

---

# Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 0019-2005-PI/TC, Caso “Arresto Domiciliario”

**Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen**

*Vicepresidente del Tribunal Constitucional*

## I. Introducción.

El Tribunal Constitucional (TC), en histórica y decisiva sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad signado con el N.º 0019-2005-PI/TC, de fecha 21 de julio de 2005, declaró la inconstitucionalidad del artículo 47º del Código Penal, modificado por el artículo único de la Ley N.º 28568, en el extremo que permitía que el tiempo de arresto domiciliario se abone al cómputo de la pena privativa de libertad, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto.

Dada su estructura subsuntiva (supuesto normativo – subsunción de la conducta u omisión – consecuencia), la ley es la fuente formal del derecho que tiene mayor incidencia sobre la realidad social. Asimismo, en tanto creación del Congreso de la República, a la ley asiste el principio democrático, razón por la cual el TC se encuentra en la obligación de mantenerla en el ordenamiento jurídico, siempre que exista, cuando menos, un sentido interpretativo atribuible a ella que resulte compatible con la Constitución (presunción de constitucionalidad de las leyes y principio de interpretación de las leyes “de conformidad” con la Constitución<sup>1</sup>).

Es por ello que a su declaración de inconstitucionalidad debe preceder, siempre y en todos los casos, un juicio prudente y equilibrado, de forma tal que sólo se haya arribado a ella cuando el vicio de inconstitucionalidad sea manifiesto e insalvable, en el correcto entendido de que dicha declaración conlleva efectos de singular importancia para la sociedad. Efectos que, incluso, en determinados casos, pueden resultar “materialmente”

normativos. No en vano se ha mencionado que la sentencia constitucional constituye verdadera fuente de derecho, fundamentalmente, por su capacidad de innovar el ordenamiento jurídico<sup>2</sup>.

Las funciones de valoración, ordenación y pacificación del TC<sup>3</sup> exigen que evalúe de manera escrupulosa estos factores en todo proceso de inconstitucionalidad que es sometido a su conocimiento.

El Caso “Arresto Domiciliario”, desde luego, no ha sido un supuesto en el que el TC haya rehuido estos deberes. Por el contrario —según buscaré sustentar en las próximas líneas—, la STC-Nº0019-2005-PI, constituye un ejemplo paradigmático de la manera como la jurisdicción constitucional concentrada, a pesar de su naturaleza abstracta, es una forma de evitar que medidas de orden concreto, “camufladas” de constitucionales, vulneren los derechos y principios recogidos en nuestra Carta Fundamental.

Antes de ingresar en el análisis jurídico del asunto, revisemos los antecedentes que rodearon la entrada en vigencia de la cuestionada Ley N.º 28568.

## II. Antecedentes del caso.

La Ley N.º 28568 tiene su origen en el Proyecto de Ley N.º 12952/2004/CR, consecuencia del dictamen en mayoría de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos. El proyecto fue aprobado por el Pleno del Congreso de la República, tras su solitaria sustentación por el congresista Santa María Calderón, del Partido Aprista Peruano, en calidad de vicepresidente de la referida comisión. Justificaba su aprobación con esta breve intervención:

---

1 Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2da. Ed., 1992, p. 43 y ss.; Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 7ma. Ed., 2000, p. 132 y ss.; García Belaúnde, Domingo. *La interpretación constitucional como problema*. En: *Pensamiento Constitucional*. N.º 1, 1994, p. 13 y ss.

2 Pibernat Domenech, Xavier. *La sentencia constitucional como fuente de derecho*. En: *Revista de Derecho Político*. N.º 24, Madrid, 1987, p. 59 y ss.; Rubio Llorente, Francisco. *La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho*. En: *La Forma del Poder*. Madrid: CEPC, 1993, p. 114 y ss.

3 Jiménez Campo, Javier. *¿Qué hacer con la ley inconstitucional?*. En el colectivo: *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*. Madrid: Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 47 y ss.



## Comentarios a la Sentencia del Tribunal...

“Señor Presidente: Con el presente dictamen se intenta modificar el artículo 47º del Código Penal y se trata de homologar con lo que propone el Código Procesal Penal.

En el Código Procesal Penal se instaura la pena de detención domiciliaria, que doctrinariamente también equivale a la detención porque priva a las personas de la libertad. Entonces, con esta iniciativa legislativa se autoriza que la detención domiciliaria entre en el cómputo de la ley normal, o sea, de la detención. A pesar de que esto ya está previsto en el Código Procesal Penal, entrará en vigencia más adelante porque hay una *vacatio legis* de la ley aprobada. Sólo se intenta que los magistrados tengan la posibilidad de aprobar esta ley para computar la detención domiciliaria como detención preventiva. Se trata, por tanto, de establecer una analogía y de sincronizar el Código Penal con el Código de Procedimientos Penales.”<sup>4</sup> (sic)

Baste por ahora indicar que constituye un error afirmar que el tratamiento que el artículo 143º del Código Procesal Penal (vigente parcialmente) dispensa al arresto domiciliario, sea equiparable al que otorga a la misma institución procesal penal el Código que entrará en vigencia progresivamente a partir del año 2006. Mientras en éste último el arresto domiciliario es un sustituto de la detención preventiva, susceptible de ser dictado sólo a personas valetudinarias (mujeres embarazadas, mayores de 65 años, incapacidad física permanente, etc.), según la regulación vigente es tanto un sustituto como una alternativa frente a aquella<sup>5</sup>, pues puede ser dictado tanto a personas valetudinarias (en lugar de la detención preventiva), como a sujetos en plenas facultades físicas, cuando no concurren los requisitos para ordenar la detención provisional, previstos en el artículo 135º del Código Procesal Penal<sup>6</sup>.

