

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal

Presupuestos para declarar una nulidad de oficio en segunda instancia.

**Trabajo Académico para optar el Título
de Segunda Especialidad en Derecho
Procesal**

Autor

Robinson Rubén Vela Espinoza

Asesor

Pedro Paulino Grández Castro

Código de alumno

20111768

2020

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

ROBINSON RUBEN VELA ESPINOZA

Título: Presupuestos para declarar una nulidad de oficio en segunda instancia.

Keywords: Nulidad, Nulidad Procesal Penal, contradicción, derecho de defensa, segunda instancia, presupuestos nulidad

Resumen:

El presente artículo aborda la institución jurídica de la nulidad en el proceso penal peruano. Toma en cuenta la problemática actual en torno a la nulidad declarada de oficio en segunda instancia y cómo estas decisiones pueden vulnerar los derechos de los sujetos procesales, así como crear distorsiones en el sistema de justicia.

En ese sentido, con el fin de plantear presupuestos básicos para garantizar una adecuada protección de derechos fundamentales a los justiciables, pasamos a revisar doctrina que desarrolle dicha institución, destacando los presupuestos conceptuales de la nulidad y una definición adecuada para el proceso penal atendiendo a los fines del proceso en un estado constitucional de derecho.

También, realizamos un recuento de las principales decisiones de la Corte Suprema y Salas Penales del país, evidenciando una ausencia en el desarrollo de la nulidad de oficio, sus presupuestos y límites. Con el fin de aportar al debate en cuestión, planteamos presupuestos para el análisis y, eventual, de una nulidad decretada de oficio en segunda instancia.

INDICE

INDICE.....	1
Introducción.....	2
1. El proceso penal peruano	2
2. La nulidad en el proceso penal.....	4
a. Definiciones trabajadas por la doctrina	5
b. Definiciones a nivel jurisprudencial.....	6
c. Nulidad Absoluta.....	8
1) Transcendencia.	9
2) Protección.	9
3) Subsanción.	9
4) Conservación.	10
3. Presupuestos para declarar una nulidad de oficio en segunda instancia	10
a. Contexto: Límites de la potestad nulificante en segunda instancia.....	11
i. Límites del juez de apelación	12
a. Primer paso: Identificar el acto viciado	12
b. Plantear el contradictorio	13
c. Identificar derecho o garantía no observado.....	15
d. Analizar los presupuestos que rigen las nulidades.....	15
e. Aplicar el Test de Proporcionalidad	16
Bibliografía preliminar	18

Introducción

El proceso penal actual ha sido diseñado con el fin de brindar una adecuada protección de los derechos del ciudadano que es sujeto pasible de una investigación o eventual condena. Más allá de la clásica concepción del proceso penal como aquel instrumento mediante el cual se realiza o actúa el derecho penal, en un estado constitucional de derecho el fin primordial del proceso se centra en la protección de la persona, lo cual vemos reflejado en diversas instituciones del Código Procesal Penal actual.

Es así que en el presente artículo abordaremos una de estas instituciones. La cual busca enmendar el cauce de un proceso en el que se ha generado una grave vulneración a los derechos y garantías constitucionales. Hablamos de la nulidad, en específico nos centraremos en la que es dictada de oficio por el juez de segunda instancia.

Las consecuencias procesales de decretar la nulidad de un acto procesal son significativos y en la medida de lo posible han de evitarse, debido a que difiere el fin del proceso. Por lo tanto, estamos ante un instrumento de última ratio, el cual de ser aplicado a la ligera puede producir más gravámenes que beneficios y traicionar su propósito.

En este sentido, a través del presente artículo, buscamos proponer pautas o presupuestos a seguir previamente a declarar una nulidad de oficio en segunda instancia, buscando una adecuada protección de los derechos de las partes más débiles del proceso.

1. El proceso penal peruano.

Para poder comprender a cabalidad una institución como la nulidad procesal penal, previamente debemos repasar de manera sucinta cuales son las características o fines que subyacen y diferencian al actual proceso penal peruano. Teniendo en cuenta que con él nos encontramos frente un nuevo paradigma de proceso, en contraposición al

Código de Procedimientos Penales, que aún hoy es aplicable en algunos distritos del país.

En la exposición de motivos del Decreto Legislativo 957, mediante el cual se promulga la creación del Código Procesal Penal, se indica que este edifica sobre la base del modelo acusatorio, cuyas grandes líneas rectoras son separación de funciones de investigación y de juzgamiento, además que el proceso se desarrolle en cumplimiento de los principios de contradicción e igualdad, siendo la libertad del imputado la regla durante todo el proceso.

