

DETENCION DOMICILIARIA, SU ABONO COMO PENA EFECTIVA Y OTROS PROBLEMAS CONEXOS

*Julio César Espinoza Goyena**

1. Cuestión preliminar

Una gran discusión se ha generado alrededor de la institución de la detención domiciliaria y de la ya derogada Ley 28568 que modificaba el artículo 47° del Código Penal en el sentido que el tiempo de detención domiciliaria que haya sufrido el imputado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Un primer punto que debo plantear, sin perjuicio de un mayor análisis, es que este problema constituye sólo la punta del *iceberg*, pues, la creciente demanda de esta institución en los últimos años ha generado una serie de problemas, que no se agotan sólo en el de su abono para el cómputo de la pena efectiva y que deben ser consideradas por el operador jurídico y sobre todo por el legislador. Ciertamente el tema es mucho más complejo y existen otras cuestiones conexas, por ejemplo: el del plazo máximo de la detención domiciliaria, el de su abono para el cómputo del plazo máximo de la detención preventiva, el de la unificación de los plazos de la prisión provisional y de la detención domiciliaria según el nuevo CPP en todo el país a partir de febrero de 2006¹, el de su imposición en el ámbito de la violencia familiar y el de su ejecución o control. Basta con citar, por ejemplo, el caso de una menor agraviada en un proceso por violación sexual en el que al agresor se le dicta mandato de detención domiciliaria que debe ser cumplido en el mismo domicilio donde reside la menor. Así también la sería problemática relativa a la ejecución de esta medida que da cuenta de cómo la Policía Nacional deja de resguardar la seguridad ciudadana en las calles por tener que disponer de numerosos efectivos para vigilar las casas de quienes se encuentran con esta medida. Según información recientemente publicada son 78 reos sin sentencia que sufren detención domiciliaria, 48 por corrupción y los restantes por robo agravado, narcotráfico, violaciones y homicidios los que distraen de sus labores de seguridad ciudadana a unos 260 policías².

* Ponencia presentada en el Seminario de Derecho Procesal Penal realizado en la ciudad del Cusco el 9 de julio de 2005 en el Colegio de Abogados del Cusco.

¹ El numeral 5) de la primera Disposición Final del Código Procesal Penal de 2004 establece que las normas que establecen plazos para las medidas de prisión preventiva y detención domiciliaria entrarán en vigencia en todo el país el día 01 de febrero de 2006.

² Diario El Comercio, martes 05 de julio de 2005, p. A9

2. Naturaleza jurídica

La naturaleza cautelar de la detención domiciliaria es un tema que no genera discusión alguna. Sin embargo, es necesario advertir que en el ámbito de la cautela personal, esta medida presenta algunas notas diferenciadoras que es fundamental conocer.

En primer término es una medida restrictiva de la libertad. En el ámbito de la tutela de la libertad personal existe una clasificación planteada por Banacloche Palao³ y que Eguiguren Praeli recoge, según la cual es posible distinguir entre privación y restricción, como dos modalidades de limitación de la libertad personal. La privación sería una afectación grave e intensa motivada por un proceso penal actual o futuro, o relacionada con casos autorizados por la ley. La restricción, por su parte, sería una limitación de carácter breve pero intenso, realizada con la finalidad de efectuar determinadas averiguaciones. Esta clasificación nos sirve para entender que en el ámbito cautelar existen diversos grados de afectación a la libertad personal. Es por ello que tanto el CPP de 1991 como el CPP de 2004 contienen una serie de medidas cautelares que con distinta intensidad afectan el derecho a la libertad personal. En esa escala, la detención con incomunicación es la más grave de ellas y la comparecencia simple sería la menos lesiva, existiendo entre ambos extremos varias alternativas. Si bien es cierto, todas ellas restringen la libertad personal, no puede soslayarse la realidad de su diferente entidad.

Una segunda nota característica del tema en cuestión es que dentro de las diferentes medidas coercitivas personales la detención domiciliaria es la más grave después de la prisión provisional. Así lo reconoció el Tribunal Constitucional ya desde el año 2000 en el caso Bueno Aceña⁴, que por lo demás es el primer caso conocido de detención domiciliaria⁵, al señalar que dicha medida "... después de la detención es una de las más aflictivas dentro de la escala coercitiva que prevé nuestro ordenamiento legal razón por la cual

³ Eguiguren Praeli, Francisco, El derecho a la libertad personal: contenido, restricciones y protección frente a las detenciones arbitrarias. En Materiales de enseñanza del Seminario de Derecho Procesal Penal I. PUCP, año 2004, pgs. 95 y 96.

⁴ El Caso Bueno Aceña fue el primer caso al que se aplicó la detención domiciliaria, conforme a los términos del art. 143º del C.P.P. de 1991. En efecto mediante resolución del 30 de marzo de 1998 la Sala de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos en Cárcel revocó el mandato de detención impuesto contra dicho ciudadano español e impuso en su lugar la detención domiciliaria (Exp. 435-98-A). Esta medida se prolongó desde esa fecha hasta el 12 de abril de 2000 en que el Tribunal Constitucional declara fundada la acción de habeas corpus que dispone la cesación de esa medida coercitiva y en consecuencia su libertad.

⁵ Con anterioridad a este caso solo conocemos el voto singular del vocal Talavera Elguera (Julio de 1997) en cuyo Considerando Quinto señalaba "que, a fin de compatibilizar el derecho del encausado a la libertad y el derecho del Estado de asegurar la presencia del mismo al proceso penal, dada la gravedad del hecho instruido, es menester optar por un estado intermedio de goce de la libertad, como es la detención domiciliaria...la que le es aplicable al caso por tratarse de un imputado que adolece de incapacidad física." (Exp. 164-97, Sala penal Superior Corporativa, Lima, 03 de julio de 1997.)

la necesidad de su aplicación y el plazo de su duración debe dosificarse considerando la existencia de peligro de fuga u obstrucción probatoria por parte del procesado...” (Exp. 066-2000-HC/TC) Ese mismo criterio fue luego reiterado en los casos Bozzo Rotondo (Exp. 376-2003-HC/TC) y Chumpitaz Gonzáles (Exp. 1565-2002-HC/TC).

3. Modelos de regulación⁶

Una revisión de la legislación comparada que regula esta institución nos permite distinguir que existen dos grandes modelos⁷ de regulación de esta medida cautelar.

El primero es el *modelo amplio* de detención domiciliaria que, en lo fundamental, sigue las siguientes líneas: 1. Considera a la detención domiciliaria como una medida alternativa a la prisión provisional, 2. Es de carácter facultativo para el juzgador, 3. Se aplica de manera general a cualquier persona, 4. Admite fórmulas de flexibilización (permisos para trabajo, atención de salud, etc).

El modelo amplio es el que ha sido acogido por el Código Modelo para Iberoamérica⁸ de 1989 y luego extendido en Chile, Costa Rica, Bolivia y más recientemente en el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación Argentina de 2004, este último actualmente en debate parlamentario⁹. En Europa este modelo es el seguido por los Códigos Procesales Penales de Francia¹⁰, Italia¹¹ y Alemania¹².

⁶ Los conceptos que en este punto desarrollamos forman también parte del artículo presentado en el Seminario de Derecho Procesal Penal realizado el 9 de julio en la ciudad del Cusco. El numeral 14) y 16) *in fine* de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de la Ley 28568 sobre arresto domiciliario, copió este punto.

⁷ Delmas-Marty, Mireille, Modelos actuales de política criminal, Ministerio de Justicia, Colección de temas penales, Serie a N° 4, Madrid, 1986, p. 49 y ss. Los modelos como herramienta de análisis político criminal constituyen una representación esquemática de un objeto o de un proceso, el modelo es por definición una aproximación a lo observado. El modelo permite por simplificador, globalizar la materia tratada y evitar reducciones demasiado unilaterales. Sin embargo, debe respetar ciertas reglas: las de coherencia lógica (criterio de validez interna) y de adecuación a la realidad (validez externa). En otros términos, la construcción del modelo supone la elaboración de un esquema lo más próximo posible a la realidad, obediendo a las leyes elementales de la composición.

⁸ Por ser el antecedente de más influencia en la legislación comparada reciente citamos a continuación el texto pertinente del Código Modelo: “Art. 209°.- 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 (art. 202), alguna de las alternativas siguientes: 1. el arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga”

⁹ Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación Argentina, Ad hoc, Buenos Aires, 2004.

¹⁰ El Código Procesal Penal Francés regula esta medida bajo la fórmula del *control judicial* según se desprende de su art. 138.2°.

¹¹ Cfr. Dalia/Ferraioli, Manuale di diritto processuale penale, terza edición, Cedam, Milano, 2000, p. 244.

¹² Cfr. Roxin Claus, Derecho procesal penal, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 272.