La ley fue aprobada el 8 de junio de 2005, con 57 votos a favor, ninguno en contra y 5 abstenciones, siendo enviada al Presidente de la República, quien, de conformidad con el artículo 108º de la Constitución, tenía el plazo de 15 días para promulgarla o formular las observaciones que considere pertinentes. La observación presidencial de la ley, obliga al Congreso a reconsiderar su aprobación, requiriendo, en estas circunstancias, la mitad más uno del número legal de

miembros del Congreso (61 congresistas) para promulgarla.

A pesar de las advertencias del Ministro de Justicia de entonces y de la opinión pública en general, en relación con la inconstitucionalidad en la que incurrió la ley enviada, el Presidente de la República no la observó. Empero, tampoco la promulgó, motivo por el cual el Presidente del Congreso, en aplicación del primer párrafo del referido artículo constitucional, llevó a cabo la promulgación el día 2 de julio de 2005, publicándola al día siguiente.

En menos de 5 días, la norma tuvo su primer supuesto de aplicación tras la solicitud de excarcelación presentada por los hermanos Moisés y Alex Wolfenson Woloch ante la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, conformada por los magistrados Gonzáles Campos, Balcázar Zelada, Barrientos Peña, Vega Vega y Príncipe Trujillo.

Los hermanos Wolfenson habían sido condenados a 5 años de pena privativa de libertad en primera instancia. Antes del dictado de la sentencia habían permanecido en arresto domiciliario durante 32 meses, razón por la cual, tras haber permanecido en prisión alrededor de 5 meses, solicitaron que en aplicación sistemática de la Ley N.º 28568 que permitía que un día de detención domiciliaria equivalga a un día de pena privativa de libertad y del segundo párrafo del artículo 137º del Código Procesal Penal que dispone que una vez condenado en primera instancia el inculcado, el plazo máximo de detención es igual a la mitad de la pena impuesta (30 meses, en el caso de los Wolfenson), se ordene su excarcelación.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, no encontró vicio de inconstitucionalidad alguno en la “identidad matemática” entre el arresto domiciliario y la pena privativa y ordenó la libertad, mediante resolución de fecha 7 de julio de 2005. Dicha resolución judicial fue impugnada por la Procuraduría del Estado, mediante un recurso de nulidad.

Así las cosas, en menos de un mes, en un grado de interlocución perfecta entre los tres Poderes del Estado, que ya quisiera observarse en otro tipo de

4 Diario de debates del Congreso de la República. 8 de junio de 2005. <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/diariodedebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/0526D>

5 San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal. Tomo II. 2da. Ed. Lima: Grijley, 2003, p. 1162

6 Artículo 135.- El Juez puede dictar mandato de detención si atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el Fiscal Provincial sea posible determinar:

1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo. (...).
2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad; y,
3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa. (...).

materias, la ley había sido aprobada, no observada, promulgada y, con celeridad asombrosa, aplicada.

De conformidad con la información divulgada por el Diario La República en su publicación del 10 de junio de 2005, hacia dicha fecha, 75 personas se encontraban sometidas a detención domiciliaria, 50 de las cuales estaban procesadas por corrupción, 3 por narcotráfico y 22 por asalto, robo agravado, violación y homicidio. La expedición de la norma en cuestión generaría que, de dictarse sentencia condenatoria en estos casos, por el efecto “uno por uno”, el tiempo efectivo purgado en un establecimiento penitenciario se reduzca considerablemente, o, incluso, en algunos supuestos, ni siquiera se verifique.

Por ello, advirtiendo el serio error cometido, con fecha 9 de julio de 2005, el Congreso derogó la Ley N.º 28568, mediante la expedición de la Ley N.º 28577. En tal sentido, la norma sólo estuvo vigente 6 días (del 4 al 9 de julio de 2005), tiempo suficiente para que toda persona que en algún momento se haya encontrado bajo arresto domiciliar y que, mientras estuvo vigente la norma, haya estado condenada a pena privativa de libertad, pueda beneficiarse de sus efectos.

En este contexto, un día antes de que la ley fuera derogada, es decir el 8 de julio de 2005, 31 congresistas de la República, presentaron una demanda ante el TC solicitando la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N.º 28568.

