

EL ABONO DEL ARRESTO DOMICILIARIO EN EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA

Dino Carlos Caro Coria*

I

1. El debate sobre el abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena privativa de libertad permite identificar tres posturas. Para un sector doctrinal ambas formas de privación de libertad son equivalentes, debe descontarse cada día de arresto domiciliario por un día de pena¹. Una segunda postura considera que esta equiparación es inaceptable y que las “ventajas”, “beneficios” o “privilegios” del arresto domiciliario impiden que tenga relevancia alguna en el cómputo de la pena². Finalmente, desde otra posición, en cierta forma intermedia, se entiende que tales “privilegios” no evitan que la detención domiciliaria sea una forma de restricción de la libertad ambulatoria, por lo cual merece tomarse en cuenta para descontarla de la pena privativa de libertad pero no de modo equivalente o aritmético. Esto es, varios días de privación de libertad domiciliaria, 2, 4, 6, etc., podrán descontarse por uno de pena³.
2. El primer planteamiento ha motivado diversas propuestas legislativas y reformas legales que alcanzaron a aplicarse por la Corte Suprema e impugnarse ante el Tribunal Constitucional. Ello ha generado un intenso debate en nuestro medio sobre la constitucionalidad del abono de arresto domiciliario en la ejecución de la pena privativa de libertad, a razón de un día de pena por uno de arresto, orientación que *de lege ferenda* adopta el art. 490 num. 2 del nuevo Código Procesal Penal aprobado mediante el Decreto Legislativo N° 957 de 29 de julio de 2004 y que entrará en vigencia desde el 1 de febrero de 2006. La Comisión Especial Revisora del Código Penal creada mediante la Ley N° 27837 asumió la misma regla en el Anteproyecto de abril de 2004, al establecer en el art. 45 que el “El tiempo de detención policial o judicial, incluido el arresto domiciliario, que haya sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención”. Una regla similar motivó el polémico Proyecto de Ley N° 12952/2004-CR⁴ aprobado por el Congreso de la República el 8 de junio de 2005, que modificó el art. 47 del CP y establece que “El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva y domiciliaria se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención”. Dado que el Poder Ejecutivo no observó ni promulgó dicha Ley, ésta fue promulgada finalmente por el Presidente del Congreso de la República y publicada como Ley N° 28568 el 3 de julio de 2005. Luego, la generalizada valoración de que esta Ley

* Profesor de Derecho Penal en la PUCP y en la UPC. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España. Coordinador de la Maestría de Derecho Penal de la PUCP.

¹ Barona Vilar, Silvia. El proceso cautelar. En: Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal. 8ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch 1999, p. 468. En la legislación comparada, el art. 460 pf. 1 del Código Procesal Penal de Costa Rica de 1996 ordena el descuento del arresto domiciliario en el cómputo de la pena.

² Radicalmente, Gamarra Herrera, Ronald, “El nuevo mensaje del Congreso: ¡Delinca ... y cumpla la pena en su casa!”, Justicia Viva Mail N° 195, 9 de junio de 2005, en <http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0195.htm>

³ Así por ejemplo, el Adjunto para Asuntos Constitucionales de la Defensoría de Pueblo, Samuel Abad Yupanqui, La República de 15 de junio de 2005, en http://www.larepublica.com.pe/noticia_pasada_cs.jsp?pld=5&pFechaInicio=2005-06-15. Similar, Iván Meini Méndez, La República de 20 de junio de 2005, en http://www.larepublica.com.pe/noticia_cs.jsp?pldNoticia=42552&pld=5&pIdTipoNoticia=-

⁴ <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf>

“favorece la corrupción”⁵, trajo consigo su inmediata derogación mediante la Ley N° 28577 publicada el 9 de julio de 2005, que “restituyó” el texto original del art. 47 del CP que permite el abono de la detención preventiva en la ejecución de la pena privativa de libertad, sin referencia alguna a la posibilidad o imposibilidad de descontar de igual modo el tiempo del arresto domiciliario.

3. Sin embargo, paralelamente a la derogación, 31 Congresistas demandaron el 8 de julio de 2005 la inconstitucionalidad de la Ley N° 28568 porque violaría los principios de igualdad ante la ley (art. 2.2 de la Constitución) y el de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (art. 139.22 de la Carta Magna). Así, mediante sentencia de 21 de julio de 2005, expediente N° 0019-2005-PI/TC, publicada al día siguiente en el Diario Oficial, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la frase “y domiciliaria” del pf. 1° del art. 47° del Código Penal modificado por la Ley N° 28568, esto es la regla de que el tiempo de arresto domiciliario se abone para el cómputo de la pena privativa de libertad a razón de un día de pena por cada día de arresto⁶. El máximo Tribunal considera que dicha regla es inconstitucional tanto porque viola el principio de igualdad ante la ley⁷, como por “anular” todo fin preventivo-general de la pena privativa de libertad y “contrariar” la finalidad preventivo-especial de dicha pena⁸. La sentencia estima que la derogación de la Ley N° 28568 no determina la sustracción de la materia⁹ pues, conforme al precedente del Caso ITF, la demanda de inconstitucionalidad procede contra normas derogadas en dos casos, cuando ésta sigue desplegando sus efectos y cuando, pese a no seguir 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”¹⁰. En ese sentido, el Tribunal considera que “la declaración de inconstitucionalidad “aniquila” todo efecto que la norma pueda cumplir, incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso haya versado sobre la referida materia penal o tributaria”, como se deduciría del art. 83 del Código Procesal Constitucional¹¹. Conforme a esa comprensión, el Tribunal establece las consecuencias temporales de la inconstitucionalidad, asumiendo una postura absoluta en el sentido de que la norma prácticamente no existió y señalando casuísticamente cómo debe actuar la jurisdicción a través de 4 reglas¹²: **a)** ningún Juez o magistrado puede aplicar la Ley N° 28568 por haber cesado en sus efectos, **b)** los pedidos no resueltos de aplicación de la Ley deben ser desestimados, **c)** los jueces o magistrados que tramiten medios impugnatorios o de nulidad en lo que se pretende la revisión de decisiones en las que se aplicó la Ley, deben

