



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SALA MIXTA DE EMERGENCIA**

EXPEDIENTE : 02316-2020-0-1801-JR-PE-35
BENEFICIARIO : FÉLIX ARMANDO PESTANA ELÍAS
PROCESO : HABEAS CORPUS
EMPLAZADOS : INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO

**S.S. MONTOYA PERALDO
LEON VELASCO
HAYAKAWA RIOJAS**

Resolución N° CUATRO.-

Lima, dieciocho de mayo
del dos mil veinte.

VISTOS:

Interviniendo como **ponente la señora Juez Superior Montoya Peraldo**; es materia de pronunciamiento el recurso de apelación interpuesto por la defensa del favorecido **FÉLIX ARMANDO PESTANA ELÍAS**, contra la resolución de fecha 09 de abril de 2020, emitida por el Juzgado Penal de Turno Permanente que resuelve **RECHAZAR LIMINARMENTE** la demanda de Hábeas Corpus Correctivo interpuesto por la defensa del favorecido Félix Armando Pestana Elías, recluso en el Establecimiento Penitenciario de Lurigancho, contra el Instituto Nacional Penitenciario INPE, por supuesta vulneración del derecho a la vida y a la salud; con la constancia de relatoría, de haberse llevado a cabo las vistas de la causa; con el voto singular de la Magistrada dirimente Hyakawa Riojas y con el voto en discordia del Magistrado Lizarraga Rebaza, y,

CONSIDERANDO;

PRIMERO: DE LA DEMANDA DE HABEAS CORPUS.-

1.1. Señala el accionante que el favorecido FÉLIX ARMANDO PESTANA ELÍAS, con fecha 21 de febrero de 2019, fue condenado por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Lima, a cinco años de pena privativa de libertad efectiva, al encontrarlo culpable del delito de defraudación tributaria en agravio del Estado peruano; sosteniendo además que en dicha condena no se impuso reparación civil alguna, en tanto que antes del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público, LAIN INTERCORP S.A., empresa de la cual el señor Pestana Elías era el Gerente General, cumplió con regularizar la deuda tributaria.

1.2. Esta sentencia fue recurrida, siendo el caso que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema programó vista de la causa para el día 18 de marzo de este año, la que no se pudo llevar a cabo debido a la

Declaración de Estado de Emergencia Nacional a consecuencia del brote de COVID-19 (Decreto Supremo N° 044-2020-PCM).

1.3. Refiere que Félix Armando Pestana Elías es un interno de 71 años de edad y sufre de una afección médica preexistente a su internamiento, como lo es la hipertrofia prostática grado iv, detectado en el año 2018; que, sin la debida atención podría convertirse en un grave cáncer de próstata. A lo que se suma el informe emitido por el Centro de Resonancia Magnética - Cerema, en el que se diagnostica la enfermedad y el estado de misma.

1.4. En atención a la pandemia que se extiende en nuestro país, y en atención a lo manifestado por la Organización Mundial de la Salud, el favorecido forma parte de la población de más alto riesgo para desarrollar una enfermedad grave dentro de la pandemia de COVID-19.

1.5. Que, en el presente caso, nos encontraríamos ante un acto lesivo por omisión, efectuado por parte del Estado, toda vez que, no han diseñado, establecido ni implementado políticas penitenciarias, que protejan de manera especial a las personas que forman parte de la población de más alto riesgo frente a la pandemia de COVID-19, lo que genera un peligro real e inminente de contagio, que atentaría contra su vida y salud del señor Pestana Elías; siendo su petitorio la variación de la pena privativa de la libertad por el arresto domiciliario, en su inmueble ubicado en Calle Lauricocha N.º 155, Dpto. 201- Urb. Los Manzanos, distrito de Santiago de Surco, provincia y departamento de Lima, hasta que cumpla la totalidad de su pena.

SEGUNDO: FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA.-

2.1. El Juez Constitucional, ha rechazado liminarmente la demanda de habeas corpus interpuesta por considerar, respeto a la variación de la media de privación de libertad por el arresto domiciliario, que dicha solicitud no puede ser materia de un proceso Constitucional de Hábeas Corpus teniendo dicha figura un tratamiento especial en vía ordinaria, en donde el actor podrá alegar el cuestionamiento ahora invocado, siendo ello así, lo solicitado por el recurrente excede del ámbito de protección de los procesos constitucionales de la libertad, así el Hábeas Corpus no puede, ni debe ser utilizado como vía indirecta para ventilar aspectos que son propios de la jurisdicción ordinaria, correspondiendo a ésta y no a la justicia constitucional dilucidar los alegatos señalados por el actor.

