

¿INCONSTITUCIONALIDAD O INAPLICABILIDAD? EL ACUERDO PLENARIO 05-2023/CIJ-112 Y UN DILEMA DE DOS NATURALEZAS EN EL MISMO SISTEMA JURÍDICO

Sharom Alessia Durand-Untiveros

Universidad San Ignacio de Loyola

sharom.durand@usil.pe

<https://orcid.org/0009-0001-1812-6125>

Gianela Eugenia Curasi-Llanos

Universidad San Ignacio de Loyola

gianela.curasi@usil.pe

<https://orcid.org/0009-0008-1271-2431>

Eduardo Martín Acosta-Yparraguirre

Universidad San Ignacio de Loyola

eduardo.acostay@usil.pe

<https://orcid.org/0000-0001-5268-8327>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.dur>

Resumen

El 28 de noviembre de 2023, la Corte Suprema del Perú emitió el Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112, el cual estableció que la Ley 31751 era inconstitucional y, en consecuencia, recomendó su inaplicación a los demás jueces a nivel nacional. Este documento jurisprudencial desdibujó los límites entre el control difuso y el control concentrado de constitucionalidad instituidos

en el sistema peruano, provocando que, en la práctica, esta decisión ocupara territorio competencial del Tribunal Constitucional. Por ende, se ha originado un dilema normativo para los jueces penales, afectando la seguridad jurídica y la coherencia del ordenamiento, el cual, por principio, exige certeza y estabilidad como condiciones esenciales para la tutela de los derechos del justiciable y el normal funcionamiento del sistema judicial. La Corte Suprema ha reafirmado su posición en jurisprudencias posteriores, sin embargo, muchos órganos jurisdiccionales se han apartado del Acuerdo Plenario, alegando que violenta su naturaleza nomofiláctica, hermenéutica, restringida a casos concretos y ordenadora del sistema, pero no legisladora y, menos aún, derogatoria, afectando negativamente el principio de seguridad jurídica. Esta situación exige reubicar los límites originales del control difuso, es decir, concreto y no general, pues, de admitirse lo contrario, aceptaríamos que un órgano jurisdiccional puede derogar una ley, función que le corresponde únicamente al control concentrado del Tribunal Constitucional, según la Constitución peruana.

Palabras clave: inconstitucionalidad, inaplicabilidad, control difuso, control concentrado, Acuerdo Plenario.

Unconstitutionality or Inapplicability? Plenary Decision 05-2023/CIJ-112 and a Dilemma of Two Natures in the Same Legal System

Abstract

On November 28, 2023, the Supreme Court of Peru issued Plenary Decision 05-2023/CIJ-112, which established that Law 31751 was unconstitutional and, consequently, recommended its non-application to other judges nationwide. This jurisprudential document blurred the boundaries between the judicial review and concentrated control of constitutionality both instituted in the Peruvian system, causing this decision, in practice, to occupy the jurisdiction of the Constitutional Court. Consequently, a normative dilemma has arisen for criminal judges, affecting legal certainty and the coherence of the legal system, which, as a matter of principle, requires certainty and stability as essential conditions for protecting the rights of those seeking justice and for the normal functioning of the judicial system. The Supreme Court has reaffirmed its position in subsequent jurisprudence; however, many judicial bodies have departed from the Plenary Decision, arguing that it violates its nomophylactic, hermeneutical, restricted to specific cases and regulating the system nature, but not legislative, and even less so, repealing, negatively affecting the principle of legal certainty. This situation requires relocating the original limits of judicial review—that is, concrete rather than general—because if the opposite were ac-

cepted, we would be conceding that a judicial body can repeal a law, a function that falls solely to the concentrated control of the Constitutional Court, according to the Peruvian Constitution.

Key words: unconstitutionality, inapplicability, judicial review, concentrated control, Plenary decision.

1. Introducción

El 28 de noviembre de 2023, los jueces supremos en lo penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, se reunieron en Pleno Jurisdiccional con la finalidad de emitir el Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112, para brindar pautas hermenéuticas claras en relación con la institución de la suspensión de la prescripción de la acción penal, así como para establecer los alcances interpretativos de la Ley 31751, del 25/05/2023. De esta manera, los jueces supremos realizaron un juicio de proporcionalidad sobre la citada normativa y cuestionaron que, mediante esta, se hubiera fijado un plazo único como cláusula de cierre para limitar la suspensión de la prescripción de la acción penal, es decir, “la suspensión no puede durar más de un año, salvo que los plazos que legalmente se estipulan para las etapas del proceso penal u otros procedimientos sean menores”. La Corte Suprema, en su fundamentación, advirtió que un plazo tan breve, sin tomar en consideración las dificultades de una causa atendiendo su complejidad y la entidad del delito, sólo generaría impunidad, privando de un plazo razonable a la administración de justicia para decidir si un individuo es culpable o no. Así, señaló lo siguiente:

La ley 31751, es desproporcionada e inconstitucional. Por ello, los jueces, conforme al artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución, no deben aplicarla, deben preferir la norma constitucional referida a la protección de la seguridad pública o ciudadana, al valor justicia material y a la tutela jurisdiccional [...]. (Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112, fundamento 27)

Como puede apreciarse, la Corte Suprema señala la inconstitucionalidad de una ley y ordena su inaplicación a todas las instancias judiciales a nivel nacional, con el fin de que estas se abstengan de utilizarla, provocando en la práctica una especie de control concentrado, función que en el Perú compete únicamente al Tribunal Constitucional, conforme al artículo 202, inciso 1 de la Constitución.

En consecuencia, el objetivo de la presente investigación será determinar si se desnaturaliza la inaplicabilidad, tornándose en un control concentrado de inconstitucionalidad de facto, al vincular obligatoriamente a los jueces de menor rango con el precedente. Asimismo, se pretende analizar las consecuencias jurídicas del Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112, en tanto plantea un dilema para el sistema judicial peruano, pues, como se mencionó en el Auto de Vista 086-2024, emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, los jueces penales se encontrarían en la siguiente disyuntiva: i) optar por inaplicar la Ley 31751 y dictar una resolución contraria al texto expreso de la ley; o ii) alejarse del Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112 e incurrir en falta grave (Primera Sala Penal de Apelaciones, 2024, Auto de Vista 086-2024).

Por ello, para lograr nuestros objetivos, iniciaremos contextualizando al lector a fin de explicarle cómo se llegó a ese conflicto, analizando la naturaleza jurídica de los controles de constitucionalidad difuso y concentrado y cómo conviven ambos dentro del sistema jurídico peruano. Asimismo, explicaremos cómo ha interpretado la Corte Suprema sus atribuciones en el Acuerdo Plenario y qué implicancias podría tener sobre los mencionados controles. Luego, nos adentraremos en el presunto dilema ocasionado por el Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112, para finalmente ensayar una posible solución que garantice armonía y estabilidad al sistema.

2. ¿Cómo se arribó a este conflicto?

En el sistema jurídico peruano conviven dos formas de ejercer el control de constitucionalidad. Por un lado, el Tribunal Constitucional posee de forma exclusiva el control concentrado y es el único competente para declarar la inconstitucionalidad de una norma de rango legal y expulsarla del sistema jurídico. Por otro lado, Pérez Royo señala que el control difuso es ejercido por los jueces, quienes no tienen la facultad de declarar inconstitucionalidad, sino que únicamente pueden inaplicar tales normas en el caso concreto sin ocasionar su derogación (Pérez Royo, 2016, p. 739). Ambos tipos de controles se hallan consagrados en la Constitución, dirigidos por el artículo 51, que proclama su supremacía y, en específico, el control concentrado que se expresa en los artículos 200.4, 203; y el control difuso, en el artículo 138. Esta dualidad es un reflejo del modelo adoptado por algunos países en América Latina como Colombia y México (Quesada y Zavaleta, 2024, como se citó en Domínguez, 2024, p. 329).