⁵ Sobre todo ante la ejecutoria de 7 de julio de 2005 de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el expediente N° 1205-05 que, tras aplicar la Ley N° 28568 para descontar el tiempo de arresto domiciliario del plazo máximo de la detención preventiva en caso se sentencias condenatorias recurridas, ordenó la libertad de los Sres. Moisés y Alex Wolfenson Woloch en el proceso que les sigue por delito de peculado. Ejecutoria que motivó la calificación de la Ley N° 28568 como la “Ley Wolfenson” y determinó la denuncia constitucional de 11 de julio de 2005 (Acusación 431) contra los 5 Vocales Supremos por delito de prevaricato, interpuesta por los Congresistas Heriberto Benitez Rivas y Ana Elena Towsend Diez Canseco, entre otros.

⁶ Debe tenerse en cuenta que el párrafo 2° del art. 47 del CP modificado por la Ley N° 28568, según el cual “Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva y **domiciliaria** se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención”, no fue cuestionado por la demanda de inconstitucionalidad ni declarado como tal. Dicho párrafo sólo ha sido sustituido por la Ley N° 28577 que restableció el texto original del art. 47 del CP, con lo que la actual redacción elimina la referencia a la detención preliminar y domiciliaria.

⁷ Vid. § 6, fundamentos 24-29.

⁸ Vid. § 10, fundamentos 43-50.

⁹ Vid. § 2, fundamentos 4-6.

¹⁰ STC 0004-2004-AI/acumulados, fundamento 2.

¹¹ Fundamento 5.

¹² Ítem 2.B) de la parte resolutive.

estimar los recursos y declarar nulas dichas resoluciones¹³, y, d) la obligación de los jueces y magistrados de actuar conforme a las reglas b) y c)¹⁴, es exigible incluso antes de la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad, pues los fundamentos que la motivan “imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada”¹⁵.

4. Una adecuada valoración de estos planteamientos pasa por tomar en cuenta determinados aspectos que lamentablemente se han perdido en el debate local y que, desde mi punto de vista, conducen a considerar que el arresto domiciliario, conforme a su actual configuración legal en el art. 143 pf. 1 y num. 1 del Código Procesal Penal de 1991 y al modo laxo o discriminatorio en que los tribunales nacionales imponen esta medida, sí debe abonarse en el cómputo de la pena por lo menos a razón de dos días de efectiva ejecución de esta medida cautelar por uno de pena privativa de libertad. La frustrada modificación del art. 47 del CP mediante la Ley N° 28568 no siguió este criterio, impuso la regla del uno por uno que sólo parece justificada en el marco del nuevo Código Procesal Penal de 2004 (art. 490 num. 2) que restringe ampliamente el ámbito subjetivo del arresto domiciliario para aquellas personas que objetivamente, por su edad, salud, incapacidad física o estado de gestación (art. 290 num. 1), la detención provisional puede ser desproporcionada frente al objetivo de controlar cautelarmente el peligro procesal.

II

5. La regla que se discute no sólo afecta a los casos de corrupción, puede afectar el tratamiento de delitos más graves como el homicidio, la violación sexual, el robo, el secuestro, la desaparición forzada de personas. También puede tener impacto en delitos que, bien por la pena o el grado de desvaloración social, suelen considerarse “menos graves” y que pueden acarrear detención domiciliaria, como el hurto calificado, la estafa, el libramiento indebido, el fraude tributario o los delitos contra la propiedad intelectual. Por ese motivo tan evidente, es poco afortunado considerar que esta materia sólo puede legislarse bajo dos alternativas: “favorecer la corrupción” o “luchar contra la corrupción”¹⁶. Si se quiere ser coherente, no estamos ante una medida que sólo afecta a la llamada “lucha anticorrupción” sino al tratamiento de toda forma de criminalidad que pueda acarrear detención domiciliaria¹⁷.

¹³ En ese sentido la ejecutoria de 22 de julio de 2005 adoptada en mayoría por la Primera Sala Transitoria de la Corte Suprema, expediente 1205-05, que declaró nula la citada resolución de 7 de julio de 2005 que declaró procedente la libertad de los Sres. Alex y Moisés Wolfenson Woloch, ordenando en consecuencia la ubicación y captura de dichos imputados y su reingreso al establecimiento penitenciario.

¹⁴ Esto es, conforme a los fundamentos 62 y 63 de la sentencia.

¹⁵ Así, la citada ejecutoria de 22 de julio de 2005 adoptada en mayoría por la Primera Sala Transitoria de la Corte Suprema en el caso Wolfenson, esto es un día antes de la eficacia de la sentencia del Tribunal Constitucional publicada el 22 y exigible desde el día siguiente (art. 204 pf. 1 *in fine* de la Constitución, art. 81 pf. 1 del Código Procesal Constitucional).