2.2. Que respecto a su estado de salud, el favorecido tiene expedito su derecho de exigir la atención médica correspondiente fuera del Establecimiento Penal en donde se encuentra recluso directamente al Director de dicho establecimiento; no siendo por tanto la vía constitucional del Habeas Corpus el medio para determinar las condiciones de salud que en la actualidad podría presentar el beneficiado con la presente; por lo que, es evidente que en todo caso de verse afectada la integridad física de la persona del beneficiario con la presente demanda de Habeas Corpus, se debe solicitar en todo caso su atención médica respectiva ante el INPE, por lo que, tiene expedito su derecho de solicitar lo que crea pertinente al

respecto a la autoridad penitenciaria, siendo posible dada su condición de interno en un establecimiento penal que el aislamiento social decretado por el Gobierno también se ejecute al interior del mismo, ya que el Instituto Nacional Penitenciario ha adoptado medidas al respecto.

TERCERO: DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION.-

Mediante escrito de fecha 13 de abril de 2020, el accionante interpone recurso de apelación en contra de la resolución que rechaza liminarmente la demanda de habeas corpus interpuesta en los siguientes términos:

- a) Señala que la defensa ha presentado un habeas corpus correctivo, el mismo que ha sido desestimado, como se señala en la resolución, en virtud a la existencia de una vía ordinaria, además, porque el petitorio y los hechos que sustentan la misma no estarían referidos en forma directa y concreta, al contenido constitucionalmente protegido; sin embargo, esto es contrario a lo señalado por el Tribunal Constitucional, toda vez que el habeas corpus correctivo procede contra las formas o condiciones en que se cumple la pena. y sirve para efectuar un control constitucional del ejercicio de la misma corrigiéndola en caso de ser necesaria.
- b) Que si bien es cierto, los Establecimientos Penitenciarios, cuentan con servicios médicos básicos y además, brindan mecanismo para salvaguardar el bienestar físico y mental de los internos a costo de estos, también es cierto que el virus del COVID-19, hasta la fecha no cuenta con una vacuna y su tratamiento en los casos más grave, depende del empleo de un respirador artificial que el caso del Perú, son extremadamente escasos; por lo cual el Gobierno ha establecido como mejor mecanismo para asegura al máximo los riesgos de contagio -y por ende reducir las pérdidas de vidas humanas- el aislamiento social obligatorio y además de la higiene personal y del ambiente; las mismas que por la sobrepoblación y hacinamiento del penal de Lurigancho, resulta imposible su acatamiento, convirtiendo este centro -y todos los demás - en un foco infeccioso.
- c) Señala finalmente que ha quedado demostrada la necesidad de corregir la ejecución inconstitucional de la pena privativa de la libertad que sufre el favorecido, toda vez que, el citado establecimiento penitenciario, no permite el aislamiento social que el gobierno ha establecido como medida de prevención ante la amenaza real, grave e inminente de contagio de la pandemia de covid-19 (nuevo coronavirus) que motivó la declaración del estado de emergencia en el Perú, por lo que se debiera declarar fundado el habeas corpus, ordenando la variación de la pena privativa de la libertad por el de detención domiciliaria, hasta que cumpla la totalidad de su pena.

CUARTO: FUNDAMENTOS JURÍDICOS.-

4.1. Dentro de la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional ha reconocido que: *“el hábeas corpus tiene una doble vertiente conceptual,*

esto es una concepción clásica y una concepción amplia. La primera de ellas, supuso otorgarle protección a la libertad al atributo que los romanos llamaron (ius movendi et ambulandi) o lo que los anglosajones denominaron power of locomotion. Mientras que la concepción amplia, significa el reconocimiento dentro de nuestro sistema normativo (teniendo como punto de partida la norma normarum) de un conjunto de derechos que, no afectando de modo directo a la libertad individual, sí lo hacen de modo colateral, es decir la afectación de este otro derecho constituye un grado de injerencia tal en la esfera de la libertad, que resulta siendo objeto de protección a través de este proceso constitucional¹.

