

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

“EL ABONO DE LA DETENCIÓN DOMICILIARIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA, DENTRO DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO”

Tesis para optar el título profesional de abogado

Autor (a):

Bach. Marian Alessandra Salinas De Gracia

Asesor (a):

Dr. Carlos Miguel Castañeda Cubas



**Trujillo - Perú
2017**

DEDICATORIA

A Dios todo poderoso, por ser mi guía.

A mis padres Amarilis y Samuel, por su apoyo incondicional, por enseñarme a salir adelante, pese a los problemas que pueda tener, y considerar su esfuerzo como mi mayor herencia.

A mis hermanos por brindarme su tiempo y su paciencia.

AGRADECIMIENTO

A mi familia por estar conmigo en los momentos que más los necesite.

Al Doctor Carlos Castañeda Cubas por su gran humildad y por sus conocimientos aportados en esta investigación.

Presentación

Señores Miembros del Jurado:

Dando cumplimiento a lo establecido en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Privada Antenor Orrego, tengo el agrado de dirigirme a ustedes para presentar la tesis titulada “El abono de la detención domiciliaria en el cumplimiento de la pena, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho” con el propósito de optar por el Título de Abogado.

La investigación en mención ha sido desarrollada conforme a la normatividad vigente, la doctrina científica y la jurisprudencia nacional e internacional.

Deseando que la presente tesis satisfaga con las expectativas académicas y científicas, dejo ante ustedes la misma para su evaluación y consiguiente dictamen correspondiente.

Trujillo, 13 de febrero de 2017

Marian Alessandra Salinas De Gracia

Bachiller en Derecho

Resumen

Al día de hoy en el que nos encontramos en plena reforma e implementación del Nuevo Código Procesal Penal que denota un corte garantista, es decir llevar un debido proceso que se encuentre en marcado por el respeto de los derechos fundamentales de las personas, podemos ubicar la institución de la detención domiciliaria que significa la privación de la libertad ambulatoria de una persona en un determinado espacio físico como sería su recinto. Entonces podemos decir que los días que sufre una persona con detención domiciliaria tienen un real valor que correctamente podría ser tomado en cuenta al momento del cómputo de la ejecución de la pena.

En la presente investigación como primer capítulo llegaremos a un objetivo principal que será determinar cuál es el mecanismo para establecer el cómputo que debe operar en las sentencias condenatorias del descuento de carcelería en los procesados sujetos a detención domiciliaria.

En el capítulo dos se subdivide en títulos en la que desarrollaremos todo lo referente al contenido de la investigación, y como primer punto tenemos al proceso penal, que nos permitirá tener un enfoque más cristalino sobre los principios que lo regulan y las etapas que contiene nuestro nuevo Código Procesal Penal vigente.

En segundo punto tenemos a las medidas coercitivas procesales personales en las cuales solo desarrollamos la detención preventiva y la detención domiciliaria para entender sus reales conceptos y presupuestos de aplicación, para poder deducir sus semejanzas y diferencias en el Derecho Procesal Penal.

Como último punto desarrollamos el tema principal de la investigación a través de doctrina, jurisprudencia y legislación comparada, así como el análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N° 6201-2007-PHC/TC.

Abstract

To this day, in which we are in full reform and implementation of the New Code of Criminal Procedure, which denotes a guarantor court, that is, to carry out a due process that is marked by respect for the fundamental rights of individuals, we can locate the Institution of the home detention that means the deprivation of the ambulatory freedom of a person in a certain physical space as its enclosure would be. Then we can say that the days that a person with a home detention suffers have a real value that could properly be taken into account at the time of the computation of the execution of the sentence.

In the present investigation as the first chapter we will arrive at a main objective that will be to determine the mechanism to establish the computation that must operate in the condemnatory sentences of the discount of prison in the people subject to house arrest.

In chapter two it is subdivided into titles in which we will develop everything related to the content of the investigation, and as a first point we have to the criminal process, that will allow us to have a more crystalline approach on the principles that regulate it and the stages that contains our New Code of Criminal Procedure in force.

Secondly, we have the personal procedural coercive measures in which we only develop preventive detention and home detention to understand their real concepts and application budgets, in order to deduce their similarities and differences in the Criminal Procedure Law.

As a last point we develop the main theme of the investigation through doctrine, jurisprudence and comparative legislation, as well as the analysis of the Judgment of the Constitutional Court EXP. No. 6201-2007-PHC / TC.

Tabla de Contenido

DEDICATORIA.....	I
AGRADECIMIENTO.....	II
PRESENTACION	III
RESUMEN.....	IV
ABSTRAC.....	V
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Problema.....	1
1.1.1. Planteamiento del problema	1
1.1.2. Enunciado del problema	5
1.2. Hipótesis.....	5
1.2.1. Variables.....	5
1.3. Objetivos	6
1.3.1. Objetivo General	6
1.3.2. Objetivos Específicos	6
1.4. Justificación.....	6
CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO	8
2.1. Antecedentes	8
SUBCAPITULO I: BASES TEÓRICAS	9
TITULO I: EL PROCESO PENAL	9
2.2. DEFINICIÓN.....	9
2.3. OBJETO Y FINALIDAD DEL PROCESO PENAL	11
2.4. PRINCIPIOS QUE REGULAN EL PROCESO PENAL	12
2.4.1. Principio de igualdad de las partes:	13
2.4.2. Principio del debido proceso:	14
2.4.3. Principio de la preclusión:	15
2.4.4. Principio de contradicción:.....	16
2.4.5. Principio de inmediación:.....	17
2.4.6. Principio de presunción de inocencia:	17
2.4.7. Principio de la instancia plural:	18
2.5. SISTEMAS PROCESALES PENALES	19

2.5.1.	El sistema acusatorio:	20
2.5.2.	El sistema inquisitivo:	21
2.5.3.	El sistema mixto:	23
2.6.	ETAPAS DEL PROCESO PENAL	25
2.7.	EL PROCESO PENAL PERUANO	26
2.7.1.	Evolución legislativa:	27
2.7.2.	Etapas del nuevo proceso penal:.....	28
2.8.	EL PROCESO PENAL EN EL DERECHO COMPARADO.....	30
2.8.1.	El proceso penal alemán:	31
2.8.2.	El proceso penal francés:.....	32
2.8.3.	El proceso penal italiano:	33
2.8.4.	El proceso penal portugués:.....	35
2.8.5.	El proceso penal colombiano:	36
2.9.	CONCLUSIÓN	39
	TITULO II: EL DERECHO PROCESAL PENAL Y LAS MEDIDAS COERCITIVAS PROCESALES (PRISIÓN PREVENTIVA Y DETENCIÓN DOMICILIARIA).....	40
2.10.	INTRODUCCION.....	40
2.11.	DEFINICION DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS PROCESALES	41
2.12.	PRINCIPIOS DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS PROCESALES	43
2.12.1.	Principio de legalidad:	43
2.12.2.	Principio de excepcionalidad:.....	43
2.12.3.	Principio de proporcionalidad:	44
2.12.4.	Principio de necesidad:.....	44
2.12.5.	Principio de prueba suficiente:	44
2.12.6.	Principio de provisionalidad:.....	45
2.12.7.	Principio de judicialidad:.....	45
2.13.	MEDIDA DE COERCION PROCESAL PERSONAL	45
2.14.	LA PRISION PREVENTIVA	46
2.14.1.	PRESUPUESTOS MATERIALES:	47
2.15.	CARACTERISTICAS DE LA PRISION PREVENTIVA	51
2.16.	LA DETENCION DOMICILIARIA.....	54
2.16.1.	Presupuestos materiales:.....	57
2.16.2.	Lugar de cumplimiento de la detención domiciliaria:	59
2.16.3.	Duración de la detención domiciliaria:.....	60

2.17.	LA DETENCION DOMICILIARIA EN LA LEGISLACION COMPARADA	60
2.17.1.	CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE BOLIVIA: Aprobado por la Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999.	61
2.17.2.	CODIGO PROCESAL PENAL ARGENTINO: Ley N° 23.984 promulgada el 4 de setiembre de 1991.....	61
2.17.3.	CODIGO ORGANICO PROCESAL PENAL DE VENEZUELA: Decreto N° 9.042 con fecha 12 de junio de 2012.....	62
2.17.4.	CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO: Ley N° 906 con fecha 31 de agosto de 2004.....	62
2.17.5.	CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUADOR:(R.O. 360-S, 13-I-2000) con fecha 13 de julio de 2001.	63
2.17.6.	CODIGO PROCESAL PENAL DE PARAGUAY: Ley No. 1286-98 con fecha 08 de julio de 1998.....	64
2.17.7.	NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL DE CHILE: Ley 19.696 con fecha 12 de octubre de 2000.	65
2.18.	CONCLUSION	67
	TITULO III: LA DETENCIÓN DOMICILIARIA EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	68
2.19.	GENERALIDADES.....	68
2.20.	ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO EN EL PERÚ	69
2.21.	PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD.....	72
2.22.	LA DETENCION DOMICILIARIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL	74
2.22.1.	Afectación de la libertad ambulatoria.....	75
2.22.2.	La detención domiciliaria y el Derecho Procesal Penal	76
2.23.	LA DETENCION DOMICILIARIA Y LA POSICION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	77
2.23.1.	Análisis constitucional	77
2.23.2.	Sentencia del Tribunal Constitucional – Expediente N° 6201-2007-PHC/TC	79
2.24.	EL ABONO DE LA DETENCION DOMICILIARIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA, DENTRO DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO.....	82
2.25.	CONCLUSION	87
	CAPÍTULO 3. METODOLÓGICO.....	88
3.1.	TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	88
3.1.1.	Por su finalidad.....	88
3.1.2.	Por su profundidad	88
3.2.	MATERIAL DE ESTUDIO	89

3.3. METODOS.....	89
3.3.1. Método deductivo.....	89
3.3.2. Método inductivo	89
3.3.3. Método analítico.....	90
3.3.4. Método exegético	90
3.3.5. Método comparado.....	90
3.4. TECNICAS E INSTRUMENTOS	91
3.4.1. Técnicas:.....	91
3.4.2. Instrumentos	91
3.5. RECOLECCION DE DATOS	92
CAPÍTULO 4. PROPUESTA LEGISLATIVA.....	93
4.1. FUNDAMENTACION DE LA MODIFICACION DEL ARTICULO 47ª DEL CODIGO PENAL.....	93
4.2. REDACCION ACTUAL DEL ARTICULO 47ª DEL CODIGO PENAL	94
CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES.....	95
5.1. Conclusiones.....	95
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	97
ANEXO Nº 01	100

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

1.1. Problema

1.1.1. Planteamiento del problema

Un Estado se legitima, entre otros factores, por la realización de los derechos fundamentales. Tal objetivo no solo se logra con su reconocimiento expreso en la Constitución, sino también con que estos sean observados al dictar las leyes que regulan las limitaciones a la libertad (las leyes penales: de corte sustantivo, procesal y de ejecución) y con su pertinente aplicación por parte de quienes detentan el poder para hacerlo: los jueces. (ORE GUARDIA, 2006, pág. 3)

Una gran discusión se ha generado alrededor de la institución de la detención domiciliaria y de la ya derogada Ley 28568 que modificaba el artículo 47° del Código Penal en el sentido que el tiempo de detención domiciliaria que haya sufrido el imputado se abonara para el computo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. (ESPINOZA GOYENA, 2005, pág. 2)

En primer lugar, la detención domiciliaria es una medida restrictiva de la libertad, y para entenderla en el ámbito cautelar existe diversos grados de afectación a la libertad personal. Una clasificación planteada por Banacloche Palao que Eguiguren Praeli recoge, según la cual es posible distinguir entre privación y restricción, como dos modalidades de limitación de la libertad personal: La privación sería una afectación grave e intensa motivada por un

proceso penal actual o futuro, o relacionada con casos autorizados por la ley. Y la restricción sería una limitación de carácter breve pero intenso, realizada con la finalidad de efectuar determinadas averiguaciones. (EGUIGUREN PRAELI, 2004, pág. 95 y 96)

En segundo lugar, la detención domiciliaria, dentro de las medidas coercitivas personales es definitivamente la más grave después de la detención preventiva; pues así lo reconoció el Tribunal Constitucional ya desde el año 2000 en el caso Bueno Aceña. (ESPINOZA GOYENA, 2005, pág. 6)

Un repaso de la **legislación comparada** Latinoamericana y Europea señala que los días de detención domiciliaria deberán ser abonados para el cómputo de la pena impuesta, es decir un día de pena privativa de libertad por varios días de detención domiciliaria.

De la misma forma encontramos **Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español** que viene dando criterios interpretativos bastante amplios de esta institución, señalando que "... debe computarse y abonarse no solo la prisión preventiva, sino también privaciones de libertad diversas: 1) el arresto domiciliario del quebrado (**STS de 20 de Julio de 1992**). (SANGUINE, 2003, pág. 209)

Con estas precisiones entendemos que cierta doctrina jurisprudencial española este a favor de considerar que la detención domiciliaria y la prisión provisional tienen la misma entidad; y también que acepte la posibilidad de que varios días de arresto domiciliario se compute como un día de prisión efectiva.

Por otro lado, en la **doctrina nacional** podemos encontrar posiciones similares sobre la detención domiciliaria al cómputo de la pena, así como, por ejemplo: **Caro Coria**, precisa "... que tales privilegios no evitan que la detención domiciliaria sea una forma de restricción de la libertad ambulatoria, por lo cual merece tomarse en cuenta para descontarla de la pena privativa de libertad. Esto es varios días de privación de la libertad domiciliaria (2, 4, 6, etc.) podrán descontarse por uno de pena". (CARO CORIA, 2005, pág. 2)

Así mismo, en **Jurisprudencia Nacional** existen dos casos en los que se ha tratado el tema, el primero de ellos es el caso de **Héctor Chumpitaz Gonzales**, señalando que "La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, 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. (STC, Exp. N° 1565-2002-HC/TC).

El segundo, es el caso **Moisés Wolfenson Woloch**, desarrollando jurídicamente la detención domiciliaria, resuelve equiparar que dicho tiempo transcurrido debe ser computado a un día de pena privativa de libertad. (STC, Exp. N° 6201-2007-PHC/TC).

Con esta última sentencia tenemos una evidente contradicción entre nuestra legislación y lo determinado por el Tribunal Constitucional. Tal es así que nuestro legislador ha optado por restituir la vigencia del texto original, **en donde no se hace mención expresa al cómputo del tiempo por arresto domiciliario a la ejecución de sentencia de pena privativa de libertad.** Por

otro lado, los magistrados del Tribunal Constitucional han argumentado **no solo que deba ser tomado en cuenta, sino incluso que debe computarse en forma equivalente, un día de arresto domiciliario a un día de pena privativa de libertad**. Hasta el momento no existe posición distinta en el Tribunal Constitucional, ni opinión contraria por parte del Congreso de la República.

La detención domiciliaria en los últimos años ha generado una serie de problemas, que no se agotan solo en el de su abono para el cómputo de la pena efectiva, sino en la necesidad social de regularla y el valor que tiene cada día sufrido bajo esa condición, pues la omisión de ello vulneraría los principios de equidad e igualdad de la persona humana; por tal motivo debe ser considerado por el operar jurídico y sobre todo por el legislador.

Ante todo, lo referido nos preguntamos: **¿Los días de arresto domiciliario tienen valor? ¿Deben ser abonados al cómputo de la pena?**

De lo expuesto en líneas anteriores, se advierte la existencia de un vacío legislativo en cuanto no se determina como debe computarse los días de arresto domiciliario que constituye limitación a la libertad personal.