¹⁶ Gamarra Herrera, Ronald, “El nuevo mensaje del Congreso: ¡Delinca ... y cumpla la pena en su casa!”, cit.

¹⁷ Los fundamentos 47, 48, 59, 60, 65, 67 de la STC 0019-2005-PI/TC sobre la Ley N° 28568, relacionan el arresto domiciliario con la llamada “lucha anticorrupción”. Sin embargo, esta relación no parece suficientemente sustentada porque la información de que más del 66% de imputados con arresto domiciliario están “vinculados con actos de corrupción” (fundamento 47), deriva de un dato periodístico, más aún cuando la llamada “jurisdicción penal especial” o “anticorrupción” tiene competencia no sólo para casos de corrupción, sino también para los de asociación ilícita, delitos contra los Derechos Humanos y otros delitos comunes conexos. Pero más allá de ello, aunque la información fuera acertada o cercana a la realidad, ello no enerva el principio constitucional del art. 103 pf. 1 de que “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas”.

6. Es necesario ponderar los diversos intereses en conflicto a fin de arribar, como señala Meini, a una alternativa que respete el principio de proporcionalidad¹⁸. Ello implica poner de relieve lo que es obvio, no es lo mismo afrontar la detención preventiva en un centro penitenciario (la cárcel) que el arresto “domiciliario”. En el plano formal, el Tribunal Constitucional considera que “de acuerdo con el artículo 143° del Código Procesal Penal, la detención domiciliaria impuesta (...) es una modalidad del mandato de comparecencia; por lo tanto, no constituye un mandato de detención propiamente dicho”¹⁹. Y la práctica del arresto domiciliario en el Perú confirma esta aseveración, bajo arresto domiciliario puede mantenerse el vínculo familiar y, hasta cierto punto, el social, en algunos casos el imputado puede trabajar en su domicilio y seguir generando renta, puede gozar de aquellas comodidades que le permite su situación socio-económica, etc. El TC pone relieve estos rasgos del arresto domiciliario en la sentencia de inconstitucionalidad de 21 de julio de 2005, a su juicio “tal como a la fecha se encuentran regulados el arresto domiciliario y la prisión preventiva, y aun cuando comparten la condición de medidas cautelares personales, son supuestos sustancialmente distintos en lo que a su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal respecta; ello porque, en el caso del arresto domiciliario, el *ius ambulandi* se ejerce con mayores alcances; no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión; no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical; en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo; se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menor importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario; y, en buena cuenta, porque el hogar no es la cárcel”²⁰. Dada esas diferencias objetivas, el TC considera que la “identidad matemática” entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, lesiona el principio de igualdad, y más aún porque favorece que el condenado esté menos tiempo confinado en un centro de reclusión o, incluso, que no ingrese nunca²¹, lo que en definitiva debilita los fines de prevención general y especial que la Constitución asigna al ordenamiento penal²².
7. Pero de la existencia de estas ventajas objetivas no se deriva que el arresto domiciliario es una forma de comparecencia simple, es la forma más grave de comparecencia restringida que reconoce el vigente Código Procesal Penal o, dicho de otro modo, es el grado de coerción personal inmediatamente inferior después de la detención preventiva. Con ello, el arresto domiciliario no deja de ser arresto o detención, es, en definitiva la forma cautelar de privación de libertad menos grave después de la detención preventiva. Por ese motivo Sánchez Velarde considera que la ubicación de esta medida cautelar en el Código Procesal Penal de 1991 “bajo el capítulo correspondiente a la comparecencia, no parece muy acertada (...) La situación del procesado es de detención o comparecencia; ésta puede ser revocada, pero no hay estados intermedios ni superpuestos; no hay comparecencia con detención. La detención domiciliaria es una forma de privación de la libertad y su ubicación corresponde en el marco referido a aquélla, como alternativa para casos predeterminados”²³. La misma orientación predomina en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así en la sentencia de 5 de agosto de 2002, expediente 1565-2002-HC/TC, en el caso de Héctor Chumpitaz Gonzáles, se consideró que “No cabe duda de, que con la detención domiciliaria sucede algo semejante, aunque no con los alcances de la detención judicial preventiva: La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también

¹⁸ Meini Méndez, Iván, “La detención domiciliaria y su abono para el computo de la pena privativa de libertad”, Informativo Justicia Viva N° 18, enero-febrero de 2005, p. 11, num. 6 *in fine*.

¹⁹ STC de 9 de diciembre de 2003, expediente N° 2000-2003-HC/TC, en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/2000-2003-HC.html>

²⁰ Fundamento 23.

²¹ Fundamentos 25-28.

²² § 10. Para ello el TC desarrolla en el § 7 el contenido de las diversas teorías de la pena y lo contextualiza en el marco de la relación entre Derecho penal y constitución (§ 8 y 9), donde ratifica el principio de lesividad (fundamento 35 pf. 1) y se acerca a las posturas constitucionalistas amplias (pf. 2), aspectos que no se analizan en esta contribución.