4.2. De igual forma el artículo 200° inciso 1) de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente: *"(...) La acción de hábeas corpus (...) procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos conexos (...)".* De igual forma, el Código Procesal Constitucional en la parte in fine del último párrafo del artículo 25° ha precisado que: *"(...) También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad de domicilio (...)".*

4.3. El artículo 7 de la Constitución establece que todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. Además, se ha precisado que las personas con deficiencias físicas o mentales tienen derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. Por otro lado, en el artículo 9 de la Constitución se menciona que el Estado determina la política de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación, y es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud. En este sentido el derecho a la salud se orienta a la conservación y al restablecimiento del funcionamiento armónico del ser humano en su aspecto físico y psicológico; por tanto, guarda una especial conexión con los derechos a la vida, a la integridad y a la dignidad de la persona humana, derecho cuya esencia es indiscutible, pues, como expresa el artículo I del Título Preliminar de la Ley General de Salud 26842, constituye la "condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo". Por ello, siempre que el derecho a la salud resulte lesionado o amenazado lo estará también el derecho a la integridad personal e incluso en ciertos casos podría resultar afectado el mantenimiento del derecho a la vida².

QUINTO: FUNDAMENTOS DEL COLEGIADO.-

5.1. En primer término se debe señalar, que si bien el Juzgado Penal de Turno Permanente declaró improcedente in limine la presente demanda; sin embargo este Superior Colegiado, en atención a los principios de celeridad y economía procesal, considera pertinente emitir un pronunciamiento de

¹ EXP. N° 05559-2009-PHC/TC, fundamento 2.

² Expediente 01362-2010-HC/TC, fundamento 4.

fondo, *“toda vez que en autos aparecen los elementos necesarios para ello”*³.

5.2. En el caso de autos, la defensa del favorecido Félix Armando Pestana Elías, ha sostenido en su demanda de hábeas corpus correctivo, que este se encuentra privado de su libertad en el Establecimiento Penitenciario de Lurigancho desde el **21 de febrero de 2019**, en merito a la condena de 05 años de pena privativa de la libertad efectiva impuesta por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Lima, por la comisión del delito de defraudación tributaria en agravio del Estado; sentencia que ha sido objeto de impugnación, la cual ha sido elevada a la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, programándose fecha para la vista de la causa para el 18 de marzo del año en curso, la cual se suspendió en merito al Estado de Emergencia Nacional decretado por Decreto Supremo N° 044-2020-PCM.

5.3. Con relación a las condiciones personales del favorecido, FÉLIX ARMANDO PESTANA ELÍAS es un interno de 71 años de edad , tenemos que la defensa del favorecido ha señalado que sufre de una afección médica preexistente a su internamiento, adjuntando diversos informes médicos a fin de acreditar su enfermedad, como lo es la hipertrofia prostática grado (iv), detectado en el año 2018, lo cual acredita con el Informe Médico (Anexo I), Resultado de Resonancia Magnética (Anexo II), e Informe Radiológico (Anexo III) anexados en su demanda, los cuales concluyen que actualmente el favorecido presenta sospecha de neoplasia maligna prostática, con una próstata aumentada de volumen y sangrante, que si bien a la fecha no se cuenta con mayor información sobre su estado de salud actual, lo que dada las circunstancias de urgencia tampoco ha sido posible recabar en el propio Instituto Nacional Penitenciario mayor información.

5.4. Es de saber público que con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró al brote del COVID-19 como una pandemia por haberse extendido en más de cien países del mundo de manera simultánea incluyendo al Perú, por ello mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA, publicado el 11 de marzo de 2020, se declara la Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario, y se dictan medidas para la prevención y control para evitar la propagación del COVID-19.

5.5. En este contexto, como órgano constitucional, corresponde analizar cada caso en concreto y ponderar adecuadamente, teniendo como un punto importante a valorar, la edad con la que cuenta el favorecido FÉLIX ARMANDO PESTANA ELÍAS(71 años), y la enfermedad preexistente (hipertrofia prostática con riesgo de cáncer), conforme a la Resolución Ministerial N° 139-2020-MINSA, “Prevención y Atención de personas afectadas por Covid-19 en el Perú, ciertamente lo sitúa dentro del grupo más vulnerable a desarrollar enfermedades de gravedad en caso de contraer el virus Covid 19, con lo cual la posibilidad de afectación a su derecho a la salud, e incluso a su derecho a la vida, es de una entidad “grave” o