Se debe manifestar que la Ley N° 28568 regulaba esta situación para este remedio jurídico quedo sin efecto por mandato de Ley N° 28577 y como esta laguna se debe superar, el trabajo se orienta a demostrar la necesidad de una ley que regule esta situación y como existe cierta semejanza entre la detención preventiva y el arresto domiciliario en la que la primera se computa en un día de detención por un día de pena, entonces la detención domiciliaria

también debería tener la misma respuesta, diferenciándose únicamente en el lugar de ejecución, pues la primera se realiza en el penal y la segunda en el domicilio, pero ambas son limitadoras de la libertad personal.

En tal sentido, la investigación se dirige a demostrar que se debe abonar el tiempo de detención domiciliaria al monto de pena fijada en la proporción de dos días de detención domiciliaria por un día de pena señalada como sanción.

1.1.2. Enunciado del problema

¿Cuál es el mecanismo para establecer el cómputo que debe operar en las sentencias condenatorias del descuento de carcelería en los procesados sujetos a detención domiciliaria dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho?

1.2. Hipótesis

El mecanismo para establecer el cómputo que debe operar en las sentencias condenatorias del descuento de carcelería en los procesados sujetos a detención domiciliaria dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, es de dos días de detención domiciliaria por un día de pena privativa de libertad; basado en los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

1.2.1. Variables

Por ser una investigación descriptiva solo se establece una variable.

Variable Dependiente: Detención domiciliaria.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

Determinar cuál es el mecanismo para establecer el cómputo que debe operar en las sentencias condenatorias del descuento de carcelería en los procesados sujetos a detención domiciliaria

1.3.2. Objetivos Específicos

- Analizar doctrinariamente el proceso penal y sus partes constitutivas.
- Analizar la institución de la coerción procesal penal y sus diferentes modalidades creadas por la doctrina.
- Estudiar a la detención domiciliaria dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho como lo es nuestro país y demostrar la existencia de un vacío legislativo que es necesario subsanar.

1.4. Justificación

a) Justificación jurídica:

Determinar cuál es el mecanismo para establecer el cómputo, que debe operar respecto al abono del cómputo de la detención

domiciliaria en los casos de sentenciados con pena privativa de libertad con carácter efectiva.

b) Justificación práctica:

Que este mecanismo va a servir a los operadores del derecho, llámese jueces, fiscales, abogados, estudiantes de Derecho, etc.; para que tengan una proporción más clara y precisa con la cual fundamentar y apoyarse al momento de emitir sus respectivos fallos.

CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

En la presente investigación se realizó la pertinente pesquisa bibliográfica, utilizándose las tesis universitarias desarrolladas a nivel nacional e internacional, no habiéndose encontrado trabajos de investigación referente al tema. Sin embargo, en la doctrina nacional se ha encontrado diversos autores que hacen alusión al tema del abono del arresto domiciliario en el cómputo de la pena.

- **Título:** El abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena

Autor: Dino Carlos Caro Coria, 2005, Perú.

“El arresto domiciliario no deja de ser arresto o detención, es, en definitiva, la forma cautelar de privación de libertad menos grave después de la detención preventiva. La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora. Es razonable en consecuencia que los días o meses de arresto domiciliario si se tomen en cuenta, de modo proporcional, para restringir la extensión de la pena privativa de libertad.”

- **Título:** Detención domiciliaria, su abono como pena efectiva y otros problemas conexos.

Autor: Julio César Espinoza Goyena, 2005, Perú.

“Considerar que los días de detención domiciliaria no deben ser considerados para el computo del plazo de la prisión efectiva equivale a tener por inexistente la limitación a la libertad personal que dicha medida conlleva, hecho éste insostenible desde todo punto de vista.”

SUBCAPITULO I: BASES TEÓRICAS

TITULO I: EL PROCESO PENAL

2.2. DEFINICIÓN

En su etimología, proceso deriva del vocablo *processus*, que proviene de la unión de *pro*, que significa para adelante, y de *cedere*, que a su vez quiere decir caer, caminar. Por lo que proceso implica un desenvolvimiento, una sucesión, una continuidad dinámica que tiene un sentido lógico y jurídico. (ORE GUARDIA, 1996, pág. 9)

Con la finalidad de determinar que debe entenderse por el Proceso Penal haremos referencia a las principales definiciones dadas por la doctrina.

El proceso penal es la serie de actos solemnes con los cuales ciertas personas legítimamente autorizadas, observando un cierto orden y forma determinados por la ley, conoces de los delitos y de sus autores a fin de que la pena se aparte de los inocentes y se inflija a los culpables. (CARRARA, 1925, pág. 810)

Para Carnelutti, el proceso penal regula la realización del Derecho penal objetivo y está constituido por el complejo de actos en el cual se resuelve la punición del reo. (CARNELUTTI, 1946, pág. 33)

Cometido un hecho calificado como delito por la ley vigente, inmediatamente surge la pretensión punitiva de la sociedad, que se hace efectiva por medio de la función penal que es privativa del Estado.

En el ejercicio de la función del Estado podemos distinguir tres periodos: Primero la incriminación del hecho en que se basa la pretensión punitiva por los órganos legislativos; segundo el juicio o proceso, consiste en la aplicación concreta de la sanción establecida por la ley penal a la persona que ha delinuido; y tercero, la ejecución de la sanción aplicada al condenado por intermedio de los órganos administrativos. (CASTRO, 1953, pág. 5)

Para Jofre es una serie de actos solemnes, mediante los cuales el juez natural, observando formas establecidas por la ley, conoce del delito y de sus autores, a fin de que la pena se aplique a los culpables. (JOFRE, 1941, pág. 12)

Sostiene Florián que el proceso penal es el instrumento indispensable para la aplicación de la ley penal en cada caso, y que lo integran el conjunto de las actividades y formas mediante las cuales los órganos competentes, preestablecidos en la ley, observando ciertos requisitos, proveen, juzgando, a la aplicación de la ley penal. (FLORIAN, 1934, pág. 14 y 20)

En términos de Manzini, es el conjunto de actos concretos, previstos y regulados en abstracto por el derecho procesal penal para obtener del órgano jurisdiccional (juez) la confirmación de la pretensión punitiva deducida por el órgano ejecutivo (Ministerio Público) y, eventualmente para realizarla en forma coactiva, constituye la actividad judicial compleja y progresiva que se llama proceso penal. (MANZINI, 1929, pág. 15)

Simplificando las definiciones a las que hemos hecho referencia, podemos decir que el proceso penal manifiesta un conjunto de actos, que están regulados por el Derecho Procesal Penal, en lo cual el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales resuelven un caso concreto y establecen si

corresponde o no aplicar una sanción a la persona, conforme a las normas establecidas por la ley penal.

2.3. OBJETO Y FINALIDAD DEL PROCESO PENAL

La función del proceso penal, como institución jurídica, es actuar como medio para la aplicación a los casos concretos de las disposiciones del Derecho Penal Sustantivo. Por eso afirma *Calamandrei* que el proceso no es un fin en sí mismo, sino que sirve como medio para hacer observar el Derecho sustancial. (CALAMANDREI, 1941, pág. 214)

El proceso penal tiene por objeto determinar la comisión del delito y determinar la persona como su autor para efecto de la aplicación de la ley penal.

En tal sentido, toda la investigación realizada por la autoridad judicial debe estar orientada primero, a la determinación de la realidad del delito y asimismo la responsabilidad del procesado, la consecuencia jurídico penal será la imposición de una sanción. (SANCHEZ VELARDE, Manual de Derecho Procesal Penal, 2004, pág. 167)

El objeto principal del proceso penal es el de investigar y esclarecer un acto cometido, que debe ser cotejado con los tipos penales que se encuentran establecidos en la Ley Penal, como resultado de ello se logra también un objetivo de gran importancia, el cual es la reparación civil que comprende: la indemnización de los daños y perjuicios, la restitución del bien o el pago de su valor, es decir el objetivo no solo recae en una acción penal sino también en una acción civil.

Si bien la finalidad esencial que persigue el proceso penal es la aplicación de la Ley Penal a los casos concretos, ella no es la única, ya que a lado de aquella puede existir otra accesoria y limitada, como lo es la realización del Derecho Civil vulnerado por el delito, mediante la adecuada reparación civil. (CASTRO, 1953, pág. 63)

Podemos decir que el proceso penal tiene dos finalidades importantes que son: **fin inmediato**, determinar la existencia del hecho punible y la responsabilidad penal de los autores y/o partícipes en su comisión, a fin de aplicar la sanción contemplada en la ley penal. Y como **fin mediato**, el restablecimiento de la paz social alterada por la comisión del hecho punible, es decir, la búsqueda de la solución del conflicto derivado por el delito. (SALAS BETETA, 2011, pág. 72)

2.4. PRINCIPIOS QUE REGULAN EL PROCESO PENAL

Entendemos como principios a aquellas proposiciones o verdades en las que se ha de sustentar el saber o la verdad jurídica, siendo categorías que inciden en el inicio, desarrollo, y finalización del proceso plasmado en directivas, en criterios y orientaciones que sirven de guían para la cabal comprensión del ordenamiento procesal. (DE LA CRUZ ESPEJO, 2007, pág. 95)

Usualmente cuando se tiene que ver con el Proceso Penal, nos enfocamos en forma directa a lo que establece el Código Procesal Penal, y otras leyes procesales conexas, pero nos olvidamos que en nuestra Constitución Política del Estado en donde se delinearán bajo el nombre de derechos y garantías

procesales, existen un sin número de principios que indispensablemente se aplican en todo proceso penal.

Estos principios tienen por función controlar el ejercicio del poder punitivo del Estado, a fin de que el imputado enfrente la selección del Sistema Penal con garantías y derechos en un plano de igualdad jurídica y de respeto a su dignidad como persona humana. (MASS, 1990, págs. 124-125)

Así mismo poseen una importancia que por definición los principios constituyen las bases fundamentales, marcos y criterios orientadores, indispensables para construir el ordenamiento que nos interesa. Constituyen la base en la que deben sustentarse los legisladores y gobernantes para establecer, aisladas y/o en conjunto, las formulas procedimentales a que debe sujetarse el Derecho Penal del país. (ORE GUARDIA, 1996, pág. 25)

Entre los principios que regulan el proceso penal tenemos los siguientes:

2.4.1. Principio de igualdad de las partes:

Este principio tiene rango constitucional, ya que se encuentra descrito en el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución Política, igualmente se encuentra descrita en el Título Preliminar del Código Adjetivo, artículo 1 inciso 3.

Desde el punto de vista procesal, este principio instituido como un derecho fundamental en la Constitución, garantiza que ambas partes procesales gocen de los medios del ataque, la defensa, y de la igualdad de armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, cuya

vulneración produce indefensión. (DE LA CRUZ ESPEJO, 2007, pág. 97)

2.4.2. Principio del debido proceso:

La existencia del debido proceso evita que el Estado aplique directa y abusivamente el Derecho Penal, pues es evidente que durante la tramitación del proceso se puede cometer abusos o violaciones a los derechos fundamentales de las personas que se han visto sometidas a él. Y es así que todo Estado de Derecho debe contar con un debido proceso penal (trámite legal dotado de garantías constitucionales), a fin de que la decisión del juzgador logre, no solo reparar integralmente a la víctima, sino que permita restablecer la paz social alterada por el delito. (SALAS BETETA, 2011, pág. 70)

La Comisión Andina de Juristas, refiere en su libro “Protección de los Derechos Humanos” que, las controversias que en la sociedad se presentan entre dos o más personas o entre Estados y los particulares, deben ser resueltas en procesos que se encuentren rodeados de una serie de garantías que permitan adoptar decisiones las más justas y equitativas posibles, a la vez que sean respetadas por las partes involucradas.

Dentro de estas garantías, dicha comisión resalta la del juez competente, independiente e imparcial. Se considera como Juez competente a aquel que, de acuerdo a las normas de competencia establecidas, es el indicado para conocer una controversia. En tanto al Juez independiente se refiere al nivel de relación que existe entre los

magistrados de las diferentes instancias del Poder Judicial respecto a los demás órganos del Estado. De este modo se considera como Juez imparcial cuando no debe establecer acuerdos a favor o en contra con alguna de las partes, ni tener opinión anticipada sobre el resultado final del proceso.

2.4.3. Principio de la preclusión:

La palabra precluir se deriva del latín *occludere* que significa cerrar, clausurar y tiene efectos cuando a las partes les han clausurado la oportunidad de llevar a cabo algún acto procesal. De tal forma el proceso se divide en claras etapas cerradas, cada una de las cuales supone la terminación de la anterior, sin posibilidad legal de renovarla o reabirla. (DE LA CRUZ ESPEJO, 2007, pág. 100)

Entonces este principio señala que todos los actos integrantes del proceso, deben desarrollarse siguiendo un orden preestablecido en la ley.

La preclusión, en sentido genérico, implica tanto una sucesión irreversible de etapas procesales o de la serie de actividades procesales; como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal. (MASS, 1990, pág. 10)

2.4.4. Principio de contradicción:

Este principio se construye en concepto de aceptar a las partes del proceso penal, acusadora y acusada, la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamentan y su correspondiente práctica de pruebas, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho a ser oído con carácter previo a la condena. (GIMENO SENDRA J. V., 1981, pág. 181)

En virtud de este principio, por un lado, permite que en el desarrollo de un juicio todos los sujetos procesales puedan controvertir las pruebas, argumentos o posiciones de los otros, y, de otro lado, pretende que los diferentes sujetos procesales puedan no solo intervenir en las prácticas de las pruebas, sino que además puedan controvertirlas y oponerse a ellas con el objetivo de purificarlas. (SAN MARTIN CASTRO, Derecho procesal penal, 1999, pág. 493)

Por este principio debe escucharse a todas las partes que intervienen en el proceso, con el motivo de brindarles a las mismas partes, iguales posibilidades de ataque y defensa. Se le considera como un complemento del principio de igualdad de las partes en la que se permite dar igualdad de oportunidades en la defensa de sus intereses.

2.4.5. Principio de inmediación:

En el proceso penal este principio es público por excelencia, se constituye una conexión entre el juez y el procesado, quien viene a ser la persona a quien se le va a juzgar, y para ello el órgano de decisión debe “analizarlo” inevitablemente.

Mediante el principio de inmediación se pone al magistrado en contacto directo con las pruebas y las partes, y permite captar aspectos y declaraciones imposibles de conseguir de otra manera, obteniendo así las pruebas de las fuentes originarias. Así mismo permite en las declaraciones indagatorias y testimoniales, en los careos y en las explicaciones verbales de los peritos, que el Juez aprecie las condiciones físicas y morales de los declarantes, y sus reacciones, que pueden estar motivadas por la culpabilidad, el arrepentimiento, la indagación, o denotar su peligrosidad o indiferencia. (LEVANE, 1993, págs. 111-112)

2.4.6. Principio de presunción de inocencia:

La Constitución Política del Estado admite como uno de los derechos fundamentales de la persona a la presunción de inocencia, donde en su artículo 2 inciso 24 “e” describe que “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

Este principio sostiene que toda persona debe ser tratada como un inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista una sentencia penal de condena; por ende, que la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de un inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad. (MAIER, 1996, págs. 253-255)

De esta forma si a una persona se le inicia proceso respecto a una imputación como autor de un hecho punible, tiene que ser indispensablemente probado esa imputación por tanto los hechos serán objeto de prueba y mientras no se pruebe de forma irrefutable, entonces se ha de hallarse la presunción de inocencia.

2.4.7. Principio de la instancia plural:

La llamada instancia plural responde a la necesidad de garantizar el acierto en las decisiones jurisdiccionales, pues en virtud de ellos, las resoluciones del inferior pueden ser impugnadas para que sean revisadas por el superior jerárquico.