²³ Sánchez Velarde, Pablo. Comentarios al Código Procesal Penal. Lima, Idemsa 1994, pp. 225-226.

una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que ésta constituye, entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la más grave. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que también tal medida restrictiva de la libertad locomotora debe sujetarse a su conformidad con los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad". Es razonable en consecuencia que los días o meses de arresto domiciliario si se tomen en cuenta, de modo proporcional, para restringir la extensión de la pena privativa de libertad. La STC de 21 de julio de 2005 no se opone a esta alternativa, sino y tan sólo a la posibilidad de que se abone un día de arresto domiciliario por un día de pena privativa de libertad.

8. Contra esta postura ha sostenido Meini que el arresto domiciliario es incapaz de satisfacer los fines de prevención general y especial que se atribuye a la pena, bien porque se trata de una medida cautelar, porque no es materialmente idéntico a la detención preventiva a la que Meini si le atribuye eficacia preventiva, entre otras razones vinculadas a la función de la pena²⁴. Pero esta argumentación no es convincente, la trascendencia de los fines de la pena no puede trasladarse sin más al ámbito de las medidas cautelares porque, como indica San Martín Castro, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en especial desde la sentencia de 12 de noviembre 1997 en el asunto Suárez Rosero, establece que "De lo expuesto en el art. 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva"²⁵. De allí que a juicio de San Martín sólo cabe otorgar a la prisión preventiva funciones de contención del peligro de fuga o del entorpecimiento de la actividad probatoria²⁶, no aceptándose otros fines como el control del peligro de reiteración delictiva o la preservación del orden público²⁷. Ello coincide con los presupuestos materiales del art. 135 del Código Procesal Penal, la detención preventiva no persigue funciones punitivas, tampoco el arresto domiciliario como se aprecia en el art. 143 pf. 1 y num. 1.
9. Y es que "En definitiva, la prisión preventiva en ningún caso puede perseguir objetivos del derecho penal material, propios de la pena. La persecución de fines de prevención general o especial presupone la firmeza del presupuesto de ese Derecho penal material: la culpabilidad del afectado"²⁸, por ello la "utilización de la prisión preventiva con la finalidad de prevención de delitos" es inconstitucional. Desde parámetros constitucionales normativos, en particular la presunción de inocencia, no es legítimo utilizar la prisión preventiva para perseguir objetivos del Derecho penal material exclusivos de la pena o de la medida de seguridad, que sólo pueden perseguirse con éstas y no con instrumentos procesales, pues convertiría aquella medida en instrumento preventivo de lucha contra la criminalidad en el curso del proceso, lo que implica el castigo anticipado de una persona sin fundamento jurídico, en tanto trata al sospechoso, cuya culpa está pendiente de prueba, como mero instrumento de la función preventiva policial del Estado"²⁹.
10. El art. 47 del CP permite descontar cada día de detención preventiva por cada día de la pena impuesta al condenado. Sin embargo, esta regla no puede justificarse suficientemente en esas funciones punitivas de facto que suelen atribuirse a la prisión

²⁴ Meini Méndez, Iván, "La detención domiciliaria y su abono para el computo de la pena privativa de libertad", cit., p. 11, num. 7.

²⁵ Párrafo 77.

²⁶ San Martín Castro, César. Derecho procesal penal. 2ª ed. Vol. II. Lima, Grijley 2003, p. 1118.

²⁷ Ibid., pp. 1119-1122.

²⁸ Sanguiné, Odone. Prisión provisional y derechos fundamentales. En: Seminario de Derecho Procesal Penal I. Lima, PUCP 2004, p. 467.

²⁹ Ibid., p. 469.

preventiva³⁰. Si fuera así, el abono del tiempo de la detención preventiva encontraría fundamento en el principio de *ne bis in idem* material que conforme a la STC de 16 de abril de 2004, expediente 2050-2002-AA/TC, implica que “no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido”³¹. Pero si la detención preventiva no puede concebirse como una pena adelantada, ni corresponde perseguir con ella la satisfacción de fines preventivos, entonces la imposición de una pena que no tome en cuenta la prisión preventiva no podría configurar un *bis in idem*, una doble sanción por el mismo contenido de injusto.

11. Por ese motivo, debe aceptarse que a través del descuento de la prisión preventiva, el Estado sencillamente renuncia a una parte de la ejecución de la pena y con ello a perseguir, sino con el saldo de pena, los fines de prevención. A juicio de Jescheck la prisión provisional sirve a otros fines diferentes de la pena, con lo que el abono de la detención preventiva trae consigo que la pena ya no pueda cumplir del mismo modo su función de resocialización, porque se disuelve a través de la prisión provisional poco a poco, de modo que sólo permanece el resto de la pena como tal, una vez condenado el sujeto a pena privativa de libertad³². La afectación de la libertad ambulatoria es igual de intensa en la detención preventiva y en la pena privativa de libertad, el distinto fundamento, procesal (aseguramiento) y material (culpabilidad) respectivamente, no altera de modo alguno la afectación del contenido esencial de esa libertad. De modo similar, la STC de 21 de julio de 2005 establece que “más allá de los distintos presupuestos que justifican el dictado, de un lado, de una detención provisional, y, de otro, de una pena privativa de libertad, lo cierto es que los efectos personales generados por el dictado de una u otra son sustancialmente análogos. No sólo resulta que ambas son cumplidas en un establecimiento penitenciario, sino que, en los hechos, producen el mismo grado de limitación de la libertad personal, la misma sensación de encierro, la misma aflicción psicosomática que conlleva la separación del núcleo familiar, la imposibilidad de desempeñar el empleo, y, en general, el brusco quiebre que representa el tránsito de una vida desarrollada fuera de las paredes de un penal, a una sometida al férreo régimen disciplinario propio de todo centro de reclusión”³³. (...) De ahí que la antigua y constante previsión en nuestro ordenamiento legal referida a la aplicación del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad (artículo 31º del Código Penal de 1863, artículo 49º del Código Penal de 1924 y artículo 47º del Código vigente), no sólo resulta plenamente compatible con el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) y con los fines de reeducación, rehabilitación y resocialización del régimen penitenciario (inciso 22 del artículo 139º de la Constitución), sino que, *strictu sensu*, por exigencia de tales principios, es una obligación legislativa. Las materialmente idénticas incidencias sobre el derecho fundamental a la libertad personal, no pueden ser relativizadas en virtud de algún paradigma teórico (la distinta naturaleza jurídica entre una detención preventiva y una sanción punitiva), permitiendo que, en los hechos, una persona purgue prisión por un tiempo mayor a aquel previsto en la ley al momento de la comisión del delito. Ello no sólo implicaría una desproporcionada afectación del derecho a la libertad individual, sino una evidente vulneración del principio de legalidad penal (literal f, inciso 24 del artículo 2º de la Constitución”³⁴.

