JURISPOL

EXP. N.º 6201-2007-PHC/TC
LIMA
MOISÉS WOLFENSON WOLOCH

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de marzo de 2008 (Fecha de Vista: 18 de diciembre de 2007), el Pleno del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo; Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto de los magistrados Calle Hayen, Eto Cruz y con los votos singulares de los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos que se adjuntan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por José Humberto Abanto Verástegui, abogado de Ángel Alvarado Rabanal, contra la sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de fojas 348, su fecha 19 de noviembre de 2007, que declara infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

§. Demanda

Con fecha 6 de agosto de 2007, Ángel Alvarado Rabanal interpone demanda de hábeas corpus a favor de Moisés Wolfenson Woloch, a fin de que se ordene su excarcelación por haber cumplido en exceso su condena de cuatro años de pena privativa de la libertad (equivalente a 1460 días) impuesta por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Sostiene el beneficiario que habría cumplido en exceso la pena impuesta sobre la base del cálculo siguiente: i) durante la sustentación del proceso penal estuvo bajo arresto domiciliario en el periodo comprendido entre el 24 de mayo de 2002 y el 26 de enero de 2005, haciendo un total de 977 días; ii) asimismo, estuvo recluido en el Establecimiento Penal para Presos Primarios de Lima (ex San Jorge) desde el 27 de enero de 2005 hasta el 8 de julio del mismo año y el 25 de julio de 2005 reingresó a dicho recinto penitenciario por lo que a la fecha de interposición de esta demanda se han acumulado 901 días; iii) de otro lado, también el beneficiario ha redimido la pena por el trabajo a razón de 5 días de labor efectiva por 1 de pena, en aplicación de la Ley N.º 27770, en consecuencia, 901 días de labor efectiva equivalen a la redención de 180 días de pena. Por tanto, como se advierte en el escrito de demanda cuando se hace referencia explícita sobre el cumplimiento de la pena impuesta, "que si los 4 años de pena privativa de libertad equivalen a 1460 días, de ellos debe sustraerse aquellos que han sido objeto de redención por el trabajo (180); por lo que corresponde una privación de libertad efectiva no mayor de 1280 días. A lo que debe restarse el total de la carcelería efectivamente sufrida, que es

de 901 días, quedando una porción de la pena ascendiente a 379 días de pena privativa de libertad que debe ser compurgada con el arresto domiciliario sufrido".

Asimismo, aduce respecto a la figura del arresto domiciliario que no existe una regla legal para su cómputo y abono a la pena privativa de la libertad. En ese sentido, afirma que la STC 0019-2005-PI/TC no prohíbe el establecimiento de fórmulas de abono del arresto domiciliario para el cómputo de la pena impuesta, siempre que las mismas sean razonables y proporcionales.

En consecuencia, para el beneficiario resulta admisible, razonable y constitucional que se computen dos días de arresto domiciliario por uno de pena privativa de la libertad, puesto que la ausencia de identidad de ambos institutos no elimina los efectos aflictivos que producen en la persona que los sufre y tampoco afecta los fines preventivos y especiales del poder punitivo del Estado; ni conspira contra la rehabilitación y resocialización del penado, pues se habría producido un efecto intimidatorio suficiente en éste. Inclusive sostiene que lo expuesto en la STC 0019-2005PI/TC permitiría convalidar la fórmula del cómputo planteada en la demanda para el arresto domiciliario.

Finalmente sostiene que debe aplicarse el principio *non liquet* en la función jurisdiccional, reconocido en el artículo139° inciso 8) de la Constitución y que señala que es derecho del justiciable que no se deje de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

§. Investigación sumaria

El encargado de la Dirección del Establecimiento Penal de Presos Primarios de Lima (Ex San Jorge), Jhon Alejandro Fernández Morales, señala que la solicitud de excarcelación de Moisés Wolfenson Woloch fue declarada improcedente al considerar que el cómputo de la pena impuesta se cuenta a partir del día en que se inicia la privación de la libertad, atendiendo a lo resuelto en la STC 0019-2005PI/TC.

Por su parte, la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Justicia considera que la demanda debe ser desestimada, en tanto no se acredita la lesión del derecho constitucional invocado, toda vez que el beneficiario no ha cumplido con la condena impuesta, ya que los cuatro años de pena privativa de la libertad deben computarse a partir del 26 de enero del 2005, conforme lo dispone la Ejecutoria Suprema Aclaratoria del 02 de marzo del 2006. Asimismo, manifiesta que la solicitud del beneficiario con la demanda de hábeas corpus fue declarada improcedente al no cumplir con los requisitos previstos en el artículo 219° del Decreto Supremo N.° 015-2003-JUS – Reglamento del Código de Ejecución Penal; luego de un análisis técnico-jurídico. Manifiesta, además, que la pretensión de equiparar dos días que sufrió privación de su libertad en forma de arresto domiciliaria por cada día de detención, no toma en cuenta que la Ley N.° 28568 fue declarada inconstitucional mediante STC 0019-2005-PI/TC.

§. Resolución de primera instancia

Con fecha 12 de octubre de 2007, el Primer Juzgado Transitorio de Huaral declara fundada en parte la demanda, al considerar que los 467 días pendientes de reclusión efectiva deben ser abonados al periodo que padeció arresto domiciliario. En dicha resolución se señala que en la STC 0019-2005-PI/TC se declaró inconstitucional permitir que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de la libertad por cada día de arresto domiciliario. En esa medida los alcances de la sentencia que vinculan a los poderes públicos deben estar circunscritos a dicha consideración, resultando viable que se utilicen otras fórmulas del cómputo del arresto domiciliario.

Menciona que atendiendo al distinto grado de intervención el derecho a la libertad personal que existe entre el arresto domiciliario y la privación de la libertad al interior de un establecimiento penitenciario, debe resolverse la controversia aplicando el test de proporcionalidad. En esa medida, establece como regla jurisprudencial que se permita que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de la libertad por cada cuatro días de arresto domiciliario, y no por cada dos días, como pretende el demandante.

§. Resolución de segunda instancia

Con fecha de 19 de noviembre de 2007, la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura declara infundada la demanda, al considerar que no existe norma que determine que el arresto domiciliario sea homologado como parte de la pena privativa de la libertad, pretender que el juez constitucional asuma funciones que son propias del Poder Legislativo (dado que no existe norma que disponga el cómputo del arresto domiciliario para el cómputo de la pena privativa de la libertad), resultaría invalido y atentaría contra la seguridad jurídica.

FUNDAMENTOS

§. Petitorio

1. El beneficiario solicita al Tribunal Constitucional ordene su excarcelación por haber cumplido en exceso su condena de cuatro años de pena privativa de libertad (equivalente a 1460 días) impuesta por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

§. Planteamiento del Problema: ¿Los días de arresto domiciliario tienen valor? ¿deben ser abonados al cómputo de la pena?

2. El beneficiario considera que los días que sufrió bajo detención domiciliaria tienen valor porque suponen una restricción a la libertad individual y que si éstos son sumados conjuntamente con el total de días de prisión efectiva más los de

redención por trabajo, su condena ya se cumplió. Por tanto, para que este Colegiado pueda estimar o desestimar la demanda deberá verificar si efectivamente se ha producido ese cumplimiento de condena en exceso como alega el beneficiario y, esto pasa por determinar, preliminarmente, si es válido en términos constitucionales abonar los días de arresto domiciliario al cómputo de la pena, es decir, pasa por determinar si los días de arresto domiciliario tienen algún valor.

3. El arresto domiciliario, de acuerdo a lo establecido por el artículo 143.° del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.° 638), es una modalidad del mandato de comparecencia (medida cautelar de naturaleza personal) que el juez dicta cuando no corresponde la detención preventiva.

4. Por tanto, el arresto domiciliario no puede ser entendido como un sustituto o símil de la detención preventiva, más aún si difieren en su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal; y ello porque el *ius ambulandi* se ejerce con mayores alcances, no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión, no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical, en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo, se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menor importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario, y, en buena cuenta, porque el hogar no es la cárcel (Expediente N.° 0019-2005-PI/TC, caso más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República).

5. Sin embargo, esto no significa que el arresto domiciliario sea concebido como una forma simple de comparecencia que no afecta en nada la libertad individual, por el contrario, es la forma más grave de comparecencia restringida que la norma procesal penal ha contemplado porque la intensidad de coerción personal que supone es de grado inmediato inferior al de la detención preventiva.

6. En la misma línea, este Tribunal ha señalado que

> "(…) la obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que esta constituye, entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la más grave" (Expediente N.° 1565-2002-HC/TC, caso Héctor Chumpitaz Gonzáles).

7. Y si se quiere seguir argumentado a favor de entender el arresto domiciliario como una forma de restringir la libertad individual, cabe recordar la STC N.° 2663-2003-HC/TC, caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca, donde este Tribunal delineó la tipología de hábeas corpus y admitió su procedencia cuando se producen ciertas situaciones que suponen una perturbación en el libre ejercicio de

la libertad individual, tales como el establecimiento de rejas, seguimientos injustificados de autoridad incompetente, citaciones policiales reiteradas, vigilancia al domicilio (hábeas corpus restringido). Por tanto, si este Colegiado ha entendido que estos hechos son capaces de restringir la libertad individual, ¿cómo no puede producir dicho efecto el arresto domiciliario?

8. Entonces, teniendo en cuenta a) que la detención domiciliaria es una medida cautelar que le sigue en grado de intensidad a la detención preventiva; b) que su dictado supone una restricción de la libertad individual; y, c) que el artículo 47.° del Código Penal contempla la posibilidad de abonar al cómputo del *quantum* condenatorio, además de la detención preventiva, la pena multa o limitativa de derechos; resulta, por tanto, razonable y constitucionalmente válido que los días, meses o años de arresto en domicilio, a pesar de no existir previsión legal que contemple este supuesto, sean considerados por el juez a efectos de reducir la extensión de la pena, o dicho en otros términos, para abonar al cómputo de la pena y contribuir al cumplimiento de la condena.