Sin embargo, el problema surge cuando la inconstitucionalidad y la inaplicabilidad parecen contradecirse o cuando las jerarquías generan discrepancias. Eso es exactamente lo ocurrido en el marco del Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112, emitido por las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema del Perú.

El artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹ prescribe que estos acuerdos son reglas interpretativas de obligatorio cumplimiento e invocadas por los magistrados de todas las instancias judiciales, sin embargo, el caso del Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112 es particular. En su texto, los magistrados supremos advierten sobre la inconstitucionalidad de la Ley 31751 y configuran sobre los demás jueces penales el deber de inaplicarla. Es así que, en su fundamento 27, señalaron que:

La Ley 31751 es desproporcionada y, por consiguiente, inconstitucional. Por ello, los jueces, conforme al artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución, no deben aplicarla; deben preferir la norma constitucional referida a la protección de la seguridad pública o ciudadana, al valor justicia material y a la tutela jurisdiccional [...]. (Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112, fundamento 27)

Este pronunciamiento expone una inconstitucionalidad y, aunque no es declarada, pues esta es una atribución del Tribunal Constitucional, sus consecuencias han provocado una alteración en el sistema judicial peruano.

Sin embargo, este señalamiento de inconstitucionalidad de la ley y mandato de desacato de esta por parte de la Corte Suprema podría parecer inofensivo y amparado en el marco de sus atribuciones prescritas en el artículo 138 de la Constitución. En este supuesto, los jueces supremos consideraron que existía una incompatibilidad entre una norma de carácter legal (Ley 31751) y las normas constitucionales referidas al valor justicia material y a la tutela jurisdiccional (Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112, fundamento 27) y, basados en un juicio de proporcionalidad de la citada ley, habrían concluido que sería inconstitucional. No obstante, si escudriñamos las bases teóricas del control difuso, encontraremos que hay una desnaturalización flagrante. Hakansson (2009, p.

1 El artículo 112, que hace referencia a los Acuerdos Plenarios, se halla en el Decreto Legislativo 767, ley orgánica del Poder Judicial, del 04/12/1991. Luego, el 02/06/1993, mediante el Decreto Supremo 017-93-JUS, sería aprobado el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde en su artículo 116 se prescribiría también la potestad que tienen las Salas Especializadas para reunirse en Plenos a fin de concordar jurisprudencia. La ley 31591 del 26/10/2022 modificaría el artículo 112 mencionado, agregando que las reglas interpretativas enunciadas en los plenos son de obligatorio cumplimiento para todas las instancias judiciales.

360), comentando las notas distintivas del *judicial review*, señala que la resolución sólo tiene efectos sobre las partes del proceso judicial donde se identificó la norma inválida. A esta circunstancia tan característica de la revisión judicial, García (2008) la llama “control con eficacia relativa” (p. 608). Estos efectos *inter partes* e inaplicativos también son recogidos por Chanamé et al. (2009, p. 484), quienes resaltan los efectos no derogatorios del control difuso y su concreción sobre el caso donde se afecten intereses particulares de un individuo. Esta atribución es propia de todos los tribunales, como precisa Unzueta (2020, pp. 105-124), quien agrega que la mencionada inaplicabilidad puede abarcar normas legales o de menor jerarquía, siempre que sean opuestas a la Constitución.

El marco conceptual precedente es incompatible con lo determinado por el Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112, pues, según se consigna en las normas citadas al pie, estos tienen por finalidad lograr que los jueces ordinarios interpreten y apliquen acertadamente las leyes y uniformizar criterios generales sobre la aplicación del derecho (Doig, 2010, p. 340). Por esta razón, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del Perú ha señalado que la validez o legitimidad de un Acuerdo Plenario se sustenta en tres elementos esenciales:

En primer lugar, son decisiones adoptadas por la más alta instancia judicial mediante mayoría absoluta; en segundo término, provienen de un pleno en el que se lleva a cabo un proceso de debate y deliberación; y, finalmente, su finalidad es ofrecer una adecuada interpretación de la norma jurídica. (Casación 46-2018, Nacional, fundamento jurídico octavo)

Como vemos, los criterios interpretativos que componen los Acuerdos Plenarios son establecidos como doctrina legal de obligatorio cumplimiento para las demás instancias judiciales, cuyo apartamiento, conforme al artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sólo podría realizarse excepcionalmente si los jueces motivan adecuadamente su resolución, dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Así, el Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112 ha desplegado sus efectos en la jurisprudencia. Por ejemplo, en el Recurso de apelación 205-2023/PIURA, del 10/09/2024, la Sala Penal Permanente reivindicó los criterios jurisprudenciales del mencionado acuerdo al inaplicar la Ley 31751 y, por ende, declarar infundada la prescripción de la acción penal deducida por el encausado. De esta manera, se defendió la vigencia y obligatoriedad del Acuerdo Plenario por encima de una norma legal. En la Casación 77-2023, Lambayeque, del 24/09/2024,

se plantearon los mismos criterios que en la anterior sentencia, pues también se desestimó la excepción de prescripción planteada por el recurrente, quien reclamaba que el delito de falsedad por el cual se encontraba inmerso en un proceso penal, conforme a la aplicación de la Ley 31751, ya estaba prescrito. No obstante, la Corte consideró que la trascendencia del bien jurídico afectado y el rol funcional del imputado como servidor público justificaban la aplicación del Acuerdo Plenario.

De esta manera, el mencionado acuerdo también abordó otra cuestión jurídica importante sobre la inaplicación de una norma legal por parte de un juez penal, cuando estos consideran que dicha norma contraviene derechos. En ese sentido, los jueces estarían en una encrucijada, pues, por un lado, podrían inaplicar la ley, dejándola sin efecto e incurrir posiblemente en prevaricato² o, por el contrario, podrían resolver aplicando la ley, pero desacatando el Acuerdo Plenario y cometer falta grave, conforme al artículo 47.8, de la Ley 29277 (Ley de la Carrera Judicial, 2008).

Un ejemplo de lo descrito se halla en el Auto de Vista 086-2024, emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. En dicho caso, el Ministerio Público apeló una decisión de primera instancia que había declarado la prescripción de la acción penal por el delito de negociación incompatible, alegando que la aplicación de la Ley 31751 favorece la impunidad, por lo que el Ministerio Público solicitó la inaplicación de dicha norma mediante control difuso, basándose en los argumentos del Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112, que considera a tal ley “desproporcionada e inconstitucional”. Sin embargo, el tribunal de segunda instancia rechazó la pretensión del fiscal bajo la premisa de que los acuerdos plenarios no tienen rango legal, por lo que no pueden obligar a la inaplicación de una ley vigente que no ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional (Primera Sala Penal de Apelaciones, Auto de Vista 086-2024). El tribunal de segunda instancia decidió alejarse del Acuerdo Plenario y fue expreso al acusar el trámite normativo al que se enfrentan los jueces penales, señalando en su Auto de vista que

El Acuerdo Plenario 5-2023 coloca a los jueces penales en un dilema: i) inaplicar la Ley 31751 [...] y dictar una resolución contraria al texto expreso y claro de la ley, con posible configuración del delito de prevaricato; o ii) inaplicar el Acuerdo Plenario 5-2023, e incurrir en falta grave. (Primera Sala Penal de Apelaciones, 2024, Auto de Vista 086-2024, fundamento sexto)

2 El delito de prevaricato se encuentra prescrito en el artículo 418 del Código Penal peruano.

3. Ontología de un encuentro involuntario

Ninguno de los dos tipos de control de constitucionalidad consagrados en el sistema jurídico peruano fue diseñado para convivir con el otro, de ahí que sea necesario conocer su naturaleza original y la forma que han adoptado en el trayecto, para luego poder examinar el modelo peruano que los delineó para caber sin estorbarse, cosa que precisamente parece estar sucediendo en la situación problemática de esta investigación.