En palabras del jurista Oré Guardia, el sistema acusatorio se sustenta en la importancia de la persona y la neutralidad del Estado, y determina que el proceso penal se realice observando la división de las funciones. Es un modo de organización de la justicia penal que comprende la plena vigencia de los principios procesales propios de un Estado de Derecho (2019). Es así que lo primordial del proceso recae en la protección del sujeto que se ve sometido a la persecución penal estatal, la misma que solo puede ser ejercida en el marco del respeto a la garantías procesales.

Como antecesor a este nuevo sistema teníamos al Código de Procedimiento de 1940, descrito por el Juez Taboada Pilco como un modelo inquisitivo, donde prima la escritura como forma de comunicación, la formación de un expediente judicial, la reserva de la investigación, la conjunción de roles de investigación y de juzgamiento, que obligaba a buscar la verdad histórica mediante el uso y abuso de las pruebas de oficio (2010: 12).

Solo dentro de este nuevo modelo se esgrime la institución de la nulidad procesal tal como la conocemos el día de hoy, la cual no estaba regulada en el código de 1940¹. Es así que resulta necesario tener en cuenta las bases que erigen el nuevo proceso penal peruano para identificar cuáles son los rasgos esenciales de la institución a tratar en el presente artículo.

¹ Cabe hacer la siguiente precisión, en el Código de Procedimiento de 1940 existía el recurso de nulidad, mediante el cual podías recurrir la sentencia que pone fin a la instancia, entre otras resoluciones y así llegar a la Corte Suprema.

En síntesis, podemos entender al proceso penal peruano como uno regido por una serie de principios y garantías que asisten al individuo frente al poder punitivo estatal. Entre estas garantías prefiguradas en el Código Procesal Penal y la Constitución Política del Perú, se encuentra el derecho de defensa. Este reviste de una especial trascendencia en el momento de analizar la declaración de una nulidad, tal como lo veremos en el siguiente apartado. Por el momento, pasaremos a destacar los puntos esenciales de tal instituto.

El derecho de defensa comprende un espectro amplio de capacidades o situaciones jurídicas de ventaja conducentes a hacer valer los intereses de las partes involucradas en un proceso penal.

Al respecto, Cesar San Martín indica que, esta es una garantía procesal que comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado, implica:

“(i) la facultad de ser oído, (ii) la de controlar la prueba de cargo, (iii) la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir la reacción penal, y (iv) la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición” (San Martín 2015: 120).

2. La nulidad en el proceso penal.

La nulidad procesal es una institución con orígenes en el proceso civil. Según Renzo Cavani, quien hace un recuento se pueden seguir cuatro experiencias históricas representativas, las primeras rinden culto al correcto procedimiento y son meramente formalistas, integradas por el derecho romano; la siguiente etapa, correspondiente al *ius commune*, en ella apreciamos una evolución de la prevalencia del rol de las formas, así es que se crea la *querella nullitatis*; la tercera, en esta etapa podemos apreciar una progresiva flexibilización del elemento formal y la necesidad de rehuir declarar nulidades. Finalmente, la etapa donde se consagra el dominio de la

importancia del cumplimiento de la finalidad del acto como pauta que predomina sobre la satisfacción de las formas o presupuestos legales (2015: 215).

Ahora bien, el proceso penal no fue ajeno a la recepción de la querella nullitatis, la cual fue contenida como una posible pretensión en el recurso de apelación del Código de Procedimiento Penales de 1940, sin embargo, tiene una naturaleza distinta a la nulidad que abordaremos a continuación, debido a que la primera se concibe como un pedido de anulación ante una sentencia con un error o deficiencia crucial en su construcción, *error in procedendo*; en cambio la institución que pasaremos a describir a continuación se configura de forma independiente y autónoma al recurso de apelación y en general a cualquier recurso o remedio.

a. Definiciones trabajadas por la doctrina. -

Para empezar, debemos mencionar que la nulidad en el ámbito procesal no tiene una definición unívoca a nivel doctrinario, es así que brindaremos las distintas definiciones y adoptaremos una posición al respecto. Por un lado, Cesar San Martín, siguiendo a Vescovi, nos indica que en un sentido la nulidad puede ser entendida como un remedio procesal, cuyo objeto es la revisión de un acto procesal, en tanto presenta anomalías estructurales que implicarían resolver su ineficacia, en ese sentido se indica que cumple una finalidad similar a la de un medio impugnatorio (2015: 774). En otro sentido, algunos autores la conciben como: “una sanción procesal, la cual priva de eficacia o efectos un acto procesal por no haber observado los presupuestos o requisitos que lo regulan y que constituyen garantía de los derechos de los justiciables” (San Martín 2015:775).