El segundo modelo es el restringido que, en contraposición al primero, tiene las siguientes notas distintivas: 1. Considera a la detención domiciliaria como una medida sustitutiva de la prisión preventiva, 2. Se impone de manera obligatoria por el Juez (cuando no puede ejecutarse la prisión provisional en cárcel), 3. Se regula de manera tasada (sólo en determinados supuestos: gestantes, mayores de 65 años, enfermos terminales, etc); 4. Admite permisos sólo de manera excepcional en casos de urgencia. Este modelo es el seguido por la Lecrim española¹³ y más recientemente por el CPP peruano de 2004.

En el Perú, al existir dos regulaciones al respecto debemos distinguir también que los modelos acogidos en ambos regímenes son distintos. En efecto, el régimen vigente, el del CPP de 1991, ha seguido una fórmula mixta pues la detención domiciliaria constituye una medida aplicable de manera general a cualquier supuesto y con carácter facultativo para el Juez¹⁴. La referencia que hace la norma a casos particulares, que según el primer párrafo del artículo 143° opera cuando el imputado tiene más de 65 años, adolezca de una enfermedad grave o de incapacidad física, es sólo eso una referencia que no obliga al Juez, téngase en cuenta desde una interpretación literal que en este punto la norma dice “...*también podrá...*”. Una lectura de la Exposición de Motivos del CPP de 1991 revela que el real sentido que el legislador de entonces intentó darle a esta institución era seguir el modelo restringido pues se indica que “...la detención domiciliaria sea extensiva a personas mayores de 65 años de edad que se encontraren padeciendo una enfermedad grave o padezcan incapacidad permanente pero, al mismo tiempo *se prevé los correctivos puntuales para que en la práctica no sea desnaturalizada...*” (Resaltado nuestro).

Lo que ha ocurrido en nuestro país es que la imprecisión de la redacción de la norma en cuestión (primer párrafo y numeral 1 del art. 143°) generó aquello que su exposición de motivos quería evitar, esto es, su desnaturalización a partir de su aplicación indistinta para casos diversos de los supuestos antes señalados alterando su real alcance. Coincidimos por ello con Sánchez Velarde¹⁵ cuando anota que hubiera sido aconsejable incorporar el arresto domiciliario como una medida cautelar autónoma y debidamente

¹³ Según su última modificatoria a través de la Ley Orgánica 15/2003 de noviembre de 2003 el art. 508° de la LECr establece que “El Juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del imputado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El Juez o tribunal podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa”

¹⁴ También el vigente CPP de Honduras ha configurado un modelo mixto, pues, la detención domiciliaria puede imponerse como medida alternativa a la prisión provisional, (art. 184°) pero también está prevista para los casos de personas valetudinarias en cuyos supuestos el Juez está obligado a sustituir la prisión provisional por el arresto domiciliario (art. 183°).

¹⁵ Sánchez Velarde, Pablo, Manual de derecho procesal penal, Idemsa, Lima, 2004, p. 745.

reglamentada a efecto de evitar cualquier confusión en la interpretación y el control de su aplicación. En este mismo sentido Herrera Velarde¹⁶.

Fue en atención a ese hecho que el legislador del 2004 consideró necesario regular esta medida de manera autónoma y restringir su aplicación a supuestos excepcionales. En efecto el artículo 290° numeral 1) del CPP de 2004 señala que se impondrá detención domiciliaria cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado: a) es mayor de 65 años de edad; b) Adolece de una enfermedad grave o incurable; c) Sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento; d) Es una madre gestante.

Ascencio Mellado ha señalado con precisión que la regulación de la detención domiciliaria prevista en el CPP peruano no constituye una medida alternativa estrictamente hablando...analizando su previsión legal se está en presencia de 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 inculgado¹⁷.

En ese sentido, aún cuando concurren todos los presupuestos para la imposición de la prisión preventiva, sólo por razones humanitarias y en tanto persistan los supuestos señalados en el numeral 1) del 290°, es posible sustituir la ejecución de la misma para que se cumpla en el domicilio del imputado o en otro que el Juez designe. Tan clara es la norma respecto al alcance de esta medida que ha señalado además que sí desaparecen los motivos de detención domiciliaria establecidos en los literales b) al d), el Juez –previo informe pericial- dispondrá la inmediata prisión preventiva del imputado, numeral 4) del artículo 290°.

4. El abono de la detención domiciliaria

4.1. Para el cómputo de la ejecución de la pena

El abono de la privación de la libertad a título cautelar para el cómputo de la pena es una institución que no ofrecía mayor discusión en nuestro medio ni en el derecho comparado. El fundamento de esta institución, señala Gutiérrez de Cabiedes¹⁸, se halla en la circunstancia de que, a pesar de la naturaleza preventiva o cautelar de la prisión provisional, ésta constituye una privación del derecho a la libertad por lo que una honda razón de justicia lleva a que,

¹⁶ Herrera Velarde, Eduardo, en: La detención domiciliaria, Derecho y Sociedad, Año XIV, n° 21, 2003, p. 126.

¹⁷ Ascencio Mellado, José María, La regulación de la prisión preventiva en el código procesal penal peruano, en: El nuevo proceso penal, estudios fundamentales, Palestra, Lima 2005, p. 501.

¹⁸ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo, La prisión provisional, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 285.

una vez producida la condena, pueda el tiempo pasado en tal situación de prisión preventiva computarse como tiempo de cumplimiento de condena.

Respecto al alcance del abono, que generalmente está vinculado a la prisión provisional, es posible distinguir en derecho comparado dos tendencias. La primera según la cual la prisión provisional sufrida por la persona puede abonarse no sólo en la causa en que se impuso dicha medida de coerción sino también en otros procesos diferentes que el imputado pueda tener en curso. Ello ocurre por ejemplo en España (Art. 58º.2 del Código Penal español) en que es posible abonar el tiempo de prisión provisional en causa distinta a la que generó la prisión provisional. Esta posibilidad se presenta cuando por ejemplo en la causa en que se impuso la medida coercitiva se impone una sentencia absolutoria o se impone una pena inferior en su duración a la prisión provisional¹⁹. Esta fórmula de abono alternativo se funda, según enseña Zaffaroni²⁰ en razones procesales y de fondo. (a) En lo procesal, no puede admitirse que la absolución pueda perjudicar al procesado. (b) El derecho penal material dispone para el concurso real una única condenación, que debe materializarse en una única sentencia condenatoria, si esa sentencia única no puede abarcar también todas las declaraciones de hechos, es sólo por imperio del respeto al juez designado por la ley antes del hecho de la causa, pero el mantenimiento de esta garantía no puede volverse contra el procesado. Por su parte Muñoz Conde señala que el fundamento de esta regulación debe encontrarse antes en razones pragmáticas de justicia material que en un planteamiento coherente con el sentido de la prisión preventiva y su conexión con la causa en la que se acuerda²¹.

El otro modelo de regulación del abono, más arraigado en Latinoamérica, permite que el tiempo de prisión cautelar se abone solo en el proceso en que dicha medida fue dictada. El Art. 47º del C.P. peruano, si bien no contiene una regulación expresa respecto al abono en causa distinta, tampoco lo prohíbe, razón por la que en atención a las consideraciones antes señaladas creo perfectamente viable esa posibilidad. Lo contrario supondría que se habría padecido un tiempo de prisión -de idénticos efectos a una condena- de modo indebido, esto es, injusto, lo cual resultaría contrario al carácter no punitivo de esta medida cautelar²².

En lo que respecta al abono de un día de detención domiciliaria por un día de pena efectiva incorporada al art. 47º del C.P. a través de la ya derogada Ley 28568, debe tenerse presente que esta fórmula de bono se encuentra regulada

¹⁹ Cfr. De la Oliva /Aragoneses/Hinojosa/Muerza/Tomé, Derecho procesal penal, Séptima edición, Editorial Universitaria, Madrid, 2004, p.411.

²⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Derecho penal parte general, Ediar, Buenos Aires, 2002, p.942.

²¹ Muñoz Conde/García Arán, Derecho penal, parte general, 4ta edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p.580.

²² Cfr. Gutiérrez de Cabiedes, Op. Cit. p.288.

en el CPP de 2004 en sus artículos 399° numeral 1) y 490° numeral 2) que de manera expresa señalan que, cuando se imponga condena a pena privativa de libertad efectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria realizará el cómputo de la pena, descontando de ser el caso el tiempo de detención, de prisión preventiva y de detención domiciliaria que hubiera cumplido la persona²³.

El referente más directo en el derecho comparado que, por lo demás, sirvió de fuente al legislador de 2004 es el Código Procesal Penal de Costa Rica de 1996 que en su artículo 460° establece "... El tribunal de sentencia realizará el cómputo de la pena, y descontará de esa la prisión preventiva y el arresto domiciliario cumplidos por el condenado, para determinar con precisión la fecha en la que finalizará la condena..."