### III. Vigencia y efectos de las normas: sobre la supuesta sustracción de la materia.

El primero de los argumentos que se esbozó para tratar de evitar que el TC expidiera un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, consistió en afirmar que dado que la ley había sido derogada, en el proceso se había producido la sustracción de la materia, es decir, que ya no existía objeto susceptible de ser sometido a control. De hecho, ese fue el único fundamento sostenido en la contestación de la demanda presentada por el Procurador del Congreso.

Dicho alegato pierde de vista que la derogación es una categoría del derecho sustancialmente distinta a la invalidez. En efecto, mientras que la derogación no es

sinónimo de cesación de efectos, pues existen innumerables norma jurídicas que, a pesar de haber sido derogadas, todavía surten efectos (vg. los supuestos de aplicación ultractiva de las normas), la invalidez encierra la verificación de un vicio formal o material en las fuentes del Derecho, razón por la cual, una vez declarada, genera el cese de todo efecto que la disposición pudiera estar desplazando.

Es por ello que, a diferencia de la regulación contenida en el artículo 301º de la Constitución de 1979<sup>7</sup>, el artículo 203º de la Constitución de 1993, señala que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, las deja “sin efecto”, es decir, las invalida, no las deroga.

Con la derogación de la Ley N.º 28568 efectuada por el Legislativo, ésta no había perdido la posibilidad de regular situaciones jurídicas. En efecto, resulta claro que toda persona que al momento en que la ley se encontraba vigente se hubiese encontrado condenada, habiéndose encontrado previamente sometida a detención domiciliaria, tenía la posibilidad de reclamar para sí el beneficio del “uno por uno” a pesar de la derogación, puesto que así como las normas penales sólo tienen efecto retroactivo cuando favorecen al reo (artículo 103º de la Constitución), las normas penales más beneficiosas en cuyo supuesto normativo se haya subsumido en algún momento el penado mientras hayan estado vigentes, reclaman una aplicación ultractiva, esto es, más allá de su derogación.

Esa capacidad reguladora sólo decaería si a la derogación de la ley, se sumaba una de invalidez. En tal sentido, resultaba evidente que en el caso no se había producido la sustracción de la materia, pues la derogación pone fin a la vigencia de las normas, pero no a sus efectos<sup>8</sup>.

Dicho razonamiento, por lo demás, ya había sido establecido por el TC en diversos casos precedentes, entre los que destaca el Caso “ITF” (STC-Nº0004-2004-AI —acumulado—). En dicha oportunidad el supremo intérprete de la Constitución, sostuvo:

“(…) no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aún en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a)

7 Artículo 301.- El Tribunal comunica al Presidente del Congreso la sentencia de inconstitucionalidad de normas emanadas del Poder Legislativo. El Congreso por el mérito del fallo aprueba una ley que deroga la norma inconstitucional. Transcurridos cuarenta y cinco días naturales, sin que se haya promulgado la derogatoria, se entiende derogada la norma inconstitucional. El Tribunal ordena publicar la sentencia en el diario oficial.

8 Sobre las diferencias trascendentes que existen entre los conceptos de derogación e inconstitucionalidad, así como entre validez y vigencia, cfr. Orunesu, Claudina; Rodríguez, Jorge y Súcar Germán. *Inconstitucionalidad y derogación*; Guastini, Ricardo. *Cinco observaciones sobre validez y derogación*. Ambos en: Doxa. Discusiones. Año II. N.º 2, pp. 11 y ss.



## Comentarios a la Sentencia del Tribunal...

cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria.”<sup>9</sup>

### IV. Naturaleza de la detención judicial preventiva y sus similitudes fácticas con la pena privativa de libertad.

La detención judicial preventiva es una institución del derecho procesal penal cuyo objeto constitucionalmente relevante consiste en asegurar que una sentencia condenatoria identificada con la verdad material de los sucesos inculpativos, resulte plenamente ejecutable una vez culminado el proceso. En ese sentido, se trata técnicamente de una medida cautelar personal, pues utiliza como medio la limitación de la libertad personal de un individuo, en aras de alcanzar fines constitucionalmente válidos. Como toda medida cautelar se encuentra informada por los principios de provisionalidad, variabilidad, subsidiariedad y proporcionalidad.

En ese sentido, su dictado responde, básicamente, a dos presupuestos determinantes y concurrentes: a) *Fumus boni iuris*: que existan motivos o indicios bastantes, a juicio del juez instructor, que vinculan al procesado con los sucesos delictivos materia de investigación; y b) *Periculum in mora*: que exista peligro procesal, porque hay elementos de juicio que permiten presumir con alto grado de posibilidades el peligro de fuga, o porque la libertad del imputado genera un serio riesgo para el éxito de la actividad probatoria llevada a cabo en el devenir del proceso.

La detención preventiva, no enerva en lo absoluto la presunción de inocencia del individuo, razón por la cual es preciso que su dictado se encuentre exento de todo elemento relacionado con un supuesto peligro criminal, como, por ejemplo, la gravedad del delito que es materia de acusación. Ello, desde luego, supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de culpabilidad, lo que resulta a todas luces inconstitucional.