En similar posición, el José Neyra Flores, indica que: “la nulidad ha sido concebida como una sanción procesal que priva de eficacia a un acto procesal por no haber observado los presupuestos o los requisitos que lo regulan y constituyen garantía de los derechos de las partes” (2018: 22)

El magistrado Arbulú Martínez nos trae una posición distinta, quien siguiendo a Chiovenda indica que, las nulidades no son sanciones procesales, en cambio, deben catalogarse como consecuencias lógicas del incumplimiento de las formas

a las que la ley atribuye determinados efectos, esto es, el resultado causal del incumplimiento de las formas(2015: 508)

Por otro lado, tenemos al profesor Renzo Cavani, quien concibe a la nulidad como: “la consecuencia jurídica de ineficacia contenida en un pronunciamiento jurisdiccional, mediante la cual se deconstituyen los efectos producidos por un acto afectado con un vicio relevante que no llegó a subsanarse” (2014: 94). El profesor valida esta posición en que el acto viciado estaría dentro del ámbito de las normas potestativas y no dentro del espectro de normas cuyo incumplimiento genera una sanción, es así que no puede ser concebido como sanción jurídica procesal (2014:256). Tal diferenciación está basada en la teoría de reglas primarias, secundarias o potestativas de Hart (1980).

También, tenemos el aporte del profesor Monroy, quien indica que “la nulidad es dialécticamente la situación opuesta al proceso. Si éste implica un avance hacia un fin determinado, la nulidad es el retroceso y el alejamiento de ese fin” (1992:29).

Nosotros coincidimos con el profesor Cavani en tanto la nulidad resultaría ser una consecuencia jurídica recaída sobre un acto procesal inválido y no alguna sanción. Asimismo, cabe precisar que el fundamento tras la nulidad no se encuentra en la prevalencia del formalismo sino de asegurar que el proceso se desenvuelva con la observancia debida y el aseguramiento de los derechos fundamentales, teniendo como norte un concepción de proceso como un instrumento para la obtención de justicia y verdad.

b. Definiciones a nivel jurisprudencial.

Sobre la institución materia de análisis, el Tribunal Constitucional optó por la postura del remedio procesal, lo cual se evidencia en la sentencia N° 6348-2008-PA- TC, menciona: "La nulidad procesal es 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 en la situación procesal de ser declarado judicialmente inválido, el cual puede ser declarado de oficio o a pedido de parte”.

Por su lado, la Corte Suprema ha tenido decisiones disimiles, algunas sentencias utilizan conceptos dejados atrás por la doctrina debido a su inoperancia, es así que tenemos a la Casación Ancash No. 736-2016, que considera la nulidad como un remedio debido a que ataca actos procesales no contenidos en resoluciones judiciales, lo cual no es del todo preciso, además indica que su propósito es la revisión de actos procesales a fin de verificar si se vulneró las formas preestablecidas por ley.

Por otro lado, es en la Casación No. 292-2019 Lambayeque donde se establece que para declarar la ineficacia de un acto procesal será necesaria la concurrencia de tres requisitos:

- “i) La existencia de una infracción procesal sustancial, esto es, una omisión total y absoluta de las normas esenciales del procedimiento,*
- ii) que como consecuencia directa de tal infracción se produzca una indefensión relevante, con consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo los intereses del afectado por ella, la cual debe alcanzar una significación material y*
- iii) la indefensión no debe estar causada por la parte que alega haberla sufrido” (2019: fundamento sexto).*

Es preciso indicar que este pronunciamiento nos parece el más adecuado hasta el momento.

Somos de la opinión que el desarrollo jurisprudencial de la nulidad en las altas cortes penales peruanas ha sido muy escaso y poco atento a las doctrinas contemporáneas, lamentablemente no se ha caído en cuenta lo problemática que puede ser declarar una nulidad cuando no es realmente necesaria, tanto para el proceso en particular y para el sistema de justicia, menos aún se han sentado las bases para diferenciarla de la nulidad procesal civil y tampoco se ha hecho un

desarrollo más allá que transcribir lo establecido en el Código Procesal Penal, aun cuando en la regulación existen cláusulas con una gran indeterminación, las cuales pueden terminar siendo un cajón de sastre en algunas ocasiones.

c. Nulidad Absoluta.

La nulidad se encuentra regulada desde el artículo 149 al 154 del Código Procesal Penal, donde se hace latente su taxatividad, toda vez que precisa que sólo en los casos previstos por Ley algún quebrantamiento de los requisitos procesales será causal de nulidad.

Asimismo, el código las clasifica en dos: las nulidades absolutas y las relativas, la primera regulada en el artículo 150 de Código Procesal Penal, donde se indican cuatro supuestos. En lo pertinente a la presente investigación nos ceñiremos a analizar solo las nulidades absolutas, referidas a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías de alguna de las partes, que además pueden ser constatadas de oficio por el Juez.