Es importante señalar que, salvo la referencia contenida en el Código de Costa Rica, en la legislación procesal penal latinoamericana más reciente (Colombia, Argentina, Ecuador, Bolivia, Chile, el Salvador, Honduras, etc.) no se regula esta situación.

En el ámbito del derecho penal sustantivo también ha sido tratado el tema. En efecto, el artículo 45° del Anteproyecto de Código Penal²⁴, de abril del 2004, señala que "...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...". Esta propuesta de reforma del Código Penal tiene como fuente la legislación penal europea que, aunque sin la misma precisión, ha regulado el tema.

Así por ejemplo, el Código Penal Alemán prescribe en su artículo 51° que "...si el condenado, con motivo de un hecho que es o ha sido objeto de un proceso, ha cumplido prisión preventiva u otra privación de libertad, se contabilizará ésta como pena privativa de libertad y como multa. El tribunal sin embargo, podrá disponer que el abono en cuenta se omita total o parcialmente, si éste no se justifica por la conducta del condenado posterior al hecho..."

En esa misma línea el Código Penal Italiano que en su artículo 137° indica que "...la custodia cautelar sufrida antes que la sentencia se encuentre firme se descontará de la duración completa de la pena temporal de detención o del monto de la pena pecuniaria..."

²³ Con anterioridad al 2004, el abono de la detención domiciliaria en el cómputo de la pena efectiva no se había regulado en nuestro ordenamiento jurídico, en efecto, ni el CPP de 1991 ni el Proyecto de CPP de 1995 se ocuparon del tema.

²⁴ Elaborado por la Comisión Especial Revisora formada por Ley N° 27837

Más recientemente el Código Penal Español de 1995 establece en su artículo 58° numeral 1) que “...el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada...”. Numeral 2) “...Igualmente se abonarán en su totalidad, para el cumplimiento de la pena impuesta, las privaciones de derechos acordadas cautelarmente...” Finalmente, el artículo 59° señala que “...cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada...”

En jurisprudencia nacional existen dos casos en los que se ha tratado el tema y que son inclusive anteriores a la discusión generada por la polémica Ley 28568. El primero de ellos es el Caso Mestanza Benzaquen en el que la Sala Especial “B”, al pronunciarse respecto al abono de la detención domiciliaria, señaló que resulta necesario en este punto establecer que dicha sumatoria sólo tiene efecto como medida cautelar preventiva, más no tiene el mismo efecto cuando se trata del cumplimiento de la condena, donde sí es válido sumar como parte de ella la detención preventiva y excluir de dicho cómputo el arresto domiciliario debido a los fines y efectos que ambas medidas persiguen y la naturaleza misma (**Exp.033-01-Y3**, Lima 19 de agosto de 2004).

El segundo de los precedentes, más reciente y específico que el anterior, proviene de la Sala Especial “C” que en el Caso Gómez Rodríguez señaló que no correspondía abonar el tiempo de detención domiciliaria al cómputo de la pena. Entre los fundamentos que esgrimió el Tribunal es de destacar los siguientes: “a) La detención cautelar derivada del mandato de detención regulada en el artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal, muestra características y particularidades propias que la distinguen respecto del arresto domiciliario derivado del artículo ciento cuarenta y tres del Código Procesal Penal; b) Es cierto que ambas importan la restricción de la libertad personal, lo que en modo alguno permite sostener la existencia del equilibrio de condiciones fácticas en su cumplimiento, por el nivel de aflicción que cada una produce; c) El arresto domiciliario y la detención preventiva merecen tratamientos normativos propios, que se distinguen por los niveles de intensidad no sólo en el aspecto fáctico sino subjetivo...d) En nuestro ordenamiento penal no existe la previsión legal para descontar de la pena efectiva el tiempo de arresto domiciliario que cautelarmente mantuvo el sentenciado, conforme al artículo 47 del Código Penal; e) Por estas consideraciones no es posible acceder a lo solicitado por el acusado...más aún si en el Pleno Jurisdiccional llevado a cabo los días 10 y 11 de diciembre del 2004 en la ciudad de Trujillo al debatir este tema se acordó: Séptimo Acuerdo Plenario: EL TIEMPO DEL ARRESTO DOMICILIARIO NO SE DEBERÁ COMPUTAR PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA

PRIVATIVA DE LA LIBERTAD” (**Expediente 24-02**, Lima, junio de 2005)

En doctrina jurisprudencial española existe más de un precedente que se decanta en favor de considerar que la detención domiciliaria y la prisión provisional tienen la misma entidad. En efecto el Tribunal Constitucional Español ha establecido que “...el Juez de Instrucción incurrió en un error manifiesto y notorio al considerar que el arresto domiciliario que sufría el demandante de amparo...no implicaba la privación de su libertad. (**STC 31/1985**)²⁵. En suma, la persona no recupera su situación de libertad porque el Juez Togado le pueda autorizar a acudir a su trabajo habitual o a asistir a sus prácticas religiosas...Sostener que la persona se encuentra en situación de libertad desde el momento en que puede ser autorizado a acudir a su trabajo o a cumplir sus obligaciones religiosas es algo que se compadece con dificultad con los presupuestos de un orden político que se comprende a sí mismo como un régimen de libertades (**STC 56/1997**)²⁶. En ese mismo sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español viene manteniendo criterios interpretativos bastante amplios en esta materia entendiendo que “...debe computarse y abonarse no sólo la prisión preventiva, sino también privaciones de libertad diversas: 1) la mera detención (**STS de 30 de enero de 1906**); 2) el arresto domiciliario del quebrado (**STS de 20 de julio de 1992**); 3) el arresto militar disciplinario; 4) el arresto por impago de multa o 5) privación de permiso de conducir²⁷...”.

Sin embargo, la jurisprudencia penal y constitucional española que sobre la materia se conoce hay que entenderla en su preciso contexto, es decir, teniendo en cuenta que en dicho país la regulación normativa de la prisión atenuada (que es como se conoce a la detención domiciliaria) sigue las pautas del modelo restringido en los términos antes expuestos y, por lo tanto constituye una modalidad de prisión preventiva antes que una medida alternativa o forma de comparecencia²⁸, siendo, sólo por ello, entendible que cierta doctrina española acepte la posibilidad de que un día de arresto domiciliario se compute como un día de prisión efectiva.

Además, la jurisprudencia constitucional española conoce también de posiciones discordantes que consideran que en modo alguno puede asemejarse el arresto domiciliario a la prisión efectiva. A este respecto los

²⁵ http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0031

²⁶ Citada por Gimeno Sendra, Vicente, Los procesos penales, T.4 Bosch, Barcelona, 2000, p. 175. También puede encontrarse en: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1997-0056.

²⁷ Citada por Odone Sanguiné, Prisión Provisional y derechos fundamentales, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 209.

²⁸ Cfr. Moreno Catena/Cortés Domínguez, Derecho procesal penal, Tirant lo blanch Valencia, 2004, p.288 y ss.

votos particulares de Vicente Gimeno Sendra²⁹ y de Enrique Ruiz Vadillo en la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 56/1997, Caso Perote Pellón. Asimismo, con anterioridad a dicha sentencia el Tribunal Constitucional Español había establecido que «entre la libertad y la prisión sí que existen situaciones intermedias», por lo que, junto a la privación absoluta del derecho a la libertad pueden existir restricciones de dicho derecho fundamental, distintas a la que implica la prisión provisional (**STC 14/1996**)³⁰. En ese mismo sentido, en doctrina española, es de citar a Gutiérrez de Cabiedes quien al referirse a la *prisión atenuada* -léase arresto domiciliario- ha señalado que propiamente no nos encontramos ante una medida de prisión (una modalidad de la misma). Difícilmente un fenómeno que no comparte el elemento básico, el denominador común de toda prisión (que es cumplirla “en prisión”, esto es, en un centro penitenciario), puede ser considerada propiamente una especie de ese género³¹.