12. De esta forma, cuando el Estado recurre a la detención preventiva asume el riesgo, en caso de una condena posterior, de canjear ese tiempo de detención con fines cautelares por una parte del tiempo de la condena que debe orientarse a la prevención. En otras palabras, con la detención preventiva, desde una perspectiva *ex ante*, el Estado limita o

³⁰ Ibid., p. 499.

³¹ Fundamento 19.a.

³² Jescheck, Hans-Heinrich y otro. Die Untersuchungshaft im deutschen und europäisch Recht. MPI Verlag 1971, p. 977.

³³ Fundamento 8.

³⁴ Fundamento 9.

atenúa los objetivos de prevención en caso de que el imputado sea hallado responsable. Y esto obedece, como no podía ser de otra forma, a una concepción utilitaria tanto del proceso como de la pena. El Estado tiene la oportunidad de perseguir la prevención a través de la pena, pero ello presupone que el imputado sea condenado, cuando este presupuesto pelagra (peligro procesal) y es necesaria la detención preventiva, es razonable sacrificar una parte de la pena y sus fines en orden a asegurar que el procedimiento permita develar si la pretensión punitiva estatal tiene suficiente fundamento para determinar una condena. No aceptar ese sacrificio, no abonar el tiempo de detención preventiva, implicaría poner por encima de la libertad personal la persecución de la prevención, vulnerándose con ello la regla de proporcionalidad o prohibición de exceso. Esta concepción explica porque legislaciones como la española (art. 58 del CP de 1995), siguiendo la tradición anterior del Tribunal Supremo, permiten incluso que la detención preventiva impuesta en otro proceso se abone en el cómputo de la pena impuesta por otro u otros delitos cometidos antes de ejecutarse la detención preventiva³⁵. Si el abono se fundamentara en una suerte de adelanto en el ejercicio de la prevención general y especial, entonces sería incomprensible porque se permite el abono de la detención preventiva impuesta en un proceso por otro hecho punible.

III

13. Esta perspectiva sistemática de las funciones del Derecho penal y procesal penal que empieza a desarrollarse en nuestra tradición jurídica³⁶, puede facilitar el análisis sobre los grados de equivalencia o no equivalencia entre el arresto domiciliario y la privación de libertad como pena. Como se adelantó, la detención domiciliaria es una forma de privación de libertad menos intensa que la detención preventiva y *de lege lata* se concibe como una forma de comparecencia restringida. Esa menor entidad hace razonable que el arresto domiciliario pueda descontarse de la pena, pero no de modo aritmético sino de modo proporcional. Una regla coherente con el texto original del pf. 2 del art. 47 del CP, antes de la nueva Ley N° 28568, consiste en considerar cuando menos que dos días de arresto domiciliario deben abonarse como un día de la condena a pena privativa de libertad. Según la norma original, "Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención".
14. Para efectos de lo que se quiere resolver, ello significa que cada día de detención preventiva -que según lo expresado es equivalente a cada día de la pena privativa de libertad- equivale según la norma antes citada a dos días de la pena de limitación de días libres o arresto de fin de semana (art. 35 del CP), sanción que forma parte del catálogo de las penas limitativas de derechos (art. 31 del CP). La pena de arresto de fin de semana, consiste en la obligación de permanecer los sábados, domingos y feriados por un lapso de 10 a 16 horas por cada fin de semana, "en un establecimiento organizado con fines educativos y sin las características de un centro carcelario". Luego, conforme al art. 47 del CP se considera que esta pena es menos grave que la prisión preventiva y por ende que la propia pena privativa de libertad, valoración que se asemeja a la del arresto domiciliario. Es más, siendo más exhaustivos puede analizarse qué afecta más la libertad ambulatoria: la obligación de permanecer en el domicilio todos los días mientras dure la medida cautelar o el proceso (detención domiciliaria), o la obligación de permanecer por 10 a 16 horas cada fin de semana en un centro con fines educativos y no carcelarios (pena de arresto de fin de semana). Es razonable considerar que la detención

³⁵ Jorge Barreiro, Agustín. En: Rodríguez Mourullo, Gonzalo (dir). Comentarios al Código Penal. Madrid, Civitas 1997, p. 246.