Esta pluralidad de instancia, constituye una importante garantía, puesto que aleja el riesgo del error judicial, al permitir que toda resolución sea objeto de por lo menos una revisión. Lo que se quiere con este principio es que un juez de rango superior revise lo determinado en la instancia inferior. (DE LA CRUZ ESPEJO, 2007, pág. 106)

2.5. SISTEMAS PROCESALES PENALES

En la evolución histórica del Proceso Penal se desarrollaron tres principales sistemas procesales penales que son el Sistema Acusatorio, Sistema Inquisitivo y Sistema Mixto. Cada uno de estos sistemas manifiesta las diversas definiciones culturales que han imperado en el transcurso del tiempo.

La determinación del Sistema Procesal obedecerá a las funciones que se asignen a los sujetos procesales: Si las tres funciones, la de acusar, la de defensa y la de decisión, son encomendadas a tres órganos independientes, un acusador, un defensor y un juez, el proceso será acusatorio. Si las tres funciones se concentran en manos de una sola persona u órgano, el juez, el proceso será inquisitivo. (LEVANE, 1993, pág. 105)

El Sistema Acusatorio es el que aparece primero como una fórmula de solución de conflictos habidos entre dos partes que son resueltos por un tercero, el Juez. El Sistema Inquisitivo aparece con posterioridad y bajo la influencia del derecho canónico, bajo el sustento de que la imposición de la pena y el proceso no pueden depender de la voluntad de las partes, y requiere de la intervención de la autoridad estatal, de tal manera que el juez actuaba ex officio. De estos dos sistemas surge en Francia, un tercer sistema que hegemoniza el ordenamiento procesal del siglo XIX, se trata del Sistema Mixto. (SANCHEZ VELARDE, Manual de Derecho Procesal Penal, 2004, págs. 171-172)

2.5.1. El sistema acusatorio:

Históricamente este Sistema fue el primero en aparecer, teniendo su origen en Grecia, así como en la Republica Romana, se mantuvo en algunas partes de Europa a lo largo de la Edad media hasta el siglo XIII, en el cual es sustituido por el Sistema Inquisitivo.

En esta misma línea citando a **ORE GUARDIA** tenemos como principales características de este sistema los siguientes:

- La jurisdicción penal era ejercida por los tribunales populares, a veces las asambleas del pueblo, o los colegios judiciales integrados por gran número de ciudadanos. Luego fueron los jurados, hasta el típico jurado anglosajón.
- La persecución penal estaba en manos de una persona física, el acusador, y no en las del Estado. Era necesario que hubiera una acusación para que se desarrollara el proceso penal, ya que era imposible que se iniciara de oficio. Cuando la persecución penal era privada, el ofendido era el único legitimado para ello, y cuando era popular, cualquier ciudadano o persona del pueblo estaba legitimado para perseguir penalmente.
- En cuanto al acusado, este se constituye en sujeto de determinados derechos igual que el acusador, ya que ambos se encuentran en una misma situación de igualdad, y cuya situación jurídica procesal era la misma hasta la condena.

- El proceso se caracterizaba porque en lo fundamental consistía en un debate público, oral, continuo y contradictorio, donde ambas partes sostenían sus argumentos y pruebas como un verdadero duelo jurídico. En la antigüedad el jurado actuaba al aire libre, en el foro o plaza pública.
- En la actividad probatoria regia el principio de la libertad de presentación e incorporación de pruebas, para cuya valoración se apelaba el criterio de la íntima valoración.
- En la sentencia la decisión se daba por votación, ya sea por mayoría o por unanimidad de los integrantes del jurado. No se conocía la impugnación, y la cosa juzgada era el efecto natural de la sentencia que emitía el jurado. Excepcionalmente se admitía la impugnación, pero a modo de gracia o perdón.

2.5.2. El sistema inquisitivo:

Este sistema respondió a una concepción absolutista del Estado, con la consiguiente sobrevaloración de la autoridad y concentración del poder en manos del monarca reinante. Tuvo su origen en el derecho romano imperial con el procedimiento denominado *cognitio extra ordinem*. (ORE GUARDIA, 1996, pág. 13)

Siguiendo a **ORE GUARDIA** señalamos que el presente sistema tiene las siguientes características:

- La Jurisdicción penal era ejercida por el Monarca o Príncipe, pues según el sistema político imperante se concentraban en él las facultades de administrar, legislar y juzgar. En el monarca residía pues, el poder absoluto de juzgar, pero debido al gran número de casos no le permitía resolver personalmente todos, por lo que delegaba esa facultad en sus funcionarios, y podía reasumirlo cuando lo creía necesario.
- La persecución penal era ejercida por el Juez inquisidor, pues al tener el monopolio del poder de juzgar, también tenía el monopolio de la persecución penal. Era el Juez inquisidor el que decidía si se iniciaba un proceso.
- En cuanto al acusado dejó de ser considerado un sujeto procesal con poderes y derechos y se convirtió en un objeto de persecución, en donde además no tenía posibilidades de defenderse de cualquier imputación que se le había formulado, y en muchas veces era obligado a autoinculparse por medio de métodos sumamente crueles como el encarcelamiento previo y la tortura.
- El proceso penal era una investigación secreta, cuyo desarrollo era plasmado en actas que al final servían de base para emitir el fallo. Se caracterizaba por el secreto, la escritura, la rapidez, la discontinuidad, la falta de debate y la delegación jerárquica.
- En la actividad probatoria predominó el sistema de prueba legal o tasada, siendo de gran valor y principal prueba la confesión del

imputado, aunque para obtenerla se tuviese que recurrir a medios como la prueba divina o juicios de Dios, donde la tortura era el medio más empleado.

- La sentencia era dictada por el mismo Juez, con posibilidad de ser impugnada, ya que el superior jerárquico no podía renunciar a la facultad de revisar el fallo, al menos en varios casos emitido en primera instancia.

2.5.3. El sistema mixto:

Este sistema surge conjuntamente con el triunfo del Iluminismo y de la Revolución Francesa y llega a ser establecido por el Código de Enjuiciamiento de Francia de 1808. Aquel sistema supo combinar principios rectores del sistema acusatorio como del inquisitivo de tal manera que el sistema mixto quedó estructurado en dos etapas principales, por un lado, en la instrucción o sumario el proceso era escrito de corte inquisitivo, mientras que el plenario o juicio el proceso era oral de corte acusatorio.

En cuanto a este sistema **ORE GUARDIA** expresa que este sistema tiene las siguientes características:

- La Jurisdicción Penal es ejercida durante la instrucción por un Juez especializado denominado instructor, encargado de investigar el delito y durante el juicio oral por un Tribunal Popular o especializado que juzgan y sentencian.

- La persecución penal está en manos de un órgano del Estado que es el representante del Ministerio Público, siempre y cuando sean delitos perseguibles por acción pública, ya que, refiriéndose a delitos de acción privada, le corresponderá únicamente al ofendido o a su representante.
- Respecto al acusado de un delito, este siempre es considerado un sujeto de derechos y se le dan las respectivas garantías para un debido proceso. Del mismo modo es considerado inocente mientras no sea declarado culpable y condenado por una sentencia firme.
- El proceso penal de este sistema mixto es desarrollado en dos etapas principales: la de instrucción, fase investigadora a cargo de quien persigue penalmente el delito ya sea el Ministerio Público o el Juez, y tiene de condición de reservado y eminentemente escrito. La segunda etapa de juzgamiento o juicio oral se basa en principios rectores como la oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y libre apreciación de la prueba, cuyo resultado viene a ser la absolución o la condena del acusado.
- En la actividad probatoria, en tanto a la valoración de la prueba, se adopta el sistema de la íntima convicción, que luego evoluciona a la libre convicción o sana crítica.

- La sentencia que dicta el Tribunal es impugnabile, puede ser materia de revisión por la instancia superior. También se admiten los recursos de casación y apelación.

2.6. ETAPAS DEL PROCESO PENAL

Tradicionalmente y conforme al modelo antiguo, se ha concebido al proceso penal en dos etapas: instrucción y juzgamiento. La investigación policial o preliminar, anterior al proceso, no fue considerada como parte de su estructura. Sin embargo, su importancia debe resaltarse debido a que constituye el primer paso de investigación que puede dar lugar al inicio del proceso. (SANCHEZ VELARDE, 2009, pág. 29)

Desde una perspectiva funcional, en el proceso penal se pueden distinguir cinco etapas que se caracterizan por su continuidad y cada una de ellas con claras delimitaciones y estas son:

- **La investigación preliminar;**
- **La investigación preparatoria;**
- **La etapa Intermedia;**
- **El juzgamiento;**
- **La etapa de ejecución.**

Estas etapas se suceden unas a otras dependiendo de la necesidad de continuar con la investigación de los hechos denunciados, con la posibilidad de juzgamiento. De tal manera que culminada la etapa de **investigación preliminar** (o de investigación fiscal o policial) si existen elementos probatorios para pasar a la etapa de investigación preparatoria, el Fiscal emite

una Disposición de formalización de la investigación preparatoria y continua con las diligencias necesarias, con intervención de los defensores y bajo la supervisión del Juez para la **Investigación Preparatoria**. Culminada esta etapa, se pasará a la **fase Intermedia**, espacio procesal donde el Ministerio Público decidirá si formula acusación o el archivo del proceso; las posibilidades de observación de la acusación están permitidas a las partes, así como la interposición de nuevos medios técnicos de defensa. Superada esta fase de saneamiento procesal, **el juicio oral** se inicia y desarrolla sin mayor obstáculo procedimental, pero igualmente con posibilidades de conclusión anticipada de la sentencia. **La fase de ejecución** queda regulada en la ley, en la que se admite que el juez juzga y también hace ejecutar lo que juzga. (SANCHEZ VELARDE, 2009, pág. 30)

A diferencia del modelo anterior, el NCPP determina que el proceso penal cuenta con tres etapas: La investigación preparatoria, La etapa intermedia y El juicio oral. Si bien no son etapas del proceso penal propiamente dicho, existen dos ámbitos que no se pueden dejar de mencionar: La etapa policial y la segunda instancia o apelación.

2.7. EL PROCESO PENAL PERUANO

El Código Procesal Penal vigente es de corte garantista y se inspira en el precepto constitucional de respeto y garantía de los derechos fundamentales de la persona. Es así que se busca un equilibrio entre el proceso penal y el respeto de los derechos humanos contenidos en la Constitución Política, como en los instrumentos internacionales, que impidan un ejercicio arbitrario, abusivo o legal del poder del Estado.

2.7.1. Evolución legislativa:

- El 23 de noviembre de 1939 fue promulgado el Código de Procedimientos Penales la Ley N° 9024, pero recién entro en vigencia en el año 1940. Esta ley estableció el llamado “proceso ordinario”, que contenía una mezcla de dos sistemas procesales, el inquisitivo y el acusatorio. Este proceso se basaba en dos etapas: La instrucción, que era la fase de investigación ejercida por el Juez; y El juzgamiento, que era la fase donde se realizaba el juicio oral, ejercida por el órgano jurisdiccional superior, y el cual emitía una sentencia.
- El 3 de octubre de 1968 mediante Decreto Ley N° 17110, se modificó el Código de Procedimientos Penales, estableciéndose normas procesales tendientes a conseguir “una pronta y oportuna administración de justicia penal”, mediante la implantación de un “proceso sumario”, otorgándose la facultad de fallo a los jueces instructores en determinados delitos. Este proceso consistía en una sola fase, la instrucción, en la que un juez investigaba y dictaba la sentencia al culminar. No existía fase de juzgamiento, lo que a todas luces atentaba contra derechos fundamentales de los ciudadanos. (SALAS BETETA, 2011, pág. 73)
- Con fecha 12 de junio de 1981, mediante Decreto Legislativa N° 124, se estableció la Ley del proceso penal sumario, que extendió en vía sumaria, el número de figuras susceptibles de juzgamiento. De igual forma se adaptó el procedimiento a las facultades de los fiscales, como la facultad de intervenir en la investigación policial, de ofrecer pruebas de cargo y de

vigilar el proceso penal, todo ellos determinados en la Ley Orgánica del Ministerio Público.

- En el año 2000 la justicia penal en el Perú se volvió insostenible. La mayoría de delitos del Código Penal se tramitaban bajo el inefable proceso sumario y también gran parte se tramitaban los casos ante el Poder Judicial. Existía sobrecarga procesal, carencia de infraestructura y recursos humanos, deficiencias en capacitación y calidad de los operadores de justicia, altos índices de corrupción, reclamos sociales, entre otros, hicieron un cambio necesario. Es así que en año 2004 se promulgo el Decreto Legislativo N° 957, Código Procesal Penal, por el cual se materializo la adopción del sistema acusatorio en el Perú.

- Principalmente desde el año 2006, el Código Procesal Penal se viene poniendo gradualmente en vigencia en los distritos judiciales de Huaura, La Libertad, Tacna, Moquegua, Arequipa, Tumbes, Piura, Lambayeque, Puno, Cusco, Madre de Dios, Ica, Cañete, Cajamarca, Amazonas, San Martín, Junín, Huancavelica, Ayacucho, Apurímac, Lima, Lima Norte y Callao.

2.7.2. Etapas del nuevo proceso penal:

2.7.2.1. La investigación preparatoria:

La fase de la investigación preparatoria comienza con la denuncia, por parte del afectado de un tercero, o de oficio por el Ministerio Público o por la PNP, luego de lo cual se inician las diligencias. El fiscal tiene 60 días para determinar si existen o

no indicios de la comisión de un delito. Concluido este plazo, debe decidir entre formalizar y continuar la investigación preparatoria o archivar la denuncia.

La formalización de la investigación preparatoria da inicio a un período de 120 días en los que el fiscal, con apoyo policial, tiene que convencerse de la responsabilidad o inocencia de las personas denunciadas, para lo cual debe desarrollar todos los actos de investigación necesarios. A su vez, en ese lapso, el fiscal puede requerir que el juez de la investigación preparatoria otorgue medidas cautelares.

2.7.2.2. La etapa intermedia:

La segunda etapa del proceso penal, de acuerdo con el NCPP, es la llamada etapa intermedia. Su principal característica consiste en que el juez de la investigación preparatoria revisa, en audiencia de control preliminar, la decisión final del fiscal, es decir, ya sea el requerimiento de sobreseimiento, si es que el fiscal ha considerado que no existen elementos probatorios suficientes para demostrar que el presunto delito fue cometido; o la acusación fiscal, cuando considere que el delito se cometió y existen elementos para creer que el imputado es el responsable de este.

2.7.2.3. El juicio oral:

Esta etapa también conocida como de juzgamiento, es la más importante del proceso penal. El juicio oral constituye la principal etapa del proceso penal porque es el momento en que el juez tomara la decisión sobre la culpabilidad o inocencia del imputado. Su objetivo principal es que se dicte sentencia sobre la acusación fiscal y sobre los fundamentos y pruebas expresadas por las partes procesales.

2.8. EL PROCESO PENAL EN EL DERECHO COMPARADO

El derecho comparado será siempre fuente de inspiración legislativa, por tal motivo resulta importante conocer la evolución y características de las legislaciones modernas en materia de proceso penal con la finalidad de entender especialmente las instituciones que llegaron a tener reformas en nuestra legislación.

Las últimas reformas del proceso penal en el derecho comprado dejo como característica principal la adopción de un sistema procesal acusatorio, dejando atrás el típico sistema mixto, de tal forma que organizaba el nuevo proceso penal en dos fases, una de investigación preliminar delegada al Ministerio Publico; y otra fase de juzgamiento delegada al órgano jurisdiccional correspondiente al Juez o Tribunal.