Como hemos definido antes, en el ámbito del proceso penal la detención domiciliaria importa una *restricción* a la libertad, diferente de lo que en puridad es una *privación* de la libertad. Esta diferencia de rigor en la afectación a la libertad personal también se presenta en el ámbito penal sustantivo en el que existen distintos tipos de penas. Así por ejemplo, señala Caro Coria³², puede observarse una valoración que se asemeja a la del arresto domiciliario y

²⁹ Voto particular del Magistrado Vicente Gimeno Sendra: “...junto a la privación absoluta del derecho a la libertad pueden existir restricciones de dicho derecho fundamental, distintas a la que implica la prisión provisional. En esta última situación hay que reputar incluida a la prisión atenuada, la cual, si bien es cierto que conlleva una privación de libertad, tampoco lo es menos que dicha privación no es absoluta, pues, a diferencia del preso preventivo, el sometido a arresto domiciliario goza de distintos derechos fundamentales, que se le pueden negar al sometido a prisión provisional, tales como el derecho a la vida privada y familiar, el derecho al trabajo, a la libertad de cultos, etc... Por tanto, cuando la Constitución, en su art. 17.4, establece la necesidad de que la prisión provisional se encuentre sometida a plazo, esta garantía constitucional hay que restringirla a esta medida cautelar penal y no a toda medida cautelar, lo cual no significa que el legislador ordinario, como sería lo deseable, no pueda someter a plazo a las demás medidas cautelares penales o, incluso, en la línea de los Códigos Procesales Penales italiano y portugués, de 1988 y 1989, a la propia instrucción. Pero ésta es una facultad del legislador ordinario, que no se deriva directamente del art. 17.4 C.E., aunque pueda inferirse del derecho «a un proceso sin dilaciones indebidas» del art. 24.2 C.E. Al extender la Sentencia, objeto de nuestro voto particular, la prisión provisional a la prisión atenuada puede tener unos efectos expansivos no deseados, como lo son la extensión del plazo a figuras análogas, tales como el arresto del quebrado, medidas de seguridad como el internamiento en un centro psiquiátrico y, por qué no, la propia libertad provisional que, al conllevar la obligación de comparecencia apud acta, retirada del pasaporte o del permiso de circulación, tampoco permiten afirmar la existencia de una situación plena de libertad. Es más, cuando se reforme la Ley de Enjuiciamiento Criminal en punto a ponerla en consonancia con el nuevo Código Penal, muchas de las penas privativas de derechos del art. 39 C.P. y, sobre todo, de suspensión de la ejecución de la pena privativa del art. 83 o medidas de seguridad del art. 96, que impliquen restricción del derecho a la libertad, pasarán a convertirse en «medidas de control judicial» a imponer por el Juez de Instrucción, en cuyo caso también podrá reclamarse esta expansiva doctrina con el riesgo de que se malogren los fines de la instrucción penal...” (Sic)

³⁰ http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1996-0014

³¹ Op. cit. p. 200

³² Caro Coria, Carlos, El abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena, Lima, julio de 2005.

detención preventiva, pues dentro del catálogo de penas que contiene nuestro Código Penal encontramos por un lado las penas limitativas de derechos (art. 31°) dentro de las que se encuentra la pena de arresto de fin de semana (art. 35°) y, de otro lado, la pena privativa de libertad (art. 29°).

Siendo ello así, una línea de coherencia con el principio de proporcionalidad nos conduce a sostener que las consecuencias de las medidas de coerción personal en el ámbito de la ejecución penal (específicamente de la detención domiciliaria y la prisión provisional) deben tener directa relación con el tipo de medida cautelar y con la intensidad con que afectan la libertad personal.

Esta consideración ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional de nuestro país que en el caso Chumpitaz Gonzáles ha señalado que "...tales figuras no pueden ser equiparadas ni en sus efectos personales, ni en el análisis de sus elementos justificatorios pues, es indudable que la primera de las mencionadas se configura como una de las diversas formas a las que, de manera alternativa, puede apelar el juzgador con el objeto de evitar la segunda de ellas, esto es, la detención preventiva..." (STC 1565-2002-HC/TC). Esa misma línea jurisprudencial fue reiterada en el caso Bozzo Rotondo en el que estableció que "...si bien ambas figuras, al estar encaminadas a asegurar el éxito del proceso penal, responden a la naturaleza de las medidas cautelares, no pueden ser equiparadas ni en sus efectos personales ni en sus elementos justificatorios, dado el distinto grado de incidencia que generan sobre la libertad personal del individuo..." (STC 376-2003-HC/TC). En esta misma línea los casos Wolfeson Woloch (STC 2712-2002-HC/TC), Olazábal Roldán (STC 2404-2003-HC/TC) y más recientemente el caso Joy Way Rojas (STC 2631-2004-HC/TC).

Ese es pues el factor material de análisis que ni el Proyecto de Código Penal de 2004 ni menos la derogada Ley 28568 han advertido al establecer una fórmula de abono en razón de un día de detención domiciliaria por uno de pena efectiva.

Ciertamente, según el régimen actual, una persona con detención domiciliaria tiene afectada su libertad, pero no con el mismo rigor que otra que esta en prisión, inclusive con posibilidad de incomunicación. El carácter más flexible de la detención domiciliaria ha sido reconocido por la jurisprudencia y la doctrina nacionales habiendo inclusive aceptado la posibilidad de que la persona detenida en su domicilio pueda obtener permiso para trabajar, para atender cuestiones familiares o de salud personal³³.

³³ Cfr. Mixán Mass, Florencio, ¿En qué consiste la detención domiciliaria?, en: El Peruano, 30 de abril de 1998, p.B-6.

Todo lo hasta aquí planteado nos lleva a concluir que la detención domiciliaria limita la libertad personal pero no en la misma intensidad que la prisión provisional. Sin embargo, como hemos señalado entre todas las medidas alternativas a la prisión provisional, la detención domiciliaria es la más lesiva.

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

Considerar que un día de detención domiciliaria equivale a un día de prisión efectiva, implica por ello, desconocer esas claras diferencias y otorgarle un valor no proporcional. Asimismo, considerar que los días de detención domiciliaria no deben ser considerados para el cómputo del plazo de la prisión efectiva equivale a tener por inexistente la limitación a la libertad personal que dicha medida conlleva, hecho éste insostenible desde todo punto de vista³⁴.

Si bien es cierto el CPP de 2004 permite en sus artículos 399°.1 y 490°.2 que la detención domiciliaria se abone al cómputo de la pena privativa de libertad, dicha norma hay que entenderla en el contexto del nuevo CPP, es decir, es aplicable para los supuestos en que dicho cuerpo normativo los permite y además entrará a regir progresivamente recién a partir de febrero de 2006. Por ello, cuando se invocó el nuevo CPP para sustentar la modificación del artículo 47° del Código Penal se incurrió en un error³⁵.

El *quantum* del abono para el cómputo de la prisión efectiva debe tener en cuenta que la detención domiciliaria constituye una *restricción a la libertad* que, por lo mismo, resulta menos intensa que la prisión efectiva. Una fórmula razonable sería la señalada por Caro Coria³⁶ que, sobre la base de una valoración semejante a la ocurrida en el ámbito de la pena de arresto de fin de semana, considera que el abono debería ser como mínimo de un día de prisión efectiva por dos de detención domiciliaria.

4.2. Abono para el cómputo del plazo máximo de detención preventiva

Un problema que se deriva del anterior es el siguiente: ¿puede abonarse el tiempo de duración de la detención domiciliaria para computar el plazo

³⁴ Cfr. Fernández Lazo, Nora, Detención domiciliaria, Revista peruana de Jurisprudencia, Normas Legales Año 7/N°47/Enero 2005.

³⁵ Ver exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 12952/2004-CR

³⁶ Ibid. p. 6.

máximo de la prisión provisional y de esa manera alcanzar la libertad por vencimiento del plazo?

Estamos ante la hipótesis de una persona que ha cumplido detención domiciliaria por un lapso de tiempo³⁷, supongamos 20 meses, luego ésta medida le es revocada y en su lugar impuesta la prisión provisional que se extiende por 16 meses. ¿Puede en ese caso solicitarse la excarcelación por vencimiento del plazo por considerar que entre el arresto domiciliario y la prisión provisional ya se han cumplido los 36 meses de plazo máximo que prevé el art. 137° del CPP de 1991?

Desde el plano normativo, nada dice la legislación vigente. Esta ausencia de claridad en la norma se ha reflejado también en la jurisprudencia nacional que ha presentado dos posiciones claramente encontradas.

La primera es la planteada por el Tribunal Constitucional que en el Caso Arbulú Seminario estableció que “...no era posible acumular el tiempo en que el beneficiario se encontraba con mandato de detención domiciliaria al tiempo en que estuvo con detención preventiva, por lo que la demanda debe ser desestimada, al no haber transcurrido el plazo de detención ordinario dispuesto por el artículo 137° del C.P.P...” (STC N° 2717-2002-HC/TC).

Una línea de interpretación distinta es la adoptada en el Pleno Jurisdiccional de 2004 que, apartándose del criterio del Tribunal Constitucional estableció en su Sexto Acuerdo Plenario que EL TIEMPO DEL ARRESTO DOMICILIARIO ES COMPUTABLE COMO PARTE DE LOS 18 MESES ESTABLECIDO EN EL CODIGO PROCESAL PENAL PARA CONCEDER LA LIBERTAD POR EXCESO DE DETENCIÓN SIN SENTENCIA³⁸.

Esta última posición tiene su fundamento en la idea de considerar que ambas medidas (prisión provisional y detención domiciliaria) tienen la misma naturaleza cautelar y además que afectan el mismo derecho: la libertad personal. Sin embargo desconoce el diferente grado de afectación que dichas medidas generan a la persona.

