detectados a instancia de parte

El artículo 151° del NCPP, regula lo concerniente a los vicios detectado a instancia de partes, bajo la siguiente descripción:

1. Excepto en los casos de defectos absolutos, el sujeto procesal afectado deberá instar la nulidad por el vicio, cuando lo conozca.
2. La solicitud de nulidad deberá describir el defecto y proponer la solución correspondiente.
3. La solicitud deberá ser interpuesta dentro del quinto día de conocido el defecto.
4. La nulidad no podrá ser alegada por quien la haya ocasionado, haya concurrido a causarla o no tenga interés en el cumplimiento de la disposición vulnerada. Tampoco podrá ser alegada luego de la deliberación de la sentencia de primera instancia o, si se verifica en el juicio, luego de la deliberación de la sentencia de la instancia sucesiva.

En este caso, como se aprecia, no se establece una enumeración de los supuesto en que se configurarían estos vicios sino que el

²⁶ CAVANI (2010: 288-296) quien sostiene que en un Estado Constitucional el contradictorio es un auténtico derecho fundamental, que jamás puede excluirse de la estructura del proceso, y que involucra la decidida participación de los destinatarios del proceso (juez y partes), a efectos de que puedan influir en su desenvolvimiento y resolución, por lo que ante graves vicios en el proceso, el juez no podrá resolver la nulidad, *ex officio*, sino únicamente luego de incentivar el diálogo con las partes.

legislador emplea una *regla de exclusión* atribuyendo como vicio a instancia de parte todos aquellos que no se encuentren dentro del artículo 150 del NCCP, asimismo establece los términos preclusivos para instarla.

De esta manera, se colige que la regla general es que toda declaración de nulidad debe ser instada por la parte interesada, en la forma y en el plazo establecido en el artículo 151 del NCCP, y excepcionalmente podrá ser decretada por el propio Juez, solo cuando se refiera a los supuestos previstos en el artículo 150 del NCCP, previa filtro de la reglas jurídicas desarrolladas precedentemente.

3.3. El saneamiento de los vicios en el Nuevo Código Procesal Penal

El artículo 153 del NCCP regula las fórmulas de saneamiento de los vicios bajo el siguiente enunciado:

1. Los defectos deberán ser saneados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido, de oficio o a instancia del interesado.
2. Bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, no puede retrotraerse el proceso a períodos ya precluidos, salvo los casos expresamente previstos por este Código.

Al respecto cabe anotar que tanto los vicios detectables de oficio tal como previsto en el artículo 150 del NCCP y los vicios a instancia de parte regulados en el artículo 151 son susceptibles de saneamiento y por ello le son aplicable a ambos las formulas descritas en el artículo 153 del NCCP.

De otro lado cabe advertir un error conceptual en esta regulación cuando se señala que los defectos pueden ser saneados renovando el acto, ello por cuanto la renovación del acto es un efecto jurídico de la nulidad y en consecuencia si se renueve el

acto es porque el vicio no pudo ser subsanado y se decretó la nulidad²⁷.

4. Alcances y límites de la potestad nulificante en segunda instancia.

4.1. Competencias de la Sala Penal Superior

Según el numeral 1 del artículo 409 del NCPP, la impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada. En atención a ello, se aprecia que nuestro ordenamiento procesal penal acoge un sistema de apelación “devolutivo limitado” o restringido, en virtud del cual, como apunta Leone, el Juez *ad quem* debe reducir los límites de su resolución a las únicas cuestiones promovidas en el recurso²⁸.

La extensión del efecto devolutivo limitado –que se sintetiza en el brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*– otorga al juez *ad quem* la competencia (o sea el poder) para conocer y pronunciarse solo sobre aquellos que fue apelado. Lo demás, lo no apelado, está fuera de su competencia (o sea de su poder)²⁹.

4.2. Potestad nulificante de la Sala Penal Superior

La parte *in fine* del numeral 1 del artículo 409 del NCPP, también otorga al Tribunal la facultad para decretar la nulidad en caso de “nulidades absolutas o sustanciales” –entiéndase vicios o defectos absolutos- no advertidas por el impugnante.