3.1 Judicial review y la intuición de la Constitución como norma preferente

El *judicial review*, que hunde sus raíces en el derecho británico, ya experimentaba desde 1607 con la figura de una institución denominada *King in Council*, la cual, mediante el *Privy Council*, podía ejercer un veto imperial sobre las leyes coloniales, una idea que luego heredó a los Estados Unidos, Canadá, Australia y la India (Calabresi y Owens, 2014, pp. 24-25). Una premisa como esta, sustenta la atribución natural por la cual la “Supreme Court has refused to enforce unconstitutional federal legislation” (Prakash y Yoo, 2003, p. 2). Según Saylor (1953), no mucho tiempo después, en Europa continental y en Inglaterra, antes de la revolución americana e incluso antes de la Revolución gloriosa de 1688, se desarrollaron las bases del *judicial review*, cuando lord Coke defendió la idea de una ley que ni el Parlamento podría contravenir:

It appears in our books that in many cases the common law will control acts of parliament and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an act of parliament is against common right or reason, or repugnant or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such act to be void. (p. 88)

El modelo británico ha sostenido su esencia en el tiempo, como puede apreciarse en los puntuales efectos en los que podría desembocar su mecanismo de *judicial review*, estos son: *a quashing order* (anula una decisión impugnada), *a prohibiting order* (impide que un organismo público realice una acción ilegal a futuro), *a mandatory order* (ordena que un organismo público tome una decisión), *a declaration* (establece la ley cuando sea objeto de controversia), *a declaration of incompatibility* (señala que una ley del Parlamento contraviene la ley sobre Derechos Humanos) y *damages* (ordena el pago de daños y perjuicios) (Public Law Project. 2018, pp. 7-8). Ninguno de estos efectos puede causar la derogación de una norma de rango legal. Como vemos, la naturaleza de este recurso es mandatoria, pero sobre acciones; en otras palabras, políticas públicas, así lo

define Bateman (2008), para quien el *judicial review* “provides a mechanism by which the judiciary can affect the implementation, contours, and the formulation of policy” (p. 2). El texto de Bateman hace referencia a las democracias de Westminster, es decir, aquellas naciones bajo el radio de influencia de la Commonwealth, como Canadá, Australia, Nueva Zelanda u otras que habrían tomado del Reino Unido un modelo de parlamentarismo fuerte, donde han ido creando el espacio para el *judicial review*.

Más aún, en el mundo anglosajón se ha discutido profusamente acerca de la naturaleza del *judicial review* y sus críticos han visto en ella un óbice para la democracia debido a las atribuciones ya explicadas, sin embargo, como apunta Tremblay (2005), comentando el caso canadiense y citando a Hogg y Thornton, “judicial review would even enhance democracy because it would occasion a ‘public debate’ in which Charter values would play a “more prominent role” than they would have if there had been no judicial decision” (p. 625). El autor explica que, en vez de representar un inconveniente para el ágil desenvolvimiento del sistema democrático, lo que se esconde detrás del veto ejercido por el Poder Judicial, es en realidad una ocasión para que dos poderes del Estado se vean “conducidos” a dialogar. De esto se trata la *theory of institutional dialogue*, entendiéndose “diálogo” como deliberación (no como conversación), según lo plantea el autor, pues “only this form of dialogue seems to possess legitimating force” (p. 633). Entonces, el *judicial review* no sólo no afectaría la democracia, sino que también la reforzaría, y estaría legitimada por la forma más democrática de todas: el debate público alturado de posiciones para resolver conflictos y alcanzar acuerdos.

Del otro lado del Atlántico, en Estados Unidos, durante sus años posrevolucionarios y primeros de la república, la “judicial review protected the spheres of power of the judiciary and the jury from legislative interference” (Treanor, 2005, p. 560). Treanor revela un escenario donde el sistema partidario de la época veía en este mecanismo una herramienta para sus propios intereses, pues los federalistas buscaban limitar a las legislaturas estatales y los republicanos deseaban frenar el poder del Congreso. También aquí subyacería esa fuerte inclinación por dispersar el poder, nacida de la insignia liberal que enarbóló la revolución. En este caso, se trataría de proteger a la nación contra la arbitrariedad gubernamental, aun cuando se tratase del legislativo a fin de evitar que se desborde (p. 560).

Muchos años después, Rubin (1979) afirmaría que la doctrina del *judicial review* podría resumirse así: “The courts are vested with the authority to deter-

mine the legitimacy of the acts of the executive and the legislative branches of the government" (p. 67). Como vemos, en el mecanismo se mantiene la esencia del control del poder, sin embargo, otros no han estado de acuerdo o sostienen una interpretación distinta, como el juez Gibson, quien, analizando el caso *Marbury v. Madison*, afirmaba que: "[I]t is the business of the judiciary to interpret the laws, not scan the authority of the lawgiver" (Gomley, 2007, p. 394). Gibson desea explicar uno de sus temores sobre la virtuosa doctrina del control del poder, pues infundirlo para que un órgano controle a otro puede terminar en el desborde del primero. En este caso, se preguntaba dónde se detendría el Poder Judicial, entendiendo que el *judicial review* otorga un poder gigantesco y, asimismo, que tan igual como lo hacen los jueces, los otros funcionarios también juran defender la Constitución y que los magistrados no tienen el monopolio de la sabiduría ni del buen juicio, una posición que nos aleja de la imagen cohesionada que a veces parece proyectar el control de constitucionalidad norteamericano desde el famoso caso *Marbury*.

Esta no es una discusión aislada, como demuestra Fernández (2011), quien da cuenta de la intensa contradicción previa al caso conducido por el juez Marshall. Hamilton, por ejemplo, pensaba que el Poder Judicial era el menos peligroso, pues, por su propia condición, no perjudicaría los derechos políticos, Sin embargo, Brutus opinaba exactamente lo contrario, pues, según él, el Poder Judicial estadounidense estaba diseñado de una manera inaudita para un país libre, en tanto podía interpretar la Constitución más allá de su texto, pero la real razón de esta preocupación estaría en el *judicial review*, basado en un idea que ya había estado presente en el momento de la elaboración de la Constitución: "judicial authority over unconstitutional legislation" (Fernández, 2011, p. 134-135).

Para los norteamericanos, el concepto no era nuevo,³ ergo, el caso *Marbury v. Madison* de 1803 no es emblemático por ser fundacional, sino por invocar por primera vez el control judicial con respecto a leyes federales. La Corte Suprema de los Estados Unidos, presidida por el juez Marshall, se refirió así a las competencias del Poder Judicial en el ejercicio del control constitucional:

Es enfáticamente la función y el deber del Poder Judicial señalar qué es la ley. Aquellos que apliquen una norma legislativa a un caso específico deberán, necesariamente, exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes están en conflicto. Las cortes tienen que decidir sobre la eficacia de cada una de ellas.