³⁷ Según Martha Hildebrandt, la expresión “lapso de tiempo” se encuentra autorizada por la Academia de la Lengua y además constituye una lícita figura de construcción gramatical, en: El Habla Culta (o lo que debiera serlo), 2da edición, Lima 2003, p. 235.

³⁸ Según el Décimo Primer Acuerdo del Pleno Jurisdiccional de 2004 las resoluciones del Tribunal Constitucional son vinculantes si efectúan una interpretación del artículo ciento treinta y siete del Código Procesal Penal, de conformidad con el derecho a la libertad individual; y si se trata de fallos reiterados y uniformes debe tenerse en consideración lo dispuesto por la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución; además que los intérpretes finales de los derechos son los organismos supranacionales.

Por ello, si seguimos una línea de coherencia con el planteamiento antes tratado tendremos que aceptar también que cuando se trata del abono de la detención domiciliaria para el cómputo de la prisión cautelar deberá otorgársele a la detención domiciliaria el mismo *quantum* de abono que el considerado para el cómputo de la ejecución de la pena. En otras palabras, debemos aplicar la misma regla de abono tanto para el cómputo de la pena como para el cómputo del plazo máximo de detención. En esa línea, si bajo la Ley actual se computa 1 x 1 para efectos de ejecución penal, también debe seguirse la misma regla para efectos de abono de la detención preventiva. Siguiendo esa misma lógica, si es que se modificara dicha norma y se cambia la regla de abono por ejemplo en razón de 2 días de domiciliaria por un día de pena efectiva, se deberá extender esta misma regla para el cómputo del plazo máximo de la detención preventiva y la consecuente excarcelación, con lo que si una persona sufrió veinte meses de detención domiciliaria dicho tiempo equivaldría a diez meses de detención preventiva.

5. El Plazo de la detención domiciliaria

Uno de los vacíos más evidentes en la legislación vigente tiene relación con la limitación temporal de la detención domiciliaria; en efecto, el C.P.P. de 1991 que rige esta materia no fija un plazo preciso, hecho éste que desmerece y deslegitima dicha institución cautelar y que debiera también ser considerado para evitar al máximo su utilización. Daniel Pastor ha señalado categóricamente que el ejercicio del poder -especialmente el penal, que es el que más menoscaba la libertad natural de los seres humanos- sólo puede ser legítimo si está circunscrito por autorizaciones legales precisas que fijen límites categóricos...entre los cuales están incluidos también sus contornos temporales³⁹. Este hecho ha sido relativamente advertido por la jurisprudencia penal y constitucional de nuestro país en diversos casos en los que invocando el principio general de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (artículo 139º numeral 8 de la Constitución) se ha intentado, aunque no siempre con coherencia, sentar algunas directrices⁴⁰.

En ese sentido ya el año 2000 en el Caso Bueno Aceña el Tribunal Constitucional declaró fundada la acción de habeas corpus estableciendo que "...la necesidad de su aplicación [de la detención domiciliaria] y el plazo de su duración debe dosificarse considerando la existencia de peligro de fuga u

³⁹ Pastor, Daniel. El plazo razonable en el proceso del estado de derecho, Ad hoc, Konrad Adenauer, Primera edición, octubre de 2002, p. 671 y 674.

⁴⁰ El Pleno Jurisdiccional en lo Penal de 2004 discutió y estableció en su Segundo Acuerdo Plenario que EL ARRESTO DOMICILIARIO DEBE TENER UN PLAZO PORQUE LIMITA LA LIBERTAD DEL PROCESADO Y RESTRINGE SUS DERECHOS.

obstrucción probatoria por parte del procesado...” (STC N° 066-2000-HC/TC, 12 de abril de 2000).

Sin embargo, ha sido en el Caso Villanueva Chirinos que el Tribunal Constitucional ha fijado pautas generales de índole cualitativo para la limitación temporal de la detención domiciliaria que son del caso anotar.

Señala el Tribunal que “...tomando en cuenta lo dispuesto en el inciso 8 del artículo 139° de la Constitución, y, a fin de salvar este vacío legal, el Tribunal considera importante resaltar dos premisas: a) la existencia del plazo máximo, no resulta el único criterio determinante para constatar que una detención deviene en desproporcionada y arbitraria luego de vencido el plazo, pudiendo tornarse en tal, inclusive antes del cumplimiento del mismo cuando por ejemplo, desaparezcan las razones que motivaron el propio mandato... b) la inexistencia de un plazo máximo legal, de ninguna manera puede admitirse como justificación válida para la permanencia de una medida restrictiva de derechos, de forma indefinida, arbitraria y desproporcionada, debiendo más bien ser valorado en cada caso, según los elementos de juicio objetivos existentes...”

Indica asimismo esta sentencia que “...el exceso de detención domiciliaria puede verificarse en cada caso concreto atendiendo a una serie de elementos, dentro de los cuales, la existencia de un plazo máximo como referente derivado del principio de proporcionalidad solo es uno de ellos y no el único determinante...”

Finalmente, el Tribunal Constitucional establece dos criterios que expone “con carácter vinculante”: 1) Peligrosidad Procesal y, 2) La Razonabilidad.

Respecto del *Peligro Procesal* señala el TC que “...el principal elemento a considerarse con el dictado de una medida cautelar debe ser el peligro procesal... si el llamado peligro procesal no permanece como amenaza efectiva en tanto dure la medida decretada, la misma devendrá en ilegítima desde el momento mismo en que desaparece la amenaza... en tales casos, de proseguir la medida, la situación del imputado bajo arresto domiciliaria estaría basada ya no en razones objetivas sino en retrasos judiciales...”

Con relación a la *Razonabilidad* el TC, refiriéndose a su vez a su sentencia en el Caso Tiberio Berrocal (STC N° 2915-2004-HC/TC), señala que los elementos para evaluar la razonabilidad del plazo son: a) La actuación diligente de los órganos judiciales, b) La complejidad del asunto⁴¹, c) La actividad procesal del detenido.

⁴¹ La referida sentencia desarrolla también los factores a tener en cuenta para calificar un caso como complejo, entre los cuales debe destacarse “...la naturaleza y gravedad del delito, hechos investigados, alcances de la

Este precedente es importante más que por su contenido por la forma en que nos revela cómo así el desarrollo de criterios genéricos o abstractos para la determinación de los plazos máximos no siempre sirven para tutelar el derecho fundamental al plazo razonable y, más aún, pueden no ser considerados en el caso concreto e inclusive utilizados de manera arbitraria. En efecto, contra lo que pudiera parecer la sentencia antes glosada del TC desarrolla toda esa argumentación aparentemente consistente pero, pese a reconocer que la detención domiciliaria en el caso en cuestión ha excedido los treinta y seis meses, falla sin disponer la excarcelación de la persona y convalidando en la práctica dicho exceso.

Tiene razón por ello Pastor⁴² al sostener que dichos criterios de examinación de la razonabilidad del plazo constituyen pautas laxas que no brindan precisión alguna ni permiten una evaluación seria que soporte las exigencias propias del principio del Estado de derecho como límite de la legitimidad del ejercicio del poder penal...detrás de la declaración de que la razonabilidad se estudia bajo estos criterios vagos y ambiguos solo existe una *carte blanche* para que quien decida sobre la razonabilidad lo pueda hacer libremente, sin más ataduras que las de sus predilecciones discrecionales.

Ahora bien, la complejidad que el tema genera en nuestro país nos presenta casos diversos en los que muchas veces los criterios de razonabilidad y proporcionalidad no son suficientes para resolver un caso concreto más aún cuando existe una tendencia fuertemente afirmada en la judicatura penal a valorar los plazos máximos de las dos medidas en cuestión (prisión provisional y detención domiciliaria) en función de criterios cuantitativos.

En ese orden de ideas, son dos los supuestos que la casuística nacional nos presenta respecto a la determinación del plazo de la detención domiciliaria: 1. Homologación del plazo de prisión preventiva a la detención domiciliaria y, 2. Homologación/acumulación del plazo de la prisión preventiva a la detención domiciliaria.

5.1. Homologación del plazo de detención preventiva a la detención domiciliaria

actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que objetivamente permita calificar una causa como complicada...". Sin perjuicio de ello también puede tenerse en cuenta que el artículo 342° numeral 3) del CPP 2004 que considera complejo un proceso cuando: a) requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; d) investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas; e) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; f) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o, g) deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

⁴² Ibidem, p. 672.