³⁶ Vid. por todos Ragués i Vallès, Ramón, "Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal: hacia una visión integrada", en ADP 2004, pp. 152ss., aunque destacando las funciones de prevención general de la prisión provisional que, desde mi punto de vista, no dejan de ser fácticas y en consecuencia no pueden fundamentar plausiblemente una instrumentalización del imputado (no condenado) con el objetivo social de evitar conductas semejantes a la que se atribuye.

domiciliaria es más grave para la libertad personal porque el imputado no puede abandonar el domicilio en ningún momento, mientras que el condenado goza de una mayor libertad ambulatoria en el arresto de fin de semana, puede trabajar fuera del domicilio, puede preservar de mejor manera su vida social y familiar, etc. En esa medida, si la detención domiciliaria afecta la libertad ambulatoria de forma no menor (más intensa en estricto) que el arresto de fin de semana, y si dos jornadas de ésta última equivalen *de lege lata* a un día de detención preventiva, esto es a un día de la propia pena privativa de libertad; puede concluirse que en el sistema original del CP, ratificado por la Ley N° 28577 que derogó Ley N° 28568, dos días de arresto domiciliario deben equivaler por lo menos a un día de pena privativa de libertad.

15. La frustrada modificación del art. 47 del CP mediante la Ley N° 28568, acentuaba esa paridad entre el arresto domiciliario, la detención preventiva y la pena privativa de libertad. Con ella, toda forma de detención del imputado ante el peligro procesal (detención preliminar, preventiva y domiciliaria), debía abonarse en el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. Del mismo modo, en caso de penas de multa o limitativa de derechos, la detención del imputado debía computarse a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención. Esta regulación, acorde con una gran tendencia del Derecho comparado, no ha tomado en consideración las diferencias materiales entre la detención en un centro de reclusión y en el domicilio que, según se ha visto anteriormente puede conducir por ejemplo a considerar que dos días de detención domiciliaria deben descontarse, cuando menos, por uno de pena. Tampoco se consideraron los criterios de selección que utiliza el Poder Judicial para imponer el arresto domiciliario, aspecto esencial en orden a evitar que la medida y su abono en el cómputo de la pena no conduzcan a resultados lesivos del principio de igualdad y no discriminación³⁷.
16. Podría defenderse que la regla del uno por uno, vigente del 4 al 9 de julio de 2005³⁸, debe aplicarse necesariamente en los siguientes casos: **a)** delitos cometidos durante su vigencia y en cuya persecución procesal se ordene la detención domiciliaria, **b)** delitos cometidos antes de la vigencia de la Ley N° 28568 como producto de la retroactividad benigna que ampara el art. 103 pf. 2 de la Constitución. Luego, toda posible modificación que desmejore la regla del uno por uno, en concreto la restitución del texto original del art. 47 del CP mediante la Ley N° 28577, sólo podría vincular el cómputo de la pena respecto de hechos punibles cometidos tras la nueva modificación, lo contrario implicaría una aplicación retroactiva perjudicial³⁹. En esa perspectiva, el fundamento de la retroactividad benigna no podría reposar, al menos no en su totalidad, en que el art. 47 del CP contiene una regla de determinación de la pena⁴⁰, es decir de Derecho penal material. Como señala Jescheck, la regla del abono afecta en estricto la ejecución penal, “no se trata de un acto de individualización de la pena, sino de una decisión judicial en el ámbito de la ejecución penal, porque la pena debe estar ya definitivamente determinada en su clase y cuantía antes de que el tribunal entre a considerar la cuestión (...)”⁴¹. Con ello, la decisión sobre el abono no afecta a la llamada individualización judicial de la pena en sentido estricto, esto es la determinación del tipo y cuantía de la pena cuya

³⁷ Vid. infra num.16.

³⁸ Regla impuesta por la reforma del art. 47 del CP a través de la Ley N° 28568 publicada el 3 de julio de 2005 y derogada por la Ley N° 28577 publicada el 9 de julio de 2005.

³⁹ Esta es la postura del voto singular del Vocal Supremo Robinson Gonzáles de 22 de julio de 2005 en el expediente 1205-05 frente a la pretensión de nulidad del mandato de libertad de 7 de julio de 2005 concedido por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema a favor de los imputados Alex y Moisés Wolfenson Woloch.

⁴⁰ Como afirma Villavicencio Terreros, Felipe. Código Penal comentado. 3ª ed. Lima, Grijley 2001, p. 192.

⁴¹ Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho penal. Parte general. 4ª ed. Granada, Comares 1993, p. 813, aunque el propio autor llega a considerar que “es conveniente seguir ocupándose sistemáticamente del abono (...) en el marco de la individualización penal, puesto que, en definitiva, la cuantía de la pena viene también parcialmente determinada por la decisión que se tome en la cuestión del repetido abono”.

determinación sólo depende de la entidad del injusto y la culpabilidad del condenado por el hecho punible. El abono afecta la extensión de la pena previamente individualizada, los límites de su ejecución, tiene injerencia en lo que clásicamente se consideraba la individualización administrativa o penitenciaria de la pena. Dicho abono, como ya se adelantó afecta los límites de la libertad ambulatoria del condenado, de modo que su vinculación a la ejecución, aunque se regule dentro del CP, no debilita la regla de la retroactividad benigna de la ley penal que, como he desarrollado en otra ocasión, incluye el régimen de la ejecución en tanto éste afecta derechos fundamentales⁴², postura manifiestamente contraria a las criticables sentencias del TC de 10 de diciembre de 2003⁴³ y 30 de enero de 2004⁴⁴ que equiparan la ley penitenciaria con la ley procesal, con la finalidad de extender el principio *tempus regit actum* a la ejecución penal y, por ese medio, establecer que los beneficios penitenciarios se rigen por las normas vigentes al momento de solicitar el beneficio.