Así, cuando una ley no está conforme con la Constitución, en cuanto la ley y

3 Saylor (1953), por ejemplo, da cuenta de una variedad de casos ocurridos antes de 1803.

la Constitución se refieren a un caso particular de manera que el tribunal esté obligado a decidirlo, o con arreglo a la ley, no haciendo caso de la Constitución, la Corte debe determinar cuál de las normas en colisión debe ser aplicada. Esta es la verdadera esencia de la función judicial. (Furnish, 1969, p. 25)

La relevancia del caso *Marbury v. Madison* se funda en la consagración del *judicial review* como un modelo de control difuso de constitucionalidad y en el establecimiento de la supremacía de la Constitución frente a leyes que la repelen. Y si bien es cierto que, originalmente, el fallo dictado solo tenía efecto *inter partes*, considerando el sistema norteamericano del precedente vinculante o *stare decisis*, el fallo pasó a tener efectos jurídicos generales, de obligatorio cumplimiento tanto para los jueces del mismo nivel como para los inferiores. (Nogueira, 2000, p. 264). Sin embargo, el éxito del *judicial review* en Norteamérica no se replicó en Europa. López (2022) comenta que este rechazo radicaría en la concepción del modelo como una suerte de “subdesarrollo de la cultura de la constitucionalidad” (p. 34). No obstante, aun con la desconfianza que se tenía en los jueces en Europa, Lustig y Weiler (2021) comentan varios períodos, como el de entreguerras, en los que se puede identificar el control constitucional, al menos como una suerte de ideal en Europa. Ejemplos de ello son el debate francés instalado en 1925 sobre la incorporación de un modelo de control de constitucionalidad al estilo norteamericano y la inclusión del control constitucional en el artículo 102 de la Constitución de Weimar (p. 256).

3.2 ¿Además un control concentrado? La Constitución necesitaba un escudero

La idea del Tribunal Constitucional empezaría a delinearse en un modelo de control de constitucionalidad en Europa continental recién en las primeras décadas del siglo pasado. Los *Verfassungsgerichte* serían diseñados por Kelsen como órganos legislativos y sólo con algunas atribuciones jurisdiccionales (Pereira, 2011, p. 375). Después de la Primera Guerra Mundial, estas enseñanzas calarían en las Constituciones de Checoslovaquia (1919) y Austria (1920), que introdujeron sus propias Cortes Constitucionales. Esta idea se diseminaría, después de la Segunda Guerra Mundial, en el resto de Europa occidental, Latinoamérica, África y, luego de la caída de la URSS (Unión de Repúblicas socialistas Soviéticas), también en Europa del Este (Hernández, 2023, pp. 637-638; Lustig y Weiler, 2021, p. 257).

Mucho del éxito del modelo kelseniano se debe al debate que el autor mantuvo con Schmitt, donde el primero prefería un órgano *ad hoc*, inspirado en el

Tribunal Supremo del Imperio, para encargarle la defensa de la Constitución, y el segundo pensaba que tan magna tarea debería descansar en el *Reichspräsident* (Hernández, 2023, pp. 641-642). Kelsen deseaba garantizar la democracia, ofreciendo “un instrumento para la protección de los derechos de las minorías frente a las decisiones de la mayoría, por lo cual la Corte Constitucional constituía un súper tribunal” (Herrera, 1994, p. 123) y Schmitt sostenía que la comprobación de la constitucionalidad de las leyes aplicada por los tribunales era una exigencia del Estado de derecho. Pero dicha comprobación no era apolítica, por ello, el establecer un tribunal especializado para decidirlo se contemplaba como una desviación de la lógica de este tipo de Estado (p. 122). Zagrebelsky et al. (2020, p. 729), refiriéndose a la justicia constitucional de las Cortes Constitucionales, afirma que es el segundo y último paso del Estado de derecho, es decir, el principio de constitucionalidad que prescribe el sometimiento de la ley a la Constitución. El primero se había dado en el siglo XIX con el principio de legalidad.

Kelsen siempre fue partidario de la democracia parlamentaria, en este contexto, su propuesta de un órgano especial persigue la protección de este modelo. Sin embargo, tuvo que superar el concepto de soberanía del parlamento (consideraba que sólo el Estado es soberano) para sustentar la existencia de un tribunal que ejerciese el control y fuese elegido precisamente por el Legislativo, del que recibiría su legitimidad. Kelsen defendía la tesis del carácter jurídico de la Constitución, que en el caso *Marbury* ya se había esgrimido, y la del órgano *ad-hoc*, que encontraba antecedentes en el *Jury constitutionnaire* de Sieyès durante la Revolución francesa. Sin embargo, el caso *Marbury*, a pesar de ser emblemático, en Europa no era estudiado, no era comprendido o no era aceptado, y el escenario del Poder Judicial en el Viejo Continente no era el mejor, pues se consideraba que los jueces debían actuar casi robóticamente como proponía Montesquieu (García, 2012, pp. 943-944).

Como advertimos, el control concentrado también ha evolucionado hasta hallar esa forma característica que ahora ostenta. Duverger (2015) ya lo definía como “la creación de un organismo especializado, de carácter simultáneamente jurisprudencial y político, que juzga sobre la adecuación de la norma o acto de que se trate al ordenamiento constitucional” (p. 543). La naturaleza de este control y las funciones que de esta se derivan pueden apreciarse, por ejemplo, en el modelo del Tribunal Constitucional español (Rubio, 2012, p. 1222), en la Corte Costituzionale italiana (Pizzorusso, 2007, p. 150), en el Tribunal Constitucional Federal Alemán (Häberle, 2017, p. 168) o en el Tribunal Constitucional peruano (Chanamé, 2019, p. 471).

Sin embargo, como hemos visto, este modelo no fue pensado para compartir la tarea del control de constitucionalidad. La adaptación ha sido materializada tiempo después en sistemas jurídicos como el peruano, que, al incorporar al Tribunal Constitucional como organismo autónomo, han tenido que encajarlo con el deber de los jueces de defender y preferir a la Constitución. Kelsen no había considerado al Poder Judicial en su ecuación, por ello, el trabajo de ingeniería constitucional de las naciones que han deseado abrazar el *judicial review* y el control concentrado ha sido la historia de hacerlos caber paralelamente, de modo que sus destinos no lleguen a encontrarse. Pero las distintas variables de la realidad hicieron que fuese cuestión de tiempo para que surgiese un problema como el estudiado en este artículo.

4. El control constitucional peruano tiene un problema

4.1 La peculiar naturaleza del diseño peruano

La evolución del control de constitucionalidad en el Perú ha sido tardía y algo accidentada. A pesar de que la superioridad normativa de la Constitución ya aparecía en el Artículo 10 de la Constitución de 1856 (Perú, 1856), esta disposición no tuvo repercusión práctica en más de un siglo, por el contrario, existió una notable resistencia tanto del constituyente como de los jueces para mantener inactivo dicho control. Eguiguren (1998, p. 64) resalta esta situación como un reflejo de la cultura judicial pasiva y subordinada del Poder Judicial frente al poder político.