9. Es imposible aceptar entonces, si nos ubicamos en el contenido mismo de la Constitución, que apoyado en el principio de dignidad humana le concede el derecho de libertad individual a las personas, que los días de arresto domiciliario carezcan de valor. Lo contrario significaría caer en un positivismo puro que no se condice con la Constitución, que es una norma fundamental insuflada de valores y principios, que niega una interpretación restrictiva de su texto normativo y que contempla la interposición del hábeas corpus no sólo frente actos sino también ante omisiones de cualquier autoridad, funcionario o persona que violan la libertad individual (en el caso de autos, omisión inadmisible del legislador).

§. Análisis del caso concreto

10. Resuelta la problemática descrita le queda al Tribunal verificar si efectivamente se ha producido ese cumplimiento de condena en exceso que alega el beneficiario.

11. No obstante, antes de entrar al análisis concreto del caso creemos que es necesario recordar que el favorecido estuvo vinculado a actos de corrupción contrarios al cuadro de principios y valores que inspiran nuestra Constitución y que la sociedad reprocha. Sin embargo, ello no constituye razón suficiente para que este Colegiado asuma una posición renuente a otorgar tutela, más aún, si es que podrían existir elementos que conlleven a ubicarnos ante la presencia de un ejercicio irregular de atribuciones por parte de la autoridad competente que vulneran o amenazan derechos fundamentales reconocidos en la norma constitucional. Una situación como la planteada en autos, donde podría estar en juego y cuestionamiento el valor justicia, es la que sirve para medir en su real dimensión y eficacia al Estado Democrático y Constitucional de Derecho asentado sobre la base de la dignidad de la persona.

12. Ahora bien, es cierto que el Congreso de la República publicó la Ley N.° 28568 modificando el artículo 47° del Código Penal y permitiendo que el tiempo de arresto domiciliario se abonara al cómputo de la pena privativa de libertad a razón de un día de pena por cada día de arresto. También es cierto que este Colegiado declaró la inconstitucionalidad de dicha norma por las razones constitucionales vertidas en su sentencia recaída en el Expediente N.° 0019-2005-PI/TC. Sin embargo, ante la expulsión de la ley del ordenamiento jurídico que supone una declaratoria de inconstitucionalidad como la señalada y la necesidad social de regular el arresto domiciliario y el valor que tiene cada día sufrido bajo esa condición a efectos de abonarlos al cómputo de la pena; cabe reconocer que el legislador ha incurrido en la omisión de normar una realidad como la descrita, pero no cabe admitir que esta situación constituye justificación suficiente para que un juez constitucional, que tiene que velar por la protección y defensa de los derechos fundamentales de la persona, deje de administrar justicia (artículo 139.° inciso 8 de la Constitución). Si la ley no ha previsto un hecho violatorio de la libertad individual, la solución está en la Constitución que es autosuficiente para dar respuesta a todas las posibles afectaciones de los derechos fundamentales.

13. En el caso de autos se evidencia del expediente:

- *Respecto a la condena impuesta en contra del beneficiario por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (4 años de pena privativa de libertad equivalentes a 1460 días) y su cumplimiento con carcelería efectiva*: i) que a la fecha de interposición de la demanda el favorecido ha cumplido 901 días de prisión efectiva; ii) que desde el 6 de agosto de 2007 al momento en que se está resolviendo esta causa han transcurrido 217 días más de prisión efectiva que el beneficiario viene cumpliendo; iii) que de acuerdo al informe emitido el 26 de junio de 2007 por el Instituto Nacional Penitenciario y que obra a f. 31, el favorecido ha redimido su pena por trabajo a razón de 134 días de prisión efectiva (aunque sobre este cómputo no existe resolución judicial en el expediente que lo convalide).

- *Respecto a las medidas preventivas tomadas por el órgano jurisdiccional al momento de iniciar el proceso penal en contra del favorecido con el objeto de asegurar su curso y finalización normal:* i) que el beneficiario fue sometido a detención domiciliaria, la misma que se cumplió en el periodo comprendido entre el 24 de mayo de 2002 y el 26 de enero de 2005, haciendo un total de 977 días.

14. En tal sentido, teniendo en cuenta que el beneficiario fue condenado a 4 años de pena privativa de libertad por la comisión del delito de peculado; que ha cumplido más de 3 años de prisión efectiva; que ha redimido su pena por trabajo y que ha sufrido más de 2 años de arresto domiciliario, el Tribunal llega a la conclusión luego de un análisis de los hechos en su conjunto (criterio utilizado por el

Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia del 6 de diciembre de 1988 – caso Barberá Messegué y Jabardo contra España y que este Colegiado hace suyo para la resolución de la controversia bajo análisis) que se ha producido efectivamente un cumplimiento de condena en exceso como sostiene el favorecido.

15. Por tanto, si bien es verdad que no hay previsión legal que permita actuar en el presente caso y que el Tribunal Constitucional no puede asumir atribuciones que son propias del Parlamento para darle un valor numérico a los días de arresto domiciliario, también es verdad que este Colegiado no puede dejar de administrar justicia más aún si se encuentra ante una situación irrazonable y desproporcionada como la que afecta al beneficiario a consecuencia de la actuación legalista del ente administrativo penitenciario. Es el contenido de la propia Constitución, en consecuencia, la que da respuesta a este problema dado su fuerza normativa y carácter fundante y fundamentador del ordenamiento jurídico y la que respalda a este Colegiado para que estime la demanda, ya que de lo contrario estaríamos validando la arbitrariedad que supone no reconocer valor alguno a los días que el beneficiario sufrió bajo arresto domiciliario.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la presente demanda de hábeas corpus. En consecuencia, el beneficiario deberá ser puesto en libertad de manera inmediata.
2. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que en el menor tiempo que suponga el proceso legislativo previsto por la Constitución, expida una ley que regule la fórmula matemática a aplicarse con ocasión de abonar la detención domiciliaria al cómputo de la pena y evite la violación de los derechos fundamentales de todas aquellas personas que podrían verse inmersas en una situación como la planteada en este caso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ETO CRUZ
CALLE HAYEN
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)

JURISPOL

EXP. N.º 6201-2007-PHC/TC
LIMA
MOISÉS WOLFENSON WOLOCH

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Si bien suscribo en su totalidad la sentencia en mayoría, quiero complementar las razones por las cuales estimo que es totalmente pertinente, justo y conforme al principio *favor libertatis*, utilizar el criterio de la valoración conjunta de los hechos, *mutatis mutandis*, conforme a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barberá, Messegué y Jabardo contra España (fundamento jurídico 14 de nuestra sentencia).

En efecto, no debe confundirse el re examen de los medios probatorios penales - cosa que no se hace en el presente caso ni en el fallo del TEDH- con la apreciación de un conjunto de situaciones fácticas, a saber: 3 años de prisión efectiva, redención de la pena por el trabajo, 2 años de arresto domiciliario, que valoradas globalmente en sede de hábeas corpus, llevan a la mayoría a la convicción de que tales hechos concretos suponen una violación del derecho a la libertad individual del beneficiario.

Una valoración conjunta no significa sustituirse al juez penal en el cómputo de la pena, sino constituye una verificación sistemática de un conjunto de hechos que llevan al juez de la Constitución a la obligación de tomar una decisión que tenga como objeto la reposición del derecho constitucional vulnerado.

Mantener al favorecido en prisión porque el legislador no ha efectuado una equiparación del arresto domiciliario y la prisión, es irrazonable y desproporcionado porque subordina la Constitución a la omisión del legislador, lo que significa un positivismo puro que no se condice con el techo valorativo de la Ley Fundamental. En suma, se trata como diría Gustav Radbruch: que el derecho injusto no es derecho.

Sr.
MESÍA RAMÍREZ

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Por las razones que voy a expresar a continuación, suscribo el fallo de la sentencia en mayoría.

1.- Los derechos fundamentales valen y garantizan a todos por igual. No tienen un doble rostro. Ellos protegen un ámbito de libertad sin hacer reparos en quien los invoca o si quien solicita su tutela cree (o no) en ellos o, acaso, en la democracia, que es el hábitat necesario en el que se desarrollan.

Quien repare lo que este Tribunal ha hecho en su corta y accidentada historia, no podrá negar que ése ha sido su sentir y su *leit motiv*. Terroristas, narcotraficantes, secuestradores, violadores, corruptos y muchos más han desfilado ante este Tribunal y nunca, que se sepa, la entidad de los bienes jurídicos transgredidos ha pesado para decidir sus casos.

Nadie puede negar que los delitos por los que el señor Wolfenson fue condenado han pesado mucho en la salud moral de la Nación y que, por tanto, la decisión que hoy adopta este Tribunal va a repercutir indefectiblemente en la opinión pública y en la sensibilidad de la ciudadanía en general. Sin embargo, considero que los derechos fundamentales están más allá de las veleidades de la política y de lo político, en el sentido schmittiano. Y porque estoy firmemente convencido de ello, me resisto a brindar relevancia al delito cometido por el accionante, en un asunto en el que el delito sancionado no lo tiene.

El presente voto particular refleja mi firme convicción de que una democracia donde no se respeten los derechos fundamentales de las personas es igual a una dictadura. De que la única manera de defender firmemente la forma democrática de gobierno es el respeto a las normas establecidas y a los derechos. Por último, el íntimo convencimiento de que una democracia que se defiende de sus enemigos sin respetar las reglas de juego que ella mismo dispuso, es un ataque al corazón mismo de su legitimidad.

2.- Al igual que lo ha hecho la sentencia en mayoría, no creo que hayan razones que justifiquen que en este caso el Tribunal se detenga a recordar su jurisprudencia en torno a los beneficios penitenciarios. Considero que su mención es impertinente, pues el abono del tiempo de duración del arresto domiciliario para el cómputo de la pena impuesta no constituye un beneficio penitenciario, como pareció sugerirse por quienes han votado en minoría.

Los beneficios son estímulos que forman parte del tratamiento progresivo del penado y responden a las exigencias de individualización de la pena, por lo que para su concesión se toman en cuenta los factores positivos que el condenado hubiera podido alcanzar dentro del proceso de reeducación y reinserción social, como expresa el artículo 161° del Reglamento del Código de Ejecución Penal y

cuyo encaje constitucional se encuentra en el artículo 139, inciso 22 de la Constitución.