El Tribunal Constitucional nunca ha considerado la posibilidad de homologar el plazo de la detención preventiva a la detención domiciliaria. En efecto, en los casos Bueno Aceña y Villanueva Chirinos la pretensión de los accionantes era que se aplique a la detención domiciliaria el mismo plazo que a la prisión preventiva y consecuentemente se revoque la detención domiciliaria a partir de una aplicación analógica del art. 137° del CPP; sin embargo, el Tribunal Constitucional sin mayor análisis consideró [en el Caso Villanueva Chirinos] que los plazos contenidos en dicha norma están referidos a la detención preventiva más no así a la detención domiciliaria⁴³. En esa misma línea, en el caso Bozzo Rotondo la Corte Suprema, estableció que “...al no existir en nuestro ordenamiento vigente el plazo máximo para el arresto domiciliario (...) resultaría contraproducente y atentatorio a los derechos fundamentales del procesado puesto que no existiría distinción entre una medida coercitiva y otra, contraviniendo de ese modo los principios de legalidad y proporcionalidad...” (**Exp. 3681-2004**, Voto Singular del Vocal Gonzáles Campos, Primera Sala Penal Transitoria).

Sin embargo en ese mismo caso es de destacar la resolución de primera instancia que señaló “...el arresto domiciliario tendría como plazo máximo los 36 meses en aplicación de la analogía *in bonam partem* de la norma procesal ya que de incurrir en demora el órgano jurisdiccional, el procesado tendría derecho a su libertad vencido este plazo...” (**Exp. 31-02**, Voto singular de la Vocal Castañeda Otsu, Sala Penal Especial “C”).

En esa misma línea la resolución en el Caso Villanueva Chirinos, posterior al fallo del Tribunal Constitucional, que estableció que “...tanto en la privación de libertad como el arresto domiciliario hay una privación del derecho fundamental a la libertad personal, por lo que resulta plenamente válido que el arresto domiciliario tampoco pueda prolongarse más allá de los treinta y seis meses...si el artículo 137°...ha establecido plazos máximos de detención preventiva...estos también deben aplicarse a la detención domiciliaria, pues ante una omisión del legislador corresponde al órgano jurisdiccional resolver los pedidos que formulen los justiciables...” (**Exp. 002-01**, Sala Especial “C”, Lima 30 de diciembre de 2004).

Es importante destacar esta última jurisprudencia pues la ausencia de un plazo máximo legal en la detención domiciliaria no puede resultar afectando al procesado, máxime si es que conforme al artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos toda persona *detenida o retenida* tiene derecho (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.

⁴³ Véase el numeral 2 de los fundamentos de la sentencia 0731-2004-HC/TC.

No obstante ello, un criterio simple de ponderación nos indica que existiendo evidentes diferencias entre la detención preventiva y la domiciliaria, si la ley hubiera regulado un plazo máximo para ésta medida, el mismo hubiera sido siempre menor que el de la detención preventiva; con lo que inclusive aplicar analógicamente “*in bonam partem*” el plazo de la detención preventiva de treinta y seis meses resulta excesivo y desproporcionado. La situación se torna más crítica aún, cuando se presentan casos en los que la detención domiciliaria puede extenderse por un tiempo tan prolongado que inclusive puede coincidir con la duración total del proceso. Sobre este particular, Gialdino⁴⁴ ha explicado bien como así la CADH distingue dos clases de plazos: el del proceso en su conjunto y el de la prisión preventiva en particular, debiendo ser este último necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio (**CoIDH, Informe 12/96**).

5.2. Homologación/Acumulación del plazo de detención preventiva a la detención domiciliaria

Otro de los supuestos que la casuística reciente nos presenta es aquel en que luego de un período de prisión provisional se revoca ésta y se impone en su lugar detención domiciliaria. En supuestos como este ¿cuál es el límite temporal que debe tener la detención domiciliaria impuesta a continuación de la detención preventiva? ¿Puede aplicarse a este caso el plazo máximo de la detención preventiva y acumular ambos plazos para posibilitar la cesación de la detención domiciliaria por vencimiento del plazo?

La jurisprudencia penal presenta dos posiciones encontradas al respecto. Una primera que considera que no es posible aplicar a la detención domiciliaria el plazo de la detención preventiva. Así por ejemplo, el Caso Gamarra Olivares a quien se varió la detención preventiva imponiéndose en su lugar detención domiciliaria. Al cabo de un tiempo de cumplir la detención domiciliaria dicha persona solicitó la cesación de dicha medida considerando que sumados el tiempo que estuvo detenido en el penal y en su domicilio se había cumplido en plazo máximo que establecía el art. 137° del CPP. La Corte Suprema declaró que resultaba improcedente la suspensión de la detención domiciliaria por vencimiento de plazo. En dicha ejecutoria el Supremo Tribunal Penal señaló que dicha pretensión no se ajustaba a derecho dado que la privación de la libertad a la que alude el plazo del artículo 137° del C.P.P. “...*exige que su cumplimiento sea en un centro penitenciario...*” (**Exp. AV-11-2001, Lima**).

⁴⁴ Gialdino, La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos, 1999, p. 45, citado por San Martín Castro, César en: la privación de la libertad personal en el derecho internacional de los derechos humanos, Derecho y Sociedad N° 20, Lima, p.172.

Una línea jurisprudencial contraria es la planteada por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima en el Caso Mestanza Benzaquen en el que se estableció que “resulta coherente, válido y constitucional afirmar que los tiempos de detención y arresto domiciliario, afectan el derecho a la libertad y consecuentemente tratándose de medidas preventivas de carácter cautelar son acumulables, correspondiendo en el presente caso otorgarle al solicitante su libertad individual por haber alcanzado más de 36 meses sometido a privación de libertad al haber permanecido 20 meses y dos días en detención y 16 meses y 5 días con arresto domiciliario...” (Exp. 033-01-Y3, Lima, 19 de agosto de 2004).

6. Detención domiciliaria y protección del agraviado

El derecho procesal penal no puede estar alejado de la realidad, sobre todo cuando se trata de la protección de bienes jurídicos que generan una gran afectación a la persona humana.

Hace poco hemos sido testigos de un caso paradigmático planteado al inicio: un acusado por delito de violación de su hijastra a quien se le impuso mandato de detención pero que al haberse vencido el plazo obtuvo su liberación habiendo el tribunal dispuesto en su lugar la detención domiciliaria. El caso no generaría mayor discusión si no fuera porque la detención domiciliaria la tuvo que cumplir en el mismo domicilio donde vivía la menor agraviada.

Este caso, generó en su momento y sigue generando una serie de críticas e interrogantes que vale plantearnos ¿Debió ordenarse la detención domiciliaria en la casa donde vivía la menor agraviada? ¿Cómo debió haber procedido el tribunal? ¿Qué medida cautelar debió haber dispuesto el Juez? ¿Existe el marco normativo que nos ayude a resolver estos casos? Intentaremos responder estas interrogantes.

Queda claro que es misión concreta del proceso penal resolver o por lo menos redefinir el conflicto generado por el delito. Por lo tanto, debe buscar siempre un equilibrio entre la tutela de los derechos del imputado con las necesidades de garantizar la seguridad y la protección de la víctima, ese otro gran actor del proceso.

La necesidad de que el derecho procesal penal nos provea de mecanismos que eviten una doble victimización se torna más urgente cuando se trata de proteger bienes jurídicos tan trascendentes como la libertad sexual, la dignidad humana y sobre todo la integridad del menor.

El Código de Procedimientos Penales de 1940 no contiene norma alguna aplicable a casos como el planteado. El nuevo CPP contiene en su art. 247° y siguientes algunas reglas de protección pero no alcanzan a tutelar supuestos como el planteado, además no son, en sentido estricto, medidas cautelares. Por lo tanto, al interior de la codificación procesal penal existe un vacío.

Existen referentes importantes en el derecho comparado que deben tenerse en cuenta. Así por ejemplo, la Ley de protección a las víctimas de malos tratos (Ley Orgánica 14/1999, de 09 de junio de 1999) que modificando el art. 544 de la LECRIM española introdujo una serie de medidas cautelares a título de prohibiciones temporales de residencia o de comunicación, que restringen aspectos concretos de la libertad personal del imputado y que podrán ser impuestas con fines de protección de la víctima. Entre estas medidas es de destacar: a) la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio o municipio; b) prohibición de acudir a dichos lugares; c) prohibición de aproximarse o comunicarse con determinadas personas a fin de permitir el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima.

En esa misma línea, el CPP de Chile que en su artículo 155° lit. g) establece como medida cautelar la prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

7. Permiso para trabajo y otros fines

Otro de los aspectos interesantes que en nuestro país se ha presentado tiene relación con la posibilidad de que el imputado a quien se le ha impuesto mandato de detención domiciliaria pueda salir de su domicilio para desarrollar ciertas actividades, por ejemplo trabajo, atención de su salud, atención de personas dependientes, cultos religiosos, etc.