Así, uno de los principales avances apareció en el Título preliminar del Código Civil de 1936, donde se prescribió el principio de preferencia de la Constitución sobre la ley (Código Civil, 1936, Artículo XXII), el cual se desarrolló en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, orientando a los jueces a su cumplimiento, pues hasta ese momento se habían mostrado reacios, argumentando falta de experiencia en el Perú, por lo cual se instauró un procedimiento formal de control difuso, junto al mecanismo de consulta a la Corte Suprema, a fin de confirmar o revocar la inaplicación de normas inconstitucionales (García Belaunde, 2003, pp. 365-382). Posteriormente, la Constitución de 1979 marcó un hito al establecer un modelo dual de control. Reconoció el control difuso en su artículo 236 y el artículo 296 instituyó el Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano de control concentrado. Esta coexistencia, heredada por la actual Constitución de 1993, estructuró un sistema complejo que se mantiene vigente (Grández, 2022, pp. 15-17).

Como vemos, la naturaleza del control constitucional se fundamenta en el principio de supremacía. La Constitución peruana prescribe en su artículo 51 que prevalecerá sobre toda norma legal; y en el 138 que, en caso de incompatibilidad entre una norma legal y una constitucional, los jueces preferirán la segunda. Según Grández (2022), salvaguardar el orden constitucional no es solo una potestad, sino también un deber de los jueces. Por ello, el control difuso es una manifestación esencial de la jurisdicción constitucional en un Estado constitucional de derecho, donde la defensa de los derechos fundamentales no puede quedar únicamente en manos del legislador. Este es un control abstracto, a decir de Hakansson (2014, pp. 25-27), repartido en todos los jueces, a diferencia del control concreto desarrollado a través de un proceso de inconstitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional, el cual busca evaluar la compatibilidad constitucional de una ley o norma del mismo rango y, eventualmente, expulsarla del ordenamiento jurídico desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano* (Sar, 2019, p. 161).

En Iberoamérica, se han ensayado modelos bastante peculiares que responden tanto a la exitosa influencia de los controles concentrado y difuso en su incursión por estas tierras como a una reacción frente a la experiencia común de regímenes antidemocráticos. Cuando García Toma (2008) se refiere a ellos, los denomina “modelos derivados”, y dentro de estos identifica dos subespecies: control orgánico mixto y control orgánico dual. En el primer caso, se encontraría Brasil, Venezuela o México, donde el control difuso está distribuido en todos los órganos jurisdiccionales; y el concentrado, en un tribunal de nivel supremo del propio Poder Judicial. El control dual o paralelo es distinto, ambos coexisten de manera independiente o autónoma. Esta nomenclatura pertenece a García Belaúnde (como se citó en García Toma, 2008) y de él mismo recoge la definición del sistema en el cual encajaría el Perú: “Cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse, ni desnaturalizarse” (p. 613). Ramos (2014, pp. 234-235) también adopta la definición de García Belaúnde, resaltando que ambos controles coexisten en singularidad; esto, en sintonía con lo sostenido por Rocafort (como se citó en Ramos, 2014), quien llama “múltiple” al modelo donde el control difuso es ampliamente ejercido por los jueces y el concentrado por un solo órgano denominado “Corte constitucional”. Otros países, como Colombia y Guatemala, también ostentan un modelo dual, según Fernández (2014), o sea, se privilegia la coexistencia, además de resaltar que los fallos de los órganos jurisdiccionales se circunscriben al caso

concreto y que los Tribunales Constitucionales tienen naturaleza de “intérprete supremo de la Constitución y del resto del ordenamiento en conformidad con la misma (p. 163).

Volviendo al modelo peruano, según García Toma (2008, p. 614), es sinérgico, entendiendo que se realiza un control sobre el proyecto de ley en las comisiones congresales que lo analizan, luego otro control a nivel del Congreso en el debate previo a su aprobación y, finalmente, uno concurrente y simultáneo entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Como vemos, esta opinión coincide con el diseño dual. Tempranamente, Bernales (1996) justificaba que la Constitución de 1993 haya adoptado esta dualidad por las limitaciones históricas del Poder Judicial para cumplir a cabalidad con las garantías de *habeas corpus* y acción popular, además de requerirse “el factor de estabilidad política y el respeto de la constitucionalidad” y “la adecuación de las normas a la realidad que se pretende regimentar” (p. 718). Hakansson (2024) comparte esta opinión, señalando que, en Iberoamérica, los tribunales constitucionales “nacieron para mantener la institucionalidad jurídica, así como la estabilidad política y económica” (pp. 110-111). En este marco, el autor capta la situación materia de este artículo, cuando describe al control difuso señalando que fue diseñado para tener efectos entre las partes, pero que “gracias a la vía jurisprudencial (...) evolucionó hacia una llamada eficacia vinculante de las sentencias dictadas por las máximas instancias judiciales” (p. 110). El autor no agrega más, pero, a tenor de lo afirmado líneas arriba por García Belaúnde (como se citó en García Toma, 2008) acerca de la coexistencia de los dos modelos sin mezclarse ni deformarse, cabría preguntarse si quizás lo que ha sucedido con el control difuso no haya sido evolución, sino un cambio desnaturalizante.

4.2 ¿Aplicar la ley o el acuerdo plenario? Resolvamos el problema

Uno de los dilemas más conocidos, y quizás el dilema por antonomasia, se encuentra en el primer monólogo del tercer acto de *Hamlet*, donde Shakespeare (1978) eleva la tensión del principio de Dinamarca y, ahogado en sus dudas, pronuncia una de las frases más memorables de la literatura: “To be or not to be: that is the question: Whether 'tis nobler in the mind to suffer the slings and arrows of outrageous fortune, or to take arms against a sea of troubles, and by opposing end them?” (p. 886). Este recurso enriquece la trama, anima el relato y, por ello, es rotundamente apropiado en la literatura, pero lo mismo no sucede en el derecho. El dilema es enemigo del derecho, porque lo que buscamos

son conflictos, dudas, nubosidades, pero no situaciones sin solución que anulen la seguridad jurídica.

El dilema de esta investigación, descrito líneas arriba en el punto 2, expresa la encrucijada que significa para los jueces escoger entre la Ley 31751 y el Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112, con sus respectivas consecuencias, y materializa el enfrentamiento entre los controles concentrado y difuso. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa ensayó una respuesta en su Auto de Vista 086-2024, como vimos, donde resolvió apartarse del Acuerdo Plenario, aduciendo que no tiene naturaleza ni rango de ley y, por ende, no puede tener eficacia retroactiva ni desplazar a una norma legal expresa y vigente como la Ley 31751. Pero, además, en su apartado octavo se pronunció sobre los fundamentos 22, 23, 24 y 25 del acuerdo plenario, señalando que este conflicto incluso provocaba la colisión de la Ley 31751 con principios como la tutela jurisdiccional de las víctimas o la liberación de responsabilidad en casos de prescripción.

No obstante, la Corte Suprema, en la Apelación Suprema 205-2023/PIURA, mantuvo su postura respecto a la inconstitucionalidad del plazo de un año impuesto por la Ley 31751, señalando que el Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112 es expresión legítima de la potestad jurisdiccional del Poder Judicial y, en consecuencia, puede ser aplicado por los jueces como control difuso en casos concretos, sin que eso implique modificar la ley, sino inaplicarla por incompatibilidad constitucional. Asimismo, la Corte Suprema descartó incluso aplicar técnicas como el *overruling* o el *distinguishing* y sostuvo que el acuerdo no es una reinterpretación indebida de la ley, sino una respuesta legítima para evitar impunidad en delitos de alto impacto social, reforzando el rol de garante de la tutela jurisdiccional efectiva (Casación 205-2023/PIURA, fundamentos cuatro y quinto).