En cambio, el tema que aquí se ha planteado está relacionado con la duración de la pena. En concreto, si el tiempo que estuvo vigente el arresto domiciliario debe (o no) descontarse de la pena impuesta, lo que explica que el tratamiento de temas análogos (vg. sobre el cómputo de la prisión preventiva) se efectúe en el Código Penal (artículo 47) y no en el Código de Ejecución Penal, que es el ámbito natural de los beneficios penitenciarios.

En efecto, la controversia sometida a este Tribunal es la siguiente: Se alega violación de la libertad personal como consecuencia de la expedición de la Resolución Directoral N.° 005-2007-INPE/16-235-D, de fecha 2 de julio de 2007. Dicha agresión se habría generado tras haberse omitido computar los días que el recurrente permaneció con detención domiciliaria, lo que motivó que se denegara su solicitud de excarcelación.

3.- Tal pretensión sugiere algunos aspectos previos. En primer lugar, no está en cuestión si los efectos de haberse dictado una medida cautelar, como el arresto domiciliario, incide (o no) sobre la libertad personal. Sobre tal asunto ya el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en casos anteriores:

"(...) No cabe duda de que con la detención domiciliaria sucede algo semejante, aunque no con los alcances de la detención judicial preventiva: La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que ésta constituye, entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la más grave. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que también tal medida restrictiva de la libertad locomotora debe sujetarse a su conformidad con los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad. (Exp. N.° 1565-2002-HC/TC y Exp. N.° 0376-2003-HC/TC) (resaltado nuestro)

En la STC 0731-2004-PHC/TC, se volvió a enfatizar que:

(...) la detención domiciliaria y la prisión preventiva responden a medidas de diferente naturaleza jurídica, en razón al distinto grado de incidencia que generan sobre la libertad personal del individuo.
No cabe duda, que la detención domiciliaria supone una intromisión a la libertad menos gravosa, pues resulta una menor carga psicológica, debido a que no es lo mismo, permanecer por disposición judicial en el domicilio que en prisión, siendo menos estigmatizante y evitando el "contagio criminal" al que se expone con la entrada a un establecimiento penitenciario. Sin embargo, no se puede desconocer que tanto la prisión provisional y la detención domiciliaria, se asemejan por el objeto, es decir, en tanto impiden a una persona autodeterminarse por su propia voluntad a fin de lograr asegurar la eficacia en la administración de justicia. (Exp. N.° 0731-2004-HC/TC FJ 7) (resaltado nuestro).

(...) tal como a la fecha se encuentran regulados el arresto domiciliario y la prisión preventiva, y aun cuando comparten la condición de medidas cautelares personales, son supuestos sustancialmente distintos en lo que a su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal respecta; ello porque, en el caso del arresto domiciliario, el *ius ambulandi* se ejerce con mayores alcances; no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión; no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical; en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo; se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menor importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento

penitenciario; y, en buena cuenta, porque el hogar no es la cárcel. (Exp. N.° 00019-2005-AI/TC FJ 23) (resaltado nuestro)

4.- El problema aquí es otro. Consiste en determinar si el tiempo de duración de la detención domiciliaria debería ser descontado de la pena privativa de libertad prevista en la condena.

En su momento, el tema fue abordado por el artículo único de la Ley 28568. Allí se dispuso que el tiempo que se prolongara la detención judicial preventiva y el arresto domiciliario se abonara para el cómputo de la pena a razón de un día de pena.

Como se recordará, dicha disposición legislativa fue declarada inconstitucional mediante la STC 00019-2005-PI/TC. Sostuvo el Tribunal que no podía atribuirse consecuencias jurídicas semejantes (abono a razón de un día de pena) a medidas cautelares (arresto domiciliario y detención judicial preventiva) que obedecían a caracteres disímiles.

Lo declarado como inconstitucional, insistimos, no recayó sobre la decisión del legislador de considerar que el tiempo de duración del arresto domiciliario se abonara en el computo de la pena, sino que se hiciera equiparando los días de abono de una y otra medida cautelar, ignorando la desigual injerencia sobre la libertad que una u otra medida comportan.

5.- El efecto inmediato de la publicación de la STC 00019-2005-PI/TC, pues, fue anular la frase "y domiciliaria" del primer párrafo del artículo 47° del Código Penal, modificado por el artículo único de la Ley N.° 28568, por lo que de conformidad con el artículo 204 de la Ley Fundamental, desde el día siguiente a la referida publicación de la sentencia, no existe en nuestro ordenamiento penal una disposición legislativa que establezca a razón de cuantos días de detención domiciliaria debe considerarse un día de pena.

Tal vacío, desde una perspectiva constitucional, planteaba un nuevo problema: ¿debía el legislador cubrir el vacío o este era un asunto que podía decidir en ejercicio de su discrecionalidad legislativa?

6.- En cierta forma, este Tribunal absolvió tal cuestionamiento en la STC 00019-2005-PI/TC. En aquella ocasión, si bien con relación a la prisión preventiva, se sostuvo que

"(...) no existe vicio alguno de inconstitucionalidad en la exigencia de que el tiempo de prisión preventiva sea computado (...) con la pena privativa de libertad. Y ello a pesar de su distinta naturaleza. Este Colegiado ha destacado anteriormente que la detención preventiva no puede, en ningún caso, ser concebida como una sanción punitiva, es decir, como aquella aplicada luego de haberse desvirtuado la presunción de inocencia que asiste a toda persona (literal e, inciso 24 del artículo 2° de la Constitución) en un proceso acorde con cada una de las manifestaciones del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, reconocidas en la Norma Fundamental, principalmente en su artículo 139° (...). Empero, más allá de los distintos presupuestos que justifican el dictado, de un lado, de una detención provisional, y, de otro, de una pena privativa de libertad, lo cierto es que los efectos personales generados por el dictado de una u otra son sustancialmente análogos. No sólo resulta que ambas son cumplidas en un establecimiento penitenciario, sino que, en los hechos, producen el mismo grado de limitación de la libertad personal, la misma sensación de encierro, la misma aflicción psicosomática que conlleva la

separación del núcleo familiar, la imposibilidad de desempeñar el empleo, y, en general, el brusco quiebre que representa el tránsito de una vida desarrollada fuera de las paredes de un penal, a una sometida al férreo régimen disciplinario propio de todo centro de reclusión. Tal como afirma Klaus Tiedemann, siguiendo al Tribunal Constitucional Federal Alemán, "(...) la prisión preventiva es un mal, pero no es una pena, pues se trata de un mal a través del cual no se realiza el elemento normativo del reproche de la culpabilidad, ni a su través se ha de realizar retribución alguna (BverfGE 19, 342); sin embargo, el efecto fáctico de la pena se manifiesta en el hecho de que el tiempo de la prisión preventiva se abona al cumplimiento de la condena cuando ésta ha tenido lugar (§51 StGE)". (*Constitución y Derecho Penal.* Lima: Palestra, 2003, p. 32". 9. **De ahí que la antigua y constante previsión en nuestro ordenamiento legal referida a la aplicación del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad (artículo 31° del Código Penal de 1863, artículo 49° del Código Penal de 1924 y artículo 47° del Código vigente), no sólo resulta plenamente compatible con el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución) y con los fines de reeducación, rehabilitación y resocialización del régimen penitenciario (inciso 22 del artículo 139° de la Constitución), sino que, *strictu sensu*, por exigencia de tales principios, es una obligación legislativa" (subrayado añadido).**

7.- En esencia, se consideró que el abono a la pena del tiempo de duración de la prisión preventiva no era indiferente al contenido constitucionalmente protegido de los principios de dignidad humana así como de aquellos que informan al sistema penitenciario. Su contenido constitucionalmente declarado, decía el Tribunal, involucraba una "obligación legislativa" de regulación, en ausencia del cual se violaban (por omisión) dichos principios constitucionales.

Tal aseveración en torno a la prisión preventiva, plantea ahora si las mismas consideraciones son *mutatis mutandis* aplicables al arresto domiciliario: ¿existe también en esta materia una "obligación legislativa" o, por el contrario, a diferencia de él, aquí el legislador cuenta con lo que se ha llamado una "libre configuración de la ley penal"?

8.- La cuestión arriba formulada fue resuelta por mis colegas disidentes de la siguiente forma:

"(...) el legislador simplemente no ha querido que los días de arresto se abonen al cómputo de la pena privativa de la libertad. Y esta decisión del legislador no contraviene la Constitución del Estado en la medida que (...) a) no existe un mandato constitucional que le obligue a prever beneficios penitenciarios para todos los que han delinquido, de la misma forma como b) su denegatoria no afecta el derecho fundamental a la libertad personal. Igualmente c) no existe un deber constitucional que obligue al legislador a prever que los días de arresto domiciliario sean abonados al cómputo de la pena efectiva (...)".

No comparto las razones expuestas.

En primer término, no es que el legislador, "simplemente", no haya querido que los días de arresto se abonen en el cómputo de la pena. Lo "quiso" e intentó, pero su opción, contemplada en el artículo único de la Ley 28568, de equiparar el arresto domiciliario a la prisión preventiva, era incompatible con la Constitución. Y así fue declarada en la STC 00019-2005-PI/TC.

En segundo término, y como antes se ha expresado, el abono de los días de arresto domiciliario en el cómputo de la pena no constituye la concesión de un beneficio penitenciario (cf. *supra*, párrafo 2), de modo que las consideraciones expresadas en el sentido de que no hay un derecho a los beneficios

penitenciarios, ni hay una violación al derecho a la libertad personal si es que se deniega una solicitud de esta naturaleza, tampoco es aplicable al presente caso.

9.- Finalmente, me parece sumamente grave que se afirme que no existe un deber constitucional que obligue al legislador a prever que los días de arresto domiciliario sean abonados al cómputo de la pena. Más aún cuando, como se reconocido, en diversas ocasiones este Tribunal ha señalado que sin llegar al extremo de equipararse a la prisión preventiva (Cf. por ejemplo, la STC 00731-2004-PHC/TC), es también grave la aflicción que el arresto domiciliario genera en el ámbito de la libertad personal.