²⁷ AROCENA (2002: 116-117): “La renovación consiste en la nueva realización, total o parcial, en forma regular, del acto declarado nulo. En otros términos, es una construcción total o de la parte anulada del acto, pero con todos los elementos incluidos en la previsión normativa que lo capta o conforme a las directivas proporcionadas por la resolución anulatoria”.

²⁸ LEONE (1963: 165).

²⁹ Así, ARIANO DEHO (2011: 154).

Esta potestad aplicable de oficio, debe entenderse que solo podrá ser utilizada de modo excepcional y estará circunscrita únicamente a los supuestos previstos en el artículo 150 del NCPP, esto es, el Juez *ad quem* cuando pretenda decretar una nulidad de oficio no puede fundar el mismo en situaciones distintas a las previstas en el dispositivo legal acotado.

Cuestión distinta ocurre, si la nulidad es instada en su recurso por alguno de los impugnantes, la cual podrá fundarse no solo en los supuestos previstos en el artículo 150 del NCPP sino también en otros distintos, las cuales deberán resolverse teniendo en cuenta los filtros establecidos por las reglas de saneamiento y convalidación.

Los vicios pueden también presentarse en la misma sentencia o durante el trámite del proceso. En uno y otro caso tienen un tratamiento distinto³⁰. Así, si se trata de vicios de la propia sentencia, como por ejemplo en la motivación (tema que será desarrollado posteriormente), por regla general el Juez *ad quem* debería resolver sobre el fondo del asunto y solo excepcionalmente proceder al reenvío de la causa. Sin embargo, cuando se trate de vicios detectados previos a la emisión de la resolución impugnada, lo más probable es que el Juez *ad quem* tenga que reenviar la causa, pero, en todo caso, deberá verificar la incidencia del acto viciado respecto a la resolución recurrida.

Así, se anulará la sentencia impugnada siempre y cuando sean insubsanables los vicios. Será insubsanable el vicio cuando afecte la integridad del procedimiento o la posición jurídica de las partes, salvo que esta proceda de una conducta negligente o contumaz del afectado³¹.

³⁰ CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL (2014).

³¹ SAN MARTIN CASTRO (2015: 698).

Esta facultad, señala San Martín Castro³², está circunscripta a infracciones procesales producidas en actos precedentes a la misma sentencia de primera instancia, siempre que sean infracciones insubsanables.

4.3. Revisión de la motivación de las resoluciones judiciales

La motivación de las resoluciones judiciales importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, “deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso”³³. Asimismo, constituye una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporcionan el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso³⁴.

Motivar una resolución significa exponer las razones de hecho y de derecho que dan base al pronunciamiento, es decir claramente el por qué de las conclusiones fácticas y jurídicas que el órgano jurisdiccional afirma. Existen por tanto, dos motivaciones una referente al hecho y otra la derecho, aclarando desde ya que ambas están íntimamente unidas, lo que aparece claro al observar que las normas jurídicas (abstractas) están siempre constituidas, aunque no en su totalidad, por conceptos de hecho (reales)³⁵.

³² SAN MARTÍN CASTRO (2015: 698).

³³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009).

³⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008).

³⁵ MAIER (2008: 23).

Por su parte, Taruffo señala que la motivación es un discurso, entendido este como conjunto ordenado de proposiciones vinculadas entre sí e insertadas en un mismo contexto que es identificable de manera autónoma³⁶. Cumple una función justificativa y fuente de indicios.

Si bien la inobservancia del deber de motivación podría acarrear la nulidad de una resolución judicial, sin embargo, no todo defecto en la motivación, advertido por el Juez *ad quem*, implicaría esta consecuencia jurídica.

Así, el Tribunal ante un defecto de motivación, actuando como sede de instancia e investida de poderes para el conocimiento de lo decidido y actuado en juicio, debe por regla general ingresar al análisis del fondo del asunto y solo excepcionalmente decretar la nulidad de una resolución judicial, cuando el vicio incida directamente sobre lo decidido y no permita realizar un control sobre el fondo. En esa línea, sostiene Taruffo que la conexión entre defecto de motivación y nulidad de la sentencia, por más inmediata que sea, no parece ofrecernos una solución para todos los problemas, que provocan las violaciones posibles de la obligación de motivación³⁷.