Como puede apreciarse, el Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112 plantea un escenario ambiguo, presentándose, por un lado, como una herramienta hermenéutica para salvaguardar el principio de tutela judicial efectiva frente a delitos graves y complejos, pero, por otro, vulnera el principio de legalidad frente a una ley vigente y hay que recordar que los acuerdos plenarios, si bien constituyen herramientas interpretativas de innegable utilidad para uniformizar la jurisprudencia, no tienen rango legal, ya que, conforme al artículo 112 de la ley orgánica del Poder Judicial, los jueces están obligados a seguir las reglas interpretativas aprobadas por mayoría absoluta en los plenos jurisdiccionales, salvo que existan razones debidamente motivadas para su apartamiento (Ley 31591, 2022).

Precisamente, este es el caso. Se justifica que los jueces se aparten del acuerdo plenario, pues la Constitución define claramente los ámbitos de competencia del control difuso y el control concentrado, de manera que un ejercicio abusivo del control difuso –no solo para casos concretos, sino también para los de aplicación generalizada– terminaría transgrediendo su naturaleza e invadiendo el territorio del control concentrado.

Así, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú señaló en el Expediente 1618-2016, de fecha 16/08/2016, que el ejercicio del control difuso de los jueces se encuentra limitado al caso particular, con efectos *inter partes*, por lo que en el análisis que estos realicen se deben identificar los derechos en conflicto, la intervención y su intensidad, en conjunto con la aplicación del test de ponderación obligatoriamente vinculado a los datos del caso concreto, así pues, no se permite un control en abstracto de las leyes, cuya competencia recae únicamente en el Tribunal Constitucional (fundamento 2.2.4). Asimismo, en dicho precedente se establecieron reglas para el ejercicio del control difuso judicial, tales como: 1) partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, 2) realizar un juicio de relevancia en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, 3) habiendo identificado la norma del caso, el juez debe realizar una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición y norma, pues es obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal, por el contrario, el uso indiscriminado acarrea inseguridad jurídica y 4) para inaplicar la norma en el caso en particular, es obligatorio que se identifiquen los derechos fundamentales involucrados, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad (Expediente 1618-2016, fundamento 2.5).

No obstante, en abierta contradicción con estos lineamientos que fijan límites materiales y metodológicos al control difuso, y sin efectuar un juicio de proporcionalidad de la norma en el caso concreto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, mediante Sentencia de Apelación 87-2023/Cajamarca, de fecha 21/12/2023, desestimó el argumento del apelante, quien solicitaba que se le aplicara la Ley 31751 para beneficiarse con el principio de “norma penal más favorable al imputado”. La Sala se limitó a invocar los criterios del Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112, sosteniendo, entre otras cosas, que resulta:

Imposible ignorar que una norma que contiene visos de inconstitucionalidad no puede regir los tiempos de prescripción como si fuera válida, y mucho menos actuar por favorabilidad, precisamente porque posee insita su invalidez por contravención a los valores y principios de la Constitución Política del Perú como la tutela jurisdiccional y la seguridad jurídica. Por lo tanto, el alegato de aplicar, pese a todo, una ley que posee naturaleza contraventora a la carta fundamental, porque debe primar la favorabilidad, es un discurso que no posee recibo, porque ninguna ley inconstitucional puede ejercitar sus efectos, dada su nativa invalidez. (Fundamento 14.3)

Bajo estos argumentos, se declaró infundado tanto el recurso de apelación como la excepción de prescripción formulada por la procesada, inaplicando la Ley 31751 sin haber efectuado antes el análisis exigido por la jurisprudencia vinculante sobre control difuso, lo que evidencia una omisión en el cumplimiento de las garantías constitucionales y procesales que rigen en el marco del Estado constitucional de derecho.

En medio de posturas divergentes sobre la legitimidad o ilegitimidad de la aplicación de la Ley 31751, algunos juzgados decidieron apartarse de la doctrina legal establecida mediante el Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112, argumentando que contraviene el principio de independencia judicial y el principio de legalidad. Así, en el Auto de apelación emitido en el Expediente 4992-2021-62, del 22/03/2024, la Segunda Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de la Libertad señaló ocho razones para inaplicar el citado Acuerdo, las cuales se resumen en lo siguiente:

- i. Es contraria a la jurisprudencia suprema uniforme y reiterada sobre la aplicación de la Ley 31751, incluso en delitos graves como el de terrorismo. ii. Es contraria a la ratio decidendi de la Casación 1387-2022/Cusco [...] en base a la causal de desarrollo de doctrina jurisprudencial por incumplimiento de precepto legal prevista en el artículo 429.3 del Código Procesal Penal. iii. Es ineficaz al no tener efecto vinculante la ratio decidendi. iv. No cumple las reglas del control difuso desarrolladas en la Consulta Expediente N° 1618-2016-Lima Norte (vinculante). v. Es contrario a los fines de la prescripción desarrollados en la jurisprudencia. vi. Vulnera el principio de presunción de inocencia al considerar que la prescripción de la Ley 31751 fomenta la impunidad. vii. Aplica erróneamente el principio de proporcionalidad. viii. Habilita el proceso de hábeas corpus por inaplicación del plazo de prescripción fijado en la Ley 31751. (Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, Expediente 4992-2021-62, fundamento 92)

Bajo una fundamentación similar, la Segunda Sala Penal Superior de La Libertad reivindicó este criterio en la sentencia de apelación emitida en el Expediente 157-2020-68, del 31/07/2024, donde la Sala refirió que la alteración del plazo de suspensión de la prescripción que se propone en el Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112, en sentido totalmente contrario al plazo fijado por medio de la Ley 31751, resulta manifiestamente constitucional, pues contraviene la línea interpretativa desarrollada jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional respecto al principio de reserva legal en la fijación de los plazos de prescripción, por tanto, exhortar a los jueces a inaplicar una ley vigente, dando prevalencia a un criterio jurisprudencial desarrollado en un acuerdo plenario, va en contra del principio de legalidad penal y de la independencia judicial de los jueces (Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, Expediente 157-2020-68, fundamento 15).

Entonces, esta obligatoriedad no convierte a los acuerdos plenarios en normas con fuerza de ley ni les otorga capacidad derogatoria o efecto retroactivo sobre normas legales vigentes. Doig (2010, p. 340) sostiene que la naturaleza jurídica del acuerdo plenario es normativa en sentido doctrinal, pero no vinculante en el sentido estricto del derecho positivo, pues no genera consecuencias jurídicas obligatorias como una ley o una sentencia con autoridad de cosa juzgada, sino que constituye un instrumento hermenéutico con función orientadora, cuya finalidad es resolver divergencias interpretativas detectadas en la práctica judicial. El acuerdo plenario, como un tipo de normativa judicial no legislativa, se orientaría a guiar la labor de los jueces sin invalidar, por sí sola, una resolución que se aparte de sus criterios. Como bien lo explica la Casación 45-2018/Nacional, los acuerdos plenarios tienen naturaleza interpretativa, no derogatoria y, por lo tanto, no pueden desplazar a una ley ni modificar sus efectos jurídicos (Casación 45-2018/Nacional, 2018, fundamento quinto).