En este sentido, el derecho comparado resulta ser, con frecuencia, fuente de conocimiento jurídico y también de inspiración legislativa. No es infrecuente

por ello, que los ordenamientos jurídicos adopten, en esencia, las innovaciones legales del derecho extranjero a su realidad; en el mismo sentido, la doctrina es también fuente alentadora de tales cambios. (SANCHEZ VELARDE, 2004, pág. 198)

2.8.1.El proceso penal alemán:

Entre las fuentes básicas del procedimiento penal alemán tenemos a la Ley Fundamental de Bonn de mayo de 1949 y la Ordenanza Procesal de 1877 y las modificaciones habidas hasta 1975.

El jurista alemán SCHONE sostiene que el proceso penal se sustenta en las siguientes reglas:

- El derecho penal material se realiza por un procedimiento ordenado con la finalidad de obtener una decisión sobre la sanción penal y, en su caso, de su ejecución.
- Rige el principio de actuación ex officio y de legalidad.
- La meta del proceso no es el castigo del culpable, sino la decisión sobre una sospecha de comportamiento punible, que es aquella que se basa en la verdad objetiva, dentro de un proceso con exigencias constitucionales y con la formalidad legalmente admitida.
- Se instituye sobre la base de un sistema procesal acusatorio, donde la investigación y la acusación corresponde a la Fiscalía y la decisión jurisdiccional al Tribunal.

- El procedimiento ordinario comprende: El procedimiento preliminar o de investigación, a cargo de la Fiscalía y concluye con la formulación de la acusación o sobreseimiento; El procedimiento intermedio, a cargo de los miembros letrados del Tribunal y tiene por finalidad la verificación de la existencia de una “sospecha suficiente” para decidir sobre la admisión de la acusación o el sobreseimiento; El procedimiento principal, a cargo del Tribunal y que comprende el juicio oral y la sentencia; El procedimiento de ejecución, si la sentencia es condenatoria, está a cargo de la Fiscalía.

2.8.2. El proceso penal francés:

En el Code d’instruction criminelle de 1808, Francia instaura el sistema procesal penal mixto. El Código procesal francés vigente contiene disposiciones sobre la organización judicial penal, sobre la preparación del juicio o audiencia propiamente dicha. La jurisdicción penal y la competencia de los jueces han sido estructuradas sobre la base del sistema tripartito de las infracciones penales. De acuerdo a la ley penal las infracciones pueden clasificarse en infracciones graves, infracciones de tipo correccional y faltas. (SANCHEZ VELARDE, 2004, págs. 200-201)

Como describe el Código Procesal Francés vigente dentro del sistema procesal penal encontramos dos fases importantes que son:

A. La Fase Preparatoria: tiene las siguientes características:

- La fase de investigación inicial realizada por la Gendarmería o por la Policía Nacional bajo el control del Ministerio Público.
- La comisión de una infracción puede dar lugar a una *indagación*, en caso de infracción flagrante, que comprende tres supuestos de flagrancia (propia, cuasi, cuasi flagrancia y 'presunción de flagrancia) y que permite una intervención policial con investigación rápida con medidas coercitivas; o una *indagación preliminar*, en caso no se diera la flagrancia, que permite a la policía una investigación criminalística, pero restringiéndose el uso de mecanismos coercitivos.
- El Ministerio Público controla la actividad de la policía (judicial y nacional) en la investigación de las infracciones, así como ejercita la acción penal pública ante el juez de Instrucción, el mismo que tiene como función la búsqueda de las pruebas materiales de dichas infracciones, así como también dictar las medidas coercitivas.

B. La Fase de Juzgamiento: Se dirige por los principios del sistema acusatorio que son muy renombrados en nuestro proceso, que señala al juicio como público, oral y contradictorio.

2.8.3. El proceso penal italiano:

Italia cuenta desde 1988 con un nuevo Código Procesal Italiano donde se predomina que el proceso debe de inspirarse en la máxima simplificación y amparar el principio de oralidad, donde tanto la

acusación como la defensa deben ser tratadas bajo el principio de igualdad en cada fase del proceso. (SANCHEZ VELARDE, 2004, págs. 203-204)

Siguiendo líneas de SÁNCHEZ VELARDE se desarrollan tres fases en el proceso penal italiano que son las siguientes:

- A. La Indagación Preliminar:** que se le delega al Ministerio Público para que efectúe las actividades investigadoras de materia extra-procesal donde pueda realizar las diligencias de: verificaciones sobre los hechos, requerimiento de auxilio de los peritos, interrogatorio al imputado, y ejercitar facultades coercitivas. Al terminó, que no puede durar más de dieciocho meses, remite lo actuado al Juez, sea ejerciendo la acción penal o requiriendo el archivo de la investigación.
- B. La Audiencia Preliminar:** se constituye entre la fase pre-procesal caracterizada por la búsqueda del origen de la prueba; y la fase procesal caracterizada por la creación y análisis de la prueba. En esta audiencia el Fiscal expone brevemente los resultados de su indagación y los elementos de prueba que respaldan el juicio. En tanto el Juez puede emitir decreto de improcedibilidad del juicio, contra el cual procede apelación, o también puede declarar decreto que habilite el juicio.
- C. Los Procedimientos Simplificados:** han sido amparado por los diferentes ordenamientos jurídicos de sistemas acusatorio e inquisitivo, diseñándose dos procedimientos especiales como son

de definición anticipada, que evita el juzgamiento; y de celebración anticipada que evita la audiencia preliminar.

2.8.4. El proceso penal portugués:

El Código de Proceso Penal de Portugal fue aprobado mediante Decreto Ley 78/1987, el 17 de febrero y establece otro de los modelos procesales de corte acusatorio.

A. Nuevas Posiciones:

Se delegan las facultades al Ministerio Público para que oriente la investigación. En ese sentido se establecen tres tipos de procedimientos:

- **Procedimiento Ordinario:** que se enlaza con una investigación preliminar a función del Ministerio Público y un Juez Instructor para determinar la decisión del Fiscal a ejercitar la acción penal.
- **Procedimiento Sumario:** se establece para casos de delitos flagrantes con penas no superiores a tres años.
- **Procedimiento Sumarísimo:** para aquellos delitos perseguibles de oficio con penas privativas de libertad de hasta seis meses.

B. Actuación Del Ministerio Público:

- Como lo dispone la Ley Procesal Penal, se le encarga al Ministerio Público la investigación preliminar o también llamado Inquérito, que es conjunto de diligencias, que investiga la existencia del delito, define sus autores y sus correspondientes responsabilidades, así como descubrir, recoger y asegurar el material probatorio a efecto de decidir sobre la formulación de la acusación. (art. 262°)
- La investigación preliminar concluye con el archivo de la misma o con la formulación de la acusación; se establece un plazo de seis meses, si hubiera detenido y de ocho meses si no lo hubiera, plazos que pueden prorrogarse a ocho o doce meses atendiendo al delito imputado. (art. 276°, 1, 2)
- Le compete a la Policía Judicial y a la Policía Criminal la labor de colaboración al Ministerio Público, en la que esté le puede encomendar cualquier diligencia o investigación indispensable. (art. 623°)

2.8.5. El proceso penal colombiano:**A. Nuevos Enfoques:**

Desde 1991 se percibe una variación en el sistema judicial de Colombia, especialmente en lo referido a la justicia penal, pues por Decreto N° 2699, de fecha 30 de noviembre se crea la Fiscalía

General de la Nación y en la misma fecha, mediante Decreto N° 2700, el Código de Procedimiento Penal, que ha sido sustituido por la Ley N° 600 del 24 julio del año 2000.

Con la creación de la Fiscalía de la Nación le compete investigar los delitos, y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados o tribunales competentes, ya sea de oficio o mediante denuncia o querrela. Esta primera fase le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, integrada por el Fiscal General, sus agentes fiscales y la policía judicial. Y la segunda etapa le correspondería a los jueces y magistrados. (SANCHEZ VELARDE, 2004, pág. 212)

A diferencia de la legislación peruana, la Constitución Colombiana en su artículo 275°, prescribe que la Fiscalía de la Nación es distinta al Ministerio Público. En consecuencia, la primera se encarga plenamente de la función persecutoria del delito dentro del ámbito judicial y la segunda se encuentra dentro de los órganos de control conjuntamente con la Contraloría General de la República y cuenta con funciones preestablecidas.

Consecuentemente en el año 2000 se expidió la Ley N° 600 del 24 de julio, que a su vez promulga el nuevo Código de Procedimiento Penal, que está actualmente vigente y que es de corte acusatorio.

B. Características del Nuevo Proceso Penal:

Para el constituyente Fernando Carrillo en la obra La Constitución del 91, el nuevo proceso penal tiene las siguientes características:

- La división de tareas en la persecución de delitos busca las garantías procesales y la eficacia de la investigación.
- La titularidad de la investigación y del ejercicio de la acción penal, no constituye una atribución de naturaleza discrecional. La acción penal es indispensable. Esto significa que el fiscal no decidirá arbitrariamente a quién acusa.
- La Fiscalía General de la Nación ejerce la titularidad de la acción penal desde la etapa de la investigación. En consecuencia, los Fiscales dirigen la investigación del delito desde su inicio y pueden declarar extinguida la acción penal. Además, tienen las facultades para dictar medidas cautelares.
- Actúan los órganos judiciales cuando se afecten derechos individuales de los sujetos procesales, como los relativos a su detención, la afectación de sus bienes, la práctica de pruebas o actos irrepetibles en la etapa del juicio, etc.
- Se establecen mecanismos de terminación anticipada del proceso, denominada sentencia anticipada, o la conciliación o la indemnización integral.
- La etapa de juzgamiento se rige por los principios de oralidad, publicidad y contradicción.

2.9. CONCLUSIÓN

El nuevo proceso penal viene reformándose con el Nuevo Código Procesal Penal que entro en vigencia en el Perú en el año 2004. Sin embargo, su implementación integral ha sido progresiva desde entonces. En el 2006, Huaura se convirtió en el primer distrito judicial en aplicar el NCPP, en este mismo sentido le seguirán los otros 26 distritos judiciales. Con este nuevo sistema procesal penal que ya empezó a presidir en nuestro país, ha implicado un cambio de paradigma, de mentalidad y de actitud en todos, ya que se ha adoptado un sistema oral y público que rompe contra una tradición encajada por varias décadas como lo ha sido el sistema inquisitivo, a su vez rompe reglas, costumbres y conductas, que han propiciado que surjan múltiples focos de resistencia al cambio, que no se deciden a adaptarse e incorporarse a un sistema dinámico, cambiante y que rompe con todos los esquemas.

TITULO II: EL DERECHO PROCESAL PENAL Y
LAS MEDIDAS COERCITIVAS PROCESALES
(PRISIÓN PREVENTIVA Y DETENCIÓN
DOMICILIARIA)

2.10. INTRODUCCION

El Derecho Procesal Penal, es una rama del orden jurídico interno de un Estado que contiene un conjunto de normas jurídicas, encargadas de proveer los conocimientos teóricos, prácticos o técnicos necesarios para comprender y aplicar las normas jurídicas procesales penales, destinadas a regular, el inicio, desarrollo, y culminación de un Proceso Penal.

En este sentido, el Estado ejerce la función jurisdiccional del mismo modo que a la persona le asiste el derecho a reclamar la tutela jurisdiccional; y el medio para realizar esa función es el proceso penal, aquel proceso que su vez está regulado por el Derecho Procesal Penal.

Es así que el Estado despliega, a través de sus órganos respectivos, la más importante actividad procesal: la actividad probatoria. Sin embargo, a veces ésta se ve obstaculizada en su desarrollo por una serie de actos del imputado o de terceros, los mismos que por rehuir el juicio o distorsionar a su favor la actividad probatoria, atentan contra los fines del proceso. Conducta que en la doctrina se llama peligro procesal. Y para evitar esa situación, el Estado pone en movimiento otra actividad importante: la actividad cautelar. (ORE GUARDIA, 1999, pág. 225)

En las mismas líneas, las normas que contiene el proceso penal se encuentran enmarcadas dentro del Nuevo Código Procesal Penal, que actualmente es de corte garantista y que se ubica dentro del marco de la Constitución, por ser respetuoso con los derechos fundamentales de la persona.

Estos derechos que son inherentes a la persona por el sólo hecho de su existencia y que se encuentran reconocidos por los Estados, sin distinción alguno, tal como aparece en nuestra Constitución cuando consagra que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, como fin supremo de la sociedad y el Estado. (SANCHEZ VELARDE, 2009, pág. 323)

2.11.DEFINICION DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS PROCESALES

Las medidas coercitivas son un conjunto de actos que tienen a restringir el ejercicio de los derechos personales o patrimoniales, del imputado o de terceras personas, impuestas en el inicio o durante el curso del proceso penal, con el propósito de asegurar o garantizar los fines del mismo. Y se sujetan para casos expresamente establecidos en la ley y bajo determinados principios.

A este conjunto de medidas San Martín Castro las denomina medidas provisionales, y las define como “los actos procesales de coerción directa que, recayendo sobre los derechos de relevancia constitucional, de carácter personal o patrimonial, de las personas, se ordenan a fin de evitar determinadas actuaciones prejudiciales que el imputado podrá realizar durante el transcurso del proceso de declaración”. (SAN MARTIN CASTRO, 2003, pág. 1072)

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2° inciso 24 párrafo b) de la Constitución Política *“No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley”*.

Concordante con ello el artículo VI del Título Preliminar del CPP señala: *“Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad”*.

Asimismo, el Código Procesal Penal en su artículo 253°.1 establece que *“los Derechos Fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, solo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la ley lo permite y con las garantías previstas en ella”*

Gimeno Sendra sostiene que tales medidas *“son resoluciones motivadas del órgano jurisdiccionales que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado, y de otro, de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia. (GIMENO SENDRA, 2004, pág. 481)*

2.12.PRINCIPIOS DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS PROCESALES

Las medidas coercitivas se rigen por definidos principios que nacen de la Constitución y los Convenios o Pactos Internacionales relacionados con los Derechos Fundamentales de las personas. Luego de la adopción de estas medidas se debe respetar minuciosamente los siguientes principios:

2.12.1. Principio de legalidad:

Como lo prescribe la Constitución Política en su artículo 2° inciso 24 párrafo b) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

De esta manera, solo se pueden aplicar las medidas coercitivas que se encuentren expresamente reguladas en la ley procesal y que la adopción de estas se encuentre debidamente justificada en la forma y por el tiempo señalado.

2.12.2. Principio de excepcionalidad:

Del mismo modo como el principio anterior, lo importante es el respeto de la libertad individual de la persona. Es así que las medidas coercitivas se deben aplicar en casos excepcionales, en otras palabras, cuando fuera totalmente necesario para cumplir los fines del proceso penal.

2.12.3. Principio de proporcionalidad:

La aplicación de las medidas coercitivas debe limitarse a determinadas reglas y debe guardar proporcionalidad con el peligro procesal que trata de prevenirse. Es decir, que en la comisión de un delito leve o de menor intensidad tiene que imponerse una medida coercitiva de su misma proporcionalidad.

2.12.4. Principio de necesidad:

Se aplicarán las medidas coercitivas cuando definitivamente estas sean necesarias, para llegar a investigar la verdad, garantizar el desarrollo del procedimiento y la correspondiente aplicación de la ley. Estas medidas por ningún motivo se impondrán de forma arbitraria, por el contrario, la persona goza de un principio fundamental, que es la presunción de inocencia, y que lo considera inocente mientras no se le haya declarado judicialmente responsable.

2.12.5. Principio de prueba suficiente:

En la imposición de esta medida coercitiva se ha de requerir suficientes elementos probatorios respecto al vínculo del imputado con delito punible y la necesidad cautelar. Siento este principio concordante con el principio de proporcionalidad, en cuanto la medida coercitiva sea más grave, será mucho mayor el requerimiento de elementos probatorios que demuestren la necesidad de aplicar dicha medida.