Tan grave es la cuestión que, a nuestro juicio, si los días de arresto domiciliario no fuesen considerados en el cómputo de la pena privativa de libertad, quien sufriera de él y no tenga la posibilidad de poder deducirla, virtualmente quedaría reducido a un mero objeto del proceso penal y, como consecuencia de ello, vulnerado en una serie de derechos fundamentales.

Para empezar, se trataría de una violación de la libertad personal, pues la grave restricción de la libertad locomotoria sufrida con el dictado del arresto domiciliario no tendría ningún "valor". Importaría afirmar, implícitamente, que la aflicción sufrida sobre la libertad locomotoria no es tal. O que constituyéndolo, sin embargo, carece de relevancia para el Derecho Penal pues, al fin y al cabo, el afectado terminó siendo condenado.

Un razonamiento de esta naturaleza desconoce que el arresto domiciliario es una medida cautelar y no una sanción punitiva. Obvia también que mientras no exista una sentencia condenatoria firme, tiene derecho a que se presuma su inocencia. Y constituye también una violación del principio de legalidad penal de las penas, pues, en los términos que este Tribunal se ha referido en torno a la prisión preventiva, cuyas consideraciones *mutatis mutandis* son aquí pertinentes, la ausencia de reglamentación legislativa implicaría "(...) que, en los hechos, una persona purgue prisión por un tiempo mayor a aquel previsto en la ley al momento de la comisión del delito. Ello no sólo implicaría una desproporcionada afectación del derecho a la libertad individual, sino una evidente vulneración del principio de legalidad penal (literal f, inciso 24 del artículo 2º de la Constitución)" (STC 00019-2005-PI/TC).

10.- Pero todavía queda una cuestión pendiente por dilucidar. ¿Realmente no existe ninguna obligación constitucional de legislar sobre el tema que aquí estamos analizando? O en los términos que se ha expresado en minoría ¿es preciso que la Constitución formule "expresamente" una obligación de legislar para aceptarse la existencia de un deber en ese sentido?

Si así pensáramos, además de incurrir en lo que bien podríamos denominar, no sin cierta paradoja, "positivismo constitucional", desconoceríamos lo que a lo largo de nuestra jurisprudencia hemos venido señalando, no sólo en relación a la libertad personal. En concreto, que del contenido constitucional de todos los derechos fundamentales se derivan 2 obligaciones. Por un lado, una obligación de respetar los derechos, lo que comporta "el deber de no afectar dichos derechos", deber cuyo fundamento se encuentra "en el reconocimiento específico de cada uno de ellos"; pero por otro, la obligación de garantizarlos, que supone el deber

"(...) de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. *Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos (...) y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.* La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (énfasis añadido)" (STC 0679-2005-PA/TC)

No es pues indiferente, al contenido constitucionalmente protegido de la libertad personal, la ausencia de regulación legislativa. Y no lo es, pues la libertad personal no sólo tiene una dimensión subjetiva, que garantiza la prohibición de injerencias arbitrarias en un ámbito de libertad corporal y locomotoria de todo procesado, sino también una dimensión objetiva, que comporta diversos deberes a cargo del Estado, entre los cuales se encuentra el de prever un orden normativo dirigido a hacer posible que la dimensión subjetiva de la libertad personal no sea perturbada en su disfrute y ejercicio.

Precisamente por ello es que soy de la opinión que la ausencia de reglamentación legislativa constituye una violación de la dimensión objetiva del derecho a la libertad personal y, por tanto, que con independencia de lo que vayamos a resolver en el presente caso, debería exhortarse al legislador para que en ejercicio de sus facultades constitucionales se ponga fin a esta situación de inconstitucionalidad.

11 Ciertamente, tal declaración de condena no soluciona el caso del recurrente. ¿Éste debería esperar que se dicte la ley que establezca los días de arresto domiciliario abonados por cada día de pena? Si la respuesta es negativa, ¿tiene este Tribunal capacidad para tutelar el derecho fundamental lesionado?

No creo que nadie, en su pleno juicio, pueda responder afirmativamente la primera interrogante. Hacerlo significaría renunciar al valor y al significado alcanzado por los derechos fundamentales en estos últimos 60 años, pues importaría volver a la época en la que los derechos valían sólo en el ámbito de las leyes, y no al revés, que es la propia del "Estado de los derechos fundamentales, en el que con propiedad se puede decir que las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos. Pero si no se puede dejar en indefensión al justiciable, ¿es posible que este Tribunal pueda disponer cuántos días de arresto domiciliario equivalen a un día de pena?

12.- Yo también estoy convencido que esta última cuestión es un tema de competencia del Parlamento. Desde el mismo momento que este órgano constitucional pueda considerar indistintamente que 2, 3, 4 o 5 días (por poner algunos ejemplos) de arresto domiciliario puedan descontarse por un día de pena, la elección de una de estas alternativas, a mi juicio todas constitucionalmente conformes, está reservado al Poder Legislativo. Y es que el Juez Constitucional no tiene competencia para decidir, entre diversas opciones

constitucionalmente admisibles, cuál de ellas es mejor, sino sólo para controlar que la elegida por el legislador no constituya una lesión de la Ley Fundamental.

Pero es también verdad que, en relación al caso, el Tribunal no puede permanecer indiferente. Ello supondría renunciar al rol que constitucionalmente se nos ha asignado en relación a la tutela de los derechos fundamentales. Nunca lo ha hecho este Tribunal, aunque implementar las técnicas más eficaces, le ha costado no pocos reproches.

En el derecho comparado la tutela de los derechos fundamentales, derivadas de una omisión inconstitucional, como la que se presenta en este caso, normalmente es remediada con la expedición de una sentencia aditiva. Dicha modalidad de sentencia constitucional no es exclusiva del proceso abstracto de inconstitucionalidad de las leyes, ya que también se aplican a los procesos concretos de tutela de derechos fundamentales, como lo refleja diversas experiencias comparadas.

Una sentencia aditiva se expide cada vez que no existe, en relación a una materia determinada, una norma específica que la discipline (omisión), en cuyo caso el Juez Constitucional debe hallar una norma que colme la "laguna técnica", no en base a una libre creación jurisprudencial, sino tomando como marco de referencia el sector del ordenamiento jurídico al cual pertenece la materia en cuestión.

13.- En ese sentido, considero que el artículo 47 del Código Penal ofrece un buen marco de referencia. En efecto, en su primera parte éste contempla que por cada día de prisión preventiva corresponde descontar un día de pena. En tanto que en la segunda parte del mismo artículo 47 del Código Penal se ha establecido que 2 días de pena de multa o limitativa de derechos, debe descontarse por cada día de detención sufrida.

El legislador penal, en ambos casos, sólo ha considerado como posible de ser descontado de una pena (privativa de libertad, limitativa de derechos o de multa) el sufrimiento de la prisión preventiva. No lo ha hecho en relación al arresto domiciliario o, mejor aún, la única oportunidad en que éste pretendió regularlo, con la Ley 28568, éste fue declarado inconstitucional, por equiparar sus efectos con la prisión preventiva.

Por ello, tomando en consideración lo que expresara el Tribunal en la STC 00019-2005-PI/TC, en el sentido que la ejecución del arresto domiciliario no supone una injerencia sobre la libertad personal de la misma intensidad que la que ocasiona la prisión preventiva; pero que, de otro lado, ello tampoco significa que no la tenga, considero que la fórmula intermedia más próxima –incluso a la originalmente planteada por el legislador- es aquella que considera que un día de pena debe ser descontado por cada 2 días de arresto domiciliario, si es que éste no se encuentra en ninguno de los supuestos que a continuación se especifican.

Y es que no toda medida de comparecencia con detención domiciliaria afecta con la misma intensidad la libertad personal de los procesados, habida cuenta que dentro de esta medida de coerción personal existen distintos grados de

afectación de la libertad personal. Así, por ejemplo, no se puede equiparar una detención domiciliaria en la que se autoriza acudir al centro de trabajo o a estudiar, de aquella detención domiciliaria en la que no existe tal autorización. De igual modo, no se puede equiparar la detención domiciliaria en custodia de otra persona, de aquella detención domiciliaria en custodia permanente de la autoridad policial, etc. Para supuestos como estos, por ejemplo, el legislador podría establecer que se descuente un día de pena por cada tres días de arresto domiciliario.

Por tanto, en los términos anteriormente expuestos, considero que en las circunstancias del caso concreto, las autoridades del INPE deben abonar 2 días de arresto domiciliario por cada día de pena.

S.S.

ETO CRUZ

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)

JURISPOL

Expediente Nº 06201-2007-PHC/TC
HUAURA
MOISÉS WOLFENSON WOLOCH

FUNDAMENTOS DE VOTO DEL MAGISTRADO FERNANDO CALLE HAYEN

Coincidiendo con la parte resolutiva de la sentencia y de acuerdo con los fundamentos expuestos por mis honorables colegas de la mayoría, sin embargo considero oportuno, en los siguientes fundamentos de voto, efectuar un análisis respecto del abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena, problema medular que nos trae el presente caso:

1-) En nuestro Código de Procedimientos Penales de 1940, no se consagró la institución procesal de la comparecencia restrictiva, regulando solamente en sus artículos 79º y 80º, la aplicación de las ordenes de detención y comparencia, como las únicas medidas coercitivas personales.

Con la promulgación del Decreto Legislativo N° 638, entra en vigencia, entre otros, el artículo 143 del Código Procesal Penal; el cual en su inciso primero, se refiere a la Comparecencia Restrictiva o Arresto Domiciliario.
Es así, que ésta institución ha ido evolucionando, y el Decreto Legislativo N° 957
Nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 290 se refiere al arresto domiciliario de manera mas detallada.

2-) La Constitución Política del Perú establece en su artículo 2, inciso 24 establece los derechos a la libertad y seguridad personales, proscribiéndose la detención arbitraria, vale decir aquella que no emana de una orden escrita y motivada del juez o se trate de la comisión de flagrante delito.

