

DETENCION DOMICILIARIA

Víctor Jimmy Arbulú Martínez¹

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La cuestión es examinar la detención domiciliaria, su naturaleza, y alcances como medida cautelar. La detención domiciliaria o arresto domiciliario, es considerada en la legislación procesal nacional como una modalidad de la comparecencia, siendo la más restrictiva, porque hay limitación al derecho de locomoción de una persona, ya que si bien, no se encuentra dentro de un centro de reclusión, lo está en el propio domicilio, del que no puede salir libremente. Es menester reconocer que se cuestiona que se le considere como comparecencia cuando en realidad es una detención, por lo que la crítica que se hace en la doctrina procesal por su ubicación en el Código Procesal Penal del 2004² tiene cierto grado de razonabilidad.

1.1. Derecho Comparado

En el Código de Procedimientos Penales de Bolivia (Ley N° 1970) en su Art. 240 se establece que es una medida sustitutiva cuando sea improcedente la detención preventiva, pero exista peligro de fuga u obstaculización del procedimiento. Esta detención puede ser en el propio domicilio o en el de otra, sin vigilancia o con la que el juez disponga. Si no puede sostenerse económicamente se autorizará que se ausente a trabajar. Esta orientación de medida sustitutiva de la prisión preventiva es seguida por el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela del 23 de enero 1998 Art. 265.

¹ Abogado por la UNMSM. Egresado de Maestría en Ciencias Penales en la UNMSM. Post Título en Derecho Procesal Constitucional PUCP. Juez Superior (p) de la Corte del Callao. Catedrático de Derecho Procesal Penal - Facultad de Derecho de la UNMSM. Autor de los libros "Derecho Procesal Penal", "Estudio Crítico de los Precedentes Vinculantes Penales de la Corte Suprema", "Abuso Sexual en Agravio de Menores", "La Prueba en el Nuevo Proceso Penal" y "Temas de Derecho Informático". E mail: victorarbulu@terra.com

² Ver Caro Coria, Dino Carlos. El abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la Pena. Revista Derecho Penal. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_62.pdf

En el Código Procesal Penal Argentino (Ley N° 23.984) del 04 de septiembre de 1991 se prevé la prisión domiciliaria en el Art. 314, cuando a estas, de acuerdo a los delitos del Código Penal corresponda la prisión en domicilio. Aquí es una suerte de pena adelantada.

La legislación colombiana, en su Código de Procedimiento Penal (Ley 600) del 24 de julio de 2000 Art. 363 se desarrollan supuestos, que también ha seguido el modelo peruano, como es que 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. 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, o si el sindicado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de los médicos oficiales. En estos casos el Juez determinará si el imputado debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital. El beneficiado debe suscribir un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar, no cambiar sin previa autorización de domicilio y a presentarse ante el juez cuando fuere requerido. Se fijará además una caución. El Código de Procedimiento Penal Ecuador. (Ley No.000. RO/Sup. 360) del 13 de Enero del 2000 también sigue este modelo en el Art. 171.

En el derecho español se le reconoce como prisión atenuada que fue incorporada al Art. 505 II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por ley del 10 de septiembre de 1931 que ya estaba prevista en el Código de Justicia Militar y permite la posibilidad de cumplir en el domicilio por razones de enfermedad e incluso salir del centro penitenciario para poder trabajar.³

En el Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica 1989, se encuentra plasmada la detención domiciliaria como sustitutiva de la prisión preventiva así:

“209. Sustitución. Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el juez o tribunal competente de oficio, preferirá imponerle a él, en lugar de la prisión, alguna de las alternativas siguientes:

- 1) Arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga;”

Una alternativa a la detención en el domicilio del imputado es que pueda ser dejado en custodia de otra persona, y se entiende en el domicilio de esta última. Con relación a la vigilancia del procesado, puede ser sin esta o con la que fije el tribunal.