A nuestro parecer esta es una diferenciación poco útil, porque como veremos, en cualquier caso, para que sea declarada una nulidad será necesario que el acto procesal defectuoso tenga una incidencia sustancial y trascendente al proceso, por lo tanto, si realmente estamos frente a una nulidad está será siempre absoluta².

Podemos definir la nulidad absoluta como el fenómeno de ineficacia ligado a la ausencia de un presupuesto o requisito de especial relevancia, referido a actos sustanciales en el proceso, así como a la intervención de sujetos esenciales (Creus citado por San Martín, 2015: 778- 779).

Será necesaria que, además de existir una ausencia de un requisito o presupuesto de validez para el acto procesal, esta ausencia debe generar un estado de indefensión grave y latente, también es preciso que tal indefensión no esté causada

² El profesor Cavani es de un opinión similar en relación a la clasificación que hacen algunos autores de la nulidad procesal civil.

por la misma parte que generó el acto invalido, pues estaríamos frente a un acto propio. Según la doctrina presupuestos que rigen las nulidades son: 1) trascendencia, 2) protección, 3) subsanación y 4) conservación, los cuales explicaremos a continuación:

- 1) Transcendencia. - Este requisito plantea la necesidad de que el acto invalido haya causado un perjuicio, latente y trascendente a una de las partes y por ende al proceso. Neyra, siguiendo a Torres, indica que, “el perjuicio causado debe entenderse como la limitación de un derecho de las partes vinculado en forma inmediata al buen orden del proceso y en forma mediata a las garantías que son su causa” (2018:23).

Al respecto, Nieva es enfático cuando menciona: "El mero incumplimiento de una norma procesal no puede tener como consecuencia la nulidad del acto si no se ha provocado ninguna lesión de derechos fundamentales, particularmente del derecho de defensa. Disponer lo contrario supondría un cumplimiento simplemente fetichista de las leyes procesales, lo que carecería, hoy en día de todo sentido, porque sería contrario al derecho al libre acceso a los tribunales, que es una manifestación fundamental del derecho de defensa” (Nieva-Fenoll, 2014: 296).

- 2) Protección. - Esta regla exige que quien sea la parte afectada por el acto no debe hacerlo causado o concurrido a causarlo. Tal supuesto implica que nadie será escuchado cuando se alegue su propia torpeza, tal como indica el artículo 151, inciso 4 del Nuevo Código Procesal Penal.
- 3) Subsanación.— Tal precepto implica verificar la posibilidad de reparar o remediar el defecto que genera el vicio, si está existe el acto deberá subsanarse. El magistrado Neyra nos indica que, en virtud de este principio “los defectos deberán ser saneados, siempre que sea posible realizar las siguientes formas: renovar el acto, rectificar el error o cumplir con el acto omitido, de oficio o a instancia del interesado” (2018: 27)

- 4) Conservación. - Como la nulidad genera enormes efectos en la progresión de la causa, la declaración de esa solo debe proceder en casos extremos y comprobados, donde se haya acreditado la trasgresión al ordenamiento procesal, la relevancia de tal trasgresión y la indefensión concreta (San Martín, 2015: 788).

Es preciso tener en cuenta estos presupuestos dado que serán tomados en cuenta más adelante como un apartado en las propuestas para declarar una nulidad de oficio.

3. Presupuestos para declarar una nulidad de oficio en segunda instancia.

Como veremos, el Proceso Penal Peruano está compuesto por varias etapas, además posee un diseño mediante el cual existen filtros o requisitos indispensables para pasar de una etapa a otra; existiendo un estadio procesal, la etapa intermedia, exclusivamente dedicado al saneamiento procesal, en donde el juez de investigación preparatoria podrá advertir cualquier vicio surgido hasta esa etapa y evaluar si es necesario declarar la nulidad o no, además es preciso indicar que existen diversos mecanismos para que en esta etapa se subsanen los posibles vicios o defectos en ciertos actos procesales.

Por lo tanto, si es que hemos llegado a segunda instancia y este acto viciado no ha sido advertido, habrá que tomar en cuenta esta situación al momento de decidir decretar la nulidad o no, debido a que entrarán a operar distintos factores como principios como el de preclusión, la seguridad jurídica o el derecho al plazo razonable. A continuación, pasamos a desarrollar en orden los momentos y presupuestos para declarar la nulidad de oficio en segunda instancia.

Debemos indicar que, en la doctrina penal Cesar San Martín ha realizado una propuesta para declarar la nulidad, la misma que consiste en dos pasos:

- “i) individualizar la norma constitucional o garantía vulnerada, ii) Acreditar, que con la vulneración de tal precepto se genere una efectiva*

indefensión en alguna de las partes, siendo necesario que se verifique que de no haberse producido tal vulneración el resultado habría sido otro” (2015:782)

Sin embargo, considerando el uso indiscriminado de la nulidad en los procesos penales, es preciso ahondar mucho más en relación a los presupuestos y requisitos previos a declarar una nulidad, por lo que, si bien es una propuesta útil y se considera un avance, aún resulta insuficiente.

a. Contexto: Límites de la potestad nulificante en segunda instancia.