Las medidas coercitivas de naturaleza personal, establecidas en nuestro ordenamiento procesal penal vigente son:

- Detención Policial
- Detención Judicial.
- Comparecencia Simple
- Comparencia con Restricciones.
- Impedimento de Salida del País
- Incomunicación.

En el caso que nos ocupa, nos referiremos a la Comparecencia con Restricciones, dentro de la que se encuentra el Arresto Domiciliario.

3-) El artículo 143° del Decreto Legislativo N°638, señala: " **Articulo 143° Mandato de Comparecencia**.

"Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención. ***También podrá imponerse comparencia con la restricción prevista en el inciso primero, tratándose de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente.*** *El Juez podrá imponer algunas de las alternativas siguientes:*

> ***Inciso 1.- La detención domiciliaria del inculpado, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, de la autoridad policial o sin ella, impartiéndose las ordenes necesarias***
> *Inciso 2.- La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada quien informara periódicamente en los plazos designados.*
> *Inciso 3.- La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen.*
> *Inciso 4.- La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que ello no afecte el derecho de defensa.*
> *Inciso 5.- La presentación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten.*

El Juez podrá imponer una de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuada al caso y ordenara las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Si el hecho punible denunciado esta penado con una sanción leve o las pruebas aportadas no la justifiquen, podrá prescindir de tales alternativas".

La normatividad procesal señala que se dictará mandato de detención preventiva cuando se den los supuestos señalados en el artículo 135° del código acotado: " Articulo 135 del Código Procesal Penal.

"...Inciso 1.- Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo (...)

Inciso 2.- Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad; y

Inciso 3.- Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de justicia o perturbar la actividad probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intencionalidad de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa..."

Esto quiere decir, que si el Juez, no advierte que de manera concurrente se dan estos requisitos, dictará mandato de comparencia.

4-) Mediante la detención domiciliaria, el Juez o la Sala Penal, limita la libertad del procesado imponiéndole el deber de encontrarse en su propio domicilio bajo vigilancia o sin ella , restringiéndose su libertad ambulatoria, motivo por el cual considero que debe tomarse en cuenta para ser descontada de la pena privativa de libertad.

El Tribunal Constitucional en la STC N° 1565-2002-HC/TC *Héctor Chumpitaz Gonzáles* señaló " (...) La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que ésta constituye, entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la más grave. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que también tal medida restrictiva de la libertad locomotora debe sujetarse a su conformidad con los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad". Resulta por lo demás, razonable, que el tiempo de arresto domiciliario sea tomado en cuenta, para abonarlo a favor del cumplimiento de la pena.

5-) Sólo para efectos pedagógicos, es bueno mencionar que el arresto domiciliario se diferencia de la comparecencia simple en que en el primero de los nombrados, es la libertad ambulatoria o locomotora del inculpado la que se encuentra limitada; mientras que

en la segunda, se establecen reglas de conductas, que deberán cumplirse obligatoriamente, pero en libertad, pudiendo ser revocada la misma, en caso de incumplimiento de algunas de ellas

6-) De otro lado, muchas, de las legislaciones procésales penales latinoamericanas, establecen la institución del arresto domiciliario en sus ordenamientos jurídicos. Asi entonces, trascribo algunos ejemplos:

1.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE BOLIVIA (Ley No. 1970)
Ley del 25 de marzo de 1999
LIBRO QUINTO
MEDIDAS CAUTELARES
TÍTULO II
MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL
CAPÍTULO I
CLASES
Medidas sustitutivas a la detención preventiva.

Artículo 240º.- "Cuando sea improcedente la detención preventiva y exista peligro de fuga u obstaculización del procedimiento, el juez o tribunal, mediante resolución Fundamentada, podrá disponer la aplicación de una o más de las siguientes medidas sustitutivas:

1. ***La detención domiciliaria, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga. Si el imputado no puede proveer a sus necesidades económicas o a las de su familia o si se encuentra en situación de indigencia, el juez podrá autorizar que se ausente durante la jornada laboral (…)".***

2.- CÓDIGO PROCESAL PENAL ARGENTINO (Ley N° 23.984)
04 de septiembre de 1991
CAPITULO VI: Prisión preventiva

Prisión domiciliaria

Art. 314°. – "***El juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder, de acuerdo al Código Penal, cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio.***"

3.- CÓDIGO ORGANICO PROCESAL PENAL DE VENEZUELA
23 de enero 1998
TÍTULO VIII
DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL
Capítulo IV
De las Medidas Cautelares Sustitutivas

Modalidades

Artículo 265."Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser satisfechos, razonablemente, con la aplicación de otra medida menos gravosa para el

imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, alguna de las medidas siguientes:

1º. La detención domiciliaria en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene;(...) "

4.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIA (Ley 600)
24 de julio de 2000
TITULO II
INSTRUCCION
CAPITULO V
Detención preventiva

Artículo 362. Suspensión. La privación de la libertad se suspenderá en los siguientes casos:

1. Cuando el sindicado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad y la naturaleza o la modalidad de la conducta punible hagan aconsejable la medida.

2. Cuando a la sindicada le falten menos de dos (2) meses para el parto o cuando no hayan transcurrido seis (6) meses desde la fecha en que dio a luz.

3. Cuando el sindicado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de los médicos oficiales.

En estos casos, el funcionario determinará si el sindicado debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital. El beneficiado suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar sin previa autorización de domicilio y a presentarse ante el mismo funcionario cuando fuere requerido.

Estas obligaciones se garantizarán mediante caución.

Su incumplimiento dará lugar a la revocatoria de la medida y a la pérdida de la caución (...)".

5.- CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUADOR. (Ley No.000. RO/Sup. 360)
13 de Enero del 2000.
LIBRO TERCERO
LAS MEDIDAS CAUTELARES
CAPITULO IV
LA PRISION PREVENTIVA
Sustitución

Art. 171.- "Siempre que se trate de un delito sancionado con pena que no exceda de cinco años y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito, el juez o tribunal puede ordenar una o varias de las siguientes medidas alternativas a la prisión preventiva:

1. El arresto domiciliario, con la vigilancia policial que el juez o tribunal disponga (...)

Cualquiera que fuere el delito, la prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de sesenta y cinco años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto. En estos casos también procede la caducidad prevista en el artículo 169 de este Código."

6.- **CÓDIGO PROCESAL PENAL PARAGUAY (Ley N° 1.286)**
08 de Julio 1998
LIBRO CUARTO
MEDIDAS CAUTELARES
TÍTULO II
MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL
MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Artículo 245. "Siempre que el peligro de fuga o de obstrucción pueda ser evitado por la aplicación de otra medida menos gravosa para la libertad del imputado, el juez, de oficio, preferirá imponerle en lugar de la prisión preventiva, alguna de las alternativas siguientes:

1) el arresto domiciliario, en su propio domicilio o en el de otra persona, bajo vigilancia o sin ella;

No se impondrán estas medidas contrariando su finalidad. Cuando el imputado no las pueda cumplir por una imposibilidad material razonable, en especial, si se trata de persona de notoria insolvencia o disponga del beneficio de litigar sin gastos, no se le podrá imponer caución económica.

En todos los casos, cuando sea suficiente que el imputado preste juramento de someterse al procedimiento, se decretará la caución juratoria, antes que cualquiera de las demás medidas (...)"

7.- **NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL DE CHILE (Ley 19.696)**
12 de octubre de 2000
Título V
Medidas cautelares personales
Párrafo 6°
Otras medidas cautelares personales

Artículo 155.- "Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:

La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;

La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez; (...)

El tribunal podrá imponer una o más de estas medidas según resultare adecuado al caso y ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento (...)"

7-) No está demás recordar, que el nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957 , aun no vigente en la totalidad de nuestro país, señala en su artículo 290° lo siguiente:

Art.290°.- Detención Domiciliaria.

"1.- Se impondrá detención domiciliaria cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado:

a. Es mayor de 65 años de edad;

b. Adolece de una enfermedad grave o incurable;

c. Sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento;

d. Es una madre gestante.

2.- En todos los motivos previstos en el numeral anterior, la medida de detención domiciliaria está condicionada a que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente con su imposición.

3.- La detención domiciliaria debe cumplirse en el domicilio del imputado o en otro que el Juez designe y sea adecuado a esos efectos, bajo custodia de la autoridad policial o de una institución – pública o privada – o de tercera persona designada para tal efecto.

Cuando sea necesario, se impondrán límites o prohibiciones a la facultad del imputado de comunicarse con personas diversas de aquellos que habitan con él o que lo asisten.

El control de la observancia de las obligaciones impuestas corresponde al Ministerio Público y a la autoridad policial. Se podrá acumular a la detención domiciliaria una caución.".

8-) En todo Estado Constitucional de Derecho, los procesos constitucionales tienen por finalidad no sólo garantizar la primacía de la Constitución sino la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. En tal sentido debe garantizarse el respeto por la libertad y por cierto la tutela procesal efectiva .

9-) En el caso que nos ocupa, nos encontramos frente al denominado hábeas corpus traslativo, previsto en el inciso 14) del artículo 25° del Código Procesal Constitucional que establece: "Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual: 14) El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el juez".

10-) El Tribunal Constitucional en la STC N° 2663-2003-HC/TC *Eleobina Aponte Chuquihuanca* ha dejado en claro que el habeas corpus traslativo, opera entre otros, en el supuesto que el reo haya cumplido su condena pero todavía se encuentra

recluido en un establecimiento penitenciario. Este supuesto es el aplicable al caso de autos

11-) Si bien es cierto no se ha regulado el arresto domiciliario para el cómputo de la pena, debo recordar que por STC Nº 0019-2005-PI/TC, este Tribunal consideró inconstitucional la Ley Nº 28568, de fecha 3 de julio de 2005, que modificaba el artículo 47º del Código Penal, permitiendo la posibilidad de abonar el arresto domiciliario al cómputo de la pena, a razón de un día de prisión efectiva por cada día de arresto domiciliario.