Cuando menos en nuestro medio, la detención judicial preventiva da lugar a una limitación de la libertad personal de grado y alcances sustancialmente idénticos a aquellos que quedan verificados durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad. En efecto, en palabras del Tribunal Constitucional:

“(…) 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 psicossomática 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.”<sup>10</sup>

**“(…) la detención  
Judicial Preventiva...  
responde a dos  
presupuestos  
a) *Fumus boni iuris* y  
b) *Periculum  
in mora.*”**

Es por ello que se justifica plenamente que la prisión provisional sea abonada al cómputo de la pena privativa de libertad, a razón de un día de pena por cada uno de detención preventiva. Es más, en caso de que la legislación desconociera este cómputo, incurriría en una afectación del principio de legalidad penal, previsto en el artículo 2°24.d de la Constitución, conforme al cual,

entre otras manifestaciones, ninguna persona puede ser condenada a una pena superior a aquella prevista en ley de manera clara e inequívoca, al momento de la comisión del delito.

De ahí que la previsión legal contenida en el artículo 47° del Código Penal, en lo que a la detención preventiva respecta, se encuentre normada en nuestro ordenamiento jurídico desde el Código Penal de 1863.

### V. Distinciones sustanciales entre la detención domiciliaria y la detención preventiva.

La detención domiciliaria también es una seria restricción de la libertad personal, pero no puede ser

9 STC 0004-2004-AI (acumulados), Fundamento 2.

10 STC 0019-2005-PI, Fundamento 8.

equiparada ni en sus presupuestos justificatorios, ni en sus efectos personales a la prisión preventiva.

**A) Distinción entre sus presupuestos justificatorios.**

En lo que a los presupuestos justificatorios se refiere, tal como señaláramos líneas arriba, en atención a la regulación del arresto domiciliario en nuestro ordenamiento jurídico, éste puede ser dictado en dos supuestos:

- a) **Cómo sustituto de la detención preventiva:** Opera en los supuestos en los que a pesar de existir elementos que revelan la existencia de riesgo de fuga o de perturbación de la actividad probatoria, en atención al estado físico de la persona (“mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física”, reza el artículo 143° del Código Procesal Penal), resultaría particularmente gravoso confinarla en un centro de reclusión. El artículo 143° es claro al señalar que aún en estas circunstancias se dictará el arresto domiciliario “siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente”.

En estos supuestos, son razones humanitarias y, a su vez, objetivas, las que justifican que, a pesar de que corresponde disponer la detención preventiva, se opte por la domiciliaria. En atención a ello, nada obsta para en estos casos el tiempo de arresto domiciliario sea computado “uno por uno” con el tiempo de la pena privativa de libertad que pueda dictarse. De hecho, en los países que sólo recogen este modelo restrictivo de detención domiciliaria—como el español— así se prevé. Y es que bajo estas consideraciones, antes que de una medida de comparecencia, la detención domiciliaria, puede ser considerada, desde una perspectiva jurídica, como una “prisión atenuada”<sup>11</sup>, pero prisión al fin.

Y por ese motivo también es que se justifica que el Código Procesal Penal aún no vigente, que recoge exclusivamente este modelo restrictivo de arresto domiciliario, adopte el mismo mecanismo.

- b) **Como alternativa frente a la prisión preventiva:** Cuando no se reúnan los requisitos para dictar un mandato de detención provisional, el Código establece la posibilidad de que se dicten medidas alternativas, denominadas “de comparecencia”.

La más restrictiva de la libertad de todas ellas es el arresto domiciliario (artículo 143°<sup>1</sup>). Se trata de una medida que puede ser dictada contra cualquier persona, en los casos en los que si bien los elementos de juicio no alcanzan el grado de objetividad que justifica el dictado de la prisión provisional, sin embargo, tampoco son lo suficientemente tenues como para mantener la situación jurídica del individuo en un margen amplio de desarraigo. En todo caso, corresponde al juez motivar debidamente la existencia de esta situación intermedia.

Cierto es que la existencia de un modelo amplio de detención domiciliaria, puede resultar discutible, puesto que, en criterio de algunos, la limitación de la libertad personal no es una cuestión de grados: o se es libre o no se es libre. Sin embargo, no compartimos esta apreciación, pues, como implícitamente ha considerado el TC, el establecimiento de un modelo amplio o restrictivo de detención domiciliaria forma parte del marco de libre configuración del legislador.

Lo evidente es que en estos supuestos no se presentan los requisitos para dictar la detención preventiva. La detención domiciliaria no responde a circunstancias físicas objetivas verificables en la persona del imputado, sino a la necesidad de asegurar su presencia en el proceso, pero sin que ello signifique que existan elementos de juicio bastantes que permitan presumir objetivamente la existencia evidente de riesgo de fuga o de remoción de la materia probatoria.

En este supuesto, entonces, los presupuestos justificatorios de la detención preventiva, de un lado, y el arresto domiciliario, de otro, son materialmente distintos.