En el presente apartado, abordaremos brevemente cual es el escenario en el que se desarrollarán las propuestas. Tal trabajo resultará pertinente debido a que el proceso penal posee una estructura que busca ir filtrando las causas que deberán llegar a juicio y las que no, tomando en cuenta diversos estándares de sospecha. Esto con fines tales como economía procesal para no sobrecargar el sistema judicial y respetar el principio del derecho penal como última ratio. En palabras del Carnelutti, la absolución del imputado es la quiebra del proceso penal, es un proceso que no debería haberse hecho.

El proceso posee una etapa inicial, que consta de diligencias preliminares y la investigación preparatoria, donde se desarrollarán las diligencias tendientes a identificar las circunstancias del delito así a como recabar las pruebas de cargo y descargo que permita esclarecer los hechos, para esta etapa será necesaria la sospecha suficiente. Si se decide acusar se entrará en la etapa intermedia, la cual es una de saneamiento procesal, donde el Juez hará un control de la imputación formulada por la fiscalía, un control de admisión probatoria y del estándar de prueba requerido, este es la sospecha fuerte. Esta etapa es el filtro más fuerte del proceso debido a que su razón de ser es llegar a un juicio oral con un objeto procesal debidamente conformado y con un estándar de prueba donde la condena sea bastante probable, así como depurar cualquier vicio existente en el proceso, es aquí en donde los poderes de control del juez sobre la imputación y construcción del objeto procesal cobran mayor relevancia.

Posteriormente, tenemos el juicio oral, en donde se buscará acreditar la imputación realizada en todos sus extremos, es una etapa de debate en donde el estándar para condenar al imputado es el de más allá de toda duda razonable.

i. Límites del juez de apelación. -

Es así que, ya sea ante una sentencia condenatoria o absolutoria en primera instancia, recién interpuesto el recurso de apelación es que llegamos a la segunda instancia, lo esencial aquí es que un órgano superior efectúe un nuevo examen de la resolución recurrida, en virtud de un posible error que conlleve a un agravio del impugnante. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que, en principio, el debate en segunda instancia estará delimitado por la sentencia recurrida, tanto como los aspectos cuestionados por el apelante, así como los agravios; por lo que podemos concluir que en gran medida el límite estará planteado a instancia de parte y regirá el principio de congruencia entre lo pedido y decidido.

En principio, en virtud del artículo 409 del Código Procesal Penal la Sala podría revocar o anular la sentencia recurrida, decisión que se circunscribirá su análisis a lo planteado en el recurso de apelación; sin embargo, de manera excepcional el *iudex ad quem* está facultado por el inciso 1 del artículo mencionado a: “declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante”.

En el mismo sentido, el artículo 150 del Código Procesal Penal enuncia una lista de defectos que podrán ser detectados de oficio por el Juez, referidos a la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia; al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas; a la promoción de la acción penal y a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.

a. Primer paso: Identificar el acto viciado.

El primer paso, será la identificación del acto procesal concreto que contiene un defecto o vicio; es importante hacerlo porque en muchas oportunidades se suele declarar nulas etapas procesales, es común que en la sentencia se decida lo siguiente: “declarar nulos todos los actuados hasta la etapa intermedia”, también es común encontrar sentencias donde se declaran nulo lo actuado desde cierto número de fojas.

Ahora bien, una vez identificado el acto procesal, será necesaria la verificación de la ocurrencia del vicio, esto es, determinar la violación de la *fattispecie* (Cavani, 2015: 502). Lo que implica hallar cuál es el defecto en la estructura del acto, qué elemento propio para su configuración o requisito está ausente o parcialmente presente. Por ejemplo, la acusación en donde solo se relató la imputación de los hechos sin diferenciarlos entre hechos precedentes, concomitantes y posteriores, tal como lo exige el artículo 349 del NCPP, cuando se exige que esta contenga: “La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores”.

Por otro lado, es preciso identificar el acto procesal en concreto debido a que una vez declarada la nulidad, todos los demás actos procesales conexos a esté correrán la misma suerte.