2.12.6. Principio de provisionalidad:

Las medidas coercitivas son de carácter provisionales, no son definitivas ni de duración indeterminada, se imponen por un tiempo necesario hasta alcanzar los fines del proceso. Es decir que, en cualquier fase del proceso, estas medidas pueden ser modificadas por otra o simplemente extinguirse. A su vez las medidas son temporales, por cuanto la ley determina sus plazos máximos de duración.

2.12.7. Principio de judicialidad:

Las medidas coercitivas solo pueden ser dictadas por el órgano jurisdiccional, que en este caso es el Juez, quien solo impone dicha medida mediante una resolución debidamente motiva, que se otorga a pedido del Fiscal, quien explica las razones en que se fundamenta su solicitud, durante el marco del proceso penal, en el modo y forma establecidos por la ley.

2.13.MEDIDA DE COERCION PROCESAL PERSONAL

Las medidas de coerción procesal pueden recaer sobre derechos personales o sobre derechos patrimoniales o reales del imputado. En este caso para la presente investigación solo abarcaremos la medida de coerción personal de Prisión Preventiva que se encuentran reguladas en el Código Procesal Penal vigente, y la institución de la Detención Domiciliaria.

Dentro de esta medida encontramos el Derecho a la libertad personal, que se constituye como uno de los derechos fundamentales con mayor importancia, la cual se encuentra establecida en el artículo 2º.24 de la Constitución

Política, y que implica la libertad “física” de la persona, esto es su libertad de locomoción, el derecho de irse o de quedarse, o de la potestad de desplazarse libremente de un lugar a otro y sin interrupciones indebidas.

Se coincide con el Tribunal Constitucional en su Exp. N° 6201-2007-PHC/TC, cuando manifiesta: “la libertad personal no solo tiene una dimensión subjetiva, que garantiza la prohibición de injerencias arbitrarias en un ámbito de libertad corporal y locomotora 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”.

El Código Procesal Penal en su artículo 235°. 2 y 3, establece que “la restricción de derechos fundamentales requiere de expresa autorización legal y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que existan elementos de convicción; por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva”.

2.14.LA PRISION PREVENTIVA

La prisión preventiva denominada también detención preventiva o detención provisional, es una medida coercitiva de índole personal, provisional y excepcional de mayor gravedad en el proceso penal, afecta la privación de la libertad individual ambulatoria del imputado mientras dure el proceso o hasta

que se modifique por otra medida o cese dicha privación; esta medida se efectúa previo requerimiento fundamentado por el Fiscal, que resulta ser dictada en audiencia por el Juez de Investigación Preparatoria.

Como se ha dicho, la libertad constituye uno de los derechos más preciados por la persona o como lo ha señalado BURGOA, es la condición indispensable para que el individuo desarrolle su personalidad. Por ello es que la misma Constitución en su artículo 2°.1, establece el derecho de la persona no sólo a elegir el lugar de residencia, sino “a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial.

SAN MARTÍN CASTRO, define la prisión preventiva o llamada también detención judicial como una medida cautelar jurisdiccional, consistente en la privación de la libertad del imputado, mediante su ingreso en un centro penitenciario por un tiempo máximo establecido por la ley con diferente grado de previsión, impuesta durante la sustanciación de un proceso penal, que tiene como función asegurar la efectividad de la ejecución y también la presencia del imputado durante el proceso. (SAN MARTIN CASTRO, 2003, pág. 818)

2.14.1. PRESUPUESTOS MATERIALES:

Conforme a la regulación procesal, corresponde al Ministerio Público, solicitar al Juez la prisión preventiva, para lo cual deberá acompañar los elementos de prueba. De allí que el juez “atendiendo a los primeros recaudos” considerara la concurrencia de los presupuestos establecidos por la ley.

La nueva ley procesal en su art. 268.1 establece los tres presupuestos que el juez deberá tener en cuenta para decidir la prisión preventiva que son: prueba suficiente, pronóstico de pena superior a 4 años y peligro procesal.

2.14.1.1. Prueba suficiente:

“Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo.”

Resulta necesario que el juez evalúe los elementos de prueba, que acompaña la solicitud del Fiscal, sobre la vinculación del imputado como autor o participe del hecho punible. Para ello ha de darse la correspondiente fundamentación de hecho y de derecho sobre el delito o sobre la responsabilidad penal del imputado.

2.14.1.2. Pronóstico de pena:

“Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad”

El juez para dictar esta medida coercitiva, deberá realizar un análisis preliminar en atención al delito que se impone y a los elementos de convicción existentes. Sobre esa base el juez podrá determinar una pronóstico de la pena que podrá recaer en el imputado. Y solo se dictará la prisión preventiva cuando la pena probable sea superior a cuatro años de privación de la libertad.

2.14.1.3. Peligro procesal:

“Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

El nuevo CPP establece las pautas necesarias para calificar el peligro de fuga y de obstaculización, las cuales están contenidas en los artículos 269° y 270°.

a) **PELIGRO DE FUGA:** Para calificar el peligro por temor de fuga del imputado, el juez tendrá en cuenta:

- *“El arraiga en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto”*

Estas pautas permiten establecer si el imputado, en razón de su familia, su domicilio, residencia habitual, su domicilio, su trabajo o bienes, está en las condiciones de fugarse de la acción de la justicia. Cuando por ejemplo el imputado comienza a vender sus bienes o sus familiares empiezan a salir del país o se van de viaje, se puede presumir que hay peligro de fuga.

- *“La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”.*

Constituye un elemento de mucha carga para el imputado, dado que el delito que se le atribuye predice al imputado una sanción penal muy severa y ello puede generar que trate de eludir la acción judicial. Como muchas veces sucede en los delitos más graves como homicidio calificado o agresión sexual de menores.

- *“La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo”*

Se refiera a la gravedad del daño causado y a la actitud del imputado frente a ello. Significando el hecho de que haya huido de la escena del delito, abandonando así a la víctima.

- *“El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal”*

Constituye una pauta a considerar la actitud procesal positiva o negativa del imputado ante la actividad judicial en las diligencias de cualquier fase del proceso o en otros procesos. Por ello se considera importante que para su defensa el imputado se entregue en la etapa de investigación preliminar o preparatoria ante la autoridad policial o fiscal.

b) **PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN:** Para calificar el peligro por temor de obstaculización del imputado, el juez tendrá en cuenta:

- *“Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba”*

El peligro radica en el hecho de que el imputado estando en libertad pueda incurrir en alguna de las acciones señaladas.

- *“Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente”*

Este apartado indica la posibilidad de que el imputado pueda influir en sus coprocesados, agraviados o testigos para que estos declaren o informen indebidamente o no cumplan con los mandatos judiciales.

- *“Inducirá a otros a realizar tales comportamientos”*

Esto quiere decir que exista la posibilidad de que el imputado pueda utilizar a terceros, a fin de que procedan a ejercer influencias en las personas indicadas en el apartado anterior.

2.15. CARACTERÍSTICAS DE LA PRISION PREVENTIVA

Este mandato de detención posee las siguientes características:

- a) **Tiene carácter de facultativa:**

El artículo 268° del CPP no es una norma imperativa, sino facultativa, en la que el Juez basado en su libre criterio, en la ley y en los hechos la imposición de la prisión preventiva, luego de un análisis de razonabilidad.

b) **Debe recurrir los tres presupuestos materiales:**

Esto significa que debe existir suficientes elementos de prueba, que la pena probable a imponer sea superior a los cuatro años y que el imputado trate de eludir o entorpecer la acción de la justicia.

c) **Se dicta en delitos dolosos o culposos:**

Conforme lo señala el artículo 268°. 1 del CPP, sobre la existencia de elementos de convicción de la comisión de un delito sin especificar el tipo del mismo, significaría que la medida coercitiva de prisión preventiva también se aplicaría en delitos culposos.

d) **Requiere de resolución fundamentada:**

Conforme lo prescribe el artículo 271°, el juez de la investigación preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento formulado por el Ministerio Público realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva, la cual se llevará a cabo con la concurrencia obligatoria del fiscal, del imputado y su defensor, quien en caso de inasistencia podrá ser remplazado por el defensor de oficio.

El auto que dispone la prisión preventiva debe ser siempre motivado, es decir que se debe desarrollar los fundamentos de hecho que la motivan,

exponer las normas infringidas, explicar los elementos probatorios que demuestran la medida, y citar las normas procesales correspondientes.

Si el juez de la investigación preparatoria, no considera fundado el requerimiento de prisión preventiva optará por la medida de comparecencia restrictiva o simple según el caso.

Asimismo, el imputado debe estar plenamente identificado e individualizado (con sus nombres, apellidos, edad, lugar, y fecha de nacimiento, nombre de sus padres, etc.), para evitar las detenciones por homonimia.

e) **Se encuentra condicionado por plazos:**

La detención preventiva es una medida excepcional y por ello está limitada en el tiempo, no tiene duración indefinida. Como lo dispone el artículo 272° del CPP, no durará más de nueve meses, pero tratándose de casos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses.

En este último supuesto ha de estimarse que el caso que se investiga debe de haber sido declarado complejo, bajo los criterios de número de imputados, agraviados, concurso de delitos, dificultades en la realización de las pericias, principalmente. (SANCHEZ VELARDE, 2009, pág. 341)

En las mismas líneas el artículo 273° señala que, al vencimiento del plazo, sin haberse dictado sentencia de primera instancia, el juez de oficio o a solicitud de las partes decretará la inmediata libertad del imputado, sin perjuicio de dictar concurrentemente las medidas necesarias para asegurar

su presencia en las diligencias judiciales, incluso las restricciones a que se refiere los numerales 2) al 4) del artículo 288°.

La ley también ampara la institución de la prolongación de la prisión preventiva, sólo cuando concurren “circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia” fijándose una prolongación no mayor a los 18 meses. Puede interpretarse que esta prórroga puede ser adicional al supuesto de complejidad, lo que sumado al plazo máximo anterior daría un total de 36 meses.

2.16.LA DETENCION DOMICILIARIA

En la nueva legislación procesal, la detención domiciliaria, pese a estar regulada en capítulo correspondiente a la comparecencia, ya no aparece como una forma de comparecencia con restricciones, por el contrario, ahora aparece como institución autónoma en el artículo 290° del Código Procesal Penal.

La detención domiciliaria establece una limitación a la libertad ambulatoria del imputado a un definido espacio físico y que por disposición del juez debe de cumplirse en su domicilio, en otro lugar, pero fuera del lugar penal o penitenciario, bajo custodia policial o de alguna institución o persona designada para tal objetivo.

De otro concepto, el arresto domiciliario implica la restricción de la libertad personal del imputado, esto es, su desplazamiento ambulatorio, en el espacio físico donde este reside, su domicilio como recinto en el cual desarrolla su vida personal y familiar. Consiste históricamente en que el preso permanezca

privado de su libertad en su propio domicilio. (LOPEZ BARJA DE QUIROGA, 2004, pág. 832)

En esta línea, el Tribunal Constitucional 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”. (EXP. N° 6201-2007-PHC/TC, 2008)

Para la Corte Suprema:

“La detención domiciliaria, fáctica y jurídicamente, se sitúa en una escala inmediatamente inferior a la detención judicial preventiva, es una medida de coerción intermedia, de nivel superior, porque importa la privación de la libertad personal, que incluso puede relativizarse aún más, en condiciones menos gravosas que la detención o la prisión”. (RN N° 3100-2009, 2001)

En doctrina extranjera DE LA RUA se pronuncia diciendo que la detención domiciliaria es la segunda medida cautelar en intensidad después de la prisión preventiva, su grado de afectación de la libertad se manifiesta en el derecho que toda persona tiene al libre tránsito. Este tipo de medida cautelar “se funda en razones humanitarias, y aparece en los precedentes en relación a penas privativas de libertad de escasa entidad (...)”. (DE LA RUA, 1997, pág. 143)

Haciendo una revisión de la legislación comparada que regula esta institución nos permite distinguir que existen dos grandes modelos de regulación de esta

medida cautelar. El primero es el *modelo amplio* de detención domiciliaria que, en lo fundamental, sigue las siguientes líneas: 1. Considera a la detención domiciliaria como una medida alternativa a la prisión provisional, 2. Es de carácter facultativo para el juzgador, 3. Se aplica de manera general a cualquier persona, 4. Admite fórmulas de flexibilización (permisos para trabajo, atención de salud, etc.); El segundo es el *modelo restringido* que, en contraposición al primero, tiene las siguientes notas distintivas: 1. Considera a la detención domiciliaria como una medida sustitutiva de la prisión preventiva, 2. Se impone de manera obligatoria por el juez, 3. Se regula de manera tasada (solo en determinados supuestos: gestantes, mayores de 65 años, enfermos terminales, etc.); 4. Admite permisos solo de manera excepcional en casos de urgencia. (DELMAS MARTY, 1986, pág. 49)

Seguidamente, se puede decir que el último modelo, es el seguido por nuestro vigente Código Procesal Penal en la cual se advierte que no toda persona puede ser sujeto de detención domiciliaria, pues esta medida es sólo sustitutiva de la prisión preventiva y se condiciona a evitar el peligro de fuga o de obstaculización de la prueba. Pues así lo describe el artículo 290° del CPP, estableciendo que se impondrá dicha medida, cuando pese a corresponder prisión preventiva, el imputado se encuentre en alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Es mayor de 65 años de edad;
- b) Adolece de una enfermedad grave o incurable;
- c) Sufre grave incapacidad física permanente que afecta sensiblemente su capacidad de desplazamiento;
- d) Es una madre gestante.

2.16.1. Presupuestos materiales:

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido en igual jurisprudencia los presupuestos básicos para la imposición de la detención domiciliaria, los cuales son: a) *fumus boni iuris*(del derecho); b) *periculum in mora* (peligro procesal).

Es así que la medida coercitiva de detención domiciliaria se acomoda a dos presupuestos materiales que es la apariencia del derecho y el peligro en la demora que en disciplina penal se precisa a través del denominado proceso penal. Que a continuación delimitaremos:

2.16.1.1. Apariencia del delito:

La apariencia del delito viene constituida por un juicio de probabilidad sobre el hecho imputado, la calificación jurídica aproximativa y sobre la posible responsabilidad penal del imputado. No basta una mera sospecha sobre la culpabilidad del imputado, se exige que los hechos abarquen los elementos de espacio, tiempo y circunstancia, para poder identificar razonablemente que el sujeto pasivo de la medida de coerción, es autor o participe de un hecho punible. (CACERES JULCA, 2014, pág. 262)

Por tanto, la comprobación de la posible responsabilidad del imputado por el hecho delictivo que se le atribuye, resulta una exigencia ineludible que debe ser respetada por el Estado para

privar de libertad a una persona jurídicamente inocente en el marco de un proceso penal. (SERGUI, 2001, pág. 123)

Como se denota, es necesario que la fundamentación elaborada por el Fiscal implique la credibilidad de la imputación, es decir que se encuentre debidamente justificada en razones serias, en medios de prueba sobre el propósito del fiscal, por lo que, si esta carece de coherencia o de vacíos, no será posible establecer la veracidad del derecho aludido.

2.16.1.2.El peligro procesal:

El artículo 290°.2 del Código Procesal Penal señala que:

“La medida de detención domiciliaria está condicionada a que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente con su imposición”.