Hace un momento afirmábamos que la detención judicial preventiva es una institución del derecho procesal penal cuyo objeto constitucionalmente relevante consiste en asegurar que una sentencia condenatoria identificada con la verdad material de los sucesos inculpativos, resulte plenamente ejecutable una vez culminado el proceso. No obstante, es preciso advertir que, *strictu sensu*, todas las medidas cautelares personales dictadas en un proceso penal (desde la medida de comparecencia simple, hasta la detención provisional, pasando por las medidas de comparecencia restrictivas, entre las que se encuentra el arresto domiciliario) responden a tal característica. La diferencia

11 Gráfica frase utilizada por Odone Sanguinè y que da cuenta de que en el país ibérico la detención domiciliaria es sustituta de la detención preventiva, “cuando por razón de enfermedad del inculpativo el internamiento entrañe grave peligro para su salud” Vid. Prisión Provisional y Derechos Fundamentales. Valencia: Tirant lo blanch, 2003, p. 659, nota 1876.



## Comentarios a la Sentencia del Tribunal...

entre unas y otras estriba en el grado de restricción que cada una genera sobre la libertad personal. La intensidad de tal restricción será directamente proporcional a la profundidad del riesgo de éxito que corran esas finalidades constitucionalmente relevantes, en atención a las circunstancias concretas de cada caso.

Así, no resulta inconstitucional que existan distintas fórmulas procesales de restricción de la libertad en el proceso penal. La inconstitucionalidad, puede residir, no obstante, en la indebida aplicación de cada una de ellas en los supuestos específicos.

Es por ello que toda restricción de la libertad personal y, en general, de cualquier derecho fundamental, debe ser respetuosa del principio de proporcionalidad. Es decir: i) la medida limitativa del derecho, principio o valor constitucional debe pretender alcanzar un fin constitucionalmente válido; ii) debe ser idónea para alcanzarlo (*subprincipio de idoneidad*); iii) no debe restringir el bien constitucional más allá de lo estrictamente necesario (*subprincipio de necesidad*); y, iv) debe generar beneficios constitucionales mayores a los perjuicios que conlleva su adopción (*subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*).<sup>12</sup>

### B) Distinción entre sus efectos personales.

En lo que a la diferencia de los efectos personales entre la prisión provisional y la detención domiciliaria se refiere, el asunto parece bastante más evidente.

En efecto, en lo que a las actividades laborales se refiere, la detención domiciliaria, *prima facie*, no enerva la posibilidad de que el imputado desarrolle normalmente su actividad de trabajo. Como señala San Martín Castro:

“Como quiera que una de las ventajas de esta medida frente a la detención ordinaria, según su lógica histórica — que Fairén Guillén la remonta al proceso aragonés de Manifestación —, es que el sujeto no pierde su trabajo, pérdida que no puede ser remediada — por su manifiesta limitación — con el trabajo penitenciario, es absolutamente posible que se permita al imputado en situación de detención domiciliaria poder desempeñar un trabajo profesional o productivo fuera de su domicilio.”<sup>13</sup>

En atención a ello es que, por ejemplo, se permitió a la conductora de televisión Laura Bozzo Rotondo, escoger como domicilio de arresto su centro de trabajo, o al imputado Héctor Chumpitaz Gonzales, acudir a la Municipalidad Metropolitana de Lima a desempeñar sus labores de regidor una vez por semana.

Asimismo, han existido casos en los que el inculcado sometido a arresto domiciliario, con autorización judicial, ha egresado de su domicilio a fin de realizar gestiones ante el colegio profesional del que es agremiado (fue el caso del ex vocal Daniel Lorenzzi Goicochea, quien acudió al Colegio de Abogados de Lima a fin de hacer frente a un proceso administrativo); votado en las elecciones gremiales; emitido voto en las elecciones generales; asistido a hospitales y clínicas cuando su salud lo requiera (fue el caso de Alex Wolfenson Woloch, quien en pleno juicio oral, visitó frecuentemente a su dentista).<sup>14</sup>

En resumidas cuentas, tal como dejó sentado el TC en el caso *sub examine*:

“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 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.”<sup>15</sup>

Las evidentes diferencias que entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva se advierten en nuestra legislación y su aplicación, generan que las personas que se encuentran sometidas a una u otra, se encuentren en una situación jurídica y fáctica esencialmente distinta. En tal sentido, debe recordarse que conforme tiene establecido el TC en uniforme y reiterada jurisprudencia el derecho a la igualdad ante la ley no supone un derecho al trato uniforme para todas

12 Sobre el principio de proporcionalidad, por todos, Bernal Pulido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: CEPC, 2003.

13 San Martín Castro, César. Op. cit. pág. 1162

14 Informe: Comentarios a la Ley N.º 28568 que modificó el artículo 47º del Código Penal sobre arresto domiciliario. Justicia Viva. Lima, julio, 2005.

15 STC 0019-2005-PI, Fundamento 23.

las personas, sino “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”<sup>16</sup>.

Por ello, la existencia de dos instituciones procesales penales que sitúan a los individuos en circunstancias manifiestamente distintas imponía al legislador la obligación de dispensar diferente tratamiento a ambos supuestos, so pena de afectar el principio de igualdad reconocido en el artículo 2° 2 de la Constitución.

