

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, orientación que *de lege ferenda* adoptó 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-CR² aprobado por el Congreso de la República el 8 de junio de 2005, que modifica 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 ser computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención”. Dado que el Poder Ejecutivo no observó ni promulgó esta Ley, ésta ha sido promulgada finalmente por el Presidente del Congreso de la República y publicada como Ley N° 28568 el 3 de julio de 2005.
2. 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 pena³. 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 pena⁴.

* 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.

² <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf>

³ 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>

⁴ 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

3. 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 p.f. 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 reciente modificación del art. 47 del CP mediante la Ley N° 28568 no sigue este criterio, impone 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

4. 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”⁵. 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 domiciliaria.
5. Es necesario ponderar los diversos intereses en conflicto a fin de arribar, como señala Meini, a una alternativa que respete el principio de proporcionalidad⁶. 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”⁷. 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

Meini Méndez, La República de 20 de junio de 2005, en http://www.larepublica.com.pe/noticia_cs.jsp?pldNoticia=42552&pld=5&pldTipoNoticia=-

⁵ Gamarra Herrera, Ronald, “El nuevo mensaje del Congreso: ¡Delinca ... y cumpla la pena en su casa!”, cit.

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

⁷ 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>

imputado puede trabajar en su domicilio y seguir generando renta, puede gozar de las comodidades que le permite su situación socio-económica, etc.

6. 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”⁸. 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 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.
7. 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 pena⁹. 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”¹⁰. 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 probatoria¹¹, no aceptándose otros fines como

⁸ Sánchez Velarde, Pablo. Comentarios al Código Procesal Penal. Lima, Idemsa 1994, pp. 225-226.

⁹ Meini Méndez, Iván, “La detención domiciliaria y su abono para el computo de la pena privativa de libertad”, cit., p. 11, num. 7.

¹⁰ Párrafo 77.

¹¹ San Martín Castro, César. Derecho procesal penal. 2ª ed. Vol. II. Lima, Grijley 2003, p. 1118.

el control del peligro de reiteración delictiva o la preservación del orden público¹². 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.

8. 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”¹³, 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”¹⁴.

9. 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 preventiva¹⁵. 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”¹⁶. 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.

10. 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 libertad¹⁷. La afectación de la libertad ambulatoria es igual de

¹² Ibid., pp. 1119-1122.

¹³ Sanguiné, Odone. Prisión provisional y derechos fundamentales. En: Seminario de Derecho Procesal Penal I. Lima, PUCP 2004, p. 467.

¹⁴ Ibid., p. 469.

¹⁵ Ibid., p. 499.

¹⁶ Fundamento 19.a.

¹⁷ Jescheck, Hans-Heinrich y otro. Die Untersuchungshaft im deutschen und europäisch Recht. MPI Verlag 1971, p. 977.

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 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 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 peligra (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 preventiva¹⁸. 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

11. Esta perspectiva sistemática de las funciones del Derecho penal y procesal penal que empieza a desarrollarse en nuestra tradición jurídica¹⁹, 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”.

¹⁸ Jorge Barreiro, Agustín. En: Rodríguez Mourullo, Gonzalo (dir). Comentarios al Código Penal. Madrid, Civitas 1997, p. 246.

¹⁹ 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.

12. 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 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, hasta la vigencia de la Ley N° 28568, dos días de arresto domiciliario deben equivaler por lo menos a un día de pena privativa de libertad.
13. La reciente modificación del art. 47 del CP mediante la Ley N° 28568, acentúa 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), deberá 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 se computará 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 podía conducir por ejemplo a considerar que dos días de detención domiciliaria podían descontarse, cuando menos, por uno de pena. Tampoco se han considerado 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 discriminación²⁰.
14. Por lo demás, esta reforma del art. 47 del CP debe aplicarse no sólo para los delitos cometidos desde su vigencia y en cuya persecución procesal se ordene la detención domiciliaria. También rige para los hechos punibles cometidos antes de la vigencia de la Ley N° 28568 como producto de la retroactividad benigna que ampara la Constitución y el CP. Y toda posible modificación de este régimen que desmejore la regla del uno por uno, sólo podrá vincular el cómputo de la pena respecto de hechos punibles cometidos tras la nueva modificación, lo contrario implicaría una aplicación retroactiva perjudicial. El fundamento de la retroactividad benigna no puede reposar, al menos no en su totalidad,

²⁰ Vid. infra num. 14.

en que el art. 47 del CP contiene una regla de determinación de la pena²¹, 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 (...)”²². 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 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 fundamentales²³.

IV

15. 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 obligatoria²⁴, esto es conforme al pf. 1 del art. 143 cuando el imputado tiene más de 65 años y está enfermo o incapacitado²⁵, 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 sustituto²⁶ 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

²¹ Como afirma Villavicencio Terreros, Felipe. Código Penal comentado. 3ª ed. Lima, Grijley 2001, p. 192.

²² 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”.

²³ 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.

²⁴ San Martín Castro, César. Derecho procesal penal, cit., pp. 1161-1162.

²⁵ 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.

²⁶ Sánchez Velarde, Pablo. Comentarios al Código Procesal Penal, cit., p. 225. Manual de Derecho procesal penal. Lima, Idemsa 2004, p. 745.

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 procesal²⁷. 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 incapacidad²⁸, “en aquellos supuestos en que los fines de la prisión preventiva pudieran alcanzarse de modo menos gravoso para el imputado”²⁹. 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 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”.

16. 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”³⁰. 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”³¹. Esta regulación *de lege ferenda* es bastante restrictiva³², 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 ésta³³, 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.

²⁷ Oré Guardia, Arsenio. Manual de Derecho procesal penal. 2ª ed. Lima, Alternativas 1999, p. 349.

²⁸ San Martín Castro, César. Derecho procesal penal, cit., p. 1162.

²⁹ 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.

³⁰ Ibid., pp. 501-502.

³¹ Mavila León, Rosa. El nuevo sistema procesal penal. Lima, Jurista Editores 2005, p. 100.

³² Talavera Elguera, Pablo. Comentarios al nuevo Código Procesal Penal. Lima, Grijley 2004, p. 46.

³³ Asencio Mellado, José María, “La regulación de la prisión preventiva en el CPP del Perú”, cit., p. 502.