Es así, que el peligro procesal viene representado por el entorpecimiento de la actividad probatoria o del peligro de fuga o de la evasión del imputado del proceso, que impediría la posible pena a imponer.

a. PELIGRO DE FUGA:

El peligro de fuga se deriva del posible retraso que tendría la emisión de una sentencia penal si el imputado materializa algún acto que ponga en peligro la continuación del proceso; en tal sentido, la duración de los procesos obliga a asegurar a la persona del imputado con la finalidad esencial de lograr su presencia en el juicio oral o, lo que es de lo

mismo, para evitar que se frustre el proceso. (CACERES JULCA, 2014, pág. 264)

La probabilidad de imponer detención domiciliaria por peligro de fuga, está supeditado a que el imputado efectúe acciones que puedan crear un peligro de frustración procesal, para lo cual se deberá de observar la actitud y aptitud que el imputado manifieste.

b. PELIGRO DE ENTORPECIMIENTO PROBATORIO:

Es aquel acontecimiento ocasionado por el imputado o por terceros con la finalidad de evitar o reducir la capacidad del Ministerio Público, para descubrir, incorporar o ejercer acciones o elementos de prueba a la investigación.

Para determinar el peligro de entorpecimiento de la investigación o de los actos de prueba, se debe evaluar el grado de peligrosidad del delito por el cual se investiga, la presencia de otros coimputados, sus vínculos y posibles influencias que pueda generar en terceras personas, la mala fe procesal de las defensas de los procesados y todo otro posible acto del que se pueda inferir razonablemente la afectación real al proceso. (CACERES JULCA, 2014, pág. 266)

2.16.2. Lugar de cumplimiento de la detención domiciliaria:

El lugar donde debe cumplirse la detención domiciliaria puede ser de varias modalidades según donde se ejecute la medida cautelar:

- En el domicilio del imputado, que será el deber de permanecer en su residencia habitual o en un ambiente acondicionado como lugar de residencia y de trabajo;

En el domicilio de otra persona natural o jurídica, se refiere a casos en que el imputado no tiene domicilio o teniendo domicilio sea imposible su permanencia en él, la defensa del imputado puede proponer el domicilio de un familiar, un amigo, su pareja, o de alguna institución pública o privada en que pueda permanecer el tiempo que se encuentre bajo la medida coercitiva. (CACERES JULCA, 2014, págs. 249-250)

2.16.3. Duración de la detención domiciliaria:

Conforme con el artículo 290°. 7, el plazo de duración de la detención domiciliaria es el mismo que el fijado para la prisión preventiva. Al vencimiento del plazo, sin haberse dictado sentencia de primera instancia, el juez de oficio o a solicitud de las partes decretará la inmediata libertad del imputado, sin perjuicio de dictar las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales.

2.17.LA DETENCION DOMICILIARIA EN LA LEGISLACION COMPARADA

Muchas de las legislaciones procesales penales latinoamericanas, establecen la institución del arresto domiciliario en sus ordenamientos jurídicos. Por lo que señalamos algunos países como ejemplo:

2.17.1. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE BOLIVIA: Aprobado por la Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999.

Medidas Sustitutivas a la Detención Preventiva

Artículo 240°.- “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 (...).”

2.17.2. CODIGO PROCESAL PENAL ARGENTINO: Ley N° 23.984 promulgada el 4 de setiembre de 1991.

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”.

2.17.3. CODIGO ORGANICO PROCESAL PENAL DE VENEZUELA: Decreto N° 9.042 con fecha 12 de junio de 2012.

Modalidades

Artículo 242°. “Siempre que los supuestos que motivas la prisión judicial preventiva de libertad puedan ser razonablemente satisfechos con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado o imputada, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del imputado o imputada, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motiva, algunas de las medidas siguientes:

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

2.17.4. CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO: Ley N° 906 con fecha 31 de agosto de 2004.

SUSTITUCION DE LA DETENCION PREVENTIVA

ARTÍCULO 314. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:

1. Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar

de residencia, aspecto que será fundamentado por quien solicite la sustitución y decidido por el juez en la respectiva audiencia de imposición, en atención a la vida personal, laboral, familiar o social del imputado.

2. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia.

3. Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de nacimiento.

4. Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales.

El juez determinará si el imputado o acusado deberá permanecer en su lugar de residencia, en clínica u hospital.

5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufriende incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio.

2.17.5. CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

ECUADOR:(R.O. 360-S, 13-I-2000) con fecha 13 de julio de 2001.

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”.

2.17.6. CODIGO PROCESAL PENAL DE PARAGUAY: Ley No. 1286-98 con fecha 08 de julio de 1998.

MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS DE LA PRISION 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.

Las medidas que se dicten como alternativas a la prisión preventiva, o que las atenúen, cesarán automáticamente y de pleno derecho al cumplirse dos años desde que fueran efectivizadas, si en tal plazo no hubiese comenzado la audiencia del juicio”.

2.17.7. NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL DE CHILE: Ley 19.696 con fecha 12 de octubre de 2000.

Párrafo 6° Otras medidas cautelares personales

Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales

Artículo 155.- “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:

- i. La privación de la libertad, total o parcial, en su casa o en la que propio imputado señale, si aquella se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;
- ii. La sujeción a la vigilancia de una persona o una institución determinada, las que informaran periódicamente al juez; (...)

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

2.18. CONCLUSION

Como se observa párrafos anteriores el Derecho Procesal se encuentra ligado a las medidas coercitivas procesales, por estar dentro de su contenido estructural, tales como la detención preventiva y la detención domiciliaria, ambas con conceptos y presupuestos diferentes, pero con derechos fundamentales semejantes, así como la libertad personal del ser humano. Cabe resaltar que nuestro Código Procesal Penal actual, en relación con el modelo acusatorio garantista adjudicado, alcanza no solamente los principios de las medidas coercitivas procesales ya señalados, sino que además se sujeta al importante marco constitucional y a los convenios internacionales sobre los derechos humanos.

TITULO III: LA DETENCIÓN DOMICILIARIA EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

2.19. GENERALIDADES

En el título anterior, líneas arriba, se abarco todo lo referente a la detención domiciliaria en el Derecho Procesal Penal como sus definiciones dentro de la doctrina nacional e internacional. En este presente título se analizará los fundamentos para abonar el tiempo transcurrido de la detención domiciliaria a la pena ordenada por el operador jurisdiccional, siendo importante la protección de un tarto digno del ser humano bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Es así, que nuestra legislación regula por primera vez el computo del tiempo de detención domiciliaria en la ejecución de la pena con la Ley N^a 28568 el 3 de julio de 2005, en donde se modifica el artículo 47 del Código Penal, prescribiendo que el tiempo de detención domiciliaria que haya sufrido el imputado, se abonara para el computo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Esta ley fue derogada después de cinco días de vigencia, por la Ley N^a 28577 el 8 de julio del 2005. Luego de haber sido declarada inconstitucional por Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Sin embargo, el 10 de marzo del 2008 el Tribunal Constitucional en el Expediente N^a 6201-2007-PHC/TC del caso Moisés Wolfeson Woloch; observando la naturaleza

jurídica de la detención domiciliaria resuelve equiparar que dicho tiempo transcurrido deba ser computado a un día de privación de la libertad.

Al día de hoy en el debate sobre el abono de la detención domiciliaria en el cumplimiento de la pena privativa de libertad el profesor CARO CORIA permite identificar tres posturas: Para un sector doctrinal ambas formas de privación de libertad son equivalentes, debiendo descontarse cada día de arresto domiciliario por un día de pena; Una segunda postura considera que esta equiparación es inaceptable y que las ventajas, beneficios o privilegios del arresto domiciliario impiden que tenga relevancia alguna en el cómputo de la pena. Finalmente, desde otra posición en la que se encuentra el autor citado, en cierta forma intermedia, se entiende que tales privilegios no evitan que la detención domiciliaria sea una forma de restricción de la libertad ambulatoria, por lo cual merece tomarse en cuenta para descontarla de la pena privativa de libertad, pero no de modo equivalente o aritmético. Esto es, varios días de privación de libertad domiciliaria 2,4, 6, etc., podrán descontarse por uno de pena.

2.20. ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO EN EL PERÚ

Para desarrollar este punto creo necesario definir puntualmente los que es el Estado Social de Derecho y el Estado Democrático de Derecho, para poder llegar al tema principal que es el Estado Social y Democrático de Derecho.

- **El Estado Social de Derecho:** La tesis del Estado Social de Derecho parte de la afirmación de que, para colmar las misiones del Estado actual, que más que un cumplidor estricto de la ley debe ser un prestador de

servicios, siendo necesario que el apartado estatal desarrolle labores promotoras de mejores condiciones de vida que supongan un “intervención” en materia económica y social, no negativa o disfuncional cuanto fundamentalmente correctiva e igualadora. (GARCIA TOMA, 2005, pág. 147)

Con esta precisión, la actual concepción del llamado Estado Social de Derecho, supone un tipo estatal que asume la responsabilidad de crear y promover las condiciones que permitan a los hombres competir en igualdad, adoptando para ello políticas menos indiferentes, cuidando de no anular el respeto a la libertad, a la igualdad ante la ley y a la iniciativa privada, orientado a fomentar un ambiente de progreso general en el que todos se vean comprometidos.

- **El Estado Democrático de Derecho:** Es aquél donde a las regulaciones y límites al poder del gobernante que son propias del Estado de Derecho, se incorporan un conjunto de instituciones y espacios que tienden a resolver los conflictos sociales sin que se recurra necesariamente al uso de la fuerza o a la acción política violenta, promoviendo la persuasión y el consenso como mecanismos democráticos basados en la regla de la mayoría. (GONZALES OJEDA, 2010, pág. 24)

En tal sentido, el objetivo del Estado Democrático de Derecho sería permitir el acceso de todos los derechos y a los mecanismos de participación política y económica, como característica fundamental de un entorno convivencial que procura la concordancia de los diversos intereses existentes en la matriz de la sociedad.

A modo de unificación de ideas antes mencionadas, el denominado **Estado Social y Democrático de Derecho**, puede ser asumido como el principal promotor y garantizador de una verdadera democracia política, económica y social que haga efectiva la participación de “los más” en los bienes materiales y culturales de la colectividad y sirve de freno eficaz a las ambiciones y apetencias desmedidas e insolidarias de los poderosos y privilegiados, que son “los menos”; para lo cual se requiere una participación activa y responsable de los ciudadanos y grupos sociales en la fijación y determinación de las metas y objetivos a conseguir “para todos”, de acuerdo a una adecuada jerarquía de valores, a las necesidades a remediar, los medios utilizar, los recursos disponibles y el reparto equitativo de los frutos generados por el esfuerzo colectivo. (GONZALES OJEDA, 2010, pág. 28)

Partiendo de la máxima Kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todos los planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas.

El Estado peruano determinado por la Constitución Política de 1993, en sus artículos 43^a y 3^a (la República del Perú es democrática y social), formalmente asume las características básicas del Estado Social y Democrático de Derecho, es decir, se sustenta en los principios esenciales de soberanía popular, distribución o reconocimiento sustantivo de los

Derechos Fundamentales, separación o independencia de las funciones supremas del Estado y supervisión Constitucional.

Los Derechos Fundamentales se reconocen como anteriores y superiores al Estado y se entienden como atributos del ser humano, como facultades inherentes a su naturaleza que se encuentran formalizados en nuestra Carta Política, en el Capítulo I del Título I, cuya trascendencia se define a partir del art. 1ª, que considera la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la Sociedad y del Estado.

A finales del año 2003, el tribunal Constitucional del Perú introdujo en una de sus sentencias el concepto de Estado Social y Democrático de Derecho. En dicha sentencia el citado Tribunal estableció que, de acuerdo con la Constitución Política del Perú de 1993, el Estado peruano presentaba las características básicas de un Estado Social y Democrático de Derecho. A partir de ese momento, el Tribunal Constitucional ha resuelto distintas demandas sustentando sus resoluciones en aquel concepto de Estado Social y Democrático de Derecho.

2.21.PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad se ha convertido hoy en día en una herramienta hermenéutica de especial importancia para determinar si las intervenciones del poder político sobre el contenido jurídico de un derecho fundamental son o no constitucional. Como se sabe, los derechos fundamentales cuentan con un contenido jurídico que se

compone de una doble dimensión, una subjetiva y otra objetiva. (CASTILLO CORDOVA, 2004, pág. 3)

En este sentido Robert Alexy, quien seguramente ha defendido con más éxito el principio de proporcionalidad como expresión *funcional* del modelo de normas del Estado Constitucional, propondrá que el principio de proporcionalidad resulta consustancial al modelo de *principios* que representan los derechos fundamentales en el Estado democrático. De este modo, la propuesta de ALEXY termina por establecer una “vinculación conceptual necesaria” entre el principio de proporcionalidad y la tesis de los derechos fundamentales como principios, por lo que, “quien objeta la teoría de los principios tiene también que objetar el principio de proporcionalidad” (ALEXY, 1993, pág. 63)

Si bien el principio de proporcionalidad debe aplicarse en todos los ámbitos del quehacer jurídico, indudablemente donde tiene un importante campo de prueba es en el derecho sancionador, particularmente en el derecho penal. Por esta razón es que se abre este apartado, para constatar cómo es la operatividad de lo que se lleva dicho acerca del principio de proporcionalidad cuando se trata de sancionar conductas delictivas a través de la afectación de derechos como el derecho a la libertad. Se ha de decir una vez más que el razonamiento se hará siempre en función del ordenamiento jurídico peruano. (CASTILLO CORDOVA, 2004, pág. 16)

El profesor CASTILLO ALVA, nos dice que la proporcionalidad supone la distribución de premios y sanciones “como deberes y derechos” entre los miembros de una comunidad en virtud a una medida objetiva de naturaleza axiológica en la que se involucran una serie de valores de diverso origen y procedencia como criterios económicos, puntos de vista éticos o morales como la dignidad de la persona humana, aspectos jurídicos como la importancia de un bien jurídico dentro de la Constitución Política; o puntos de vista sociales como la trascendencia o dañosidad social de una conducta. (CASTILLO ALVA, 2002, pág. 285)

Este principio de proporcionalidad da fundamento a que la libertad ambulatoria tanto en la detención policíaca, detención preventiva, y así como detención domiciliaria, se compute a dos días de dicha privación al procesado equivalente a un día de pena privativa de libertad.

2.22.LA DETENCION DOMICILIARIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL

La anterior Ley Procesal Penal de 1991 en su artículo 143º, estableció a la detención domiciliaria como una forma de la comparecencia que se pueda aplicar, en defecto de la detención preventiva, para imputados mayores de 65 años de edad que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento.

El nuevo Código Procesal Penal Peruano promulgado en el año 2004, va mucho más allá en el tema del arresto domiciliario, considerando en su

artículo 290°, al dividir a la comparecencia en restrictiva y simple, estableciendo al arresto domiciliario como una figura especial dentro de la misma y a diferencia de la norma procesal de 1991, restringe la detención domiciliaria a cuatro supuestos: a) mayores de 65 años de edad, b) a quien adolece de una enfermedad grave o incurable, c) sufre de incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento y d) a la madre gestante.

Esta medida, con excepción de las personas mayores de 65 años, tiene en todos los casos el carácter de suspensivo; es decir si desaparecen los motivos de detención domiciliaria establecidos en los literales b), c) y d), el Juez previo informe pericial, dispondrá la inmediata prisión preventiva del imputado.

Habiendo realizado el marco legal respectivo de la detención domiciliaria dentro del ordenamiento procesal penal peruano, corresponde delimitarlos alcances de la detención domiciliaria y la posibilidad de su aplicación cuando el imputado haya sido condenado.