Así, al regularlos de manera uniforme a efectos de su abono al tiempo de la pena privativa de libertad el legislador congresal incurrió en una medida inconstitucional.

## **VI. Jurisprudencia constitucional y “normas prohibitivas” para el legislador.**

Pero el asunto no quedaba allí. Sucede que en jurisprudencia reiterada y uniforme el TC ya había advertido de la ausencia de identidad entre el arresto domiciliario y la detención preventiva. Por citar sólo un ejemplo haremos referencia a lo sostenido por el TC en el Caso Chumpitaz Gonzáles (STC 1565-2002-HC), criterio que *mutatis mutandis* fue reiterado por el supremo intérprete en las sentencias 0209-2002-HC, 0376-2003-HC, 1725-2002-2002-HC, entre otros:

“(…) Lo primero que este Tribunal Constitucional debe destacar, teniendo en consideración los términos en que se ha formulado la pretensión, es que el análisis del presente caso no es sustancialmente igual a otros que, con anterioridad, se haya pronunciado (...).

En efecto, en el presente caso se cuestiona que el juzgador haya decretado contra el beneficiario el mandato de comparecencia con detención domiciliaria, mientras que en los casos a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, se cuestionaba supuestos de detención judicial preventiva. Tales figuras, desde luego, no pueden ser equiparadas ni en sus efectos personales, ni en el análisis de sus elementos justificatorios, pues es indudable que la primera de las mencionadas (la detención domiciliaria) se configura

como una de las diversas formas a las que, de manera alternativa, puede apelar el juzgador con el objeto de evitar la segunda de ellas, esto es, la detención judicial preventiva, que, como se ha expuesto en la sentencia recaída en el caso Silva Checa contra el Poder Judicial, se trata siempre de una medida cuya validez constitucional se encuentra sujeta a los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, en tanto que comporta una restricción, en términos plenarios, de la libertad locomotora del afectado con ella.”<sup>17</sup>

El artículo 201° de la Constitución reserva al TC la condición de órgano de control de la Constitución, lo que equivale a decir, tal como lo tiene previsto el artículo 1° de la Ley N.º 28301 —Orgánica del TC— que es su supremo intérprete. De ahí que los criterios normativos reiterados expuestos por el TC en las sentencias que expide en todo proceso constitucional, resultan vinculantes para todos los poderes públicos, motivo por el cual las “normas” (sentidos interpretativos)

atribuibles a los textos lingüísticos de las fuentes formales del derecho (disposiciones) que resulten incompatibles con la Constitución, constituyen normas prohibitivas para el Congreso de la República, de manera tal que éste no puede contravenir a través de las leyes que expide dichos criterios interpretativos.

De esta manera, en tanto el TC tenía sentadas las sustanciales diferencias entre la detención judicial preventiva y la detención domiciliaria, el Congreso de la

República tenía proscrita la posibilidad de dispensarles un tratamiento igualitario.

Sobre el particular, el TC expresaría en la sentencia lo siguiente:

“(…) Aun cuando en nuestro ordenamiento no se encuentra previsto un control jurisdiccional-preventivo de constitucionalidad de las leyes, existe, sin embargo, de conformidad con el artículo 108° de la Constitución, la obligación del Congreso de la República y del Poder Ejecutivo de ejercer ese control en un nivel político-preventivo, para cuyos efectos tienen la obligación de observar los criterios vinculantes

**“(…) (la detención domiciliaria) se configura como una de las diversas formas a las que, de manera alternativa, puede apelar el juzgador con el objeto de evitar la detención judicial preventiva.”**

16 STC 0016-2002-PI, Fundamento 11; STC 0001/0003-2003-AI (acumulados), Fundamento 11; 0008-2003-AI, Fundamento 15; STC 0018-2003-AI, Fundamento 2; entre otros.

17 STC 1565-2002-HC, Fundamento 2.



## Comentarios a la Sentencia del Tribunal...

sentados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; (...).”<sup>18</sup>

Asimismo, cabe reseñar que las interpretaciones del TC en relación con las instituciones previstas en la ley que tienen directa incidencia sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, tienen efectos vinculantes para todos los jueces de la República, pues de conformidad con el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional:

“Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

### VII. Arresto domiciliario, principio de proporcionalidad y fines de la pena privativa de libertad.

Desde la perspectiva aislada del derecho subjetivo a la libertad personal de las personas que se encontraban condenadas a pena privativa de libertad, la ley cuestionada podría haber sido considerada como plenamente constitucional, pues los límites a dicho derecho se reducirían considerablemente en diversos casos, al computar cada día de arresto domiciliario como sinónimo de un día menos en un establecimiento penal.

Sin embargo, aun cuando la “optimización” del derecho a la libertad personal de los condenados, podría, *prima facie*, aparecer como un fin constitucionalmente relevante, tal como hemos tenido oportunidad de precisar, ello no basta para que las medidas escogidas a efectos de alcanzarlo resulten *per se* constitucionales, puesto que, en el supuesto en que dicha medida suponga una incidencia restrictiva sobre otro bien constitucional, será preciso que dicha restricción resulte proporcional a dicho fin. En otras palabras, debe superar el *test* de proporcionalidad.