1.2. Regulación en el Código Procesal Penal de 1991

³ Asencio Mellado, José María. Derecho Procesal Penal. Tirant Lo Blanch. 2da edición. Valencia, 2003,p,213

La génesis de esa medida cautelar en la legislación nacional, es el Dec. Leg. N° 638 que puso en vigencia algunos artículos del Código Procesal Penal de 1991 y de aplicación complementaria al Código de Procedimientos Penales de 1940 que textualmente establece:

“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 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, impartíéndose las órdenes necesarias”. (Modificado por Ley N° 29439, publicada el 19 noviembre 2009)*

Desde una perspectiva amplia se utilizó bastante esta figura en los casos graves del gobierno del ingeniero Fujimori: pero en esta no había un mayor desarrollo de supuestos para proceder a otorgarla. Es en esta normativa que originariamente se concibió a la detención domiciliaria como una modalidad de comparecencia más restringida y como alternativa a la detención preventiva, pese a que tiene semejanza con esta en cuanto a la restricción de la locomoción personal, siendo la diferencia el lugar de cumplimiento, mientras que en una es el domicilio del procesado, en la otra es un centro carcelario. Posteriormente la Ley N° 29499, publicada el 19 enero 2010 ha modificado el Art. 143 y ha incorporado la vigilancia electrónica como alternativa a la detención domiciliaria, y en lo sustancial mantiene los supuestos originales, aunque su vigencia se encuentra en suspenso hasta que se apruebe el reglamento respecto a este mecanismo tecnológico.

1.3. Normativa en el Nuevo Código Procesal Penal

En el NCPP la detención domiciliaria tiene como destinatarios a aquellas personas a quienes pese a corresponderle se les aplique prisión preventiva están dentro de estas situaciones:

- Tienen más de 65 años de edad;
- Adolecen de una enfermedad grave o incurable;
- Sufren grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento;
- Se encuentran en gestación. (Art. 290)

Además la detención domiciliaria está condicionada a que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente con su imposición, puesto que si ha existido ex ante fuga u obstaculización no se podría disponer dicha medida.

Se prevé que 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. En la práctica una detención domiciliaria acarrea gastos, porque hay que ponerle obligatoriamente custodia policial y el inmueble de los imputados muchas veces no es seguro para evitar una fuga, o de pronto no tienen residencia en el país por lo que esto obligó a que se establecieran lugares como ficción de domicilio, creándose una suerte de análogos de cárceles pero con menos rigor. Sólo recordemos el caso de Santa Bárbara en el Callao donde se hacían los internos con arresto domiciliario y la seguridad era muy difícil de controlar, creándose condiciones óptimas para las fugas.

El arresto puede traer aparejada otras restricciones. El Juez a pedido del fiscal, si lo considera necesario, impondrá límites o prohibiciones a la facultad del imputado de comunicarse con personas diversas de aquellas que habitan con él o que lo asisten.

El control del cumplimiento de las obligaciones impuestas corresponde al Ministerio Público y a la autoridad policial. Se admite la posibilidad de acumular a la detención domiciliaria una caución.

La medida tampoco puede ser indefinida por lo que respetando la regla de temporalidad el plazo de duración de detención domiciliaria es el mismo que el fijado para la prisión preventiva según el NCPP, esto es 9 meses a 18 meses.

La medida sujeta a variabilidad puede levantarse y dictarse comparecencia restringida o también, previo informe pericial, por ejemplo de la madre que estuvo embarazada y que ya dio a luz a un niño, el Juez podrá ordenar la prisión preventiva de la procesada. Esta situación tendrá que ponderarla el Juez.

Como hemos afirmado, la detención domiciliaria implica un gasto de recursos del Estado pues debe disponerse que efectivos policiales deban estar permanentemente custodiando el domicilio del imputado para evitar las fugas, cuando la opinión pública exige más en una época de alta inseguridad ciudadana que los efectivos policiales se encuentren en las calles combatiendo el delito. Esta no es una complicación sólo detectada en nuestro país, pues en Chile que ha avanzado mucho en la reforma procesal penal como observa Tavolari: "... los jueces chilenos han sido reticentes en decretar (...) el arresto domiciliario (...) por la dificultad de controlar su cumplimiento y las comprensibles protestas policiales que objetan el enorme desgaste en recursos humanos que ellas demandan, desde que la vigilancia efectiva de una medida cautelar de privación de libertad en el

domicilio del imputado supone disponer de uno o dos funcionarios 24 horas al día en función de un solo imputado.”⁴ Esta es pues la problemática mayor cuando se trata de darle aseguramiento al procesado para evitar el riesgo de fuga.