³ Exp. N° 00884-2013-PHC/TC. Párrafo 2.

altamente probable como para; debiendo señalarse que si bien nos encontramos frente a una condena impugnada ante la Corte Suprema, por lo cual, se desestima que esta Superior Sala actuando como órgano constitucional pueda modificar o emitir pronunciamiento sobre el fondo de la misma, lo cual no es competencia de la justicia constitucional; no obstante ello, nos encontramos frente a un hecho excepcional por la presencia de la Pandemia por “Corona Virus” que viene sufriendo nuestro territorio, lo que ha motivado de parte del Estado en materia penitenciaria, emitir políticas para prevenir el riesgo de contagio de enfermedades y evitar la fácil propagación de Covid-19, en los establecimientos penitenciarios así como disminuir las condiciones de sobrepoblación en dichos establecimientos atendiendo a la excepcionalidad de la presente emergencia sanitaria, lo que permite al órgano constitucional ponderar derechos constitucionales como la vida, la integridad, la salud, entre otros.

5.6. En tal sentido, dada las condiciones especiales respecto a la edad y salud del favorecido, es calificado como sujeto de riesgo así como a las reglas de inmovilización ciudadana y cierre de fronteras dictadas en nuestro país, sin dejar de evaluar el delito por el cual ha sido condenado el favorecido [Defraudación Tributaria]; al respecto el accionante ha sostenido en su demanda que al favorecido *“en dicha condena no se impuso reparación civil alguna, en tanto que antes del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público, LAIN INTERCORP S.A., empresa de la cual el señor Pestana Elías era el Gerente General, cumplió con regularizar la deuda tributaria”*, lo cual ha sido corroborado con la información obtenida del SIJ por la Secretaria de esta Sala, adjuntado copia de la sentencia y demás resoluciones expedidas al respecto por la Segunda Sala de Apelaciones de Lima, por lo que resulta evidente el bajo riesgo de fuga, asimismo por el delito sentenciado estaría en la posibilidad de acogerse algún beneficio penitenciario, sin embargo estando que la sentencia se encuentra en vía de impugnación, no es viable tal circunstancia; siendo que el favorecido fue juzgado como reo libre y la sentencia condenatoria se ejecutó en el acto de la lectura de la sentencia, en forma inmediata, por cuanto el proceso penal por el cual ha sido condenado ha seguido las reglas establecidas del Código de Procedimientos Penales, en donde se establece que cuando la condena es pena privativa de libertad se cumple en forma inmediata, aunque sea impugnada; situación distinta se presenta en el Nuevo Código Procesal Penal, en el artículo 402° del Código Procesal Penal en su segundo párrafo señala: *“si el condenado estuviere en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal según su naturaleza o gravedad y el peligro de fuga, podrá optar por su inmediata ejecución o imponer algunas de las restricciones previstas en el artículo 288° mientras se resuelve el recurso”*; y si bien la norma en comento no se encuentra aún vigente en su aplicación en el departamento de Lima, no se puede dejar de analizarla, si con ello se prioriza la salud, integridad física y vida del favorecido; por lo que este Colegiado dada las características del hábeas corpus, como instrumento sencillo y rápido, tiene por finalidad procurar que siempre se favorezca la tutela del derecho a la libertad física y/o de sus derechos conexos, considera que estando a la excepcionalidad de la crisis sanitaria, y a la demora en resolver el recurso impugnatorio planteado ante la Corte Suprema de la República, pues, la sentencia fue emitida con fecha 21 de febrero de 2019, fecha desde la cual

tiene la condición de reo en cárcel, siendo que no se encuentra resuelto conforme ha referido la defensa del favorecido en la audiencia oral, en consecuencia a fin de evitar mayor riesgo sobre la salud del favorecido, la pena impuesta debe ser suspendida en su ejecución hasta los resultados del recurso impugnatorio planteado ante la Corte Suprema de la República, ordenándose su inmediata libertad, fijando algunas restricciones para asegurar su comparecencia, poniendo en conocimiento de la presente resolución a la Corte Suprema de la República.

5.7. Finalmente se debe precisar, que en el caso de autos no se ha determinado ninguna responsabilidad en el Presidente del Instituto Nacional Penitenciario por lo cual no se emite ninguna disposición contra su persona.