La motivación tiene lugar en dos ámbitos: uno en el establecimiento de los hechos como consecuencia de la valoración probatoria y otro en la interpretación y aplicación del derecho.

En cuanto a los defectos que pudiera presentar la primera, hay que efectuar algunos matices, en atención a la naturaleza del medio probatorio cuya valoración se cuestiona y a la incidencia en la decisión. Así, si se cuestiona la valoración de la prueba documental (informes periciales, documentos, preconstituida y anticipada) incorporados al proceso, en este ámbito el Tribunal *ad*

³⁶ TARUFFO (2011: 48-49).

³⁷ TARUFFO (2011: 397).

quem tiene poderes para realizar una valoración independiente, como señala el artículo 425.2 del NCPP y, en consecuencia, podrá pronunciarse válidamente sobre el fondo. Más difícil resulta el caso de la prueba personal donde el *a quem* queda sujeto a la valoración del *a quo*, como establece el artículo 425.3 del NCPP, salvo que se hubiera nuevamente actuado en juicio de apelación o que su valor probatorio haya sido cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia

Finalmente en cuanto a lo segundo, al tratarse de cuestiones de derecho, nada impide al Juez *ad quem* de pronunciarse sobre el fondo. En ese sentido, si se aprecia que el sentido de la resolución es la correcta, empero que la motivación en este extremo es deficiente, puede completar el razonamiento jurídico del *a quo* y confirmar la resolución recurrida. En cambio, si no comparte el criterio del *a quo*, deberá revocar la resolución.

4.4. El reenvío y la prohibición de reformatio in peius

Si el Juez *ad quem* decreta la nulidad de la sentencia como consecuencia de un recurso a favor del imputado, en el nuevo juicio no se podrá aplicar una pena superior a la impuesta en la primera, tal como prevé el artículo 426.2 del NCPP. Aquí cabe resaltar que esta limitación obedece a que la nulidad fue producto de un recurso a favor del imputado, lo que en definitiva da lugar a que el nuevo juicio que se practique no podría empeorar su situación.

4.5. Potestad correctiva

El numeral 2 del artículo 409 del NCPP confiere al Tribunal la facultad para corregir la resolución impugnada sobre dos aspectos: (i) los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutive no la anulará, pero serán corregidos; y (ii) los errores materiales en la denominación o el cómputo de las penas.

Cuando exista incongruencia omisiva, se puede subsanar, en los incidental o subsidiario, los fallos o resoluciones judiciales, para lo cual completarán o integrarán éstas, que es el caso, por ejemplo, de la omisión de imposición de las penas accesorias, de algunas penas conjuntas, de la determinación de la multa, del periodo de prueba, del concepto integro de la reparación civil, aunque es del caso atender a los problemas que ello acarrea al principio de la interdicción de la reforma peyorativa³⁸.

5. Conclusiones

- La nulidad es una consecuencia jurídica única y no resiste clasificaciones.
- Los artículos 150 y 151 del NCPP no deben ser entendidos como una clasificación de nulidades absolutas o relativas sino como vicios detectados de oficio por el Juez o a instancia de parte.
- Los vicios sancionados con nulidad expresamente previstos por la ley como lo dispone el artículo 149 del NCPP no implican necesariamente que el Juez decrete su nulidad, pues tal previsión normativa debe entenderse como un mecanismo para reducir el ámbito de las nulidades.
- Tanto los vicios detectados de oficio por el Juez o a instancia de parte son susceptibles de subsanación.
- La potestad nulificante de oficio al Juez *ad quem*, otorgado por la parte *in fine* del artículo 409.1 del NCPP, solo podrá ser utilizada de modo excepcional, y estará circunscrito únicamente a los supuestos previstos en el artículo 150 del NCPP.
- Los defectos en la motivación por regla general no presuponen la nulidad de la sentencia, sino solo excepcionalmen-

³⁸ SAN MARTIN CASTRO (2006: 1023).

te, de ser el caso, en cuanto a la motivación sobre el establecimiento de los hechos, mas no en cuanto al derecho.