Como dijimos la nulidad absoluta es la única que puede ser declarada de oficio, el código pone un límite claro cuando indica que solo ciertos defectos serán los habilitados, los que están descritos en el artículo 150, los tres primeros ya fueron mencionados y no requieren mayor explicación. Es así que le dedicaremos los siguientes apartados al último, referido a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución, dado que es el que más complicaciones prácticas trae consigo.

b. Plantear el contradictorio. -

El contenido del derecho al contradictorio ha evolucionado a partir de los distintos paradigmas en torno al proceso. Durante largo tiempo fue entendido como una simple bilateralidad, mediante la cual solo se le corre traslado a una de las partes

de la postulación de la otra, para que esta sea escuchada y finalmente el juez decidirá. Para Passo Cabral lo principal de esta concepción es habilitar la capacidad de reaccionar ante posiciones contrarias, siendo la nota esencial el derecho a ser informado y que su respuesta sea oída (2017: 261-278).

Lamentablemente, este modelo no logra proteger a los justiciables frente a ciertos poderes del juez que puede ejercer de oficio, entre ellos la nulidad, y se enmarcan dentro de las potestades de conducción del proceso que le son encomendadas. Toda vez que no salvaguarda a las partes de las nulidades sorpresa.

Como respuesta a las insuficiencias del paradigma de la bilateralidad, se postulará como contenido del principio de contradictorio el derecho a influir. El cual es expuesto por el profesor Zufelato, a través de un pronunciamiento emblemático que paso a citar:

“En tanto se comprenda al contradictorio como el derecho a influir, la regla consiste en que todas las decisiones finales de la corte estén respaldadas únicamente en cuestiones anteriormente debatidas por las partes —es decir, que las decisiones versen sobre un asunto previamente debatido por las partes—. En otras palabras, se prohíbe el juicio de terza via. Existe la prohibición de la decisión sorpresa. Es absolutamente imprescindible que las partes tengan la posibilidad de incluso de las cuestiones que el juez puede apreciar de oficio” (Marinoni, Arenhart & Mitidiero: 2016, 162; como se citó en Zufelato: 2017, 25).

Es esta perspectiva del contradictorio que consideramos la más adecuada para el proceso penal peruano, en específico, la única viable para poder declarar una nulidad de oficio sin que se vulnere con eso alguna otra garantía o que los despropósitos sean mayores que los beneficios para el proceso.

Como vimos, la redacción por sí sola del artículo 150 del CPP es bastante amplia y un tanto indeterminada, si bien es necesaria una cláusula así, si lo que se busca es una adecuada protección de las garantías, es necesario un contrapeso para que las partes puedan controlar los poderes de oficio del juez.

El profesor Cavani, identificó un problema similar en el proceso civil peruano, ante lo cual indica: “Una decretación de nulidad adoptada sin que las partes se hayan manifestado sobre el vicio no es más que una imposición del poder de forma autoritaria, precisamente porque se impide que dicha decisión sea construida mediante el diálogo y la participación” (2012, 294).

Lamentablemente, el fenómeno de las nulidades sorpresa es constante en el proceso penal, lo que proponemos implica un cambio de paradigma en el obrar judicial, sin embargo, lo consideramos necesario. Ahora bien, el momento preciso es que después de detectado el acto viciado, no solo se le comunique a las partes, sino que éstas acompañen e influyan en los siguientes pasos, resulta indispensable que se debate en torno a si un derecho suyo ha sido vulnerado o no, más aún cuando el fin último de la institución es la protección de las garantías de alguna de las partes.

c. Identificar derecho o garantía no observado.-

En este presupuesto es necesario acreditar el derecho fundamental o garantía procesal que puede haberse visto dañado, reducido o minimizado con el acto procesal viciado, como vimos la jurisprudencia de la Corte Suprema, indica que debe existir una indefensión plenamente acreditada, lo que implicará una participación activa del sujeto procesal al que se le haya vulnerado tal o cual derecho.

Debemos indicar que puede ser cualquier derecho fundamental, este o no positivizado en el Código Procesal Penal, además, podemos incluir el espectro de derechos constitucionales y convencionales, así como su desarrollo en el Tribunal Constitucional, así como la Corte Interamericana de Derecho Humanos.

d. Analizar los presupuestos que rigen las nulidades.

En este apartado debemos repasar los presupuestos que mencionamos en el punto 2. C del presente trabajo. Siendo los presupuestos de 1) trascendencia, 2)

protección, 3) subsanación y 4) conservación. Los mismos que ya fueron desarrollados ampliamente en dicho apartado.

Es preciso indicar que será primordial que los sujetos procesales sean los que participen de manera más activa en este paso, toda vez que solo así podemos analizar si realmente el vicio fue trascendente al proceso y resulta imprescindible que se declare su ineficacia.

e. Aplicar el Test de Proporcionalidad.-

Finalmente, se debe tener en cuenta que la regulación por la que opto nuestro código fue la del contenido esencial de los derechos o garantías, por lo que debemos ser cuidadosos de no utilizar el término de contenido constitucionalmente protegido, debido a que implican diferencias relevantes.