2.22.1. Afectación de la libertad ambulatoria

La libertad ambulatoria es un valor y un derecho inherente a la persona, su restricción de acuerdo a la doctrina constitucional contemporánea, solo puede darse de manera excepcional y cuando no existan otros mecanismos para que el Estado haga sentir su facultad sancionadora. Todo ello porque la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Es así, que en el proceso penal que deriva la acción punitiva del Estado, ejercida a través de los jueces, tiene en la condena al culpable, su máxima manifestación de capacidad sancionadora. Resultando que cada condena coloca al Juez a elegir entre la prevención y la sanción, por lo tanto, si el Juez elige la primera, generalmente éste se orienta en su intuición individual, valorando el entorno personal del delincuente y la necesidad social de disuasión.

2.22.2. La detención domiciliaria y el Derecho Procesal Penal

El Derecho Procesal Penal no puede estar apartado de la realidad, sobre todo cuando concierne a la protección de bienes jurídicos que suscitan una importante afectación a la persona humana.

Por un lado, tenemos el fundamento material (culpabilidad), donde el profesor MEINI MENDEZ, considera que la detención preventiva, así como la pena privativa de libertad tienen eficacia preventiva, es por ello que se equipara un día de detención preventiva a un día de pena. En el caso de la detención domiciliaria es incapaz de satisfacer los fines de prevención general y especial que se atribuye a la pena, bien porque se trata de una medida cautelar. Sin embargo, cuando se aplica la detención preventiva no se da en base a la culpabilidad, sino en mayor razón a la peligrosidad, por tal motivo no puede

exigírsele que se cumpla fines en relación a la pena, cuando en realidad no se valora la culpabilidad en la detención preventiva ni en la detención domiciliaria sino al momento de sentenciar. (MEINI, 2005, pág. 7)

Por otro lado, tenemos el fundamento procesal (aseguramiento), tal como lo describe el artículo 290° del Código Penal referente a que la detención domiciliaria se pueda aplicar, en defecto de la detención preventiva. En este caso el Juez Penal debe evaluar si es que, al asignar la detención domiciliaria, el peligro de fuga o la perturbación de la actividad probatoria puede evitarse razonablemente. Es decir, si con esta medida coercitiva no se va acrecentar en mayor grado el respectivo peligro procesal, ya que al operador penal le tocara aplicar la detención preventiva, con los cuidados médicos que amerite.

2.23.LA DETENCION DOMICILIARIA Y LA POSICION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.23.1. Análisis constitucional

En líneas anteriores hemos dejado explicado que la detención domiciliaria puede ser equivalente con la pena efectiva. A lo que debe tenerse en cuenta que la detención domiciliaria limita la libertad ambulatoria de quien es sujeto a dicha medida, así como otros derechos fundamentales. Como por ejemplo en caso de ser estudiante, no podría asistir a sus clases en la universidad, ir a un estadio a ver un encuentro

deportivo, no podría viajar y quizá en muchos casos tampoco podría trabajar. Y este sería el principal fundamento de quienes consideran que el tiempo de detención domiciliaria debe estimarse como tiempo de pena.

Siguiendo estas consideraciones, podemos encontrar jurisprudencia constitucional peruana sobre el caso del ex deportista peruano Héctor Chumpitaz (STC 1565-2002-HC/TC), donde el Tribunal Constitucional afirma que “la detención domiciliaria definitivamente no tiene los alcances de la detención preventiva, pero la obligación de permanecer en el domicilio e incluso en forma vigilada, es sin duda también una limitación seria de la libertad locomotora, por ello considera que tal medida debe sujetarse a los principios de subsidiariedad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad”.

Es comprensible, por tanto, los que consideren que el arresto domiciliario, de alguna forma constituye una privación de la libertad. En efecto, si bien no es lo mismo estar 36 meses en prisión que es el tiempo máximo de la detención preventiva; que estar 36 meses detenido en su domicilio; sin embargo, es claro que dado el tiempo transcurrido y llegar a condenar a una pena efectiva a quien ha sufrido la detención domiciliaria, sin reconocerle todo el tiempo que estuvo dentro de su domicilio, se vulneraría una serie de derechos fundamentales.

2.23.2. Sentencia del Tribunal Constitucional – Expediente N^o 6201-2007-PHC/TC

Después de haber sido derogada la Ley N^o 28568, así como también declarada inconstitucional por Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional el 21 de julio del 2005 (STC 00019-2005-PI/TC); El 10 de marzo del 2008 el Tribunal Constitucional en el caso Moisés Wolfenson Woloch, examinando su naturaleza jurídica de la detención domiciliaria, resuelve equiparar que dicho tiempo transcurrido debe ser computado a un día de privación de libertad.

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.º 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.

En la misma línea de la sentencia se refiere respecto a la figura del arresto domiciliario, cuando 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 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 relación al caso, el Tribunal Constitucional no puede permanecer indiferente y tendría la obligación de formular una regla jurisprudencial, a fin de no afectar el derecho fundamental a la libertad personal, en relación

al cómputo de los días de detención domiciliaria como parte de la pena privativa de libertad.

En consecuencia, el hecho de no existir ley 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; es así que resolvieron equiparar la detención domiciliaria en el cómputo de la pena privativa de libertad.

Finalmente, con esta sentencia tenemos una evidente contradicción entre nuestra legislación y lo determinado por nuestro Tribunal Constitucional. Tal es así, que nuestro legislador optó por restituir la vigencia del texto original del artículo 47° del Código Penal, en donde no se hace mención expresa al cómputo del tiempo por detención domiciliaria a la ejecución de sentencia de pena privativa de libertad. Y por otro lado los magistrados del Tribunal Constitucional han argumentado no solo que debe ser tomado en cuenta la detención domiciliaria, sino incluso que debe computarse en forma equivalente, un día de arresto domiciliario a un día de pena privativa de libertad. Hasta el momento no existe posición distinta en el Tribunal Constitucional, ni opinión contraria por parte del Congreso de la República.

2.24. EL ABONO DE LA DETENCION DOMICILIARIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA, DENTRO DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO

En la presente investigación se estudia varias instituciones del Derecho Procesal Penal, pero sobre todo y más relevante son los fundamentos para abonar el tiempo de detención domiciliaria a la pena ordenada por el operador jurisdiccional, siendo importante la protección de un trato digno del ser humano y el principio de proporcionalidad, para que el tiempo acontecido por la detención domiciliaria se compute a la ejecución de la pena.

Ya desde el año 2000 el primer caso al que se aplicó la detención domiciliaria fue al caso Bueno Aceña, siguiendo lo prescrito por el artículo 143^a del CPP de 1991, al señalar que dicha medida “después de la detención es una de la más aflictivas dentro de la escala coercitiva que prevé nuestro ordenamiento legal”.

Siguiendo las mismas líneas, nuestro Código Procesal Penal vigente, en palabras de CARO CORIA también reconoce la detención domiciliaria como el grado de coerción personal inmediatamente inferior después de la detención preventiva. Con ello, la detención domiciliaria no deja de ser detención, es, en definitiva, la forma cautelar de privación de libertad menos grave después de la detención preventiva. (CARO CORIA, 2005, pág. 6)

Asimismo, en doctrina jurisprudencial española existe más de un precedente que decanta en favor de considerar que la detención domiciliaria y la prisión provisional tienen la misma entidad, como se señalan a continuación. El

Tribunal Constitucional Español ha establecido que "... el Juez de Instrucción incurrió en un error manifiesto y notorio al considerar que el arresto domiciliario que sufría el demandante de amparo... no implicaba la privación de su libertad. (STC 31/1985). En suma, la persona no recupera su situación de libertad porque el Juez Togado le pueda autorizar a acudir a su trabajo habitual o a asistir a sus prácticas religiosas. (STC 56/1997). En ese mismo sentido jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, viene manteniendo criterios interpretativos bastante amplios en esta materia entendiendo que "... debe computarse y abonarse no solo la prisión preventiva, sino también privaciones de libertad diversas como el arresto domiciliario del quebrado (STS de 20 de julio de 1992) ...” (ESPINOZA GOYENA, 2005, pág. 9)

No se puede ignorar este hecho y por lo tanto corresponde, sobre la base de todas estas consideraciones, reconocer que la detención domiciliaria tiene que repercutir generando consecuencias jurídicas concretas en el ámbito del cómputo de la pena, pero reconociendo al mismo tiempo las diferencias materiales que existe entre ambas. (ESPINOZA GOYENA, 2005, pág. 12)

Sin embargo, tampoco podemos olvidar aquella sentencia que emitió el Tribunal Constitucional el 21 de julio de 2005, declarando inconstitucional a la ley N^a 28568 que consideraba que la homologación de un día de detención domiciliaria por un día de privación de libertad vaciaba de contenido la finalidad preventivo-general de la pena privativa de libertad.

En su momento el profesor ORE GUARDIA manifestó que la decisión del Tribunal Constitucional era adecuada, en cuanto no era viable homologar la detención domiciliaria a la prisión preventiva; sin embargo, considera que

debe existir un descuento de la pena que, atendiendo a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad. Si bien los efectos de ambas medidas no son los mismos (en lo psicológico, como en el nivel de intensidad aflictiva), el perjuicio a la libertad a la libertad personal es el mismo. (ORE GUARDIA, 2006, pág. 51)

Es cierto no podemos negar que la propia naturaleza de la medida de detención domiciliaria, aunque no llegue a tener la rigurosidad de una detención preventiva, denota una privación de la libertad que lleva a que la persona no pueda desarrollarse bajo su libre albedrío. En atención a ello, hasta por un criterio de justicia y equidad elementales, debe apreciarse este plazo de padecimiento del procesado para favorecerle en la ejecución de la sanción final. (HERRERA VELARDE, 2003, pág. 4)

Por otro lado, el jurista colombiano ANGULO GONZALEZ, refiere que, como medida coercitiva limitativa de la libertad locomotora, la detención domiciliaria puede ser válidamente computada entorno al cumplimiento de la pena impuesta mediante la sentencia y por lo tanto para todos efectos procesales debe tenerse en cuenta ese carácter. (ANGULO GONZALEZ, 1995, pág. 101)

Entonces, considerar que los días de detención domiciliaria no deben ser considerados para el cómputo del plazo de la prisión efectiva equivaldría a no darle valor a los días sufridos y a restarle importancia a la limitación de la libertad personal que dicha medida conlleva, hecho este inadmisibles desde todo punto de vista.

Para efecto de lo que se quiere resolver, según la norma vigente del artículo 47° del Código Penal prescribe “si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computara a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención.”

Conforme a lo antes descrito del párrafo 2 del art 47° del CP, se considera que esta pena es menos grave que la prisión preventiva y por ende que la propia pena privativa de libertad, valoración que se asemeja a la de arresto domiciliario. Es más, siendo más exhaustivos puede analizarse que la detención domiciliaria afecta más la libertad ambulatoria, así como la obligación de permanecer en el domicilio todos los días mientras dure la medida cautelar o el proceso; o la pena de arresto de fin de semana, como la obligación de permanecer por 10 a 16 horas cada fin de semana en un centro con fines educativos y no carcelarios. Es razonable considerar que la detención domiciliaria es más grave para la libertad personal porque el imputado no puede abandonar el domicilio en ningún momento, mientras que el condenado goza de una mayor libertad ambulatoria en el arresto de fin de semana, puede trabajar fuera del domicilio, puede preservar de mejor manera su vida social y familiar, etc. (CARO CORIA, 2005, pág. 12)

Todo lo hasta aquí desarrollado nos lleva a concluir que la detención domiciliaria afecta la libertad ambulatoria, pero de forma no menor que el arresto de fin de semana, y si decimos que dos jornadas de ésta última equivalen a un día de detención preventiva, que esto significaría a un día de pena privativa de libertad, puede finalizarse que una fórmula razonable y proporcional sería que dos días de detención domiciliaria deban equivaler a un día de pena privativa de libertad.

Por consiguiente, esta reforma legislativa del artículo 47° del Código Penal, no solo afecta a los casos de corrupción, también puede afectar el tratamiento de delitos más graves como el homicidio, la violación sexual, el robo, el secuestro, la desaparición forzada de personas. Lo mismo puede tener impacto en delitos que, bien por la pena o el grado de desvaloración social, suelen considerarse “menos graves” y que pueden acarrear detención domiciliaria, como el hurto calificado, la estafa, el libramiento indebido, el fraude tributario o los delitos contra la propiedad intelectual. Por ese motivo tan evidente, es poco afortunado considerar que esta materia solo puede legislarse bajo dos alternativas: “favorecer la corrupción” o “luchar contra la corrupción”. (CARO CORIA, 2005, pág. 4)

Es interesante resaltar que el Código Procesal Penal Peruano en su artículo 490°, señala que en caso de pena efectiva si el procesado se encontrase en libertad y una vez producida su captura se realizara el computo de la pena, descontando de ser el caso, el tiempo de detención, de prisión preventiva y de detención domiciliaria que hubiera cumplido, sin efectuar mayores precisiones, ni señalar si la detención domiciliaria equivale a un día o a varios días de prisión.

Finalmente, podemos señalar que el abono de la detención domiciliaria en cumplimiento de la pena, se desarrolla dentro de un marco de Estado Social y Democrático de Derecho, que realiza sus actos a través de un Sistema Jurídico-Estatal con valores democráticos como la justicia y el derecho, que al limitar la libertad personal, no llega a transgredir la dignidad de la persona ni sus derechos fundamentales que se encuentran consagrados en el artículo 1° y 2° de la Constitución Política del Perú.

2.25. CONCLUSION

Llegamos a la conclusión que la detención domiciliaria así no sea equiparable en la misma medida con la detención preventiva, ambas siguen siendo limitativas de la libertad personal; sin embargo, no concederle ningún tipo de valor para el tiempo que una persona se encuentra bajo detención domiciliaria sería atentar contra sus mismos derechos fundamentales. En estas mismas líneas seguiré considerando que se debe reformar la legislación Procesal Penal en cuanto al abono de la detención domiciliaria al cumplimiento de la pena, que, a mi criterio bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debería ser de dos días de detención domiciliaria por un día de pena privativa de libertad, considerando que la misma norma vigente prescribe una semejante ponderación respecto al hecho punible de multa o limitativa de derecho. Entonces, la detención domiciliaria siendo la medida más grave después de la detención preventiva, si puede presentar la fórmula antes mencionada de dos días de detención domiciliaria para el cómputo de ejecución de la pena, considerándose ésta válida desde cualquier punto de vista.

CAPÍTULO 3. METODOLÓGICO

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

3.1.1. Por su finalidad

3.1.1.1. Investigación Básica

La presente investigación es de índole **básica** de tal manera que se ha recurrido a todas las fuentes del derecho formales e históricas, tales como la legislación, la jurisprudencia y la doctrina; con el principal objetivo de lograr un mayor conocimiento jurídico sobre el tema “el abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho” con la finalidad de obtener un cómputo aritmético de forma proporcional y razonable.

3.1.2. Por su profundidad

3.1.2.1. Investigación Descriptiva

La presente investigación tiene naturaleza **descriptiva**, por tanto, el propósito del trabajo es determinar si existe una laguna jurídica en la redacción del artículo 47^a del Código Penal, en cuanto al abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena; que por mandato de ley N^o 28577 deja de regular esta situación.

3.2. MATERIAL DE ESTUDIO

- a. Legislación Nacional - Normatividad penal (Código Penal y Código Procesal Penal)
- b. Legislación Internacional – Normatividad penal (Códigos de países latinoamericanos)
- c. Doctrina nacional e internacional
- d. Jurisprudencia constitucional – Sentencias del Tribunal Constitucional

3.3. METODOS

3.3.1. Método deductivo

El método deductivo va de lo general a lo particular, y se obtiene el juicio de una sola premisa, es decir que se llega a una conclusión directa sin intermediarios. Este método lo aplicaremos al trabajo con la finalidad de determinar una fórmula matemática que permita especificar los días de arresto domiciliario al cumplimiento de la pena efectiva.