1.4. Jurisprudencia constitucional y arresto domiciliario

En la STC 0019-2005-PI/TC del 21 de julio del 2005 Caso Wolfenson se aborda sistemáticamente desde una perspectiva constitucional el arresto domiciliario. Tuvo su origen en la demanda presentada por un grupo de congresistas contra el Congreso de la República por haber dictado la Ley N° 28568. Sobre esta medida el TC señala que existen dos grandes modelos de regulación de esta acción cautelar que han sido objeto de recepción en la legislación comparada.

“El primero es el modelo amplio de detención domiciliaria, que se caracteriza por las siguientes notas: a) la detención domiciliaria es considerada como una medida alternativa a la prisión provisional; b) tiene carácter facultativo para el Juez; c) el sujeto afecto a dicha medida puede ser cualquier persona, y d) la medida puede ser flexibilizada por razones de trabajo, de salud, religiosas, entre otras circunstancias justificativas. Este modelo ha sido acogido, por ejemplo, por Bolivia, Chile y Costa Rica. En estos supuestos, las legislaciones suelen acudir a la nomenclatura “arresto domiciliario” antes que a la de “detención domiciliaria”, a efectos de evitar confusiones con la detención preventiva.

El segundo modelo es el restringido, y sus notas distintivas son: a) la detención domiciliaria es una medida sustitutiva de la prisión provisional; b) se impone de manera obligatoria en defecto de la aplicación de la prisión provisional, esto es, cuando no puede ejecutarse la prisión carcelaria; c) se regula de manera tasada para personas valetudinarias (vale decir, madres gestantes, mayores de 65 años, enfermos graves, entre otros); d) excepcionalmente, admite su flexibilización mediante permisos en casos de urgencia. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española ha adoptado este modelo. Lo propio ha acontecido con el Código Procesal Penal peruano de 2004, aún no vigente.” (Téngase presente que esta es una sentencia del 2005).

En esta línea podemos afirmar que tanto el Código Procesal Penal de 1991 en su artículo 143 y continuado por el NCPP responden a un modelo mixto.

Respecto a la tendencia de equiparar el arresto domiciliario con la detención preventiva el TC en la STC 0019-2005-PI/TC dice:

⁴ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2005, p, 413

“...a la vista del ordenamiento procesal penal vigente, con la salvedad hecha a los supuestos de personas valetudinarias, el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva son instituciones procesal penales sustancialmente distintas. De ahí que sea un despropósito acudir a ordenamientos que recogen modelos restringidos para justificar el tratamiento que debe otorgarse al arresto domiciliario en nuestro medio.”

En la STC 1565-2002-HC Caso Chumpitaz Gonzales el TC señaló que 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, y cuya validez constitucional se encuentra sujeta a los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, en tanto que comporta una restricción, de la libertad locomotora del afectado con ella.

En la STC 0731-2004-HC Villanueva Chirinos como doctrina jurisprudencial se precisa 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. 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.

1.5. Gestante y detención domiciliaria

Sobre este supuesto se trata en la STC 4514-2012-HC y la aplicación del NCPP. El Tribunal Constitucional en una posición que coincidimos señala que la posibilidad de dictar detención domiciliaria debe estar condicionada a que el peligro de fuga o la obstaculización de fuentes de prueba puedan evitarse razonablemente con su imposición.

El hábeas corpus presentado en este proceso constitucional, se sustentó en una presunta violación de la libertad personal con el argumento que a la imputada se le debió imponer detención domiciliaria porque estaba embarazada. Frente a esto nos preguntamos ¿Si una imputada se encuentra gestando se le debe dictar necesariamente detención domiciliaria o debe evaluarse esta posibilidad con otros elementos para poder decidir por esta privación de libertad menos gravosa que la prisión preventiva?