La legislación comparada, pese que no ha tratado mucho el tema, nos presenta también dos tendencias claramente marcadas que es del caso tener en cuenta. La primera, adscrita al modelo restringido de detención domiciliaria establece que sólo en casos excepcionales es posible conceder permiso a la persona para salir de su domicilio. Este es el caso de la Lecrim española que establece en su vigente art. 508° que el Juez o tribunal podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa⁴⁵. Esta misma es la opción seguida por el Código Procesal Penal de Italia cuyo artículo 284° permite a la persona salir en el tiempo estrictamente necesario para los asuntos vitales, si no puede llevarlos a cabo de otra manera (imposibilidad

⁴⁵ La versión anterior del art. 508 (LO 13/2003 de 24 de octubre) también contenía esta misma prescripción.

física, legal o económica); por ejemplo curaciones ambulatorias, cobro de pensiones en ventanilla, auxilios alimentarios, un trabajo externo impuesto por la pobreza absoluta y cuando lo llame la autoridad judicial⁴⁶. En esa misma orientación el Código Procesal Penal de Bolivia⁴⁷.

La segunda de las tendencias en esta materia sigue el modelo amplio de detención domiciliaria y, por ello mismo, permite al imputado ejercer los derechos que no tienen directa relación con la medida de cautela personal impuesta. En España se ha seguido esta tendencia pero curiosamente sólo en el ámbito del derecho militar. En efecto, la Ley Orgánica Penal Militar 2/1989 establece que el que se encuentre en prisión atenuada puede salir del lugar en que la cumpla durante el tiempo necesario para acudir “a su trabajo habitual, al ejercicio de sus actividades profesionales, o a prestar los servicios que sus Jefes puedan encomendarle, con la obligación de reintegrarse al lugar de internamiento al término de estas actividades” e igualmente “ para asistir a sus prácticas religiosas o para recibir asistencia médica, que, siendo necesaria, no pueda serle prestada en el lugar en que estuviere cumpliendo la prisión atenuada, o por cualquier otra causa justificada a juicio del Juez”.

Una similar distinción de estas dos tendencias es la que nos indica Sánchez Velarde⁴⁸ al señalar que en doctrina se acepta que la detención domiciliaria puede ser absoluta o relativa, la primera si el mandato de arresto se cumple en el lugar fijado sin que el imputado pueda salir del mismo, con excepción de las diligencias judiciales; la segunda si encontrándose en dicha situación obtiene la autorización judicial para salir del domicilio a realizar sus actividades laborales o de estudio, con retorno inmediato.

En nuestro país, no obstante que el Proyecto de Código Procesal Penal de 1995 sí regulaba esta posibilidad⁴⁹, la normatividad actualmente vigente así como el C.P.P. de 2004 no han tratado el tema, por lo que también en este punto ha sido la doctrina y la jurisprudencia las que han perfilado algunas pautas que resultan pertinente conocer.

Así por ejemplo, señala Oré Guardia⁵⁰ que aún cuando el texto del Proyecto de CPP de 1995 no se encuentra vigente resultaría útil como elemento

⁴⁶ Cfr. Cordero Franco, Procedimiento penal, Temis, Bogotá, 2000, p.424.

⁴⁷ El art. 240° numeral 1) del CPP de Bolivia dice: “si el imputado no puede proveer a sus necesidades económicas o a las de su familia o si se encuentra en situación de indigencia, el juez podrá autorizar que se ausente durante la jornada laboral”.

⁴⁸ Sánchez Velarde, Pablo, Op. Cit. p. 746.

⁴⁹ El Proyecto de Código Procesal Penal de 1995, señalaba en su artículo 157° tercer párrafo que “Si esta medida pone en peligro la subsistencia del procesado y la de quienes de él dependen o si se encontrase en situación de absoluta indigencia, el Juez mediante decisión singular y debidamente fundamentada podrá autorizarlo a ausentarse de su domicilio en el curso del día, por el tiempo estrictamente necesario para proveer a las mencionadas exigencias o para ejercer una actividad laboral.”

⁵⁰ Oré Guardia, Arsenio, Manual de derecho procesal penal, Alternativas, Lima, 1999, p. 350.

interpretativo aplicable a los casos o situaciones antes descritos, en atención a una interpretación evolutiva o progresiva que ayude a cubrir el vacío del vigente texto procesal de 1991. En esa misma línea Mixán Mass⁵¹ quien nos indica que el silencio que presenta el artículo 143° del CPP de 1991 no implica prohibición alguna, pues satisfacer necesidades de subsistencia o salvar el estado de indigencia actual o prevenir una inminente son acciones inherentes a dos derechos fundamentales de la persona, como son, los relativos a la salud y a la vida.

En el ámbito jurisprudencial el primer referente que se conoce en nuestro país es el Caso Bueno Aceña a quien se le autorizó a laborar exclusivamente los días hábiles, en horario de ocho de la mañana a seis de la tarde encargándose a la Delegación Policial del sector informar semanalmente al Juez el cumplimiento del permiso (**Exp. 027-98**, Trigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima, 30 de junio de 1998). Luego, la jurisprudencia que se conoce se ha generado recién a partir del año 2001 a propósito de los procesos en el denominado sistema anticorrupción siendo posible advertir en ese ámbito dos tendencias jurisprudenciales.

La primera sigue una perspectiva restrictiva y fija las siguientes pautas: 1. El permiso de salida no está regulado en nuestro ordenamiento y por lo tanto no puede ser dispuesto por el Juez. 2. Excepcionalmente podrá autorizarse el permiso pero sólo cuando sea necesario para la manutención del imputado o de quienes de ella dependan. Dentro de esta orientación se encuentra el Caso Wolfenson Woloch en que se estableció que “...las concesiones de carácter excepcional a la detención domiciliaria deben fundarse en el principio de necesidad...que la solvencia económica descrita precedentemente desvirtúa el estado de necesidad que pueda estar sufriendo el procesado que permitiría la flexibilización de la medida impuesta en su contra, por lo tanto en este caso no se darían los supuestos fácticos de excepcional riesgo esto es la falta de medios económicos a fin de evitar daño a su integridad...” (**Exp.36-01**, Primer Juzgado Penal, Lima, 22 de julio de 2002, confirmada en segunda instancia mediante resolución de fecha 30 de enero de 2003). En ese mismo sentido el caso Chumpitaz Gonzáles (**Exp. 15-2001-M**, expedido por la Sala penal Especial con fecha 22 de abril de 2003).

La segunda tendencia jurisprudencial en esta materia ha seguido una lógica amplia y se basa fundamentalmente en considerar que el derecho al trabajo es un derecho fundamental y no puede ser afectado durante el proceso penal. En esta perspectiva se ubica el Caso Bueno Aceña en el que se dispuso el permiso de trabajo bajo la consideración de que “...la detención domiciliaria en ningún caso determina el enclaustramiento total del justiciable en su

⁵¹ Op. cit.

morada, pues su apartamiento de un espacio con barrotes no es el elemento diferenciador de su reclusión efectiva...” (**Exp. 027-98**, Lima 30 de junio de 1998). En esa misma orientación el Caso Pedraza Barreda en el que se estableció que la detención domiciliaria “...no se debe contraponer a los demás derechos constitucionales que no han sido limitados, como es el derecho a trabajar libremente garantizado así por la Constitución Política...” (**Exp. 12-2001**, Cuarto Juzgado Penal Especial, Lima, 09 de mayo de 2003). Asimismo la ejecutoria de la Corte Suprema en la que se señala que “...el inculpado esté permanentemente recluso en su domicilio, ya que éste puede trabajar, estudiar, realizar necesidades vitales, ya que en realidad la medida implica sobre todo un estado de sujeción al proceso y no una prisión domiciliaria permanente...” (**Exp. 189-2003**, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema⁵²).

8. Ejecución de la medida: el control electrónico

Como señaláramos al inicio, a la fecha son 78 reos sin sentencia los que sufren detención domiciliaria, los que distraen de sus labores de seguridad ciudadana a unos 260 policías⁵³.

Este hecho se origina en una errónea interpretación de la norma que regula esta institución (art. 143° del C.P.P. de 1991) pues es suficiente que el control de su ejecución se efectúe a través de visitas periódicas o inopinadas del órgano policial. Inclusive la norma permite la custodia de otra persona o inclusive sin ella⁵⁴. En el caso Torres Velásquez, la Sala Nacional de Terrorismo señaló que “...estando a que la custodia policial a la que se ha hecho referencia no podrá darse de manera oportuna...dispusieron la variación de la detención domiciliaria con custodia policial ordenada en contra del acusado por la medida de detención domiciliaria sin custodia policial...ordenaron la verificación inopinada de la permanencia del acusado en mención en el inmueble donde se ejecutará la medida dispuesta por parte de los señores adscritos ...” (**Exp. 295-02**, Sala Nacional de Terrorismo, Lima 23 de junio de 2005). Sin embargo, la complejidad de la persecución de la criminalidad organizada y no convencional que conoce nuestro país no siempre permite que el uso de las visitas inopinadas como mecanismo de control neutralice el peligro de fuga. Además, pueden existir casos en que no

⁵² Citada por Herrera Velarde, Eduardo, Op. Cit. p. 121.