3.3.2. Método inductivo

Al contrario de lo anterior este método se caracteriza porque sus inferencias van de lo particular a lo general, o de los hechos a la teoría.

También puede decirse que es el razonamiento partiendo de casos particulares, elevándose a conocimientos generales. En este trabajo

este método será utilizado tanto en la recolección de información, así como en la elaboración del marco teórico al establecer las posiciones jurídicas desde lo particular a lo general.

3.3.3. Método analítico

El método analítico consiste en desintegrar un todo en sus partes para estudiar de forma profunda cada uno de sus elementos, las causas, la naturaleza y los efectos. Este método se utilizará en la presente investigación a fin de realizar un análisis de la doctrina y la legislación sobre el tema a investigar.

3.3.4. Método exegético

En el método exegético hacemos una interpretación directa del texto, es decir extraeremos el significado de un texto dado, a efectos de explicar la naturaleza de las normas y que permita ampliar los fundamentos para el desarrollo de la presente investigación.

3.3.5. Método comparado

Este método nos permitirá hacer una contrastación o comparación de la normatividad y doctrina de diferentes países, sobre el tema de investigación, comparando los casos en los que se encuentren similitud, permitiendo con ello la posibilidad de plantear alternativas necesarias teniendo en cuenta el enfoque del trabajo.

3.4. TECNICAS E INSTRUMENTOS

3.4.1. Técnicas:

- a. **Fichaje:** Es una técnica documental que sirve para registrar y acumular datos, recopilar ideas, etc. En la presente investigación se utilizará el fichaje bibliográfico, en donde se compilará todo lo que se ha escrito directa o indirectamente sobre el tema materia del trabajo a investigar.

- b. **Análisis de contenido:** se refiere a la técnica de la investigación documental, cuyo propósito es el de indagar sobre los significados informativos y conceptual. En este trabajo lo realizaremos a través de las unidades de análisis como: temas, autores, informes, artículos de revista, etc., todos referidos al tema.

3.4.2. Instrumentos

- a. **Ficha de investigación bibliográfica:** Las fichas son los instrumentos del fichaje, y en la presente investigación se utilizarán las fichas bibliográficas, como las fichas de resumen para almacenar los conceptos doctrinarios y aspectos esenciales de las instituciones jurídicas vinculadas al tema, ya sea mediante la cita textual o mediante un resumen de las ideas básicas, siempre cuidando lograr hacer un uso adecuado de ellas.

b. Guía de análisis de contenido: Este instrumento contiene la estructuración que se hace del análisis de contenido o trabajo y sirve para tomar la información o conocimiento que constituyen materia de las unidades que van a ser estudiadas, con indicación de los referentes que interesan a la investigación. En la presente investigación se realiza una guía o un plan de análisis de contenido para tomar la información de la muestra.

3.5. RECOLECCION DE DATOS

- Se utilizará la observación, consulta bibliográfica, fichaje, entre otros.
- Consultas vía internet, páginas oficiales del Poder Judicial y Tribunal Constitucional.
- Obtención de copias xerográficas de libros, revistas, tesis y otros.

CAPÍTULO 4. PROPUESTA LEGISLATIVA

4.1. FUNDAMENTACION DE LA MODIFICACION DEL ARTICULO 47ª DEL CODIGO PENAL

La presente propuesta legislativa, tiene por finalidad que la detención domiciliaria sea contabilizada como parte de la pena que impondrá el juez al momento de sentenciar, ya que sería injusto que una persona permaneciera restringida de su libertad por uno o más años y al momento que sea sentenciado no sea tomada en cuenta esta detención.

Esta detención domiciliaria, implica una serie de restricciones como la libertad de tránsito, la libertad de poder trabajar, entre otros regulados por la Carta Magna. Si bien es cierto, la persona que se encuentra en un establecimiento penitenciario recluso, tiene otras condiciones, pero la naturaleza de las medidas es la privación de la libertad.

Nuestro país se ha caracterizado por su respeto a los derechos humanos y a la democracia, lo que implica el respeto de los derechos fundamentales inherentes como persona, de igualdad ante la ley; asimismo, la legislación comparada también contempla esta figura de la detención domiciliaria, cuyo tiempo va a formar parte de la pena a la que se le imponga al procesado.

Ante ello, se tiene que, si la detención domiciliaria afecta la libertad ambulatoria de manera más intensa que el arresto de fin de semana, y si dos jornadas de esta corresponden a un día de detención preventiva (pena privativa de libertad); puede legítimamente concluirse que, en el sistema

penal peruano, dos días de detención domiciliaria deben equivaler por lo menos a un día de pena privativa de libertad.

La presente Ley busca fortalecer el principio de proporcionalidad que debe regir en el ámbito del Sistema Penal Peruano. Asimismo, guarda coherencia con la prioridad de la protección de los derechos fundamentales, en tanto deber del Estado, y establece un trato igualitario razonable para el computo de la detención domiciliaria.

4.2. REDACCION ACTUAL DEL ARTICULO 47^a DEL CODIGO PENAL

Artículo 47.- El tiempo de detención que haya sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención.

NORMA PROPUESTA

*Artículo 47.- El tiempo de detención **preventiva** que haya sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.*

El tiempo de detención domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonara para el computo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada dos días de detención.

Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención.

CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES

5.1. Conclusiones

1. El nuevo proceso penal viene reformándose con el Nuevo Código Procesal Penal que entro en vigencia en el Perú en el año 2004. Sin embargo, su implementación integral ha sido progresiva desde entonces. En el 2006, Huaura se convirtió en el primer distrito judicial en aplicar el NCPP, en este mismo sentido le seguirán los otros 26 distritos judiciales. Con este nuevo sistema procesal penal que ya empezó a presidir en nuestro país, ha implicado un cambio de paradigma, de mentalidad y de actitud en todos, ya que se ha adoptado un sistema oral y público que rompe contra una tradición encajada por varias décadas como lo ha sido el sistema inquisitivo, a su vez rompe reglas, costumbres y conductas, que han propiciado que surjan múltiples focos de resistencia al cambio, que no se deciden a adaptarse e incorporarse a un sistema dinámico, cambiante y que rompe con todos los esquemas.
2. Como se observa párrafos anteriores el Derecho Procesal se encuentra ligado a las medidas coercitivas procesales, por estar dentro de su contenido estructural, tales como la detención preventiva y la detención domiciliaria, ambas con conceptos y presupuestos diferentes, pero con derechos fundamentales semejantes, así como la libertad personal del ser humano. Cabe resaltar que nuestro Código

Procesal Penal actual, en relación con el modelo acusatorio garantista adjudicado, alcanza no solamente los principios de las medidas coercitivas procesales ya señalados, sino que además se sujeta al importante marco constitucional y a los convenios internacionales sobre los derechos humanos.

3. Llegamos a la conclusión que la detención domiciliaria así no sea equiparable en la misma medida con la detención preventiva, ambas siguen siendo limitativas de la libertad personal; sin embargo, no concederle ningún tipo de valor para el tiempo que una persona se encuentra bajo detención domiciliaria sería atentar contra sus mismos derechos fundamentales. En estas mismas líneas seguiré considerando que se debe reformar la legislación Procesal Penal en cuanto al abono de la detención domiciliaria al cumplimiento de la pena, que, a mi criterio bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debería ser de dos días de detención domiciliaria por un día de pena privativa de libertad, considerando que la misma norma vigente prescribe una semejante ponderación respecto al hecho punible de multa o limitativa de derecho. Entonces, la detención domiciliaria siendo la medida más grave después de la detención preventiva, si puede presentar la fórmula antes mencionada de dos días de detención domiciliaria para el cómputo de ejecución de la pena, considerándose ésta válida desde cualquier punto de vista.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*.
- ANGULO GONZALEZ, G. (1995). *Captura, aseguramiento y libertad*. Colombia: Doctrina y Ley.
- CACERES JULCA, R. (2014). *Las medidas cautelares en el proceso penal*. Lima: Jurista editores.
- CALAMANDREI. (1941). *Instituzione di diritto processuale*. Padua.
- CARNELUTTI, F. (1946). *Lezioni sul processo penale*. Roma.
- CARO CORIA, D. C. (2005). *El abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena*. Lima: PUCP.
- CARRARA, F. (1925). *Programa del curso di diritto criminale*. Florencia.
- CASTILLO ALVA, J. L. (2002). *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Gaceta Juridica.
- CASTILLO CORDOVA, L. (2004). *El principio de proporcionalidad en el ordenamiento juridico peruano, especial referencia al ambito penal*. Trujillo: J. Mallap.
- CASTRO, M. (1953). *Curso de derecho procesal*. Buenos Aires.
- DE LA CRUZ ESPEJO, M. (2007). *El nuevo proceso penal*. Lima: Moreno S.A.
- DE LA RUA, J. (1997). *Codigo Penal Argentino. Parte General*. Buenos Aires: Depalma.
- DELMAS MARTY, M. (1986). *Modelos actuales de politica criminal, Ministerio de Justicia, Coleccion de temas penales*. Madrid.
- EGUIGUREN PRAELI, F. (2004). *El derecho a la libertad personal: contenido, restricciones y proteccion frente a las detenciones arbitrarias. En materiales de enseñanza del Seminario de Derecho Procesal Penal*. Lima: PUCP.
- ESPINOZA GOYENA, J. (2005). *Detencion Domiciliaria, su abono como pena efectiva y otros problemas conexos*. lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- FLORIAN, E. (1934). *Elementos de derecho procesal penal*. Barcelona.
- GARCIA TOMA, V. (2005). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima: Palestra Editores.

- GIMENO SENDRA. (2004). *Derecho procesal penal*. Madrid: Colex.
- GIMENO SENDRA, J. V. (1981). *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Civitas S.A.
- GONZALES OJEDA, M. (2010). *El poder judicial en el Estado Social y Democrático*. Lima.
- HERRERA VELARDE, E. (2003). *La detención domiciliaria*. Lima.
- JOFRE, T. (1941). *Manual de procedimientos*. Buenos Aires.
- LEVANE, R. (1993). *Manual de derecho procesal*. Argentina: Depalma.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Arazadi: Thomson.
- MAIER, J. (1996). *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires: Hanmurabi.
- MANZINI, V. (1929). *Istituzioni di diritto processuale penale*. Padua.
- MASS, M. (1990). *Derecho procesal penal*. Trujillo: Marsol Perú.
- MEINI, I. M. (2005). *La detención domiciliaria*. Perú: justicia viva.
- ORE GUARDIA, A. (1996). *Manuel de Derecho Procesal Penal*. Lima: ALTERNATIVAS.
- ORE GUARDIA, A. (1999). *Manual de derecho procesal penal*. Lima.
- ORE GUARDIA, A. (2006). *Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano*. Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- SALAS BETETA, C. (2011). *El proceso penal común*. Lima: Gaceta Jurídica.
- SAN MARTIN CASTRO, C. (1999). *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley.
- SAN MARTIN CASTRO, C. (2003). *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley.
- SANCHEZ VELARDE, P. (2004). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: IDEMSA.
- SANCHEZ VELARDE, P. (2009). *El nuevo proceso penal*. Lima: Moreno S.A.
- SANGUINE, O. (2003). *Prisión Provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo blanch.
- SERGUI, N. (2001). *Limites temporales a la prisión preventiva*. Buenos Aires: Del puerto.

BIBLIOGRAFIA

Bidart Campos, G.J. (2002). *Lecciones Elementales De Política*-(Primera edición) Lima: Editora jurídica GRIJLEY.

Burgoa, I. (1985). *Las garantías individuales*, (19ª. Ed), México: Porrúa.

Caro Coria, D.C. (2005). *El abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena*, Derecho & Sociedad-(año 16, N° 25): pucpe unicorn.

Delmas-M.M. (1986). *Modelos actuales de política criminal, ministerio de justicia*, (Serie a N° 4), Madrid.

La República. (2005). *Estadística de los casos de detención domiciliaria*, Diario la República, (20 páginas).

Justicia Viva (2005). *Comentarios a la Ley N° 28568 que modificó el artículo 47º del Código Penal sobre arresto domiciliaria*, Revista Jurídica-Justicia viva, (35 páginas.)

Maier. J. (1993). *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad-En: Determinación judicial de la pena*”, Buenos Aires: Editores Del Puerto.

Méndez, M. I. (2005). *La detención domiciliaria y su abono para el cómputo de la pena privativa de libertad*, en *Informativo Justicia Viva* N° (18 páginas)

Ramírez Mesía R.C. (2004). *Derechos de la Persona. Dogmática Constitucional*, Perú: Fondo Editorial del Congreso de la República del Perú

San Martín C.C. (1999). *Derecho Procesal Penal*, (volumen II), Lima: Editorial Grijley.

Roxin Claus, (2000). *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Del Puerto.

Valencia. (1999). *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, España: Tirant lo Blanch.

Zaffaroni, E. R. (2005). *Arresto domiciliario-Doctrina y jurisprudencia*, Trujillo: Normas legales.

ANEXO Nº 01

EXP. N. ° 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 afflictivos 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 artículo 139° 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.º 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.º 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 inválido 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.º del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.º 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.º 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.º 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.º 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.º 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 inadmisibles 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.º 28568 modificando el artículo 47º 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.º 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.º 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 carcerería 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**

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

Exp. N° 6201-2007-PHC/TC
LIMA
MOISES WOLFENSON
WOLOCH

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.º 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 47º del Código Penal, modificado por el artículo único de la Ley N.º 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 locomotora sufrida con el dictado del arresto domiciliario no tendría ningún “valor”. Importaría afirmar, implícitamente, que la aflicción sufrida sobre la libertad locomotora 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 locomotora 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 descuenta 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

Expediente N° 06201-2007-PHC/TC
HUAURA
MOISÉS WOLFENSON
WOLOCH

FUNDAMENTOS DE VOTO DEL MAGISTRADO FERNANDO CALLE HAYEN

Coincidiendo con la parte resolutive 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 79° y 80°, la aplicación de las ordenes de detención y comparecencia, 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
- Comparecencia 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: “ **Artículo 143° Mandato de Comparecencia.**

*“Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención. **También podrá imponerse comparecencia 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 inculpaado, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, de la autoridad policial o sin ella, impartándose 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: **“ Artículo 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 González 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 comparencia 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 comparencia simple en que en el primero de los nombrados, es la libertad ambulatoria o locomotora del inculpaado 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 procesales penales latinoamericanas, establecen la institución del arresto domiciliario en sus ordenamientos jurídicos. Así entonces, transcribo 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 240°.- “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

II.

III.

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:

1°. 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 6º

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 señale, 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 290º lo siguiente:***

Art.290º.- 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 Chuquiwanca* 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 N° 0019-2005-PI/TC, este Tribunal consideró inconstitucional la Ley N° 28568, de fecha 3 de julio de 2005, que modificaba el artículo 47° 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 44° 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 47° 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 N° 0019-2005-PI/TC, sería constitucional.

SS

CALLE HAYEN

EXP N.º 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.º 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.º 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.º 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 domiciliario 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 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 psicossomática). Por tanto, lo establecido en el artículo 47° del Código Penal en el sentido de computar 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.º 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 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 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.º28568 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 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-PÍ/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 abduquen 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 Estrasburgo, Caso Barberà, Messegué y Jabardo, de 6 de diciembre 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 advertir 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.º 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.º 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 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 :

1. La detención domiciliaria del inculpado, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, de la autoridad policial o sin ella, impartándose 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.º 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.º 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.º 638), por lo que resultaría evidentemente inconstitucional la aplicación del nuevo Código al presente caso.

3. Conclusión

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

SS.

LANDA ARROYO

BEAUMONT CALLIRGOS

^[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(...)”.

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

^[3] Folio 340 del expediente.

^[4] Folio 2 del expediente.