17. La STC que declara la inconstitucionalidad de una Ley sólo tiene efectos *ex nunc* o hacia el futuro y rige desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial (art. 204 de la Constitución, arts. 81 y 82 del CPC)⁴⁵. Antes bien, la STC de 21 de julio de 2005 zanja, según se adelantó⁴⁶, las diversas consecuencias temporales de la inconstitucionalidad de la Ley N° 28568 pese a que ya había sido derogada mediante la Ley N° 28577, por considerar que la declaración de inconstitucionalidad “aniquila” todos los efectos que la norma pueda cumplir, incluso los que puede haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal. Esto último conforme al art. 83 del CPC, cuando la declaración de inconstitucionalidad puede acarrear consecuencias más beneficiosas para el reo, como quedó establecido desde la STC de 15 de noviembre de 2001, expediente N° 005-2001-AI/TC⁴⁷, ya que el art. 103 pf. 2 de la Constitución autoriza la retroactividad de la ley penal benigna⁴⁸. Pero este supuesto no corresponde a la Ley N° 28568, su inconstitucionalidad implica dejar sin efecto una ley más favorable al reo. Por ese motivo no se comprende porqué el TC regula con exagerada casuística los efectos del fallo de inconstitucionalidad, prohíbe que los jueces apliquen de modo alguno la norma inconstitucional, como si jamás hubiera existido, ordena que se desestimen los pedidos de aplicación de dicha norma, que se estimen las impugnaciones o nulidades planteadas contra su aplicación y señala que estas reglas son exigibles incluso antes de la publicación del fallo a través del control difuso. Con ello la sentencia de inconstitucionalidad adquiere fuerza retroactiva pese a ser perjudicial para el reo, extiende su eficacia mas allá de lo permitido por el art. 204 de la Constitución, rige incluso antes de que se publique. Dicho de otro modo, conforme al Derecho vigente en el Perú, la inconstitucionalidad de una ley penal favorable rige desde el día siguiente del fallo, aniquila los efectos de la ley para el futuro, la deroga, pero no anula su existencia ni los efectos ya desplegados. Esto no concuerda con lo ordenando por el Tribunal, si la Ley N° 28568 estuvo vigente entre el 4 y el 9 de julio, estamos frente a una ley intermedia que debe tomarse en cuenta porque es más favorable y concuerda con el sentido del art.

⁴² Caro Coria, Dino Carlos, “Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado”, en: Actualidad Jurídica, feb. 2004, t. 123, pp. 45ss.

⁴³ Expediente N° 2196-2002-HC/TC, fundamentos 8, 9 y 10.

⁴⁴ Expediente N° 1593-2003-HC/TC, fundamentos 9, 10, 11 y 12.

⁴⁵ Abad Yupanqui, Samuel. Derecho procesal constitucional. Lima, Gaceta Jurídica 2004, p. 165. Landa Arroyo, César. Teoría del Derecho procesal constitucional. Lima, Palestra 2003, p. 104.

⁴⁶ Supra, num. 3.

⁴⁷ Fundamento 1: “La derogación de una norma no implica, necesariamente, exonerar al Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre su inconstitucionalidad, ya que los efectos en el tiempo de la norma derogada pueden variar ante una declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, en este proceso, no es necesaria tal declaración de inconstitucionalidad, dado que la nueva ley tendrá que ser aplicada respecto de los efectos de la antigua, en virtud del principio de la retroactividad penal benigna”.

⁴⁸ Huerta Guerrero, Luis Alberto, “El proceso de inconstitucionalidad en el Perú”, en: Código Procesal Constitucional Comentado. Lima, Normas Legales 2005, p. 175. Mesía, Carlos. Exégesis del Código Procesal Constitucional. Lima, Gaceta Jurídica 2004, pp. 461, 468.

6 del CP⁴⁹, de manera que sus efectos benignos podrán aplicarse ultractivamente, no justificándose los citados preceptos y prohibiciones impuestos por el TC a los jueces y magistrados.

18. Tampoco se comprende porque para el TC “el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no puede ser interpretado desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado (...) La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación. (...) La retroactividad benigna sustentada en una ley inconstitucional carece de efectos jurídicos”⁵⁰. La mínima exigencia de seguridad jurídica parece incompatible con una prohibición general de retroactividad de normas que han regido durante un periodo de tiempo y cuya declaración de inconstitucionalidad carece de efectos retroactivos.