Este análisis sostiene que la eficacia del acuerdo plenario no radica en un carácter normativo absoluto, sino en su rol interpretativo y pedagógico dentro del sistema de justicia. Su aplicación requiere discernimiento, respeto al principio de legalidad y coherencia con el diseño constitucional del control de normas. En consecuencia, el Acuerdo Plenario 5-2023, al igual que otros acuerdos plenarios, puede constituir un referente válido para el ejercicio del control difuso, pero no puede aplicarse con efectos generales como ha pretendido la Corte Suprema, ya que eso implicaría otorgarle una jerarquía normativa que no le corresponde. Como lo estableció el Auto de Vista 086-2024, que señala que su aplicación debe entenderse como función interpretativa subordinada a la

ley, sin facultades para derogarla ni desplazarla más allá de lo permitido por el artículo 138 de la Constitución y el 112 de la Ley Orgánica del poder judicial, que exige el desarrollo caso por caso y con justificación concreta y motivada. (Ley 31591, 2022)

Ahora bien, además de los argumentos planteados en torno a la inaplicabilidad e ilegitimidad del Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112, en el Auto de Vista 086-2024, el Expediente 4992-2021-62 y el Expediente 157-2020-68, los cuales se centran en su naturaleza atentatoria en contra de los principios de legalidad penal y de independencia judicial, también se pone de manifiesto que las consecuencias de dicho acuerdo plenario en la praxis judicial peruana van en contra incluso de la propia naturaleza de los acuerdos plenarios, cuya función es nomofiláctica y uniformadora, en tanto “son pronunciamientos de interpretación normativa para la unificación de criterios jurisprudenciales” (Casación 35-2018, fundamento décimo); no obstante, es evidente que el impacto del referido acuerdo, ha sido adverso al generarse los conflictos comentados sobre la aplicabilidad de la Ley 31751 y, por ende, también una dispersión de criterios jurisprudenciales que amenazan el principio de seguridad jurídica, principio que, según Castillo (2002), resulta un instrumento jurídico de vital importancia, en cuanto “la existencia de un orden establecido por normas que gozan de la vocación de permanencia es, lógicamente, una exigencia también insoslayable en los requerimientos de nuestra sociedad para su normal desarrollo” (p. 32).

En consecuencia, creemos que el Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112 debe entenderse dentro del marco de la jurisprudencia obligatoria, pero sin invadir la esfera del legislador ni sustituir la función del Tribunal Constitucional en el control concentrado, pues la ontología de los acuerdos plenarios no es normativa ni derogatoria, sino más bien orientada a la protección de la norma jurídica, de ahí su carácter nomofiláctico, por ello, mucho menos tendrán efectos retroactivos ni poseerán la capacidad de habilitar la inaplicación automática de normas legales.

Así pues, desde una lectura sistemática, la solución a este dilema exige reubicar los límites originales del control difuso, es decir, su aplicación restringida al caso concreto, basada en una justificación específica y no como aplicación generalizada de un acuerdo plenario. Si se admite lo contrario, estaríamos reconociendo que un órgano jurisdiccional puede derogar una ley, función que, como hemos reiterado, le corresponde únicamente al Tribunal Constitucional en ejercicio de control concentrado, conforme al artículo 202.1 de la Constitución.

5. Conclusiones

El Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112 de la Corte Suprema del Perú ha generado un dilema normativo para los jueces penales, quienes se enfrentan a dos opciones igual de problemáticas: por un lado, optar por la ley vigente e incurrir en una infracción o, por otro lado, inaplicarla e incurrir en el delito de prevaricato.

En el Perú, tanto el control difuso como el control concentrado buscan proteger la supremacía de la Constitución, sin embargo, su naturaleza, funciones y efectos están claramente diferenciados, pues el control difuso, ejercido por el Poder Judicial, permite únicamente inaplicar normas en un caso concreto con efectos *inter partes*, mientras que el control concentrado, atribuido de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, permite declarar la inconstitucionalidad de normas con efectos generales, por lo que la confusión de estos roles vulnera el diseño constitucional de competencias y, a su vez, genera inseguridad jurídica.

Por ello, la actuación de la Corte suprema, al emitir el Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112 y al reiterar su contenido mediante resoluciones como la Sentencia de Apelación 87-2023/Cajamarca, evidencia una expansión del control difuso hacia un espacio reservado únicamente para el control concentrado. Esta cuestión configura una interferencia indebida y transgrede la naturaleza que adopta el sistema jurídico peruano, el cual establece una separación entre las funciones del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, órganos que, si bien comparten el deber de preservar la supremacía normativa de la Constitución, poseen naturaleza y competencias claramente distintas.

Así, en la concepción originaria kelseniana de un modelo concentrado de justicia constitucional, se esbozó un tribunal autónomo y especializado, encargado de pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes con efectos generales y *erga omnes*. En este diseño, nunca se contempló que el Poder Judicial asumiera tales funciones.

Por otro lado, en el control difuso, la competencia de los jueces se limita a inaplicar normas inconstitucionales únicamente en casos concretos con efectos *inter partes*. En consecuencia, cualquier intento de asumir funciones del control concentrado por parte del Poder Judicial no solo resulta ajeno al marco constitucional vigente, sino también incompatible con los principios de especialidad funcional y separación de poderes que rigen el Estado constitucional de derecho.

La intromisión del Poder Judicial en competencias reservadas al Tribunal Constitucional resulta problemática, considerando que la Constitución y la jurisprudencia delimitan el ámbito de acción del control difuso, por ende,

se justifica que los jueces se aparten del contenido de un acuerdo plenario que desnaturaliza los límites de su función, pues este control sólo permite la inaplicación de normas en casos concretos y cualquier intento de generalizarla constituye un uso extralimitado de esta herramienta, transgrediendo su propia naturaleza e invadiendo el territorio del Tribunal Constitucional.

En ese sentido, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en la consulta del Expediente 1618-2016, precisa reglas claras para el adecuado uso del control difuso, considerando que debe darse a partir de la presunción de validez constitucional de las normas, la realización de un juicio de valor de relevancia con justificación de su aplicación, la distinción entre disposición y norma, así como el agotamiento de técnicas interpretativas para salvar su constitucionalidad y justificar la intervención mediante un análisis de proporcionalidad. Estas exigencias limitan saludablemente el alcance del control difuso, reforzando la idea de un Poder Judicial que no puede asumir funciones propias del Tribunal Constitucional sin afectar la seguridad jurídica.

Los acuerdos plenarios no poseen rango legal ni pueden ser aplicados con efectos generales o retroactivos, y su necesidad de sólida motivación no les otorga fuerza normativa equivalente a la ley. Esto se ha manifestado en la jurisprudencia citada en la presente investigación, reafirmando su carácter interpretativo y no legislativo.

Finalmente, hemos constatado que el Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112 ha producido efectos contrarios a su finalidad nomofiláctica y uniformadora, pues su emisión, lejos de generar coherencia interpretativa, ha incrementado la dispersión de criterios judiciales respecto a la aplicabilidad de la Ley 31751, afectando negativamente el principio de seguridad jurídica, el cual exige certeza y estabilidad normativa como condiciones esenciales para la tutela de los derechos del justiciable y el normal funcionamiento del sistema judicial.