12-) Asimismo, no está demás señalar que, el artículo 44º del Código de Ejecución Penal establece: "El interno redime la pena mediante el trabajo, a razón de un día de pena por dos días de labor efectiva, bajo la dirección y control de la Administración Penitenciaria..." De otro lado, el artículo 47º del Código Penal ha recogido como supuesto del cómputo de la pena: la detención preventiva y la pena de multa o limitativa de derechos, sin considerar al arresto domiciliario.

13-) En consecuencia el hecho de no existir norma expresa que regule el tema del abono del arresto domiciliario al tiempo de detención, no implica que los magistrados constitucionales estén en la imposibilidad de resolver este caso, toda vez que no se puede permitir que se vulnere el derecho fundamental a la libertad del ser humano y por que se debe tener en cuenta el principio *pro homine y pro libertate* por lo que debe efectuarse una labor integradora del derecho, casualmente para garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales conforme a lo señalado por el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

14-) En ese sentido, sin perjuicio de exhortar al Congreso a que dicte una norma contemplando el arresto domiciliario para el cómputo de la pena efectiva, cabe precisar que no sería inconstitucional que el legislador le otorgue un valor jurídico al mismo, siempre que se cumplan con los principios de razonabilidad y

proporcionalidad, vale decir que cualquier plazo superior al señalado en la STC Nº 0019-2005-PI/TC, sería constitucional.

SS

CALLE HAYEN

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)

EXP N.° 6201-2007-PHC/TC
LIMA
MOISÉS WOLFENSON WOLOCH

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS LANDA ARROYO Y BEAUMONT CALLIRGOS

Con el debido respeto por el voto de nuestros colegas magistrados expresamos los fundamentos de nuestro voto singular en el presente caso.

1. Resumen de los hechos

Con fecha 6 de agosto de 2007 Ángel Alvarado Rabanal interpone demanda de hábeas corpus a favor de Moisés Wolfenson Woloch a fin de que se ordene su excarcelación por haber cumplido en exceso su condena de cuatro años de pena privativa de la libertad (equivalente a 1460 días) impuesta por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Manifiesta que el favorecido habría cumplido en exceso la pena impuesta sobre la base del cálculo siguiente:

- El beneficiado con la demanda de hábeas corpus se encontró bajo arresto domiciliario en el periodo comprendido entre el 24 de mayo de 2002 y el 26 de enero de 2005; sumando un total de 977 días.
- El favorecido estuvo en el Establecimiento Penal para Presos Primarios de Lima (ex San Jorge) entre el 25 de enero de 2005 y el 8 de julio de 2005; y entre el 25 de julio de 2005 y la fecha de interposición de la demanda; habiendo acumulado 901 días.
- A partir del reingreso al establecimiento penal, argumenta, el favorecido ha redimido la pena por el trabajo a razón de 5 días de labor efectiva por 1 de pena, en aplicación de la Ley N.° 27770. Así las cosas, habría acumulado 901 días de labor efectiva, lo que equivale a la redención de 180 días de pena.
- Atendiendo a lo anterior, a los 1460 días deben restarse 180 días de redención de la pena. Seguidamente, de los 1280 días resultantes, debe restarse 901 de prisión efectiva, obteniendo como resultado 379 días de pena privativa de la libertad, los mismos que deberían ser computados con los días de arresto domiciliario.

Precisamente respecto a la figura del arresto domiciliario, el recurrente sostiene que no existe una regla legal para el cómputo del periodo de arresto domiciliario a la pena privativa de la libertad y correspondiente interposición de solicitud de excarcelación por cumplimiento de la pena. En ese sentido afirma que la STC 0019-2005-PI/TC no prohíbe el establecimiento de fórmulas de abono del arresto domiciliario para el cómputo de la pena impuesta, siempre que las mismas sean razonables y proporcionales.

Para el demandante resulta admisible, razonable y constitucional que se computen dos días de arresto domiciliario por uno de pena privativa de la libertad, puesto que la ausencia de identidad de ambos institutos no elimina los efectos aflictivos que producen en la persona que los sufre y tampoco afecta los fines preventivos y especiales del poder punitivo del Estado; ni conspira tampoco contra la rehabilitación y resocialización del penado, pues se habría producido un efecto intimidatorio suficiente en éste. Inclusive sostiene que lo expuesto en la STC 0019-2005-PI/TC permitiría convalidar la fórmula del cómputo planteada en la demanda para el arresto domiciliario.

Finalmente sostiene que debe aplicarse el principio *non liquet* en la función jurisdiccional, reconocido en el artículo 139° inciso 8 de la Constitución y que señala que es derecho del justiciable el que no se deje de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

El encargado de la Dirección del Establecimiento Penal de Presos Primarios de Lima (Ex San Jorge), John Alejandro Fernández Morales, señala que la solicitud de excarcelación de Moisés Wolfenson Woloch fue declarada improcedente porque el cómputo de la pena impuesta se inicia a partir del día en que se inicia la privación de la libertad, atendiendo a lo señalado en la STC 0019-2005-PI/TC.

Por su parte, la Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Justicia considera que la demanda debe ser desestimada, en tanto no se acredita la lesión del derecho constitucional invocado, toda vez que el beneficiario no ha cumplido con la condena impuesta, ya que los cuatro años de pena privativa de la libertad deben computarse a partir de 26 de enero del 2005, conforme lo dispone la Ejecutoria Suprema Aclaratoria del 2 de marzo de 2006.

Asimismo, manifiesta que la solicitud del beneficiario con la demanda de hábeas corpus fue declarada improcedente al no cumplir con los requisitos previstos en el artículo 219° del Decreto Supremo N.° 015-2003-JUS – Reglamento del Código de Ejecución Penal; luego de un análisis técnico-jurídico.

Manifiesta, además, que la pretensión de equiparar dos días de privación de la libertad en forma de arresto domiciliaria por cada día de detención, no toma en cuenta que la Ley N.° 28568 fue declarada inconstitucional mediante STC 0019-2005-PI/TC.

Con fecha 12 de octubre de 2007, el Primer Juzgado Transitorio de Huaral declara fundada en parte la demanda, al considerar que los 467 días pendientes de reclusión efectiva deben ser abonados al periodo que padeció arresto domiciliario. En dicha resolución se señala que en la STC 0019-2005-PI/TC se declaró inconstitucional permitir que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto domiciliario. En esa medida los alcances de la sentencia que vinculan a

los poderes públicos deben estar circunscritos a dicha consideración, resultando viable que se utilicen otras fórmulas del cómputo del arresto domiciliario.

Menciona que atendiendo al distinto grado de intervención el derecho a la libertad personal que existe entre el arresto domiciliario y la privación de la libertad al interior de un establecimiento penitenciario, debe resolverse la controversia aplicando el test de proporcionalidad. En esa medida, establece como regla jurisprudencial que se permita que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de la libertad por cada cuatro días de arresto domiciliario, y no por cada dos días, como pretende el demandante.

Con fecha 19 de noviembre de 2007, la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura declara infundada la demanda, al considerar que no existe norma que determine que el arresto domiciliario sea homologado como parte de la pena privativa de la libertad, y pretender que el juez constitucional asuma funciones que son propias del Poder Legislativo (dado que no existe norma que disponga el cómputo del arresto domiciliario para el cómputo de la pena privativa de la libertad), resultaría inválido y atentaría contra la seguridad jurídica.

2. Argumentos de fondo

Precisión del petitorio de la demanda

1. El demandante solicita al Tribunal Constitucional ordene su excarcelación por haber cumplido, a su parecer, en exceso su condena de cuatro años de pena privativa de la libertad (equivalente a 1460 días, según afirma) impuesta por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Manifiesta que el favorecido habría cumplido en exceso la pena impuesta.

Naturaleza de los beneficios penitenciarios

2. Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia (STC 010-2002-AI/TC), la previsión de los beneficios penitenciarios es compatible con el fin resocializador de la pena (artículo 139°, inciso 22 de la Constitución). Sin embargo, no se deriva de dicho dispositivo constitucional un mandato al legislador para que los prevea en la ley. Por lo que la ausencia de beneficios penitenciarios o la imposibilidad de acceder a ellos no comporta *per se* una violación constitucional.

3. Los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno (STC 00965-2007-PHC/TC, FJ 4); de acuerdo a lo resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 1593-2003-HC/TC) la denegatoria de un beneficio penitenciario no constituye necesariamente una afectación a la libertad personal.

Más aún, los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos, por cuanto su goce y ejercicio están limitados por otros derechos y bienes constitucionales (STC 003-2005-AI/TC, FJ 42, STC 2440-2007-PHC/TC, FJ 5, entre otras).

Excarcelación por beneficios penitenciarios y resocialización

4. El Código de Ejecución Penal (artículos 50° y 55°) establece respecto a los beneficios de liberación condicional y semilibertad, que el solo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos no obliga al órgano jurisdiccional a proceder a su concesión, sino que es preciso que el juez evalúe el grado de resocialización alcanzado por el interno[1]. Es por ello que el Tribunal Constitucional ha señalado que la excarcelación por beneficios penitenciarios sólo puede darse en caso de que el juez compruebe que, en efecto, se han cumplido en el interno los fines resocializadores de la pena:

> 14. La determinación de si corresponde o no otorgar a un interno un determinado beneficio penitenciario, en realidad, no debe ni puede reducirse a verificar si aquél cumplió o no con los supuestos formales que la normatividad contempla (plazo de internamiento efectivo, trabajo realizado, etc). Dado que el interno se encuentra privado de su libertad personal por virtud de una sentencia condenatoria firme, la concesión de beneficios está subordinada a la evaluación del juez, quien estimará si los fines del régimen penitenciario [inciso 22) del artículo 139° de la Constitución] se han cumplido, de manera que corresponda reincorporar al penado a la sociedad aún antes de que no se haya cumplido con la totalidad de la condena impuesta, si es que éste ya demuestra estar reeducado y rehabilitado (STC 1593-2003-HC/TC).

5. Es este sentido, conforme a la naturaleza de los beneficios penitenciarios corresponde reincorporar al penado a la sociedad (antes de que se haya cumplido con la totalidad de la condena impuesta) sólo en el caso de que aquél esté reeducado y rehabilitado. El Tribunal Constitucional ha determinado que la denegatoria de excarcelación por beneficios penitenciarios está sujeta a una debida motivación, en la que el órgano jurisdiccional valore el grado de resocialización alcanzado por el sentenciado (STC 1593-2003-HC/TC).