Por los antecedentes de la imputada, que formaba parte de una organización criminal y además planeaban los delitos por comunicaciones telefónicas, estimó el juez que debía dictar la prisión preventiva porque dada la naturaleza de los delitos en los que estaba involucrada, una detención domiciliaria configuraba los supuestos de riesgo procesal. Podría pensarse que esta medida es cruel o inhumana para una gestante; sin embargo, en clave de ponderación se debe equilibrar los derechos en conflicto, y en este caso, sí fue observado por el juez penal, pues si bien dictó la prisión preventiva de la imputada, al oficiar el

internamiento solicitó que las autoridades penitenciarias le dieran en forma constante la atención facultativa que su estado requería.

Entonces, podemos concluir, que en el supuesto de mujer gestante que le corresponda prisión preventiva, debe valorarse para dictarle detención domiciliaria, que esta medida no le de facilidades para fugarse o entorpecer la actividad probatoria.

1.6. Cómputo de los días arresto domiciliario y pena privativa de libertad

En la jurisprudencia de la Corte Suprema en el R. N. N° 264-2005 LIMA del veintiuno de junio del año dos mil cinco se diferencia la naturaleza de esta medida cautela que incide en el cómputo de la pena privativa de libertad así:

“El arresto domiciliario no es una pena privativa de libertad sino una medida cautelar cuya finalidad es asegurar un mejor control sobre el imputado con orden de comparecencia restringida; en consecuencia, no es posible acumular el tiempo de detención que mantuvo una persona procesada al periodo de arresto domiciliario posterior a su excarcelación, para generar con ello su conversión en comparecencia simple u otras restricciones distintas al arresto domiciliario, menos aún, puede invocarse tal cómputo acumulado para resolver una libertad provisional.”⁵

En el R.N. N° 1048-2006 Lima del tres de julio de dos mil seis se profundiza la diferencia con la detención preventiva ya desde los parámetros de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la siguiente forma:

“La detención preventiva y la comparecencia con detención domiciliaria, si bien implican una limitación seria a la libertad de locomoción –medidas cautelares de naturaleza personal– y se encuentran sujetas a los principios de subsidiariedad, provisionalidad, razonabilidad, proporcionalidad y plazo razonable, sin embargo no son equivalentes pues ambas figuras no pueden ser equiparadas ni en sus efectos personales, ni en el análisis de sus elementos justificatorios. Asimismo, teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es de observancia obligatoria, ha quedado establecido que para efectos del cómputo de la pena no pueden sumarse en un mismo plazo el de la detención preventiva y el de la detención domiciliaria.”⁶

Este indudablemente es un tema controvertido toda vez que se tiene como antecedente que la ley N° 28568 que modificó el artículo 47° del Código Penal y

⁵ ANALES JUDICIALES DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA. 2005. Tomo xciv. Centro de Investigaciones Judiciales – Área de Investigación y Publicaciones. Lima. 2007, p, 91

⁶ ANALES JUDICIALES DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA. 2006. Tomo xcvi. Centro de Investigaciones Judiciales – Área de Investigación y Publicaciones. Lima. 2007, p, 75

que equiparó un día de arresto para descontarse de una pena privativa de libertad efectiva. En principio debe advertirse que esta ley fue aprobada el 8 de junio del 2005 por el Congreso de la República. En dicha sesión se dio lectura al resumen del dictamen de la comisión de justicia de esta manera:

“Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído en el Proyecto de Ley N.º 12952/2004-CR, que propone modificar el artículo 47.º del Código Penal con el objeto de que el tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria que haya sufrido el imputado se abone para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.”⁷