Bibliografía

- Bateman, D. (2008). *Judicial review in kingdom and dominions. Penn Program in Ethnic Conflict, Political Science*. University of Pennsylvania 1-50. <https://www.polisci.upenn.edu/ppec/PPEC%20People/bateman/LSA%20Paper%20Final1.pdf>
- Bernalés, E. (1996). *La Constitución de 1993*. Constitución y Sociedad.
- Calabresi, S. y Owens, J. (2014). The origins of Judicial Review. *Northwestern Public Law Research Paper No. 14-05*, pp. 1-152. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2391457

- Castillo, F. (2002). El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho. *Documentación Administrativa*, (263-264) <https://www.proquest.com/scholarly-journals/el-principio-de-seguridad-jurídica-especial/docview/2012125559/se-2>
- Chanamé, R. (2019). *Tratado de Derecho Constitucional*. Instituto Pacífico.
- Chanamé, R., Dondero, F., Pérez, E. y Calmet, A. (2009). *Manual de Derecho Constitucional*. Adrus.
- Doig, Y. (2010). La Justicia Negociada tras el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema. *Derecho & Sociedad*, (34), 339-346. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13356>
- Domínguez, H. (2024). *La constitución 30 años después*. Gaceta Jurídica.
- Duverger, M. (2015). El Tribunal Constitucional. En Ferrero, R. (Comp.), *Derecho Constitucional General* (pp. 543-550). UNMSM e Instituto Pacífico.
- Eguiguren, F. (1998). Poder Judicial y Tribunal Constitucional en el Perú. *Ius et Praxis*, 4(1), 61-83.
- Fernández, F. (2011). La *Judicial Review* en la pre-Marshall court. *Teoría y realidad constitucional*, (28), 133-178.
- Fernández, F. (2014). La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional. En Bagni, S. (Coord.), *Justicia constitucional comparada* (pp. 61-182). Editorial Porrúa.
- Furnish, D. B. (1969). La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos. *THEMIS Revista de Derecho*, 12-38. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12675>
- García Belaunde, D. (2003). Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823- 1979). *Historia Constitucional*, (4), 365-382.
- García Belaúnde, D. (2012). *Kelsen en París: Una ronda en torno al "Modelo concentrado"*. En Häberle, P. y García Belaúnde, D. (Coords.), *El control del poder* (pp. 933-958). UIGV.
- García Toma, V. (2008). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Palestra.
- Gomley, K. (2007). Judicial review in the Americas: Comments on the United States and Mexico. *Duquesne Law Review*, 45(3), 393-408.
- Grández, P. (2022). *El control constitucional difuso y el control convencional: algunos problemas de articulación*. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú. <https://bit.ly/48AqIrh>
- Häberle, P. (2017). *Tiempo y Constitución*. Palestra.
- Hakansson, C. (2009). *Curso de Derecho Constitucional*. Palestra.
- Hakansson, C. (2014). *El proceso de inconstitucionalidad, una aproximación teórica y jurisprudencial*. Palestra.
- Hakansson, C. (2024). *Elementos para el estudio de las constituciones iberoamericanas*. Editorial BdeF.
- Hernández, P. (2023). *El Control del Poder en el Estado Constitucional*. Grijley.
- Herrera, C. M. (1994). La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revisita de estudios políticos*, (86), 195-228.
- López, S. (2022). El modelo de control concreto de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008. *Foro Revista de Derecho*, (38), 29-52. <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.2>

- Lustig, D. y Weiler, J. H. H. (2021). Control constitucional en el mundo contemporáneo - Retrospectiva y prospectiva. *Dikaion*, 30(2), 244-334. <https://doi.org/10.5294/dika.2021.30.2.1>
- Nogueira, H. (2000). Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en América y Europa. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (4), 243-308.
- Pereira, A. (2011). *En defensa de la Constitución*. Palestra.
- Pérez Royo, J. (2016). *Curso de Derecho Constitucional* (15^a ed.). Marcial Pons.
- Pizzorusso, A. (2007). *Justicia, Constitución y pluralismo*. Palestra.
- Prakash, S. y Yoo, J. (2003). The origins of Judicial Review. *The University of Chicago Law Review*, (70), 3, 1-89.
- Public Law Project. (2018). *An introduction to Judicial Review*.
- Ramos, A. (2014). Sistemas y modelos de justicia constitucional, con particular referencia a los ordenamientos latinoamericanos. En Bagni, S. (Coord.), *Justicia constitucional comparada* (pp. 223-243). Editorial Porrúa.
- Rubin, A. (1979). *Judicial review in the United States*. *Southwestern Law Journal*, 7(1), 67-82.
- Rubio, F. (2012). *La forma del poder*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sar, O. (2019). El control concentrado de constitucionalidad de las normas con rango de ley en el Perú (1996-2018). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (XXV), 155-182.
- Saylor, J. (1953). Judicial review prior to *Marbury v. Madison*. *Louisiana Law Review*, 40(1), 88-96.
- Shakespeare, W. (1978). *Complete works*. Oxford.
- Treanor, W. (2005). Judicial review before *Marbury*. *Stanford Law Review*, 58(2), 455-562.
- Tremblay, L. (2005). The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, 3(4), 617-648. <https://doi.org/10.1093/icon/moi042>
- Unzueta, K. P. (2020). El control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas. *LEX-REVISTA de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 6(5), 105-124.
- Zagrebelsky, G., Marcenò, V. y Pallante, F. (2020). *Manual de Derecho Constitucional*. Zela.

Legislación citada

- Código Civil del Perú, 30/08/1936.
- Constitución Política del Perú, 19/10/1856, artículo 10.
- Decreto Legislativo 767, Ley orgánica del Poder Judicial, *Diario Oficial El Peruano*, 04/12/1991, artículo 112.
- Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial, *Diario Oficial El Peruano*, 7/11/2008, artículo 47, inciso 8.
- Ley 31591, *Diario Oficial El Peruano*, 26/10/2022, artículo 112.
- Ley 31751, *Diario Oficial El Peruano*, 25/05/2023
- Segunda Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de la Libertad. Auto de apelación emitido en el Expediente 4992-2021-62, 22/03/2024
- Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *Diario Oficial El Peruano*, 03/06/1993, artículo 116.

Jurisprudencia citada

- Corte Superior de Justicia de Arequipa, Primera Sala Penal de Apelaciones. Auto de Vista 086-

2024, 14/04/2024 <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/04/Expediente-61-2013-76-0405-JR-PE-01-LPDerecho.pdf>

Corte Superior de Justicia de la Libertad, Segunda Sala Penal Superior, sentencia de Apelación emitida en el Expediente 157-2020-68, León Velasquez, Namoc López y Taboada Pilco, 31/06/2024, fundamento: 15.

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. (2016). Expediente 1618-2016/Lima Norte. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/09/Exp.-1618-2016-Lima-norte-LP.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Permanente. (2018). Casación 45-2018/Nacional, 06/06/2019 https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/06/Casaci%C3%B3n-N%C2%AD-45-2018-Plenarios-Legis.pe_.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Permanente, Recurso de Apelación 205-2023/Piura. Cesar San Martín Castro, 10/09/2024, fundamentos cuarto y quinto.

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Casación 6871-2013/Lambayeque, 23/04/2016.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. Casación 35-2018/Lima, 21/08/2019. <https://bit.ly/4rD0X2a>

Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112, 28/11/2023. <https://bit.ly/48DofMP>

Roles de autoría y conflicto de intereses

Todos los autores contribuyeron en la concepción de la idea, diseño del estudio, el proceso de investigación, la recolección, análisis e interpretación de los datos y en la redacción del artículo y declaran no poseer conflicto de interés alguno.