- Tratándose de vicios presentes en la propia sentencia, por regla general, no impedirán al Juez *ad quem* de pronunciarse sobre el fondo del asunto. En cambio si estás se presentan previa a la emisión de la resolución impugnada, el Juez *ad quem* deberá verificar la incidencia del acto viciado respecto a la resolución recurrida.

Referencias

ALCALA ZAMORA, Niceto

1945 *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft.

ALSINA, Hugo

1961 *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Ediar.

ARIANO DEHO, Eugenia

2011 "Sobre los poderes del juez de apelación". En *Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

AROCENA, Gustavo A.

2002 *Las nulidades en el proceso penal*. Córdoba: Editorial Mediterránea.

BARRIOS, Eduardo J.

1980 "Convalidación de la nulidad del acto procesal". En *Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

CACERES JULCA, Roberto E.

2007 *La nulidad en el Proceso Penal: Apuntes constitucionales y procesales sobre las nulidades en el auto de apertura de instrucción*. Lima: Jurista Editores.

CAVANI, Renzo.

2014 *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra Editores.

CHIOVENDA, José

1925 *Principios de derecho procesal civil*. Tomo II. Traducción de José Casais y Santaló. Madrid: Reus.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge

1982 *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Primera Edición. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni. Editores.

CREUS, Carlos

1995 *Invalidez de los actos procesales penales: Nulidad, inadmisibilidad, inexistencia*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL DEL PERÚ

2014 “Circular referida a la regulación del reenvío en los órganos jurisdiccionales revisores”. Resolución Administrativa N° 002-2014-CE-PJ, del 07 de enero de 2014.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ

1998a Casación N° 475-95-Huánuco. Diario Oficial *El Peruano*. Lima, 17 de julio de 1998, p. 1462.

1998b Casación N° 1759-96-Lima. Diario Oficial *El Peruano*. Lima, 11 de junio de 1998, p. 1277

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA

1981 Sentencia del 5 de junio de 1981 (Ponente Alfonso Reyes Echeandía).

ESCRICHE, Joaquín

1847 *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Volumen II. Madrid: Librería de la Señora viuda e hijos de D. Antonio Calleja.

FAIREN GUILLEN, Víctor

1995 *Teoría general del derecho procesal*. Madrid: Edersa.

LEONE, Giovanni

1993 *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo III. Buenos Aires: Editorial EJEA.

MAIER, Julio B.J.

2008 "Función normativa de la nulidad". En *Antología: El proceso penal contemporáneo*. Lima: Editorial Palestra.

MAURINO, Luis Alberto.

1992 *Nulidades procesales*. 3era reimpresión. Buenos Aires: Edit. Astrea.

PALACIO, Lino Enrique

1993 *Manual de derecho procesal civil*. Tomo I. Décima edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel

1998 "Nulidad procesal". *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima, N° 02, pp. 559-570.

SAN MARTIN CASTRO, Cesar

2003 *Derecho procesal penal*. Volumen II. Segunda Edición. Lima: Editora Jurídica Grijley.

TARUFFO, Michele

2011 *La motivación de la sentencia civil*. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010 Expediente N° 6348-2008-PA/TC-Lima. Resolución: 2 de agosto de 2010.

2009 Expediente N° 1480-2006-AA/TC. Resolución: 7 de diciembre de 2009.

2008 Expediente N° 728-2008-PHC/TC-LIMA. Sentencia: 13 de octubre de 2008.

VELASQUEZ DELGADO, Percy

2010 "La nulidad en el nuevo proceso penal peruano". En CAVANI BRAIN, Renzo (coord.). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Lima: Normas Legales.

Revista de la Maestría en Derecho Procesal

ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>

**Correo electrónico:
revista.derechoprocesal@pucp.pe**