Los principios de interpretación constitucional de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, exigen que la Carta Fundamental sea apreciada como un *corpus* armónico y sistemático, de manera tal que toda aparente tensión suscitada entre sus disposiciones sea resuelta a través de las técnicas ponderativas que mejor optimicen el cuadro material de valores en ella reconocido.

Aminorar el tiempo de pena privativa de libertad, computando a éste el plazo en el que la persona fue sometida a un régimen de arresto domiciliario, a razón de un día de arresto por cada día de pena, es decir, como si se tratase de medidas idénticas, virtualmente implicaría sostener que constitucionalmente no existe impedimento alguno para que las penas privativas de libertad puedan ser cumplidas en el hogar y no en un centro penitenciario.

Tal razonamiento resulta manifiestamente inconstitucional por las siguientes razones:

- a) De conformidad con el principio de lesividad, la determinación de que la perpetración de una concreta conducta apareja una sanción de pena privativa de libertad, implica reconocer, necesariamente, que el bien jurídico lesionado por ella tiene relevancia constitucional, sea directa o indirecta. En caso contrario, nos encontraríamos frente a un tipo penal inconstitucional, puesto que si el ejercicio del *ius puniendi* del Estado se manifiesta por antonomasia en la limitación del derecho constitucional a la libertad personal, su objeto sólo puede consistir en la protección de un bien de igual rango. En tal sentido, la pena privativa de libertad es una garantía institucional del Estado social y democrático de derecho para proteger bienes constitucionales. Y por ello, desvirtuarla, conlleva desvirtuar, a su vez, la plena vigencia del valor constitucional protegido por el tipo penal específico.
- b) Una vez aceptado que las penas tienen por objeto la protección de valores constitucionales, sería un despropósito negar que su fin es *per se* de jerarquía constitucional. La manifestación más eficiente de dicho fin es de orden preventivo general. Es decir su principal función es plasmar una amenaza objetiva dirigida a toda la población a efectos de evitar la comisión de ilícitos penales.

Tal como afirma Carbonell Mateu:

“El Derecho Penal no actúa sólo mediante la imposición de la pena (como castigo), sino básicamente con la amenaza de la misma. (...) Su fin es la tutela de los valores, no el cobro de tasas por su destrucción; por tanto lo que importa es evitar, prevenir, la realización de las conductas que resulten potencialmente peligrosas

18 STC 0019-2005-PI, Fundamento 67.



para esos bienes. (...). La función que corresponde al Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho no puede ser la de retribuir *ex post* por la lesión de los bienes jurídicos, sino prevenir *ex ante* la realización de conductas lesivas para los mismos, por lo que la norma se dirige no a prohibir la causación de resultados sino la verificación de conductas que, *ex ante*, en el momento de su realización, aparezcan como peligrosas. La mejor manera de evitar la lesión es prohibir, previa desvaloración, las conductas peligrosas.”<sup>19</sup>

En tal sentido, lo que queda es preguntarse si el fin preventivo general de las penas se mantiene cuando se tiene noticia de que los días de detención en el domicilio, equivalen a días en un establecimiento penitenciario. La respuesta, a nuestro juicio, es manifiestamente negativa.

- c) La aplicación efectiva de la pena privativa de libertad, renueva la confianza de la población en el Derecho, al apreciar que éste se impone frente aquellos que vulneran bienes del relevancia constitucional. Adicionalmente, evita que el derecho fundamental a la seguridad personal se vea amenazado por el cumplimiento de penas nimias que no garantizan la reeducación, rehabilitación y resocialización del delincuente.

Generar identidades artificiales entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, no sólo ocasiona que el cumplimiento de ésta se reduzca considerablemente, sino que en determinados casos podría, sencillamente, no tener que cumplirse con lo que el peligro de afectación a la seguridad personal del colectivo es evidente.

- d) Asimismo, las penas privativas de libertad cumplen una finalidad preventivo especial, orientada a que el delincuente internalice la gravedad del mal causado a la sociedad, iniciando el proceso hacia su plena rehabilitación y reincorporación a la sociedad, exigido por el artículo 139° 22 de la Constitución, a través del régimen disciplinario, asistencial, laboral, educativo y de beneficios. Ello sólo puede tener lugar en un centro penitenciario y no en el domicilio. De ahí que el artículo 139° 21 de la Constitución, haga alusión al cumplimiento de las penas en establecimientos penitenciarios.

A partir de la concurrencia de estos criterios el TC consideró que el abono de tiempo de detención domiciliaria al cómputo de la pena privativa de libertad, a razón de día de pena por cada uno de detención, conllevaba una afectación desproporcionada e irrazonable de los fines que la pena privativa de libertad cumple en todo Estado social y democrático de derecho.