Luego como puede verse en el diario de debates sólo intervinieron dos congresistas e inmediatamente se hizo la votación. Todo el “debate” consta en una sola página. Esta ley fue el detonante para la protesta de instituciones de la sociedad civil y también políticos con el argumento que era una ley que abonaba en la impunidad ante la corrupción. El congreso dio marcha atrás y en sesión de fecha 7 de julio del 2005 en una discusión cuya transcripción tiene más de 50 páginas del diario de debates sólo pudieron llegar a la derogatoria de la ley N° 28568. La ley cuestionada ha sido derogada por la Ley N.º 28577, promulgada por el Presidente de la República el 8 de julio del 2005, y publicada en el diario oficial *El Peruano* al día siguiente. El congreso no pudo resolver si los días de arresto domiciliario se debían descontar de la pena efectiva, y para los que consideraban que se debía descontar plantearon desde 2 días de arresto por uno de prisión hasta 15 por uno.

Independientemente de esto, un grupo de congresistas acudieron al TC demandando la inconstitucionalidad de la ley 28568 y fue resuelta por sentencia de fecha 21 de julio del 2005 expediente 0019-2005-PI/TC cuando la norma ya había sido derogada; pero se pronunciaron sobre sus efectos. El sustento de la petición de inconstitucionalidad fue la afectación al Derecho a la igualdad ante la ley (inciso 2 del artículo 2º de la Constitución) y el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139º de la Constitución)

El TC se formuló la siguiente interrogante ¿Entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, existe tal similitud sustancial? Luego de hacer un recorrido de la detención preventiva y el arresto domiciliario expulso del ordenamiento jurídico los efectos de la Ley N° 28568 sustentando en la siguiente conclusión:

“Así pues, 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

⁷ Diario de los Debates - SEGUNDA LEGISLATURA ORDINARIA DE 2004 - TOMO IV. 2442 Extraído www.congreso.gob.pe

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.”

La paradoja de este caso es que cuando el procesado Wolfenson solicitó se le compute el tiempo de arresto domiciliario a razón de uno por un día de prisión efectiva el Poder Judicial en última instancia, le rechazó esta petición por lo que años después acudiendo al TC en el EXP. N° 6201-2007-PHC/TC se declaró fundado el hábeas corpus con sentencia de fecha 10 de marzo del 2008 y se dispuso su libertad.

El argumento del accionante fue que había 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, haciendo el siguiente calculo:

“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”.

En primera instancia el juez consideró 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 y que esta regla vinculante es de cumplimiento obligatorio por los jueces pero que resultaba viable que se utilicen otras fórmulas del cómputo del arresto domiciliario y aplicando un test de

proporcionalidad concluyó 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. Esta sentencia fue declarada infundada por la Sala Superior con el argumento que no existía norma que determinara que el arresto domiciliario sea homologado como parte de la pena privativa de la libertad y que la pretensión que el juez constitucional asuma funciones que son propias del Poder Legislativo resultaba inválido y atentaba contra la seguridad jurídica.

El TC se planteó como primer problema determinar si era posible abonar los días de arresto domiciliario al cómputo de la pena y constatando en su propia jurisprudencia que el arresto domiciliario restringe la libertad individual concluyó:

“...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.”

El NCPP sí ha previsto el abono del arresto domiciliario a la pena efectiva. Esta referencia está en el Art. 490 inciso 2, pero lo que no ha establecido es la proporción. Esto último es detectado por el Tribunal Constitucional, pero estima que dicha omisión no:

“...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.”

Ante la existencia de una laguna normativa y estando a que en aras de la tutela procesal efectiva, el Tribunal Constitucional precisando sus propias limitaciones dijo:

“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.”

Además de declarar fundada la demanda y ordenar la libertad del beneficiario formuló una exhortación para que el Congreso de la República:

“...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.”

Han pasado varios años y esa exhortación ha caído en saco roto; entonces, si bien este es un tema como tantos otros que deben ser tomados en cuenta y aceptando que hay una similitud entre el arresto domiciliario y la detención preventiva en cuanto a la restricción de la libertad personal, también hay diferencias puesto que el arresto domiciliario es menos gravoso que la prisión preventiva por lo que el abono podría ser a partir de los días contemplados para los beneficios penitenciarios, esto es cinco días de arresto por un día de prisión. Podríamos establecer más o menos días pero hay que fijar ciertos parámetros razonables. Sin haber establecido cálculos numéricos el TC en su sentencia tácitamente **admite dos y medio de arresto por un día de prisión** (Wolfenson alegaba haber estado 977 días de arresto y le quedaba por cumplir 379 días en prisión, la proporción es de 2.57 por 1. El magistrado Fernando Calle Hayen en su voto singular en el EXP. N. ° 6201-2007-PHC/TC propone un límite respecto a la posibilidad de la equiparación así:

“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.”