Por los fundamentos precedentemente expuestos, los integrantes de la Sala Mixta de Emergencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, impartiendo justicia a nombre de la Nación; **RESUELVEN:**

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la demanda de Hábeas Corpus Correctivo interpuesto por la defensa del favorecido Félix Armando Pestana Elías por vulneración del derecho a la vida y a la salud, **DISPUSIERON** en forma excepcional la suspensión de la ejecución de la condena de fecha 21 de febrero de 2019, mientras se resuelve el recurso impugnatorio; **SE LE IMPONE** las siguientes restricciones: **a)** No variar ni abandonar el domicilio señalado en su demanda como lugar de residencia (Calle Lauricocha N.º 155, Dpto. 201- Urb. Los Manzanos, distrito de Santiago de Surco); **b)** cumplir con las restricciones de aislamiento social ordenadas por el gobierno; las cuales deberá cumplir bajo apercibimiento de ordenarse la ejecución provisional de la condena; ordenándose su inmediata libertad cursándose el oficio respectivo al INPE.

SEGUNDO: Sin necesidad de hacer uso de lo dispuesto en el artículo 8º del Código Procesal Constitucional, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

TERCERO: Póngase en conocimiento de la presente resolución a la Corte Suprema de Justicia de la República para los fines pertinentes.

Oficiándose y notificándose vía medios virtuales habilitados S.S.

MONTOYA PERALDO LEON VELASCO HAYAKAWA RIOJAS

LA SECRETARIA DE LA SALA MIXTA DE EMERGENCIA DE LIMA CERTIFICA QUE EL VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA ERLA LILIANA HAYAKAWA RIOJAS, es como sigue:

PRIMERO: Que, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emitió la resolución N° 1/2020 PANDEMIA Y DERECHOS HUMANOS EN AMERICA, en cuyo Considerando B: Parte considerativa establece que: (...)

“III. Grupos en situación de especial vulnerabilidad: Recordando que al momento de emitir medidas de emergencia y contención frente a la pandemia del COVID-19, los Estados de la región deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas (...).”

1.1. Asimismo, señala: **“C. PARTE RESOLUTIVA,** en ejercicio de las funciones que le son conferidas por el artículo 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en aplicación del artículo 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18.b de su Estatuto, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos **formula las siguientes recomendaciones a los gobiernos** de los Estados miembros: **1.** Adoptar de forma inmediata, urgente y con la debida diligencia, todas las medidas que sean adecuadas para proteger los derechos a la vida, salud e integridad personal de las personas que se encuentren en sus jurisdicciones frente al riesgo que representa la presente pandemia (...) **3.** Guiar su actuación de conformidad con los siguientes principios y obligaciones generales: (...) **f.** Las medidas que los Estados adopten, en particular aquéllas que resulten en restricciones de derechos o garantías, deben ajustarse a los principios «pro persona», de proporcionalidad, temporalidad, y deben tener como finalidad legítima el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral, como el debido y oportuno cuidado a la población, por sobre cualquier otra consideración o interés de naturaleza pública o privada...”

SEGUNDO: De lo actuado, efectivamente el beneficiado ha acreditado ser una persona mayor de 71 años de edad, sufrir de hipertrofia prostática grado IV, presentando sospecha de neoplasia maligna prostática (hipertrofia prostática con riesgo de cáncer) enfermedad médica pre-existente desde el año 2018, que lo sitúa en una persona sumamente vulnerable a desarrollar enfermedades de gravedad en caso de contraer el COVID-19, y, estando a las recomendaciones antes expuestas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tales como, proteger el *derecho a la vida*, y, acceso a la salud para prevenir el contagio por los efectos generados por la pandemia; circunstancias en las que se sitúa el beneficiario, conforme lo ha acreditado con las instrumentales acompañada a la demanda, tales como informe médico, resonancia magnética, informe radiológico. Por lo que, estamos frente a una persona con riesgo de su salud, que puede llegar a una situación nefasta (deceso) de contraer el COVID-19.