El abono del plazo de arresto domiciliaría a la pena privativa de la libertad. Detención y arresto domiciliario

6. Conforme lo hemos puesto de manifiesto no cabe duda que el arresto domiciliario supone una intromisión a la libertad personal menos gravosa que la detención. Los efectos

---

[1] Artículo 50, *in fine*: "*El beneficio* (de semilibertad) *será concedido en los casos que la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento, permitan suponer, que no cometerá nuevo delito. Contra la resolución procede recurso de apelación, en el plazo de tres días.*"
Artículo 55 "*(...) El beneficio* (de liberación condicional) *será concedido en los casos que la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento, permitan suponer, que no cometerá nuevo delito(...)*".

personales del dictado de una medida de detención llevada a cabo en un establecimiento penal son sustancialmente análogos al cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad (produciendo el mismo grado de afectación a la libertad personal, la misma sensación de encierro, la misma aflicción psicosomática). Por tanto, lo establecido en el articulo 47° del Código Penal en el sentido de compurgar el plazo transcurrido a título de detención preventiva a la pena privativa de libertad impuesta resulta una exigencia derivada del principio-derecho de dignidad de la persona humana (STC 0019-2005-PI/TC).

7. No ocurre lo mismo con el arresto domiciliario cuyos efectos evidentemente son menos gravosos. Es por ello que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha determinado que los plazos de detención y de arresto domiciliario no pueden equipararse (STC 1565-2002-HC/TC, STC 0209-2002-HC, STC 0376-2003-HC). Es en atención a dicho criterio que cuando el Tribunal tuvo la ocasión de enjuiciar la constitucionalidad de la Ley N.° 28568, que modificando el Código Penal equiparaba el plazo de detención con el del arresto domiciliario a razón de un día de arresto domiciliario por un día de pena privativa de libertad, estableció que ello resulta abiertamente atentatorio del principio de igualdad, así como de los fines preventivos de la pena constitucionalmente garantizados (STC 0019-2005-PI/TC).

8. Sin embargo, aunque no son equiparables la detención y el arresto domiciliario, en tanto ambos constituyen (en grados distintos) restricciones de la libertad personal, este Tribunal ha reconocido que la inexistencia de un plazo máximo de arresto domiciliario puede resultar lesivo del derecho al derecho al plazo razonable (STC 731-2004-PHC/TC). Tal vulneración se verificaría, por ejemplo, cuando no exista sentencia condenatoria y el arresto domiciliario se prolongue más allá de la prognosis de la pena, o peor aún, *sine die*. No obstante, la vulneración del plazo razonable del arresto domiciliario habrá cesado al dictarse una sentencia de primer grado, con lo que la medida cautelar personal –el arresto domiciliario– queda sin efecto. Ello no implica, además, que el plazo de arresto domiciliario tenga necesariamente que abonarse al plazo de la pena privativa de la libertad; más aún si el legislador no lo ha previsto así. En este caso el Tribunal Constitucional ha mantenido una jurisprudencia respetuosa de la legislación penal democrática sustantiva y adjetiva, más aún si se trata de delitos especiales (terrorismo, tráfico ilícito de drogas y corrupción).

La STC 0019-2005-PI/TC y el arresto domiciliario

9. Conforme puede advertirse de autos tanto el demandante como la demandada sustentan sus posiciones en lo señalado en la STC 0019-2005-PI/TC. Mientras el demandante argumenta que dicha sentencia proscribe exclusivamente el cómputo de un día de arresto domiciliario como un día de pena privativa de la libertad, por lo que resultaría factible y constitucional el establecimiento de fórmulas distintas como el "2 por 1"; la parte

demandada considera que dicha sentencia excluiría toda posibilidad de que el periodo de arresto domiciliario sea computado como parte del cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

10. Atendiendo a ello estimamos conveniente reafirmar la jurisprudencia expuesta en la STC 00019-2005-PI/TC. En efecto, el Tribunal Constitucional reconoce la existencia de una restricción del derecho a la libertad personal en el arresto domiciliario; sin embargo, de ninguna manera puede equipararse a una detención preventiva o al cumplimiento de una pena privativa de la libertad al interior de un establecimiento penitenciario. Esto no significa que el arresto domiciliario no pueda ni deba ser considerado para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad impuesta, pero esa es una cuestión que está en la competencia legislativa del Congreso de la República y no en la competencia jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

11. Sin embargo en dicha tarea el legislador no puede soslayar que ya se determinó la inconstitucionalidad del sistema de un día de arresto domiciliario por un día de prisión efectiva (STC 019-2005-PI/TC); por el contrario, el sistema que establezca el legislador debe ser proporcional y considerar: a) que no exista un menoscabo en los fines que persiguen tanto la pena como la ejecución de la misma; b) el grado de intensidad del daño que produce el delito cometido (lo que supondrá, a su vez, evaluar el número de bienes jurídicos afectados por una conducta delictiva, así como la relevancia constitucional de dichos bienes); y c) la frecuencia e incidencia de la comisión de determinados tipos penales especiales en el país.

12. Ello resulta particularmente atendible en los casos de la comisión de delitos de corrupción porque

> "48. Por otra parte, la norma resulta también contraria a la finalidad preventivo-especial de la pena, pues al permitir que el delincuente conciba el arresto domiciliario como una limitación de la libertad personal idéntica a la pena privativa de libertad, debilita e incluso descarta toda posibilidad de que internalice la gravedad de su conducta. Esto resultará particularmente evidente en el caso de delitos de corrupción, en los que los beneficios generados por la comisión del delito aparecerán como significativamente superiores a la gravedad de la pena impuesta como consecuencia de su comisión. La tendencia a la reiteración de esta conducta es, pues, un peligro inminente para la sociedad"[2] (énfasis agregado).

13. Esta posición no supone abdicar del rol tutelar de la persona humana por dos razones principales. Primero, porque los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales y, en todo caso, los derechos fundamentales no son absolutos. En segundo lugar, porque

[2] STC 0019-2005-PI/TC (FJ 48).

de la Constitución no se deriva que exista un mandato constitucional que obligue al legislador a prever beneficios penitenciarios; y en tercer lugar, porque no se presenta una violación de los derechos fundamentales cuando se persigue y castiga un delito, dentro del marco constitucional y legal establecido. De modo tal que la ausencia de estos o la imposibilidad de acceder a los ya previstos en la ley no comporta *per se* una inconstitucionalidad; más aún si se trata de delitos especiales como la corrupción que puso en estado de crisis al propio Estado democrático constitucional, si bien de manera diferente que el terrorismo y el narcotráfico.

14. En ese sentido, no compartimos lo señalado en el fundamento 9 de la sentencia, por cuanto la Constitución no consagra únicamente derechos fundamentales (que por cierto no son absolutos); sino que también protege otros bienes constitucionales que son igualmente valiosos. Por ejemplo, del artículo 2°-24-f de la Constitución jurídico se deriva que hay bienes constitucionales como la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo; contra la corrupción (artículos 39°-42°, 45° y 139°-4) que deben ser protegidos por el Tribunal Constitucional; al igual que el principio de persecución y sanción del delito y el principio de no impunidad. De ahí que no sea consistente argumentativamente desconocer la dimensión axiológica de nuestra Ley Fundamental al resolver este caso únicamente desde el prisma de los derechos fundamentales –no siendo los beneficios penitenciarios derechos fundamentales–, desvinculándolo del cuadro de valores de la Constitución; más aún sin realizar ponderación alguna con los principios constitucionales de persecución y sanción del delito y con el principio de no impunidad.

Análisis del caso concreto

15. Para el demandante el Tribunal Constitucional tiene la obligación en el presente caso de formular, a fin de no afectar el derecho fundamental a la libertad personal del beneficiado, una regla jurisprudencial en relación con el cómputo de los días de arresto domiciliario como parte de la pena privativa de la libertad. A criterio del demandante "[l]a expulsión del ordenamiento de la Ley N.° 28568 originó una laguna normativa por la cual una grave intervención estatal dentro del contenido protegido del derecho a la libertad personal (la aplicación del arresto domiciliario a un procesado), dictada preventivamente, quedó sin consecuencia jurídica respecto de la decisión definitiva (el abono del tiempo de arresto domiciliario al cómputo de la pena impuesta)"[3]. Además de ello argumenta que este Colegiado en aplicación del principio de no dejar de administrar justicia debe proceder de acuerdo con el artículo 139° inciso 8 de la Constitución.

16. Este argumento, así planteado del demandante, exige dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿existe realmente en el presente caso un vacío legislativo que obligue al Tribunal Constitucional a formular una regla jurisprudencial al respecto? La respuesta es negativa. Una laguna jurídica se presenta cuando el legislador no ha previsto regular una situación

[3] Folio 340 del expediente.

jurídica sustancialmente idéntica a otra que sí se halla expresamente regulada en sus consecuencias jurídicas. En el caso del arresto domiciliario se ha demostrado que éste no puede ser asimilado ni a la detención preventiva ni a la prisión efectiva en cumplimiento de una sentencia condenatoria, dada su naturaleza diversa.

17. El Tribunal Constitucional ya precisó las diferencias existentes entre dicha figura y cualquier forma de detención al interior de un establecimiento penitenciario:

> "Así pues, tal como a la fecha se encuentran regulados el arresto domiciliario y la prisión preventiva, y aún cuando comparten la condición de medidas cautelares personales, son supuestos sustancialmente distintos en lo que a su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal respecta; ello porque, *en el caso del arresto domiciliario, el ius ambulandi se ejerce con mayores alcances;* no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión; no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical; en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo; se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menos importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario; y, en buena cuenta, *porque el hogar no es la cárcel*." (STC 0019-2005-PÎ/TC, FJ 23) (*subrayado agregado*).