Ahora bien, la noción elegida por el legislador, “contenido esencial” alude a la parte de un derecho fundamental que no puede ser restringida o limitada, incluso es posible llamarle porción inderogable del derecho (Sosa 2012: 14). El término es usado en la Constitución Alemana de 1948, así como en la española del 1978. Mediante el término se buscó dejar patente la existencia de un ámbito específico que reviste de una protección total frente a la intromisión estatal.

Lo importante es como definir o identificar el contenido esencial del derecho, existen diversas teorías al respecto, nosotros adoptaremos la postura de Robert Alexy, quien postula una teoría relativa, quien afirma que, en teoría, este contenido esencial no viene prestablecido, tampoco figura en la norma, sino que este debe ser determinado para cada caso en concreto a través de la ponderación (Salazar: 2008, 144).

Alexy desarrolla su postura en su libro Teoría de los derechos fundamentales, donde postula que la protección a los derechos fundamentales no es absoluta, más aún si entendemos que estos pueden ser esgrimidos como principios y como reglas; en tanto los principios son concebidos como máximas de optimización, implicará situaciones en las que resultará imprescindible restringir un derecho,

siempre y cuando exista una objetiva justificación para dicha limitación. Ante lo cual postula una tesis de conexión necesaria entre la teoría de los principios y la ponderación (Salazar: 2008, 144-145, Alexy: 2011, 11-29).

Como vimos, la decretación de la nulidad implicará la búsqueda de protección de algún derecho vulnerado a causa de un acto procesal imperfecto, entonces, por un lado, tenemos ya un derecho o garantía posible de identificar. Sin embargo, al tener efectos tan determinantes, implica una intromisión en ciertos otros derechos, tales como el derecho al plazo razonable, el principio de seguridad jurídica, el principio de preclusión, el principio de economía procesal, entre otras garantías o derechos que acontezcan en el caso en concreto. Es así que tenemos derechos o principios enfrentados cuando decretamos una nulidad.

Por lo tanto, será necesario realizar una ponderación entre los derechos que entrarían en conflicto, para lo que es preciso realizar un test de proporcionalidad, nuestro Tribunal Constitucional ha recogido los pasos para la utilización de este test, describiéndola de la siguiente manera en la:

“El test de proporcionalidad incluye, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la

ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Tribunal Constitucional: 2007 párrafo 25, fundamento. 6)

En este sentido, el presupuesto final para decretar una nulidad implica realizar una ponderación entre el derecho afectado y el otro principio o garantía que entraría en conflicto, como puede ser el derecho a un plazo razonable, entre otros que mencionamos anteriormente, lo que se definirá en el caso en concreto. Debemos recordar, que incluso en la realización de este paso final, es preciso contar con las posiciones de las partes y que ejerzan la capacidad para influir en la decisión.

Así, la única forma de evidenciar el grado de influencia de las partes, en ejercicio del derecho a contradicción, se demuestra en la motivación que realice el Juez cuando declare la nulidad de un acto procesal. Entonces, podemos decir que lo único esencialmente de oficio realmente sería la detección del acto procesal, estos son, solo el primer paso; todos los demás vienen acompañados de un contradictorio fuerte.

Bibliografía preliminar

- Alexy, Robert
2011 Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad (*)Revista Española de Derecho Constitucional ISSN: 0211-5743, núm. 91, enero-abril (2011), págs. 11-29

- Alfaro, Luis
2009 Apuntes sobre la nulidad de sentencia y la iniciativa probatoria de oficio en segunda instancia ¿Una impensable opción o una viable alternativa?. DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA. (pp. 147 - 154).

- 2017 El principio de audiencia. Evolución e influencia en el proceso civil. BARCELONA. J.M. Bosch Editor
- Arbulú Martínez, Víctor Jimmy
2015 Derecho Procesal Penal, un enfoque doctrinario y jurisprudencial. Tomo II. Perú:Gaceta jurídica.
 - Ariano, Eugenia
2015 Impugnaciones procesales. LIMA. Instituto Pacífico.
 - Blanco, Cristina y Salmón, Elizabeth
2012 El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) y Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ en el Perú
 - Cáceres Julca, Roberto. E.
2010. Las nulidades en el proceso penal: análisis doctrinal y jurisprudencial (1a ed.). Jurista Editores.
 - Cavani, Renzo.
2010 Hacia la construcción de una teoría de la ineficacia procesal en el proceso civil peruano. Estudios sobre la nulidad procesal. Gaceta Jurídica.
2012 Combatiendo las “nulidades-sorpresa”: el derecho fundamental del contradictorio en la perspectiva de la nulidad procesal. Gaceta constitucional. (pp. 288 - 296).
2012 Nulidad y Forma en el Proceso Civil. Perspectiva Histórica de la Función de la Nulidad Procesal en su Camino hacia el Modelo de la Finalidad. *Derecho & Sociedad*, (38), 215-236. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/1312>