TERCERO: Respecto a que, en el proceso penal seguido en su contra por el delito de -Defraudación Tributaria- la Segunda Sala Penal de Apelaciones emitió sentencia condenatoria, por el cual le impuso cinco años de pena privativa de libertad efectiva, que viene cumpliendo desde el 21 de febrero de 2019 (cuyo recurso impugnatorio interpuesto por el sentenciado, se encuentra pendiente de resolver en instancia definitiva por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema); si bien es cierto, este proceso se llevó a cabo bajo la normativa del Código de Procedimientos Penales, cumpliendo la pena impuesta de inmediato, conforme lo establece el artículo 330° del

Código antes mencionado; sin embargo, aplicar el artículo 402°, inciso 2° del Código Procesal Penal⁴ –*aún no vigente para el Distrito Judicial de Lima (con algunas excepciones)*- **resulta razonable, ello en virtud a una ponderación de derechos fundamentales, como es el derecho a la vida amparado constitucionalmente**, el cual prima sobre los demás derechos constitucionales; máxime si del voto de la Vocal Ponente, ha valorado el peligro procesal, -bajo riesgo de fuga de sentenciado- señalando los fundamentos correspondientes.

Por tanto **MI VOTO** es porque:

1. Se DECLARE FUNDADA EN PARTE la demanda de Habeas Corpus Correctivo, interpuesto por la defensa del favorecido Félix Armando Pestana Elías por vulneración del derecho a la vida y la salud, **DISPONE EN FORMA EXCEPCIONAL** la suspensión de la ejecución de la condena de fecha 21 de febrero de 2019, mientras se resuelve el recurso impugnatorio, **SE LE IMPONE:** las siguientes restricciones: **a)** no variar ni abandonar el domicilio señalado en su demanda como lugar de residencia (Calle Lauricocha N° 155, Dpto. 201, Urbanización “Los Manzanos” distrito de Santiago de Surco); **b)** cumplir con las restricciones de aislamiento social ordenada por el gobierno; las cuales deberá de cumplir bajo apercibimiento de ordenarse la ejecución provisional de la condena; **ordenándose su inmediata libertad**, cursándose el oficio respecto al INPE
2. Sin necesidad de hacer uso de lo dispuesto en el artículo 8° del Código Procesal Constitucional, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.
3. Póngase en conocimiento de la presente resolución a la Corte Suprema de la República para los fines pertinentes.
4. **Oficiándose y notificándose** vía medios virtuales habilitados.-

**HAYAKAWA RIOJAS
JUEZ SUPERIOR DIRIMENTE**

LA SECRETARIA DE LA SALA MIXTA DE EMERGENCIA DE LIMA CERTIFICA QUE EL VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO MARCO LIZARRAGA REBAZA, es como sigue:

PRIMERO: Con el mayor respeto discrepo de la ponencia, por los argumentos que paso a detallar, coincido con la parte expositiva y considerativa hasta el punto 4.3.

SEGUNDO: Que, los procesos constitucionales, conforme lo señala la propia doctrina constitucional, son aquellos establecidos por el propio ordenamiento supra legal, como la Constitución Política del Estado, y los Convenios Internacionales de Protección de Derechos Humanos, que tiene por objeto

⁴ Artículo 402° -Ejecución Provisional (...) 2. Si el condenado estuviere en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal según su naturaleza o gravedad y el peligro de fuga, podrá optar por su inmediata ejecución o imponer algunas de las restricciones previstas en el artículo 288 mientras se resuelve su recurso".

defender la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, reparando un derecho conculcado o disuadiendo una real amenaza de su vulneración; así como preservar la supremacía de la Constitución; a estos efectos se señala que: “(...) todos los procesos constitucionales – incluyendo aquellos orientados a la tutela de derechos fundamentales - gozan de una dimensión objetiva orientada a preservar el ordenamiento constitucional como una suma de valores institucionales”⁵. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional recién entrado en vigencia el Código Procesal Constitucional tuvo de oportunidad de expresar que: “(...) en los procesos constitucionales se busca no sólo la protección de los derechos fundamentales, sino también la constitucionalidad del derecho objetivo. De ahí que se haya señalado que dichos procesos deben ser capaces de comprender no sólo la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, sino también la tutela objetiva de la Constitución”.⁶

TERCERO: Que, por su parte el proceso de hábeas corpus, conforme lo señala el artículo 25° del Código Procesal Constitucional procede ante la acción u omisión que amenace o vulnere los derechos a la libertad individual, como también de los derechos constitucionales conexos con la aludida libertad, especialmente cuando se trate del debido proceso y la inviolabilidad de domicilio; dentro de los derechos a la libertad individual, el referido código, taxativamente ha considerado, **el derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.**