IV

19. El gran debate sobre el arresto domiciliario y sus consecuencias sobre la pena tiene un componente judicial que no se ha puesto de relieve con suficiente claridad. En el marco del Código Procesal de 1991 la detención domiciliaria puede operar como una forma de comparecencia restringida obligatoria⁵¹, esto es conforme al pf. 1 del art. 143 cuando el imputado tiene más de 65 años y está enfermo o incapacitado⁵², pero siempre que el peligro procesal pueda evitarse razonablemente, dado que si dicho riesgo no puede superarse con la prisión domiciliaria el Juez deberá ordenar la detención preventiva. Así, esta medida opera como un sustituto⁵³ o como subsidiaria de la prisión provisional, configuración legal que conduce a Oré Guardia a entender que “La detención domiciliaria no es una medida coercitiva autónoma sino, más bien una medida coercitiva accesoria o complementaria, aplicable como una restricción cuando al procesado se le imponga la medida de comparecencia en sustitución a la detención; por ello siempre presupone una menor intensidad del peligro procesal”⁵⁴. Ahora bien, el Código de 1991 también permite que el arresto domiciliario se acuerde como una forma de detención restrictiva facultativa, como una alternativa a la prisión preventiva para aquellas personas que no sufren enfermedad o incapacidad⁵⁵, “en aquellos supuestos en que los fines de la prisión preventiva pudieran alcanzarse de modo menos gravoso para el imputado”⁵⁶. Esta amplia extensión del arresto domicilio que, al menos de plano, no cabe rechazar, ha tenido una proyección judicial no uniforme, empíricamente se aprecia el constante uso precisamente en casos de corrupción de funcionarios, delitos vinculados a la criminalidad organizada, etc., y frecuentemente a favor de personajes públicos del mundo político, de la farándula, empresarios, etc., lo que conduce a la percepción de que el arresto domiciliario se utiliza de modo discriminatorio, como una alternativa a la prisión preventiva para favorecer a

⁴⁹ Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal. Parte General I. 3ª ed. Lima, Grijley 2005, p. 324.

⁵⁰ Fundamento 52.

⁵¹ San Martín Castro, César. Derecho procesal penal, cit., pp. 1161-1162.

⁵² La vinculación de la detención domiciliaria a situaciones de vejez, enfermedad o razones humanitarias en general, es común en el Derecho comparado. En el sistema argentino donde ésta puede operar incluso como una forma de pena privativa de libertad, conforme al art. 10 del CP y al art. 33 de la Ley 24.660 se aplica para penas de hasta seis meses a las “mujeres honestas” y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias (enfermiza o delicada), y si la pena es superior a seis meses se aplica a los mayores de setenta años y a los enfermos terminales, Vid. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. Derecho penal. Parte general. 2ª ed. Buenos Aires, Ediar 2002, pp. 949 ss.

⁵³ Sánchez Velarde, Pablo. Comentarios al Código Procesal Penal, cit., p. 225. Manual de Derecho procesal penal. Lima, Idemsa 2004, p. 745.

⁵⁴ Oré Guardia, Arsenio. Manual de Derecho procesal penal. 2ª ed. Lima, Alternativas 1999, p. 349.

⁵⁵ San Martín Castro, César. Derecho procesal penal, cit., p. 1162.

⁵⁶ Asencio Mellado, José María, “La regulación de la prisión preventiva en el CPP del Perú”, en: El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales. Lima, Palestra 2005, p. 501.

determinados personajes públicos, a quienes el Poder Judicial vendría tratando con estándares más elevados respecto de otros procesados sin perfil público o con poca "connotación social".

20. La ausencia de trato igualitario aconsejaba una reforma del arresto domiciliario que el nuevo Código Procesal Penal de 2004 ha llevado al extremo de reducir tajantemente su aplicación como "una medida sustitutiva acordada cuando, por razones humanitarias, es conveniente establecer un régimen de privación de libertad más apropiado a las condiciones objetivas o subjetivas del inculpado"⁵⁷. Es decir, según el art. 290 num. 1 sólo cuando el imputado es mayor de 65 años, adolece de una enfermedad grave e incurable, sufre grave incapacidad física permanente que afecte de modo sensible su capacidad de desplazamiento o cuando se trata de una madre gestante, pero siempre que el peligro procesal pueda controlarse con dicha medida (num. 2) puesto que en caso contrario corresponderá imponer la detención preventiva aunque el imputado reúna las condiciones personales que avalan la detención domiciliaria. Como indica Mavila León, "La medida está condicionada a que el peligro de fuga se pueda evitar razonablemente"⁵⁸. Esta regulación *de lege ferenda* es bastante restrictiva⁵⁹, si desaparecen dichas condiciones personales (enfermedad, incapacidad, gestación) el Juez deberá poner término al arresto domiciliario e imponer la detención preventiva (num. 3). En este contexto resulta razonable la previsión del art. 490.2 del nuevo Código de descontar un día de pena privativa de libertad por uno de detención domiciliaria, se trata de imputados a los que el arresto en el domicilio no se les impone como alternativa (discriminatoria) a la prisión preventiva sino como sustituto de ésta⁶⁰, y sólo mientras subsistan -salvo el caso de los mayores de 65 años- las excepcionales circunstancias personales que motivaron una detención en condiciones menos gravosas que en un centro penitenciario.

⁵⁷ Ibid., pp. 501-502.

⁵⁸ Mavila León, Rosa. El nuevo sistema procesal penal. Lima, Jurista Editores 2005, p. 100.

⁵⁹ Talavera Elguera, Pablo. Comentarios al nuevo Código Procesal Penal. Lima, Grijley 2004, p. 46.

⁶⁰ Asencio Mellado, José María, "La regulación de la prisión preventiva en el CPP del Perú", cit., p. 502.