Siendo un fallo polémico por tratarse de un condenado por graves delitos de corrupción durante el régimen del ex presidente Alberto Fujimori los magistrados dieron muestra de su postura constitucional en algunos votos singulares así Carlos Mesías Ramírez en el EXP. N. ° 6201-2007-PHC/TC señaló:

“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.”

A su vez el magistrado Gerardo Eto Cruz refirió:

“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”

El doctor Fernando Calle Hayen en su voto singular hace referencia a la omisión legislativa lo que no se considera como una razón para no pronunciarse:

“...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 qué 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.”

Para ser equilibrados es menester referir que esta sentencia fue dictada en mayoría y que los magistrados Ricardo Beaumont Callirgos y César Landa Arroyo opinaron porque se declare infundada con los siguientes argumentos:

“...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)”

“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.”

“...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.”

Como conclusión de este espinoso tema es que todavía está en la agenda del legislativo normar sobre la equivalencia de los días de arresto domiciliario y los días de pena privativa de libertad para efectos de cómputo.

1.7. DETENCION DOMICILIARIA Y EJECUCION DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

En el Código de Ejecución Penal no se encuentra prevista que una pena privativa de libertad sea sustituida por detención domiciliaria pues esta es una medida cautelar para un procesado y no para un condenado. Este instituto sí es considerado en otras legislaciones como la Argentina que por Ley N° 26.472, de fecha 17 de diciembre de 2008 modificó la Ley de Ejecución N° 24.660 y el Código Penal, desarrollando la detención domiciliaria como sustitutiva de la pena privativa de libertad con varios supuestos. El Art. 33 de la Ley N° 24.660 dice: *“El Juez de ejecución o juez competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria:*

- a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;*
- b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal*
- c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;*
- d) Al interno mayor de setenta (70) años;*
- e) A la mujer embarazada;*
- f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.”*

Según la Procuración Penitenciaria de la Nación (un equivalente al INPE) el sustento de esta normativa es que guarda coherencia con la protección que los Tratados Internacionales de derechos humanos otorgan a los colectivos más vulnerables⁸. En esta misma orientación tenemos que la detención domiciliaria se fundamenta en la garantía de trato digno del imputado conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos y que este instituto justamente es una forma de manifestarse.⁹

⁸ <http://www.ppn.gov.ar/?q=info-arresto-domiciliario>

⁹ CESANO, José Daniel. Garantías para lograr un trato humano en prisión del procesado. El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales, Palestra, Lima, 2005, p. 488

En el Perú tendría que realizarse modificaciones¹⁰ al Código de Ejecución Penal y al Código Penal para incorporar esta institución en ejecución de pena privativa de libertad, y el sustento es el trato digno a la persona y el principio de humanidad de las penas.

Conclusiones

- 1.- La detención domiciliaria es una modalidad de detención por lo que su ubicación sistemática debe salir de la comparecencia restringida.
- 2.- El fundamento de esta institución es el trato digno a la persona que enfrenta un proceso penal
- 3.- Si bien es una alternativa menos restrictiva a la prisión preventiva, el Juez debe ser riguroso al momento de otorgarla.
- 4.- Sin perjuicio de la importancia de la detención domiciliaria, en la medida que implica gasto al Estado debe implementarse la vigilancia electrónica.
- 5.- La detención domiciliaria como sustitutiva de la pena privativa de libertad de un condenado debe implicar una modificación legislativa del Código Penal y del Código de Ejecución Penal.

¹⁰ Respetando el Artículo 103 de la Constitución que dice que pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.