CUARTO: Que, se tiene que en efecto el A-quo emitió una decisión con consideraciones de fondo de la controversia; ahora, en puridad esta perspectiva de análisis, conforme a los agravios expuestos en el recurso de apelación, aparentemente sería irregular; sin embargo, se observa que se formó convicción respecto a la pretensión postulada, no solo a partir de lo expuesto y adjuntado en la demanda, sino también a partir de la información de carácter público, referida a las acciones y procedimientos desplegados por la entidad emplazada para enfrentar la anotada pandemia, que en su entender quizás hacía innecesario requerir información adicional alguna a la entidad emplazada, lo que en atención a la naturaleza de este proceso, no resultaría censurable ni irregular, conforme a lo establecido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

QUINTO: Que, las consideraciones de fondo, no guardan coherencia con lo dispuesto por el A - quo al considerar que el derecho invocado por el beneficiado no se encuentra vinculado al proceso constitucional de habeas corpus, no siendo correcto desestimar in limine el presente conforme al artículo 5° inciso 1° de la norma antes referida, toda vez, que los argumentos expuestos por la parte demandante podrían tener contenido constitucional, claro está, sin dejar de lado, que a pesar de la emergencia decretada, en las Cortes Superiores de la Republica existen órganos jurisdiccionales de la especialidad penal, con la posibilidad de evaluar modificaciones en la situación jurídica de los procesados y sentenciados bajo su competencia;

⁵ Domingo García Belaunde. Diccionario de Jurisprudencia Constitucional. GRIJLEY. Perú. 2009. Pág. 634.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0266-2002-AA-TC.

tanto más, si el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 118-2020-CE-PJ del 11 de abril de l año en curso, después de disponer la prórroga de la suspensión de las labores del Poder Judicial y los plazos procesales, en el artículo cuarto, consigna lo siguiente: “**Disponer que los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia del país exhorten a los jueces de la especialidad penal, para que en todos aquellos casos en los que tengan la competencia y posibilidad, revisen, incluso de oficio, la situación jurídica de los procesados y sentenciados privados, que estén bajo su competencia, a fin de evaluar modificaciones en su condición jurídica**”; por lo que, bajo un sentido de razonabilidad acorde con el derecho a la tutela procesal efectiva consagrado en el artículo 139º, numeral 3, de la Constitución Política del Estado, lo mínimo era que se admitiera la demanda con la finalidad que se procediera con lo siguiente: **i)** En primer lugar, el A-quo constate si en la Corte Superior de Justicia respectiva se encuentra funcionando el órgano jurisdiccional penal habilitado y competente para verificar y resolver respecto a la situación jurídica de los sentenciados, y en específico a lo que corresponde al beneficiario, atendiendo a las alegaciones vertidas en la demanda, esto es, una posible excarcelación; **ii)** De ser negativa dicha constatación, y en resguardo de la tutela procesal efectiva, deberá emitir un pronunciamiento de fondo en relación a lo petitionado, teniendo en cuenta toda la información oficial, concreta, actualizada e inmediata respecto a la situación generada por el COVID-19 en nuestro país, y en especial con lo que concierne a lo que debe ser informado y verificado en el establecimiento penal donde se encuentra recluso el beneficiario, y su respectivo estado de salud, dejando de lado formulas generales y apreciaciones abstractas sobre el tema, así como cualquier situación de índole administrativa previsto en el Código de Ejecución Penal; **iii)** Deberá indagar sobre otro habeas corpus interpuesto a favor del favorecido (conforme lo admitió la defensa de éste en la audiencia de vista de causa) y que aparentemente versa sobre los mismos hechos a efecto de una posible litispendencia conforme al artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional.

Por los fundamentos precedentemente expuestos, impartiendo justicia a nombre de la Nación, **MI VOTO**, es porque se: Declare **NULA** la resolución de fecha 09 de abril de 2020, emitida por el Juzgado Penal de Turno Permanente que resuelve **RECHAZAR LIMINARMENTE** la demanda de Hábeas Corpus Correctivo interpuesto por la defensa del favorecido Félix Armando Pestana Elías, recluso en el Establecimiento Penitenciario de Lurigancho, contra el Instituto Nacional Penitenciario INPE, por supuesta vulneración del derecho a la vida y a la salud; en consecuencia: el A-quo debe admitir a trámite en el día la demanda y proceder conforme a las consideraciones antes glosadas. **Oficiándose y notificándose.**

**LIZARRAGA REBAZA
JUEZ SUPERIOR**