#### **VIII. Sobre los efectos de la sentencia.**

Mucho se ha dicho sobre los efectos en el tiempo de la sentencia. De un lado, se ha afirmado que el TC dotó a la resolución de un efecto retroactivo, razón por la cual vulneró el artículo 103° de la Constitución que sólo permite la retroactividad benigna de la ley penal; y, de otro, que incurrió en un exceso al permitir que el fallo tenga efectos incluso antes de su publicación, contraviniendo el artículo 204° de la Carta Fundamental<sup>20</sup>.

Ambos argumentos, sin embargo, resultan erróneos. En efecto, en primer término, el TC es meridianamente claro al señalar que la sentencia no tiene efecto retroactivo alguno:

“(…). Si bien no es posible que por medio de esta sentencia se puedan anular los efectos beneficiosos para el reo que el extremo viciado de inconstitucionalidad de la ley impugnada cumplió en el pasado, ello no obsta para que, a partir del día siguiente de la publicación de esta sentencia, dicho extremo quede sin efecto incluso en los procesos que se hayan iniciado mientras estuvo vigente, esto es, en aquellos procesos en los que los efectos inconstitucionales de la ley aún se vienen verificando.”<sup>21</sup> (subrayado agregado).

En consecuencia, no se trata de que por virtud de la sentencia se haya anulado alguna de las aplicaciones de la ley impugnada que pudieran haber tenido lugar antes de su publicación, sino de evitar que ésta pueda continuar aplicándose. Se trata, dicho de otra forma, de invalidar los efectos de la norma (lo que la derogación no pudo hacer) a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia y no antes.

Sucede, sin embargo, que el caso más evidente en el que los efectos de una concreta ley continúan desplegándose se presenta cuando el proceso en el que ésta ha sido aplicada, aún no ha culminado. En efecto, en tanto en dicho supuesto la revisibilidad de las decisiones judiciales se mantiene incólume hasta que

19 Carbonell Mateu, Juan Carlos. Derecho penal: concepto y principios constitucionales. 3ra. Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, pp. 77-78

20 Artículo 204.- La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación la norma queda sin efecto. (...).

21 STC 0019-2005-PI. Fundamento 61.



## Comentarios a la Sentencia del Tribunal...

alguna de ellas alcance firmeza, la posibilidad de generar el cese de los efectos de una resolución judicial que haya aplicado una ley inconstitucional se encuentra expedita, no a través de la sentencia que declare su inconstitucionalidad, sino a través de la resolución judicial que al no poder continuar aplicándola, declara la invalidez de la resolución sometida a revisión.

Estos supuestos se aprecian con nitidez en aquellos países en los que el proceso de inconstitucionalidad tiene su raíz en un proceso concreto, es decir, en aquellos Estados en los que el control abstracto de constitucionalidad de las leyes, puede surgir, en vía incidental, a través de la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un juez contra una ley que resulta determinante para resolver la causa que se encuentra conociendo (vg. España o Italia)<sup>22</sup>.

Es por ello que el TC establece que:

“(...) los jueces o magistrados que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los recursos y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.”<sup>23</sup>

También resulta inexacto afirmar que el TC haya previsto la posibilidad de que la sentencia surta efectos antes de su publicación en el diario oficial *El Peruano*. Esta inexactitud se basa en la errónea interpretación del un fundamento de la sentencia en el cual se sostiene lo siguiente:

“Precísese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los dos fundamentos precedentes, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano*, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias

entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada.”<sup>24</sup>

El error reside en que algunos consideran que “los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva” a los que el TC hace referencia, son los de la propia sentencia, cuando ello no es así. El Colegiado hace alusión a los reiterados criterios jurisprudenciales anteriores a la resolución *sub examine* contenidos en diversas sentencias del propio Tribunal (STC 1565-2002-HC; 0209-2002-HC; 1725-2002-HC; 0376-2003-HC; 0731-2004-HC, entre otros)

Tales criterios obligaban a los jueces ordinarios ha advertir la manifiesta inconstitucionalidad en la que incurría la ley impugnada, y, consecuentemente, a aplicar el control constitucional difuso contra ella aún antes de que el TC invalidara sus efectos mediante el control constitucional concentrado.

### IX. Reflexión final.

El TC ha tenido oportunidad de advertir que la preservación de la constitucionalidad de todo el ordenamiento, no es una tarea que a él competa de manera exclusiva, sino que la comparten, *in suo ordine*, todos los poderes públicos<sup>25</sup>. Esta es una obligación proyectada desde el propio artículo 38° de la Constitución que señala como deber de todos los peruanos cumplirla y defenderla.

Los Poderes del Estado deben internalizar esta tarea al momento de ejecutar cada una de las competencias que les han sido reservadas constitucionalmente; máxime en los momentos en los que se trata de hacer frente a flagelos sociales que causan singular daño a la estabilidad del Estado Constitucional, como los delitos de corrupción.

Sirva esta sentencia como *recordaris* de este deber constitucional ineludible

22 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español N.º 17/1981, originada en una cuestión de inconstitucionalidad.

23 STC 0019-2005-PI, punto 2 del fallo.

24 STC 0019-2005-PI, Fundamento 64.

25 STC 0006-2003-AI, Fundamento I.