- 2014 La nulidad en el proceso civil (1a ed.). Palestra Editores.
- 2014 Tres fases para decretar la nulidad procesal. Actualidad Civil. Instituto Pacífico
- 2018 Teoría impugnatoria - Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil. Gaceta Jurídica.
- Choquecagua Ayna, Alex.
- 2014 EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA: Una aproximación conceptual, analítica, jurisprudencial y crítica en el Nuevo Modelo Procesal Penal Peruano1 Fecha de publicación: 01/01/2014 derecho y cambio social.
- DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo.
- 2018 La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio. ARA editores 2018.
- 2019 I Pleno jurisdiccional de la Sala Penal Nacional en Crimen Organizado, recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=2j6egV-3fYo&t=824s>
- Felices Mendoza, M. E.
- 2018 LÍMITES DE LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL REVISOR EN LA APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL. Ius Inkarrí, (6), 309 - 318. Recuperado de : <https://doi.org/10.31381/inkarri.v0i6.1246>
- García Cavero
- 2011 Manual del código procesal penal. Gaceta jurídica. LIMA
- Gimeno Sendra, Vicente
- 2009 Manual de derecho procesal penal. UNED. Madrid.

- Hart, H. L. A.
1980 El concepto de derecho, trad. Genaro R. Carrió, 2ª ed. (reimp.). México DF: Editora Nacional.
- Marinoni, L.G., Arenhart, S. & Mitidiero, D.
2016 Novo código de processo civil comenado (2da ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Mitidiero, D.
2009 Colaboração no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Monroy Gálvez, José
1992 Los Medios Impugnatorios en el Código Procesal Civil En: lus el Veritas nR 5. Urna ,pp. 21·31.
- Manrique, H. Jordan
2005. Los límites al derecho de impugnación en general y la apelación en particular: Una visión desde la perspectiva de la efectiva tutela jurisdiccional. *Foro Jurídico*, (04), 70-90. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18379>
- Mendoza Ayma, Francisco Celis.
2019 La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo: Editorial ZELA, Lima-Perú
- Neyra Flores, J.
2018. “Análisis y perspectivas del sistema de recursos en el proceso penal peruano”. CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL Universidad San Martín de Porres
- Nieva-Fenoll, J.
2014. Derecho Procesal I. Introducción. Madrid: Marcial Pons.

- Maier, Julio B.
1996 Derecho procesal penal. Fundamentos I: Buenos Aires: Editores del Puerto, pp.553-554.
- Passo Do Cabral, Antonio
2017 EL PRINCIPIO DE CONTRADICTORIO COMO DERECHO DE INFLUENCIA Y DEBER DE DEBATE. Revista Peruana de Derecho Procesal 261-278
- Quispe Umasi, W. R.
2016. La nulidad en el Nuevo Código Procesal Penal: alcances de la capacidad nulificante del Tribunal Superior. Revista De La Maestría En Derecho Procesal, 6(1). Recuperado a partir de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/125-150>
- Ruesta, Y., & Sanchez Málaga, A.
2010 Aportes de orden pragmático ante la implementación del nuevo Código Procesal Penal. *Derecho PUCP*, (65), 159-175. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3142>
- SAN MARTÍN CASTRO, Cesar.
2015. Derecho Procesal Penal Lecciones. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Salazar Laynes, J. U.
2008 El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos. Foro Jurídico, (08), 142-152. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18503>
- Sosa, Juan Manuel
2012 Tutela del 'contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo. Gaceta, Lima-Perú.

- Landa, Cesar
2015 La constitucionalización del Derecho Procesal Penal: el Nuevo Código Procesal Penal peruano en perspectiva. *THĒMIS-Revista De Derecho*, (68), 181-191. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15592>
- Zufelato, C.
2017 La dimensión de la «prohibición de la decisión-sorpresa» a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: reflexiones de cara al derecho peruano. *Derecho PUCP*, (78), 21-42. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201701.002>
- Poder Ejecutivo
2004 Decreto Legislativo No. 957
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.
2019 Expediente N° 247-2018/Ancash. Resolución Casatoria: 15 de noviembre de 2018.

2016 Expediente No. 392-2016/ Arequipa. Casación: 12 de setiembre de 2017.
2012. Expediente No. 956-2011/Ucayali. Recurso de nulidad: 21 de marzo del 2012.

2012 Expediente No. 265-2012 – Cajamarca. Recurso de Nulidad
- Tribunal Constitucional
2009 Expediente No. 06079-2008-HC. Sentencia de Habeas Corpus.
2007 Expediente No. 5325-2006-PHC/TC. Sentencia de Habeas Corpus.
2006 Expediente No. 03390-2005-HC. Sentencia de Habeas Corpus