⁵³ La Policía Nacional gasta más de tres millones de soles anuales en el sueldo de los policías que tiene que destinar para ejecutar los mandatos de detención domiciliaria (El Comercio, 15 de Julio de 2005 p. a8).

⁵⁴ En derecho comparado casi todos los países que se han seguido la fórmula del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (Bolivia, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Guatemala) permiten que la detención domiciliaria se imponga “en custodia de otra persona o sin vigilancia alguna”

hay alternativa a la detención domiciliaria pero el imputado no cuenta con domicilio, por ejemplo, cuando se trata de extranjeros⁵⁵.

Frente a esta situación surge la necesidad de examinar otros mecanismos de ejecución de la detención domiciliaria⁵⁶ o de control cautelar alternativos o complementarios cuya incorporación a nuestro ordenamiento jurídico podrían ser perfectamente aplicables. Entre ellos la incorporación, a título cautelar, del control electrónico del imputado a través del denominado *brazalete electrónico*, ampliamente regulado y utilizado en otros países como alternativa a la pena efectiva y recientemente incorporado al ámbito del proceso penal. En efecto el novísimo Código Procesal de Colombia que entró en vigencia progresiva este año regula dentro de las medidas de coerción personal esta medida (Art. 307°). Lo mismo viene ocurriendo en Chile cuyo parlamento ya viene discutiendo esta cuestión⁵⁷. Dichos países vecinos tomaron como fuente la experiencia ocurrida en Francia, Italia y recientemente en España (en este último país en el ámbito de la protección contra la violencia familiar).

Si bien el Código Procesal Penal peruano de 2004 contiene una regla genérica sobre el uso de sistemas electrónicos de control de las restricciones (art. 287°.1), dicha norma podría ser más precisa a fin de establecer los presupuestos necesarios para su aplicación y fundamentalmente incorporar una cláusula relativa al consentimiento, como lo explicaremos luego.

Según Escobar Marulanda⁵⁸, existen tres argumentos por los cuales se considera que el control con monitores electrónicos podrá funcionar: 1. La prisión provisional podría cumplirse de manera diferente al ingreso en la cárcel, por ejemplo con la detención domiciliaria; 2. Puede operar como una media cautelar intermedia entre la prisión provisional y la comparecencia simple; 3. Contribuiría enormemente a la disminución carcelaria (de presos sin condena) y disminuiría enormemente los costos al Estado.

⁵⁵ En el caso “Cartel de Tijuana” sucedió este problema, pues el plazo máximo de prisión provisional había vencido y la única alternativa que evitara el peligro de fuga era la detención domiciliaria. Lo paradójico era que varios de los imputados eran de nacionalidad mexicana y no tenían domicilio en el Perú. En este caso, el Ministerio Público solicitó que “en el caso de los procesados extranjeros, se les señale como domicilio el establecimiento penitenciario en donde se encuentran, al no tener domicilio en el país” (Exp. 1987-2002, Primera Sala Penal con Reos en Cárcel, Lima, 16 de junio de 2005).

⁵⁶ Una alternativa interesante es el funcionamiento del denominado Centro Transitorio para procesados con Arresto Domiciliario. Según información reciente, la Policía nacional viene implementando este centro en el distrito del Callao. (El Comercio, 05 de julio de 2005).

⁵⁷ El 20 de abril de 2005 ingresó a trámite en el parlamento chileno el Proyecto de Ley 3846 presentado por el diputado Maximiano Errázuriz cuyo texto señala lo siguiente: “Artículo único.- Las personas sometidas a proceso por delitos que no sean de sangre, podrán permanecer en sus domicilios, en prisión preventiva hasta la condena, contando con un microprocesador de identificación personal localizable a través del *Global Positioning System* (GPS) de un satélite u otro sistema que permita u monitoreo electrónico. El costo será de cargo del procesado, el que podrá optar por permanecer en un centro de detención preventiva u otro establecimiento del Estado si no pudiere absolver el costo del equipo destinado a fiscalizar su ubicación en su domicilio”

⁵⁸ Citado por Odone Sanguiné, Op cit. p. 668.

Un aspecto de reflexión es el relativo a la constitucionalidad de esta medida cautelar, ello en tanto constituye una afectación no sólo a la libertad personal sino también a otros derechos fundamentales: la dignidad e intimidad personales.

Odone Sanguiné⁵⁹ plantea sobre este particular algunas pautas de análisis para que esta medida sea compatible con la Constitución y que pueden ser perfectamente aplicables a nuestro ordenamiento nacional.

En primer lugar, como el control electrónico implica una grave afectación a los derechos de intimidad y dignidad personales será necesario que la norma que la regule tenga carácter de Ley Orgánica. En nuestro caso se requeriría de una norma que haya sido aprobada por mayoría absoluta, es decir, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del congreso (Art. 106° de la Constitución Política).

En segundo término, su compatibilidad con la constitución estará determinada por las circunstancias de cada caso concreto, según el principio de la ponderación de la intromisión.

En tercer lugar, la aplicación del control electrónico como medida cautelar alternativa a la prisión provisional debería contar con el consentimiento del afectado, pues de lo contrario se estaría produciendo una injerencia del Estado en la intimidad del imputado. Sobre este particular, es del caso anotar que el reciente Proyecto de Ley N°13370/2004 suscrito por el Congresista Javier Barrón⁶⁰ propone incorporar el art. 47-B en los siguientes términos “...a las personas a quienes se le haya impuesto el arresto domiciliario, se les *deberá colocar obligatoriamente* un grillete electrónico satelital, a fin de conocer su ubicación geográfica real y evitar una posible fuga.”. Esta fórmula legislativa, que impone al imputado la utilización del control electrónico desconoce que una medida como esta incide, como lo hemos señalado en la esfera de la intimidad de la persona por lo que, en nuestro criterio afectaría dicho derecho fundamental. Por lo demás, esta ha sido la fórmula adoptada en Italia según la última modificación realizada al *Código di Procedura Penale*⁶¹ y que en nuestra opinión debería acogerse en nuestro país⁶².

⁵⁹ Op. cit. p. 669

⁶⁰ <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf>

⁶¹ Modificación introducida al CPP Italiano a través del Decreto N° 341 del 24 noviembre de 2000

⁶² El art. 275-bis del Código Italiano señala: “ *Particolari modalità di controllo*) - 1. *Nel disporre la misura degli arresti domiciliari anche in sostituzione della custodia cautelare in carcere, il giudice, se lo ritiene necessario in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto, prescrive procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, quando ne abbia accertato la disponibilità da parte della polizia giudiziaria. Con lo stesso provvedimento il giudice prevede l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere qualora l'imputato neghi il consenso all'adozione dei mezzi e strumenti anzidetti.*
2. *L'imputato accetta i mezzi e gli strumenti di controllo di cui al comma 1 ovvero nega il consenso all'applicazione di essi, con dichiarazione espressa resa all'ufficiale o all'agente incaricato di eseguire l'ordinanza che ha disposto la misura.*

Por supuesto que esta propuesta no pasa sólo por su consideración jurídica sino también por las posibilidades fácticas de su implementación en nuestra realidad, sin embargo me queda claro que, por las ventajas que ofrecería debería considerarse seriamente esta posibilidad. Téngase en cuenta para ello que este mecanismo de monitoreo es usado en nuestro país por las compañías de seguridad y ampliamente comercializado en la protección de vehículos a manera de alarma contra robos. Si advertimos que, como en el caso ocurrido hace poco respecto a una persona procesada por delito de narcotráfico, son cerca de veinte mil soles mensuales los que gasta el Estado al destinar veinticuatro policías para controlar la ejecución de la detención domiciliaria de una sola persona, concluiremos que ésta alternativa, además de ser jurídicamente viable, resultaría ser, en términos de costo beneficio, mucho más eficaz. Finalmente, si es que consideramos la serie de limitaciones que por lo general produce la detención domiciliaria, siempre será menos lesivo el control electrónico que su ejecución ordinaria. En efecto, como bien acota Bucheli de Osejo⁶³, los fines permisivos, benévolos que teóricamente se buscaron con la norma, tampoco se cumplen, porque se traslada al hogar todas las peculiaridades, problemas e inconvenientes de la cárcel, pero además, la situación de restricción de libertad, afecta no solo al detenido sino a todo su núcleo familiar.

La dichiarazione è trasmessa al giudice che ha emesso l'ordinanza ed al pubblico ministero, insieme con il verbale previsto dall'articolo 293, comma 1.

⁶³ Bucheli de Osejo, María Cristina, La detención domiciliaria, Ibáñez, Bogotá, 1998, p.190.