18. En consecuencia, no puede concluirse que tal vacío legislativo exista para el caso del arresto domiciliario. Por el contrario, más bien se aprecia que, en función de su facultad de libre configuración de la ley penal, el legislador simplemente no ha optado, hasta ahora, porque los días de arresto domiciliario se abonen al cómputo de la pena privativa de la libertad. Y esta decisión del legislador no contraviene la Constitución del Estado en la medida que, como se dijo *supra*: *a)* no existe un mandato constitucional que le obligue a prever beneficios penitenciarios para todos los que han delinquido; *b)* su denegatoria no afecta propiamente el derecho fundamental a la libertad personal; y *c)* no existe un deber constitucional que obligue al legislador a prever que los días de arresto domiciliario sean abonados al cómputo de la pena efectiva. Lo que no obsta que, una vez agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en sus derechos pueda recurrir a los tribunales internacionales, de conformidad con el artículo 205° de la Constitución.

19. Ahora bien, es necesario precisar que el principio de no dejar de administrar justicia previsto en el artículo 139° inciso 8 de la Constitución exige que los órganos jurisdiccionales no abdiquen de su deber de administrarla, aun cuando exista un vacío o deficiencia de la ley, en cuyo caso se aplican los principios generales del Derecho y el Derecho consuetudinario. Como es evidente éste no es el supuesto que se configura en el presente caso, por cuanto no existe tal vacío legislativo. Debe quedar claro que el artículo 139° inciso 8 de la Constitución lo que garantiza es que los órganos jurisdiccionales no se abstengan de resolver una controversia jurídica amparándose en un vacío o deficiencia de la ley; lo cual no sucede, como se ha visto, en el presente caso.

20. Más aún, si este Colegiado habría entendido que la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N.º 28568 daba lugar a un vacío legislativo y, además, que de dicho vacío se derivaba una afectación a la libertad personal, hubiera tenido la obligación de recurrir a las técnicas jurídico-constitucionales a fin de colmar dicha laguna. Pero no lo hizo porque, como nuevamente se repite, no existe un deber constitucional que obligue al legislador a prever que los días de arresto domiciliario sean abonados al cómputo de la pena efectiva. Sin embargo, no sería inconstitucional si el legislador decide otorgarle un valor jurídico a los días del arresto domiciliario a efectos del cómputo de la pena efectiva, siempre que ello sea razonable y proporcional y se respete lo señalado al respecto en la STC 019-2005-PI/TC y en el fundamento 11 del presente voto.

21. De otro lado, el demandante también afirma que el Tribunal Constitucional, aplicando el principio *pro homine* se debe pronunciar a favor de la excarcelación del favorecido. En el fundamento 8 de la presente sentencia se ha reconocido que la inexistencia de un plazo máximo de arresto domiciliario puede resultar lesiva del derecho al derecho al plazo razonable (STC 731-2004-PHC/TC). La vulneración se verificaría, por ejemplo, cuando no exista sentencia condenatoria y el arresto domiciliario se prolongue *sine die*. Sin embargo, tal vulneración no se configura si se ha dictado una sentencia de primer grado, con lo que la medida cautelar personal –el arresto domiciliario– queda sin efecto. Ello no implica, por lo demás, que el plazo de arresto domiciliario tenga necesariamente que abonarse al plazo de la pena privativa de la libertad; salvo que el legislador lo prevea así.

22. En el presente caso el favorecido estuvo, como él mismo lo afirma, bajo arresto domiciliario entre el 24 de mayo de 2002 hasta el 26 de enero de 2005[4]. Sin embargo, fue sentenciado por la comisión del delito de peculado a cuatro años de pena privativa de la libertad y al pago de tres millones de nuevos soles como reparación civil. De acuerdo con lo que obra en el expediente (folio 31) el cumplimiento de la pena privativa de la libertad se inició el 26 de enero de 2005 y finalizará el 25 de enero de 2009. Al existir una sentencia condenatoria dictada dentro de un proceso penal en el cual se ha respetado el debido proceso y que el demandante no ha cuestionado en el presente proceso constitucional, no se puede concluir que la restricción del derecho fundamental a la libertad personal sea inconstitucional en el presente caso.

23. Sin embargo, para estimar la demanda, la sentencia en mayoría (fundamento jurídico 14) realiza, en primer lugar, un análisis que sólo le corresponde al juez penal ordinario, como es el cómputo de la pena, más aún si existe sentencia condenatoria en contra del demandante y sin que se considere si éste ha cumplido o no con pagar la reparación civil correspondiente. En segundo lugar, se invoca la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estraburgo, Caso Barberà, Messegué y Jabardo, de 6 de diciembre

[4] Folio 2 del expediente.

de 2008, para "hacer suyo", según se dice, el criterio "análisis de los hechos en su conjunto". La cita es impertinente porque no se ha reparado en que las consideraciones de dicho Tribunal Internacional sobre el análisis de los hechos en su conjunto **están referidas a la apreciación conjunta de los medios probatorios penales**; siendo evidente que esta tarea no le corresponde al Tribunal Constitucional pues éste no determina responsabilidades penales ni mucho menos valora los medios probatorios actuados en un proceso penal específico. Por tanto, es inoportuno asumir un criterio sobre una cuestión que es ajena a la función constitucional de este Tribunal.

Sobre la aplicación del nuevo Código Procesal Penal

24. Del expediente de autos se puede advertirr que la demanda ha sido interpuesta en la ciudad de Huaral, no obstante que el favorecido ha sido procesado, sentenciado y cumple su condena en el distrito judicial de Lima. Si bien el artículo 399° del nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.° 957), vigente sólo en los distritos judiciales de Huaura, Callao y La Libertad, establece que en caso se imponga pena privativa de libertad efectiva, para los efectos del cómputo, se descontará el plazo de detención preventiva sufrida: " (...) [s]i se impone pena privativa de libertad efectiva, para los efectos del cómputo se descontará, de ser el caso, el tiempo de detención, de prisión preventiva y de detención domiciliaria que hubiera cumplido (...)".

25. Sin embargo, también es necesario señalar que, a diferencia de la regulación establecida en el Código Procesal Penal de 1991 (Decreto Legislativo N° 638) vigente en Lima, el arresto domiciliario únicamente se impone en circunstancias regladas, cuando la medida restrictiva de libertad que corresponda imponer sea la detención. Así, el artículo 290° inciso 1 del citado Código establece lo siguiente: "[s]e impondrá detención domiciliaria cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado: a) Es mayor de 65 años de edad; b) Adolece de una enfermedad grave o incurable; c) Sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento; d) Es una madre gestante".

26. Como es de verse, en el Código Procesal Penal que es de aplicación en el distrito judicial de Huaura, el arresto domiciliario únicamente es concedido cuando corresponda imponer detención y sólo por las características personales del imputado. No ocurre lo mismo con el Código Procesal Penal vigente en el distrito judicial de Lima (Decreto Legislativo N.° 638), en el que el arresto domiciliario es considerado una forma de comparecencia restringida, esto es, que procede en aquellos casos en los que quepa una forma de restricción de la libertad individual menos gravosa que la detención:

> Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención. También podrá imponerse comparecencia con la restricción prevista en el inciso 1), tratándose de imputados mayores de 65 años que adolescan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que

> el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente.
> El juez podrá imponer algunas de las alternativas siguientes :
> 1. La detención domiciliaria del inculpado, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, de la autoridad policial o sin ella, impartiéndose las órdenes necesarias(...).

27. De modo tal que sólo en el caso de que el arresto domiciliario hubiera sido dictado bajo las normas del nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.° 957) vigente en el Distrito Judicial de Huaura, correspondería compurgar el plazo de arresto domiciliario sufrido con el de la pena efectiva. Aún así, tampoco el nuevo Código establece la obligatoriedad de compurgar el arresto domiciliario con la pena efectiva, pues ello sólo será procedente "de ser el caso" y cuando se configuren los supuestos previstos en dicha disposición, que no es el caso del demandante. Esta no obligatoriedad se refleja también en el hecho de que no se ha previsto la proporción de dicho abono.

28. Con todo debe resolverse si corresponde que el nuevo Código Procesal Penal sea aplicado al demandante. Del solo hecho que el demandante haya interpuesto su demanda en la ciudad de Huaral no se sigue que el nuevo Código Procesal Penal le sea aplicable. Ello por cuanto lo determinante es el distrito judicial donde se llevó a cabo el proceso penal y donde se ejecuta la pena; de lo contrario, cualquier persona procesada o sentenciada a nivel nacional podría pretender que se revise las resoluciones judiciales, incluso las que tienen la autoridad de cosa juzgada, en el distrito judicial de Huaura. Por tanto, en cuanto a la ley aplicable por razón de territorio, conforme a la Primera Disposición Final del Nuevo Código Procesal Penal, su entrada en vigencia en el territorio nacional será progresiva, estando actualmente vigente en el distrito judicial ante el cual se interpuso la demanda de hábeas corpus conforme al Calendario Oficial de Aplicación progresiva del Código Procesal Penal (Decreto Supremo N.° 007-2006-JUS), no estando en vigor aún en el distrito judicial de Lima.

29. Cabe señalar que tal distinción en cuanto a las normas de proceso penal aplicables en los distintos distritos judiciales no resulta lesiv al principio-derecho de igualdad, concretamente de igualdad ante la ley, toda vez que su contenido admite el trato diferenciado siempre que se funde en causas objetivas y razonables (STC 0048-2006-AI/TC, FJ 62). En el presente caso se estima que la vigencia progresiva del nuevo Código es un criterio de diferenciación objetiva y obedece a la necesidad de que su implementación se realice paulatinamente y sin que se altere de manera arbitraria la aplicación progresiva del nuevo ordenamiento procesal penal. Por ello las normas del arresto domiciliario que fueron aplicables al proceso seguido contra el favorecido en la Corte Superior de Justicia de Lima son las del Código Procesal de 1991 (Decreto Legislativo N.° 638), por lo que resultaría evidentemente inconstitucional la aplicación del nuevo Código al presente caso.

JURISPOL

3. Conclusión

Por lo expuesto precedentemente, consideramos que la presente demanda de hábeas corpus debe declararse **INFUNDADA**.

SS.
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)